

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIROMARÇO 2001 • BRASÍLIA • ANO 38 • Nº 149



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

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 149

janeiro/março – 2001

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 ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Rejane Ribeiro de Oliveira, Renata
Figueira Costa

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins

REVISÃO DE PROVAS: Anderson de Figueiredo Matias, Daniela Pereira Rodrigues, Maria
de Jesus Pimentel

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida Silva

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 38 · nº 149 · janeiro/março · 2001

Sálvio de Figueiredo Teixeira	As escolas judiciais no mundo contemporâneo 5
Ielbo Marcus Lobo de Souza	Algumas considerações sobre a legalidade da ação militar da OTAN contra a Iugoslávia (1999) 13
Raul José de Galaad Oliveira	Poder soberano e constituições americanas 29
Jarbas Maranhão	Heraclio Salles e o Tribunal de Contas 53
Márcia Maria Corrêa de Azevedo	<i>Supply chain</i> da informação legislativa no Senado Federal 61
Jorge Bacelar Gouveia	O sistema de actos legislativos na 4 ^a revisão da Constituição Portuguesa: um “aprofundamento multidimensional” do princípio democrático 71
Luis Carlos Cancellier de Olivo	Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis 79
Agassiz Almeida Filho	Glória política de um império tropical: a formação do constitucionalismo brasileiro 91
Nina T. Disconzi Rodrigues	O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99 111
Rodrigo Fonseca Alves de Andrade	O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos 125
Fernanda Maia Salomão Alves	Competência reformadora do Congresso Nacional, em matéria tributária, em face do princípio federativo 141
Bruno Luiz Weiler Siqueira	Justiça do trabalho – Procedimento Sumaríssimo – modernização e alguns dos requisitos necessários para atingir a celeridade com efetividade na prestação jurisdicional sem prejuízo do devido processo legal 153
Cesar Caldeira	Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico 159
Marli Aparecida da Silva Siqueira	Processo econômico da América Latina e o Mercosul 173

Geraldo Magela e Silva Meneses	Prestação de tutela jurisdicional coletiva 181
Vladimir da Rocha França	Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público 187
Cristiano Carrilho S. de Medeiros	Visão panorâmica do Direito Alternativo 209
Luiz Henrique Manoel da Costa	Proposta de intervenção no processo pedagógico de formação profissional da polícia militar 217
Maria Coeli Simões Pires	A ressemantização da autonomia municipal em face dos desafios contemporâneos 229
Marília Lourido dos Santos	Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei nº 9.784/99 243
Arnaldo Moraes Godoy	Desilusão jurídica em Monteiro Lobato 255
Kilce Anne de Araujo Pereira	A aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos administrativos 269
Roger Raupp Rios	A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro 279

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Fernando Arruda Moura	O Direito de Família no novo Código Civil 299
-----------------------	---

As escolas judiciais no mundo contemporâneo

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Sumário

1. As transformações na sociedade dos nossos dias. 2. O Judiciário na Constituição de 1988. 3. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juízes como ponto fundamental na transformação do Judiciário. 4. Os sistemas estrangeiros. 5. O sistema brasileiro. As escolas judiciais no Brasil. 5.1. Previsão constitucional. 5.2. As escolas estaduais, federais e trabalhistas. Formação inicial e continuada. 5.3. A “Escola Nacional da Magistratura”. 5.4. A projetada Escola na reforma constitucional do Judiciário. 5.5. Conclusão.

1. As transformações na sociedade dos nossos dias

Neste crepúsculo de milênio e alvorada de um novo século, presencia-se momento extraordinariamente significativo na sociedade mundial, que, a par das suas muitas carências, a exemplo da fome, da miséria, da violência, do analfabetismo e da infância desprotegida, inquieta e insatisfeita busca novos horizontes, reivindica novos parâmetros sociais e um novo modelo de convivência humana.

Nesse contexto, começo por renovar reflexões a propósito do relevo cada vez maior que o Judiciário está a desempenhar no mundo contemporâneo.

Em um século que viveu duas grandes guerras mundiais e viu surgirem a informática, a televisão, o “dna”, os transgênicos, o genoma, a telefonia celular, a fecundação

artificial e o avião, entre tantas outras inovações e avanços da ciência, vive-se uma sociedade complexa e extremamente veloz, impulsionada por uma revolução tecnológica no vértice da qual se colocam os meios de comunicação, a estreitar distâncias, mitigar fronteiras, intercambiar idéias e costumes, universalizar a economia, facilitar o acesso à cultura e aos bens de consumo, a aproximar os povos e a realizar alguns dos seus sonhos mais acalentados.

Com as conquistas espaciais, não só o homem chegou à lua e desvenda os mistérios do universo, como também por satélites artificiais, que hoje povoam a atmosfera, podemos, além de muitas outras opções, acompanhar com absoluta nitidez, no mesmo instante, as imagens de acontecimentos que ocorrem nos mais diversos pontos do planeta, comunicando-nos sem intermediários com países os mais distantes, tendo em nossos lares e escritórios, em fração de segundos, pelo avanço da tecnologia, pesquisas e informações que a cultura levou séculos para armazenar. Aviões, automóveis, trens e outros veículos, cada vez mais sofisticados e rápidos, transportam-nos com segurança e impressionante precisão. É um fascinante mundo em evolução, jamais imaginado por Júlio Verne, Marco Polo, Huxley ou pelos bravos navegadores da Idade Média.

Com tão formidável transformação nos mais variados setores, muda o próprio perfil da sociedade e seu comportamento.

A exemplo das mudanças impostas pelas grandes descobertas do final do século XV, do advento do constitucionalismo resultante das transformações políticas do século XVIII e da Revolução Industrial do século XIX, vivemos hoje em uma sociedade marcadamente de massa, na qual, ao lado da explosão demográfica, do acesso da mulher aos postos de comando e do apelo ao consumo, ascendem cada vez mais os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses meramente individuais.

Nessa moldura, os conflitos sociais ganham nova dimensão, reclamando novos

equacionamentos, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e eficaz e um Judiciário mais eficiente, sólido, eficaz, dinâmico e participativo na preservação dos valores culturais, na defesa de um patrimônio que é de todos e que transcende os próprios interesses individuais e de grupos para situar-se no plano dos direitos fundamentais do homem.

Como assinalam os estudiosos, a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, a saber, dos denominados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. Ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de terem por valor supremo o homem, focalizam-no sob o ângulo da fraternidade. E já se fala em direitos de quarta geração.

Os direitos clássicos cedem lugar, em vários aspectos, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado e sua omissão, reclamando atuação positiva. Vive-se um universo novo também no campo jurídico.

Daí a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, vetor de convergência democrática e guardião da cidadania, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante dos destinos das nações, também responsável pelo bem comum, especialmente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa; co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna.

2. O Judiciário na Constituição de 1988

A vigente Constituição brasileira, promulgada em 5-10-1988 e rotulada pelo próprio Congresso Nacional de “Constituição-

cidadã”, exatamente pela incisiva preocupação com os direitos sociais e com a cidadania, sem embargo dos seus reconhecidos excessos, dedicou especial atenção ao Judiciário como Poder político, erigindo-o como participante ativo do processo democrático, especialmente ao reivindicar a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais de controle social (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, ações coletivas, ação civil pública, ação popular, ações de controle da constitucionalidade etc.).

A Constituição de 1988, não se pode negar, com a sua preocupação voltada prioritariamente para a cidadania, contemplou o nosso ordenamento, como nenhuma outra fizera até então, com um substancial arsenal de instrumentos jurídicos e com normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma nova Justiça no País.

Ao dissertar sobre a atuação dos juízes no regime democrático, o Ministro Celso de Mello assinalou:

“...o papel desenvolvido pelos magistrados, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva, pois, no contexto dessa permanente situação conflitiva que se origina das relações estruturalmente sempre tão desiguais entre as pessoas e o Poder, compete aos juízes, enquanto guardiães de uma ordem jurídica justa e legítima, fazer prevalecer o compromisso de respeito e de incondicional submissão do Estado ao regime das liberdades públicas, assinalando, a cada momento, no desempenho de sua atividade jurisdicional, que as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de uma irrecusável inexauribilidade”.

E anotou José Renato Nalini, com aguda percepção:

“...a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da Justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção, pelo juiz, de papel político ampliado e, até certo ponto, desafiador da tradicional inércia. Previu instrumentos de conversão da Justiça naquele serviço eficiente, célere, descomplicado e acessível sonhado pelo povo. Seduzida por essa Justiça diferente com que o constituinte acenou, a comunidade acorreu aos juízes e multiplicaram-se ainda mais os processos. Uma sociedade desperta pela cidadania, que é o direito a ter direitos, exercitou-a, esperançosa. E encontrou a mesma Justiça atormentada com suas carências e perplexa diante da profusão das demandas”.

Aduzindo:

“... falhou o Judiciário em quase todas as novas perspectivas constitucionais. Não soube preencher o espaço destinado à moderna concepção de Justiça.

Deixou de estabelecer as reformas essenciais à sua adequação diante das necessidades emergentes. Continuou com a estrutura arcaica, emperrada, incapaz de acompanhar a modernização da empresa privada e até mesmo de ajustar-se à conformação do Estado contemporâneo. Estado que se pretende ágil, enxuto e flexível, para ser eficaz. Os direitos novos foram esvaziados por uma interpretação excessivamente conservadora. Os instrumentos postos à sua disposição pelo legislador para simplificar e intensificar a outorga da prestação jurisdicional não foram instituídos. É muito len-

ta a instalação dos Juizados Especiais, indicados como alternativa à solução tradicional das controvérsias. Incipiente a profissionalização das Escolas da Magistratura e da carreira de juiz, sem o que não se instaurará a mentalidade atualizada e apta a enfrentar as turbulências do novo milênio. O Judiciário, como instituição, não tem sido capaz de se fazer ouvir pelos demais poderes, nem de ser compreendido pela comunidade”.

Não obstante o esforço sobre-humano da grande maioria dos seus juízes, em um quadro que aponta a média de 1 (um) juiz para 29 (vinte e nove) mil habitantes, que faz do nosso País certamente o campeão mundial em número de processos judiciais, de que é exemplo o número caótico de feitos distribuídos em suas duas Cortes maiores – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça –, o certo é que a sociedade brasileira está a merecer um Judiciário bem melhor do que o que possui: moroso, pesado, complexo, sem transparência, sem criatividade, com sérios vícios de estrutura, sem controle e sem diretriz, com número insuficiente de julgadores, sem dados concretos e sem contar com órgãos permanentes de planejamento e reflexão.

As causas desse quadro não são de difícil percepção. Algumas mais profundas, com raízes políticas, históricas e culturais; outras, mais à superfície, de mais fácil correção. Muitas delas, devemos reconhecer, de nossa responsabilidade, sendo suficiente dizer que até hoje, passados quinhentos anos do nosso descobrimento, vivendo do empirismo e dos “achismos”, não contamos, no Judiciário, com um órgão sequer de reflexão e planejamento permanente. Daí a necessidade de uma profunda reforma do Judiciário, agora novamente em pauta, com renovadas expectativas. Reforma que se impõe ampla em face do modelo analítico de nossa Constituição e dos múltiplos equívocos que foram se acumulando ao longo do tempo. E que, não obstante isso, deve

concentrar-se prioritariamente em três pólos, como observou, com sua habitual lucidez, o Ministro José Augusto Delgado: vertentes política, operacional e humana.

3. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juízes como ponto fundamental na transformação do Judiciário

Se a vertente política se vincula à adoção de um Conselho Nacional de Administração da Justiça, de cunho mais didático e preventivo que punitivo, e a operacional busca o aperfeiçoamento e a modernização da máquina, a vertente humana destina-se a priorizar o homem e o seu aprimoramento.

As novas técnicas de administração pública, aliadas às diretrizes das grandes empresas privadas, estão a evidenciar a necessidade de um planejamento no qual, a par de meticulosa formulação de linhas diretivas, dê-se especial relevo ao elemento humano que as opera e dirige.

Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão delicada, difícil, árdua e complexa, notadamente no mundo atual, exige-se uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.

Carreira de especificidade singular, a Magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.

Os concursos públicos constituíram, sem dúvida, um significativo avanço no sistema de seleção de magistrados, produziram um Judiciário digno e têm prestado serviço ines-

timável à causa da Justiça. Continuam a representar a alternativa mais adequada de recrutamento. Mas é o momento de se substituir sua metodologia para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando-se os aspectos éticos e vocacionais, sabido que o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz.

4. Os sistemas estrangeiros

Segundo os estudiosos, alguns fenômenos estão a marcar, na atualidade, e em plano mundial, o perfil do Judiciário dos nossos dias. Entre eles, a feminilização (na Escola francesa, p. ex., dos que a frequentaram na última turma, como pretendentes às Magistraturas judicial e do Ministério Público, setenta por cento eram mulheres), a juvenalização cada vez mais acentuada nos países do *Civil Law*, a politização do Judiciário, o ativismo judicial e, sobretudo, a indispensabilidade, inclusive como decorrência desses apontados fenômenos, da atuação das escolas judiciais na seleção e formação inicial e continuada dos juizes.

Se se deseja um novo Judiciário, impõe-se plasmar o modelo de juiz de que a sociedade contemporânea necessita, com maiores poderes, mais responsabilidades e maior preparo.

Entre as escolas existentes, poderiam ser destacadas as de Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Holanda, Alemanha e Japão.

Enquanto o modelo japonês, premido por necessidades peculiares, adota rigorosa seleção para o exercício da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, em um concurso anual que seleciona o percentual de apenas 3% de aprovados em um universo de 26.000 concorrentes para o ingresso em instituição pública que irá prepará-los durante dois anos, a Holanda leva seis anos para formar o seu juiz, sem prejuízo da formação contínua. A Alemanha, mais ou menos na mesma linha dos Estados Unidos, após rígido curso universitário, diversamente, investe mais na reciclagem contínua, com

cursos de curta duração, que observam eficiente planejamento.

Mais adequadas à nossa realidade, as escolas da França, Portugal e Espanha dividem o seu sistema em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla, sendo de notar que a Espanha, em novembro de 1996, reconhecendo as vantagens do sistema francês (Paris/Bordeaux), veio a desdobrar a sua tradicional Escuela Judicial, ficando a funcionar em Madri o centro de formação continuada e em Barcelona o de formação inicial. A Escola francesa, ao ser enaltecida recentemente pelo Presidente da República, nas comemorações dos seus quarenta anos de existência, que se deslocou até Bordeaux para lhe demonstrar apreço e admiração, dele ouviu ser ela, pela sua excelência, a pedra angular do sistema judiciário naquele País.

A Itália, por sua vez, após sediar em Roma, em 1958, o “Primeiro Congresso Internacional de Magistrados”, no qual, sob o tema “a preparação do juiz para o exercício da função jurisdicional”, entre outras *risoluzioni* aprovou “a necessidade da criação de centros de preparação, pesquisas e estudos”, quase quarenta anos depois, está a criar suas escolas judiciais. Como anotou Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, ali os pretendentes à magistratura fazem provas escritas e orais disputadíssimas e, depois, seguem um curso de tirocínio de, “no mínimo, seis meses”, em Frescatti. Tais dados bem demonstram a força da idéia geratriz e a indispensabilidade dessa instituição no mundo atual.

5. O sistema brasileiro. As escolas judiciais no Brasil

5.1. Previsão constitucional

Desde 1977, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a existência de Escolas da Magistratura, sendo de anotar que a expressão “magistratura”, no Brasil, abrange apenas os juizes.

O tema da formação dos juízes foi trazido ao texto constitucional pela Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, que previu, no art. 144, I, que o ingresso na magistratura de carreira dar-se-ia mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelos tribunais de segundo grau, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura.

A Constituição atual, promulgada em 5 de outubro de 1988, dando um passo a frente, veio estabelecer, no seu artigo 93, IV, a criação de cursos oficiais para o preparo e aperfeiçoamento de juízes como requisito para o ingresso e promoção na carreira. Também no inciso II, alínea “c”, estabeleceu, para fins de acesso, a aferição do merecimento pelos critérios de presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento.

Essa mensagem normativa do constituinte, além de reconhecer a importância do tema, anteriormente enfrentado em exitosas experiências, veio estimular a intensificação nos estudos e a criação de uma verdadeira doutrina brasileira de educação judicial.

5.2. As escolas estaduais, federais e trabalhistas. Formação inicial e continuada

O Brasil, com uma população superior a cento e cinquenta milhões, e contando com aproximadamente dez mil juízes, é uma República Federativa, composta pela União, o Distrito Federal e vinte e seis Estados federados, com relativa autonomia.

O sistema judiciário, como se sabe, é composto de uma “Justiça Comum”, dividida em Estadual e Federal – esta última, competente quando interessadas a União, suas autarquias ou empresas públicas federais. Além disso, existe a “Justiça Especial”, que se divide em Trabalhista, Eleitoral e Militar.

Cada Estado da Federação possui sua respectiva escola da Magistratura, existindo, ainda, as escolas federais e as escolas

da Magistratura trabalhista, as quais estão desenvolvendo seu modelo específico de educação para juízes.

Nesse contexto, há escolas que foram criadas há mais de vinte anos. Algumas delas são oficiais, institucionalizadas, mantidas pelos respectivos tribunais de segundo grau. Outras pertencem às associações de classe dos juízes. Em um terceiro grupo, outras são mantidas por ambos – o Judiciário e as associações; geralmente, mantidas por aquelas e administradas por estas.

Em termos de *formação continuada*, as escolas têm obtido sucesso em seus objetivos. Promovem muitos e variados cursos, muitos dos quais de excelente qualidade. Quando da preparação de suas pautas de cursos, os juízes inclusive são consultados, a fim de saber quais são seus interesses e dificuldades, para que as mesmas correspondam às suas necessidades e expectativas.

Algumas dessas escolas, que se dedicam ao aperfeiçoamento e desenvolvimento dos juízes, estão bem avançadas. Realizam cursos de reciclagem, estudos interdisciplinares, cursos de curta e longa duração, seminários, *workshops*, etc. Normalmente, têm grande frequência e boa assimilação de conhecimentos.

Cursos de pós-graduação, específicos para os juízes, estão surgindo, pois há uma considerável dificuldade para o juiz em submeter-se aos métodos convencionais da Universidade, em face sobretudo do calendário e da dimensão territorial do País. Inicia-se, agora, o ensino à distância, através da televisão, estando a tramitar projeto visando proporcionar a pós-graduação virtual pela “Escola Nacional da Magistratura”, com mestrado em Direito Público e Direitos Humanos, com a utilização da Internet e outras infovias.

A *formação inicial*, no entanto, ainda não alcançou um patamar satisfatório, sendo poucas as Escolas que dispõem de uma boa programação nesse campo, podendo-se afirmar que os primeiros modelos ainda estão em fase experimental.

Cumpra anotar, por outro lado, que algumas escolas desenvolvem experimentos singulares, entre os quais cursos abertos à preparação de candidatos interessados em prestar concurso de ingresso na Magistratura. Embora não possam ser classificados como cursos de formação de juízes, não deixam eles de servir de preparação e triagem dos candidatos ao exercício da judicatura, sendo alguns deles de boa qualidade.

5.3. A “Escola Nacional da Magistratura”

Mantida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a atual “Escola Nacional da Magistratura” vem exercendo papel significativo na formação do juiz brasileiro. Suas funções são:

a) coordenar as demais escolas, considerando as diferenças regionais e a inexistência de uma escola nacional institucionalizada;

b) despertar a consciência sobre a necessidade de uma doutrina brasileira de educação judicial, centrada na idéia da formação integral dos juízes: formação inicial, reciclagem e pós-graduação;

c) despertar a consciência sobre a relevância do recrutamento e da preparação do magistrado, priorizando a vocação e os atributos específicos dos magistrados;

d) celebrar convênios e parcerias com diferentes entidades, governos, ONGs, Universidades, associações de classe, institutos culturais e empresas, a fim de tornar o universo judicial mais compreendido pela sociedade, debatendo temas de mútuo interesse;

e) debater e aperfeiçoar a legislação, especialmente a processual, por ser ela instrumento de eficiência da Justiça.

Quando da apresentação do livro “O Poder Judiciário no Brasil” (FIÚZA, R.A.M. Del Rey, 1995), tive oportunidade de assinalar:

“A Escola Nacional da Magistratura é, no Brasil, uma entidade privada vinculada estatutariamente à Associação dos Magistrados Brasileiros, estando prevista a sua institucionali-

zação no projeto de Estatuto da Magistratura que tramita no Congresso Nacional.

Em seu estágio atual, não tem sede fixa, nem funcionários, verbas e recursos técnicos e materiais. Mas já conta em seu acervo com um número expressivo de realizações, dentre as quais ganham relevo a coordenação da reforma da legislação processual, com a participação de toda a comunidade jurídica brasileira e os inúmeros eventos culturais de que tem participado, muitos dos quais de sua exclusiva iniciativa, outros tantos em co-participação com Universidades, órgãos e associações de classe, fundações e entidades culturais de um modo geral. Ocupa, oficiosamente, o vértice de um intenso movimento de formação e aperfeiçoamento dos juízes (no Brasil, a magistratura é restrita aos membros do Poder Judiciário, não alcançando os representantes do Ministério Público), movimento desencadeado em 1977 e hoje com previsão na própria Constituição, que determina a adoção obrigatória de escolas judiciais”.

Considerando, de outro lado, que o fenômeno da mundialização impõe também um permanente intercâmbio entre as várias instituições com finalidades análogas, não havendo lugar para o isolamento, a “Escola Nacional da Magistratura” do Brasil sempre esteve aberta à troca de experiências, compartilhando sua vivência em educação judicial com outras Nações, ciente de que muito aprenderá com as suas congêneres, voltadas para a nobre tarefa de plasmar o novo juiz.

5.4. A projetada Escola na reforma constitucional do Judiciário

A existência das Escolas da Magistratura, também no Brasil, é uma idéia irreversível. Já não se discute se haverá Escolas, mas como serão no futuro.

Desde 1992, a reforma do Judiciário está em curso em nosso Congresso, agora pres-tes a ser votada.

Acolhendo reivindicação uníssona, o atual projeto de reforma constitucional prevê a ampliação do papel das Escolas, consideradas essenciais no processo de vitalicia-mento e promoção dos juizes, assim como a institucionalização de uma escola nacional da Magistratura, com o nome de “Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados” (sem prejuízo de uma ou-tra, destinada exclusivamente à Justiça do Trabalho).

Referida Escola, segundo o projeto, funcionará junto ao “Superior Tribunal de Justiça” – órgão máximo da magistratura de carreira no Brasil, que na estrutura judiciária fica abaixo apenas da Corte Constitucio-nal, o “Supremo Tribunal Federal”. E deve-rá, entre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira.

A experiência alcançada pelos educado-res judiciais no Brasil foi de muita valia para o projeto dessa futura “Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados”, pois consistente doutrina tem sido produzida a respeito da profissionalização do magistrado, sendo de acrescentar que o Brasil já conta com experiência similar, pois funciona há décadas, e com excelência, o “Instituto Rio Branco”, encarregado da formação dos diplomatas brasileiros.

É de aduzir-se, por outro lado, que o Mi-nistério Público também possui as suas es-colas federais, trabalhistas e nos Estados, além de uma Escola Nacional institucionali-zada, criada por lei e em fase de implantação.

5.5. Conclusão

O surgimento de uma Escola nacional de magistrados institucionalizada e o bom nível alcançado pelas Escolas existentes, algumas mais antigas, outras recentes, es-tão a indicar um acentuado crescimento qualitativo nos próximos anos.

O êxito alcançado nas experiências em aperfeiçoamento judicial credencia várias Escolas a ir além na formação integral do juiz, em desenvolver atributos humanos ali-ados ao conhecimento técnico, a fim de pro-mover os saudáveis efeitos de uma Justiça adequada e compatível com as aspirações da comunidade.

A sociedade brasileira despertou para a realidade de que não se pode esperar que a Universidade produza o magistrado – um profissional cuja especificidade exige uma formação específica e diferenciada. Não se pretende, entretanto, a uniformização do magistrado brasileiro. A identidade lingüís-tica não sufocou as diferenças regionais e as necessidades de nossa multiplicidade de raças, culturas, costumes e tradições. Cada comunidade tem o direito de preservar sua própria identidade e, por isso, o pluralismo foi um dos valores acolhidos no texto cons-titucional.

O juiz brasileiro há de ser formado de acordo com a unidade do direito nacional, sob a supremacia constitucional. Todavia, haverá sempre espaço para preservar as peculiaridades de cada região.

Algumas considerações sobre a legalidade da ação militar da OTAN contra a Iugoslávia (1999)

Ielbo Marcus Lobo de Souza

Sumário

1. O uso da força nas relações internacionais e o direito internacional. 2. Justificativas apresentadas pela OTAN. 3. A legalidade da ação militar da OTAN. 3.1. A legalidade da ação militar da OTAN como organização regional. 3.2. A legalidade da ação militar da OTAN sob justificativa de intervenção por razões humanitárias. 4. Conclusão.

Em 24 de março de 1999, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) iniciou uma ação militar contra a República Federal da Iugoslávia (Iugoslávia), que só teve fim em 10 de junho de 1999, com a assinatura de um acordo entre a Iugoslávia e a OTAN.

A legalidade da ação militar da OTAN contra a Iugoslávia tem sido objeto de um crescente debate doutrinário e está sendo questionada perante a Corte Internacional de Justiça em ação proposta pela Iugoslávia contra 10 Estados membros da OTAN¹. O conflito é ainda muito recente, e não existe muito material disponível para um exame mais exaustivo. Ainda assim, vale a pena apresentar uma contribuição preliminar para o debate acadêmico que o assunto tem gerado.

Este estudo propõe-se a examinar, sob a ótica do direito internacional vigente, as justificativas apresentadas pela OTAN para a ação militar que empreendeu contra a Iugoslávia no primeiro semestre de 1999. O estudo está dividido em três partes. Primeiramente, dedica-se uma seção às normas gerais de direito internacional que regulam

Ielbo Marcus Lobo de Souza, PhD (Univ. of London), é Professor de Direito Internacional na UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

a ameaça ou o uso da força nas relações internacionais. A segunda parte do estudo apresentará as justificativas aduzidas pela OTAN para a sua ação militar. Finalmente, essas justificativas serão examinadas à luz das regras de direito internacional que regem a matéria.

Tendo em vista o objetivo limitado do estudo, questões outras relativas ao conflito armado entre a OTAN e a Iugoslávia, tais como as possíveis razões estratégicas ou políticas para o conflito, ou a aplicação do direito internacional humanitário durante o conflito, embora relevantes, não serão aqui abordadas.

1. O uso da força nas relações internacionais e o direito internacional

O direito internacional contemporâneo proíbe a ameaça ou o uso da força nas relações internacionais. O artigo 2(4) da Carta da ONU assim dispõe:

“Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

Esta disposição é complementada pelo art. 2(3) da Carta da ONU, que estipula para os Estados a obrigação de resolverem suas controvérsias internacionais somente por meios pacíficos:

“Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.”

O princípio que proíbe o uso ou a ameaça do uso da força nas relações internacionais, insculpido no art. 2(4) da Carta da ONU, também está incorporado ao direito costumeiro internacional (ou ao direito internacional geral), o que significa que aplica-se mesmo àqueles Estados que não são partes da Carta. A doutrina e a jurisprudência internacional também têm reconhecido

o caráter especial da norma enunciada no art. 2(4) da Carta da ONU: ela tem a natureza de *jus cogens*, i.e., constitui uma norma imperativa de direito internacional geral da qual nenhuma derrogação é permitida, e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional da mesma natureza, conforme a definição contida no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados².

A norma contida no art. 2(4) da Carta da ONU usa o termo “força” para designar o uso da força armada num contexto bem mais amplo do que o da guerra. A norma abrange não apenas a guerra – no sentido jurídico-formal – mas também o recurso a represálias armadas e outras formas de uso da força que não configuram a guerra³. A Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e à Cooperação entre Estados de Acordo com a Carta das Nações Unidas, contida na Resolução 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, da Assembléia Geral da ONU, ao descrever o conteúdo da norma proibitiva do uso da força nas relações internacionais, afirma que os Estados “...têm o dever de evitar atos de represália que envolvam o uso da força”⁴.

Pela abrangência da norma proibitiva, a Carta da ONU teria ido além do que previa o pretérito Pacto da Liga das Nações (1919) e o direito aplicado e reconhecido pelos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, introduzindo uma verdadeira inovação no direito internacional⁵.

O art. 2(4) da Carta da ONU espelha com fidelidade os desenvolvimentos na prática dos Estados após a I Guerra Mundial. A prática dos Estados demonstra que os Estados têm participado de conflitos armados internacionais sem a declaração formal de guerra, ou o reconhecimento formal de um estado de guerra. Uma norma de direito internacional que proibisse a “guerra” entre Estados certamente não abarcaria a maior parte dos conflitos internacionais armados contemporâneos. A norma contida no art. 2(4) da Carta da ONU, tal qual está redigida, proíbe qualquer uso da força armada,

mesmo limitado do ponto de vista geográfico ou em pequena proporção, e mesmo sem a declaração formal de guerra.

Definido o campo geral de aplicação da norma, cumpre agora estabelecer o seu sentido. O termo “força”, utilizado no art. 2(4) da Carta da ONU, refere-se à força armada e compreende todo tipo de ação ou atividade militar⁶. Excluída estaria, em princípio, uma ação coercitiva de natureza econômica, embora ela possa ser enquadrada em outra norma proibitiva de direito internacional (e.g., o princípio da não-intervenção). O uso da força mais facilmente enquadrado como ilícito é aquele que corresponderia a uma agressão armada ou um ataque armado⁷. A idéia básica e indiscutível de ataque armado é o uso de forças armadas regulares de um Estado, por meio de uma fronteira internacional, contra um outro Estado. Para entender melhor a extensão do conceito de ataque armado, entretanto, cumpre fazer referência ao art. 3º da Res. 3314 (XXIX) da Assembléia Geral da ONU, que contém uma Definição de Agressão. De acordo com esse artigo, os seguintes atos caracterizam a prática de agressão armada:

a) a invasão ou ataque pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, embora temporária, que resulte dessa invasão ou ataque, ou qualquer anexação, pelo uso da força, do território de outro Estado ou parte dele;

b) o bombardeio do território de um outro Estado pelas forças armadas de um Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de um outro Estado;

c) o bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de um outro Estado;

d) um ataque das forças armadas de um Estado contra as forças terrestres, navais ou aéreas, ou contra as frotas aéreas ou mercantes de um outro Estado;

.....

g) o envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos armados, grupos irregulares ou

mercenários que executem atos de força armada contra um outro Estado, de tal gravidade que sejam equiparáveis aos atos enumerados acima, ou sua participação substancial nos ditos atos.

A prática de quaisquer desses atos, submetete-se, caracterizaria um ataque armado e, portanto, o uso da força compreendido pela proibição do art. 2(4) da Carta da ONU.

Ao lado do ataque armado, porém, que seria a forma mais grave do uso da força, existiriam outras formas menos graves que também estariam previstas pelo princípio que proíbe o uso da força nas relações internacionais. A Corte Internacional de Justiça, no caso *Nicarágua* (1986), refere-se à Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e à Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas (1970) para demonstrar a existência de formas menos graves de *uso da força* que estariam previstas pelo princípio que proíbe o uso da força nas relações internacionais, e que seriam as seguintes:

“Todo Estado tem o dever de evitar a ameaça ou uso da força para violar as fronteiras internacionais existentes de qualquer Estado ou como meio de resolver disputas internacionais, inclusive disputas territoriais e problemas relativos às fronteiras dos Estados.

Os Estados têm o dever de evitar atos de represália que envolvam o uso da força.

Todo Estado tem o dever de evitar organizar ou encorajar a organização de forças irregulares ou bandos armados, incluindo mercenários, para incursão no território de outro Estado.

Todo Estado tem o dever de evitar organizar, instigar, apoiar ou participar de atos de guerra civil ou atos terroristas em outro Estado ou consentir com atividades organizadas dentro do seu território dirigidas para a prática de tais atos, quando os atos referi-

dos nesse parágrafo envolvem a ameaça ou uso da força”⁸.

A norma contida no art. 2(4) da Carta da ONU proíbe também a *ameaça do uso da força*. Cuida-se aqui de evitar que Estados possam compelir outros Estados a fazer ou deixar de fazer algo sob uma ameaça clara e direta de uso da força. Quando a norma contida no art. 2(4) da Carta da ONU vincula a ameaça do uso da força à “independência política” de outro Estado, o que está a dizer é que se proíbe a coerção militar para direcionar ou restringir a independência do Estado em escolher e gerir seu próprio sistema político, social, cultural e econômico, bem como sua política externa.

Há hipóteses nas quais a ameaça do uso da força seria claramente uma violação do princípio enunciado. Quando um Estado, *e.g.*, exige a entrega de um território em disputa sob a ameaça do uso da força, a violação do princípio parece ser óbvia. A prática dos Estados, no entanto, revela casos mais complexos, em que a ameaça de força é velada e feita para forçar um Estado a aceitar uma determinada proposta de solução negociada (*cf. infra*).

O art. 2(4) da Carta da ONU proíbe a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial dos Estados. A expressa referência à integridade territorial justifica-se pelo fato de que a maioria dos grandes conflitos armados internacionais contemporâneos tem suas origens em disputas territoriais ou fronteiriças. A Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às Relações Amigosas e à Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas (1970), ao enunciar o princípio do não-uso da força, dedica alguns parágrafos à aplicação do princípio à integridade territorial dos Estados e à aquisição de território. Como decorrência do referido princípio, a Declaração dispõe:

“Todo Estado tem também o dever de evitar a ameaça ou uso da força para violar linhas internacionais de demarcação tais como linhas de ar-

mistício, estabelecidas por ou em cumprimento de um acordo internacional do qual é parte ou a que está obrigado a respeitar. Nada deverá ser interpretado como afetando as posições das partes respectivas com relação ao status e efeitos de tais linhas sob seus regimes especiais ou seu caráter temporário”.

Dessa forma, o direito internacional não reconhece a aquisição de território mediante a ameaça ou o uso ilícito da força. Existem inúmeros casos em que a ocupação ou anexação de territórios não foi reconhecida pelos demais Estados ou pelas Nações Unidas. As Colinas de Golã, por exemplo, pertencentes à Síria e ocupadas por Israel após a Guerra dos Seis Dias (1967), jamais foram reconhecidas pela ONU como território de Israel. Cite-se, a propósito, a Resolução 497, de 17 de dezembro de 1981, do Conselho de Segurança da ONU, em que este órgão resolveu que “a decisão de Israel de impor suas leis, jurisdição e administração nas colinas de Golã ocupadas é nula e sem efeito jurídico internacional”. No preâmbulo, a Resolução reafirmou que “a aquisição de território pela força é inadmissível, de acordo com a Carta das Nações Unidas, os princípios de direito internacional, e as resoluções relevantes do Conselho de Segurança”⁹.

O art. 2(4) da Carta da ONU, após proscrever o uso da força nas relações internacionais, contém uma expressão final que é muito significativa: “...ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”. Essa expressão deve ser interpretada e aplicada de acordo com as demais disposições da Carta da ONU, e a Carta só autoriza o uso da força, sem que o art. 2(4) seja violado, no caso de legítima defesa individual ou coletiva, ou em cumprimento de decisão do órgão competente das Nações Unidas. Qualquer outro uso da força seria “incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”. A posição da doutrina em tal sentido é unânime¹⁰. Afora, portanto, a exceção do uso da força no exercício de legítima defesa – medida também previs-

ta nos sistemas jurídicos nacionais –, a força armada somente poderia ser usada com a autorização do Conselho de Segurança da ONU. Essas duas possibilidades serão agora brevemente examinadas.

A primeira exceção à regra da proibição da ameaça ou uso da força é o uso da força no exercício de legítima defesa individual ou coletiva. Essa exceção está expressa no art. 51 da Carta da ONU, nos seguintes termos:

“Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais”.

O direito de legítima defesa é considerado, no art. 51 da Carta da ONU, como um direito inerente, o que significaria que ele é um direito natural e fundamental do Estado, do qual depende a própria preservação do Estado.

O direito de legítima defesa individual será exercido de forma regular e legítima quando determinadas condições estiverem presentes. O art. 51 da Carta da ONU menciona uma das condições, qual seja, a ocorrência de um ataque armado contra o Estado. O conceito de ataque armado já foi definido acima. Sem a existência de um ataque armado, não há lugar para o exercício do direito de legítima defesa¹¹. Por essa razão, sempre que um Estado alega estar usando do direito de legítima defesa individual, cabe

perguntar se ele foi vítima de um ataque armado. Além da ocorrência de um ataque armado, são requisitos para o exercício do direito de legítima defesa a necessidade e a proporcionalidade, *i.e.*, a resposta armada deve ser imperiosa para o Estado vítima da agressão e proporcional aos meios usados pelo Estado agressor¹².

A legítima defesa poderá ser individual ou coletiva. A legítima defesa coletiva está prevista na Carta da ONU para cobrir os acordos de defesa mútua firmados desde antes da criação da ONU. Atualmente, estão em vigor diversos acordos internacionais de defesa mútua, que prevêm o exercício do direito de defesa coletiva pelos Estados partes quando um deles é vítima de um ataque armado¹³.

A segunda exceção à regra proibitiva do uso da força refere-se à operação do sistema universal de segurança coletiva introduzido pela Carta de ONU (1945). Após afirmar, preambularmente, que os povos das Nações Unidas estão resolvidos a “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”, a Carta fixou como um dos propósitos da Organização o de “manter a paz e segurança internacionais e, para esse fim: *tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou qualquer ruptura da paz...*”. O sistema universal de segurança coletiva criado proíbe o uso ou ameaça do uso da força pelos Estados, impõe-lhes o dever de resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos e institui a ONU, por meio de seus órgãos, como a entidade que zelarà pela manutenção da paz e segurança internacionais, exercendo ou autorizando o uso da força armada, quando necessário para o cumprimento desse fim. Cabe aos órgãos da ONU, em particular ao Conselho de Segurança, o exercício desse monopólio para a manutenção da paz e segurança internacionais, e para a proteção da integridade territorial, soberania e independência política de cada Estado. Nesse sentido, o artigo 24(1) da Carta da ONU assim dispõe:

“A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais, e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles.”

O Capítulo VII da Carta concede ao Conselho de Segurança poderes para, diante de um ato de agressão armada ou da violação da paz internacional, autorizar ou determinar o uso da força contra o Estado agressor para a restauração da paz e segurança internacionais. Sem a autorização do Conselho de Segurança, e tal autorização raramente ocorreu na prática desse órgão, os Estados somente podem recorrer ao artigo 51 da Carta para justificar o uso da força armada. Por essa razão, o artigo 51 tem sido invocado com muita frequência por Estados envolvidos num conflito armado, e normalmente os dois lados se dizem vítima de agressão, o que gera um problema sobre a identificação do Estado agressor num determinado caso.

Dito isso, cumpre agora descrever, para depois examinar, as justificativas apresentadas pela OTAN para a ação militar que desencadeou¹⁴.

2. Justificativas apresentadas pela OTAN

A OTAN afirmou reiteradas vezes, de forma oficial, que a ação militar era necessária e justificada para evitar uma catástrofe humanitária na região de Kosovo, envolvendo especialmente a população local de etnia/origem albanesa, embora detentora da nacionalidade da Iugoslávia.

A OTAN também procurou fundamentar sua ação nas Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança da ONU sobre a situação no Kosovo. Em Comunicado Oficial à Imprensa, datado de 30 de Janeiro de 1999, deixou claro que “...está pronta

para agir e não descarta nenhuma opção para assegurar o... cumprimento de todas as resoluções relevantes do Conselho de Segurança, especialmente as disposições das Resoluções 1160, 1199 e 1203”¹⁷.

Em terceiro lugar, a OTAN justificou sua ação militar tendo em vista a recusa do Governo da Iugoslávia em atender as “exigências da Comunidade Internacional”, entre as quais estaria a aceitação do acordo político interino que foi negociado em Rambouillet¹⁸.

Por fim, a OTAN afirmou que tinha o dever de agir para trazer estabilidade à região, ou impedir que a instabilidade se estendesse na região¹⁹. Em vários Comunicados Oficiais, a OTAN classificou a crise de Kosovo como uma ameaça à paz e segurança na região²⁰.

3. A legalidade da ação militar da OTAN

3.1. A legalidade da ação militar da OTAN como organização regional

A ação militar da OTAN foi justificada com base na necessidade de devolver a estabilidade (política) à região. O argumento invoca, implicitamente, a condição da OTAN de organização regional de caráter político, que, como tal, tem o propósito de promover ou assegurar a paz e segurança regionais.

A posição das organizações regionais dentro do sistema de segurança coletivo estabelecido pela Carta da ONU está disciplinada no Cap. VIII da Carta, intitulado “Arranjos Regionais”. O art. 52 da Carta, parte do Cap. VIII, reconhece a existência e importância dos organismos regionais para a manutenção da paz e segurança internacionais naquilo que seja apropriado para uma ação regional e estabelece que os Estados membros da ONU devem procurar resolver de forma pacífica suas disputas locais, por meio desses arranjos regionais, *antes* de submetê-los ao Conselho de Segurança.

O envolvimento do Grupo de Contato (mecanismo informal de solução criado e

composto por determinados Estados Europeus), da União Européia, da OSCE (Organização para a Segurança e Cooperação na Europa) e da própria OTAN, para a solução pacífica do conflito de Kosovo, não parece contrariar o que dispõe o artigo 52 da Carta da ONU. Pelo contrário, a ação regional para a solução pacífica de uma situação ou conflito de âmbito regional é incentivada pela Carta da ONU. O parágrafo 3º do art. 52 da Carta da ONU deixa claro que o Conselho de Segurança deverá estimular "...o desenvolvimento da solução pacífica de controvérsias locais mediante os referidos acordos ou entidades regionais, por iniciativa dos Estados interessados ou a instância do próprio Conselho de Segurança".

A OTAN, no entanto, a partir de determinado momento, passou a adotar uma conduta cuja legalidade é questionável. Em seu esforço para promover e apoiar uma solução negociada para o conflito, a OTAN começou a fazer abertamente uma ameaça de uso da força contra a parte que não cumprisse as "exigências da comunidade internacional", em particular caso um acordo não fosse negociado no prazo convencionado pelo Grupo de Contato. Veja os seguintes excertos de Comunicados Oficiais à Imprensa:

"Se estes passos não forem dados, a OTAN está pronta a tomar quaisquer medidas necessárias, à vista do cumprimento de ambas as partes com os compromissos internacionais e exigências... compelindo ao cumprimento das demandas da comunidade internacional e a consecução de um acordo político. O Conselho, portanto, concordou hoje que o Secretário-Geral da OTAN pode autorizar ataques aéreos contra alvos no território da Iugoslávia²¹.

Como colocado claramente na Declaração do Conselho do Atlântico Norte de 30 de Janeiro, e se nenhum acordo for alcançado até a data fixada pelo Grupo de Contato, a OTAN está pronta a tomar quaisquer medidas ne-

cessárias.... Estas (medidas) incluem o uso de ataques aéreos bem como outras medidas apropriadas²².

Nossa posição de colocar a ameaça da força a serviço da diplomacia ajudou a criar as condições para que as conversações de Rambouillet tenham progresso²³.

Esses comunicados datam de janeiro e fevereiro de 1999, mas a OTAN já havia tomado semelhante posição em outubro de 1998. Veja o seguinte Comunicado Oficial de Imprensa:

"...há poucos momentos atrás, o Conselho do Atlântico Norte decidiu emitir ordens de ativação – ACTORDS – para ataques aéreos limitados e uma campanha aérea escalonada na Iugoslávia, cuja execução começará em aproximadamente 96 horas.

Tomamos esta decisão depois de um reexame completo da situação em Kosovo. A República Federal da Iugoslávia ainda não cumpriu integralmente a RCSNU 1199 e o tempo está se esgotando²⁴.

A conduta da OTAN suscita a seguinte questão: o direito internacional atual permite que um Estado ou grupo de Estados, ou uma organização regional, ameace um outro Estado ou Estados para que cheguem a uma solução negociada dentro de um determinado prazo estabelecido não pelas partes em conflito, mas por terceiros?

Como visto acima, o direito internacional impõe, às partes envolvidas em um conflito, a obrigação de resolver o conflito apenas por meios pacíficos. Inexiste regra de direito internacional que estabeleça uma obrigação de resultado em prazo determinado. O direito internacional apenas estipula a forma de solução para o conflito (pacífica) e deixa às partes a escolha dos meios e o resultado da operação do meio. A Iugoslávia e os representantes de Kosovo estavam negociando em Rambouillet uma saída negociada para a crise. Outros Estados ou organizações regionais, portanto, não poderi-

am impor uma data limite para a solução negociada, *sob ameaça do uso da força*, por contrariar os arts. 33, 2(3) e 2(4), todos da Carta da ONU. Recorde-se que o art. 2(4) proíbe expressamente, e sem exceções, a ameaça do uso da força nas relações internacionais, e o artigo 33 deixa às partes a livre escolha dos meios pacíficos a serem adotados para a solução de uma disputa, não lhes impondo uma obrigação de resultado.

A OTAN acabou exigindo também a aceitação integral, pela Iugoslávia, do plano de Paz apresentado pelo Grupo de Contato. Essa posição descaracterizou o aspecto negocial da solução. A Iugoslávia alegava que a solução para o conflito estava sendo, na verdade, imposta. Com efeito, é possível que a posição da OTAN tenha influenciado a própria posição dos representantes de Kosovo e contribuído, em última análise, para que as negociações fossem frustradas.

Um outro aspecto a ser examinado, não menos importante, é se a ação militar da OTAN estaria de conformidade com a Carta da ONU, especialmente o Cap. VIII da Carta.

O art. 53 da Carta, parte integrante do Cap. VIII, assim dispõe:

“1. *O Conselho de Segurança utilizará, quando for o caso, tais acordos e entidades regionais para uma ação coercitiva sob a sua própria autoridade. Nenhuma ação coercitiva será, no entanto, levada a efeito de conformidade com acordos ou entidades regionais sem autorização do Conselho de Segurança com exceção das medidas contra um Estado inimigo, como está definido no parágrafo 2º deste artigo, que forem determinadas em consequência do art. 107 ou em acordos regionais destinados a impedir a renovação de uma política agressiva por parte de qualquer desses Estados, até o momento em que a Organização possa, a pedido dos Governos interessados, ser incumbida de impedir toda nova agressão por parte de tal Estado*”. (ênfase acrescida)

O art. 53 proíbe, portanto, que entidades ou acordos regionais possam efetuar qualquer ação coercitiva sem a devida autorização do Conselho de Segurança. A expressão “ação coercitiva” tem sido interpretada como compreendendo todo tipo de ação militar, ou o uso da força armada. A ação militar da OTAN não foi, em momento algum, expressamente autorizada pelo Conselho de Segurança. É verdade que o Conselho de Segurança, na Resolução 1160 (1998), de 31 de março de 1998, afirmou que poderia considerar “outras medidas adicionais” caso não houvesse um “progresso construtivo para a resolução pacífica da situação em Kosovo”²⁵. Por igual modo, o Conselho de Segurança afirmou, na Resolução 1199 (1998), de 23 de setembro de 1998, que consideraria “medidas adicionais” para manter ou restaurar a paz e estabilidade na região, caso as medidas concretas exigidas naquela Resolução e na Resolução 1160 (1998) não fossem tomadas²⁶. No entanto, o Conselho de Segurança jamais autorizou *expressamente* o uso da força pela OTAN ou pelos Estados membros da OTAN. A prática do Conselho mostra que Estados só usaram da força armada sob autorização *expressa* do Conselho de Segurança, como ilustra a Res. 660 (1990), que autorizou os Estados a usarem “todos os meios necessários” à restauração da paz e segurança na área e ao cumprimento da Resolução 660 (1990) e outras resoluções subsequentes²⁷.

Seria difícil alegar a autorização *implícita* do Conselho de Segurança para a ação militar da OTAN para o caso, vez que, durante o conflito, dois membros permanentes (Rússia e China) expressamente condenaram a ação militar, e a Índia, Rússia e Belarus chegaram a propor um projeto de Resolução que afirmava a ilegalidade da ação²⁸. Lembre-se que o art. 27(3) da Carta da ONU requer o voto concorrente de todos os membros permanentes para decisões de natureza não procedimental, tal qual a que autoriza o uso da força armada em determinada situação. Portanto, é de se supor que em

momento algum teria o Conselho de Segurança os votos necessários para a decisão que autorizaria o uso da força por parte da OTAN ou de seus membros. Com efeito, os Estados membros da OTAN que compõem o Conselho de Segurança da ONU (Estados Unidos, Reino Unido e França) deixaram de submeter formalmente um projeto de resolução em tal sentido.

Em conclusão, a ação militar da OTAN contra a Iugoslávia não parece estar de conformidade com o Cap. VIII da Carta da ONU, especialmente com o disposto no artigo 53.

Deve-se notar, também, que a ação militar da OTAN representaria um desvio de sua finalidade original, tal como prevista no tratado que a constituiu. O Tratado de Washington (1949), no seu artigo 5º, assim dispõe:

“As Partes concordam em que um ataque armado contra uma ou várias delas na Europa ou na América do Norte será considerado um ataque a todas, e, conseqüentemente, concordam em que, se um tal ataque armado se verificar, cada uma, no exercício do direito de legítima defesa, individual ou coletiva, reconhecido pelo artigo 51º da Carta das Nações Unidas, prestará assistência à Parte ou Partes assim atacadas, praticando sem demora, individualmente e de acordo com as restantes Partes, a ação que considerar necessária, inclusive o emprego da força armada, para restaurar e garantir a segurança na região do Atlântico Norte”.

O Tratado de Washington (1949) instituiu, portanto, um sistema regional de segurança coletiva para ser acionado no caso de atos de agressão armada praticados contra um dos Estados partes do Tratado. Em outras palavras, a OTAN foi criada com fins defensivos e não ofensivos. Ao submeter o tratado ao exame do Senado, tanto o Secretário de Estado como o Secretário de Defesa norte-americano reiteraram o caráter puramente defensivo da aliança perante o Comitê de Relações Exteriores do Senado²⁹.

Nesse sentido, a ação militar não se enquadraria no tipo clássico de uma resposta coletiva a uma agressão armada perpetrada contra um dos membros da OTAN. Os fatos do caso não autorizariam a invocação da justificativa do exercício de legítima defesa coletiva, pois a Iugoslávia não praticou qualquer ato de agressão armada contra qualquer Estado membro da OTAN antes da ação militar. A OTAN e os Estados membros da OTAN sabem disso, pois em nenhum momento procuraram justificar sua atitude com base no direito de legítima defesa coletiva ou individual, mesmo na sua contestada versão antecipatória.

Se um caso de legítima defesa coletiva estivesse caracterizado, a ação militar da OTAN *poderia* estar em harmonia com a Carta da ONU, tendo em vista o que prescreve o art. 51 da Carta (cf. *supra*). Obviamente, os demais requisitos para o exercício de tal direito deveriam ser atendidos.

Deve-se notar, contudo, que os Estados partes da OTAN têm procurado reinterpretar os termos do Tratado de Washington (1949) à luz de uma reavaliação dos objetivos e finalidades da Organização. Essa reavaliação tem sido efetuada desde o fim da guerra fria, em decorrência dos novos desafios e perigos que a OTAN tem identificado no mundo globalizado atual. Na recente Reunião do Conselho do Atlântico Norte, ocorrida em Washington, em abril de 1999, os Estados membros da OTAN emitiram a Declaração de Washington. Nessa Declaração, os Estados reafirmaram que a defesa coletiva “permanece sendo o propósito básico da OTAN” e que estavam determinados a enfrentar aqueles que “violam direitos humanos, realizam a guerra ou conquistam território”, bem como a proteger-se contra o “terrorismo”³⁰. Em outro documento emitido após a Reunião, o Comunicado do Encontro de Washington, a OTAN acrescenta que está determinada a “realizar novas missões, incluindo contribuir para a prevenção efetiva de conflito e engajar-se ativamente no gerenciamento de crises, incluindo

operações em resposta a crises”³¹. Essas posições demonstram que a OTAN está alargando consideravelmente o seu campo de ação institucional para novas áreas, como a dos direitos humanos, e também está deixando de ser uma entidade com atuação defensiva passiva para buscar ativamente, *inclusive em ações preventivas*, o cumprimento de suas finalidades. Sob esse aspecto, a ação militar da OTAN estaria compreendida, na opinião dos Estados membros da Organização, dentro das finalidades e objetivos estabelecidos pelo Tratado.

Mesmo se considerada a compatibilidade da nova missão institucional da OTAN com o seu tratado constitutivo, a questão persiste sobre a adequação da ação militar da OTAN com a Carta da ONU. Essa questão é relevante porque a Carta da ONU, no seu artigo 103, estabelece a prevalência das obrigações impostas pela Carta sobre qualquer outra. Reza o artigo 103:

“No caso de um conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas sob a presente Carta e suas obrigações sob qualquer outro acordo internacional, suas obrigações sob a presente Carta prevalecerão.”

Demais, o próprio Tratado de Washington (1949) estabelece (art. 7º) que as suas disposições não afetam as obrigações assumidas pelas partes sob a Carta da ONU:

“O presente Tratado não afeta e não será interpretado como afetando de qualquer forma os direitos e obrigações decorrentes da Carta, pelo que respeita às partes que são membros das Nações Unidas, ou a responsabilidade primordial do Conselho de Segurança na manutenção da paz e segurança internacionais.”

Na hipótese de conflito entre as obrigações assumidas sob o Tratado de Washington (1949) e a Carta da ONU, claro está que os Estados partes da OTAN devem dar prioridade à Carta da ONU. Essa prevalência é mais marcante no caso do uso da força nas relações internacionais, tendo em vista

que o Tratado de Washington (1949) dispõe, no seu art. 1º, o que segue:

“As partes comprometem-se, de acordo com o estabelecido na Carta das Nações Unidas, a regular por meios pacíficos todas as divergências internacionais em que possam encontrar-se envolvidas, de forma que não coloquem em risco a paz e segurança internacionais, assim como a justiça, e a não recorrer, nas relações internacionais, a ameaças ou ao emprego da força de qualquer forma incompatível com os fins das Nações Unidas.”

Portanto, é possível que a Organização e seus membros estejam violando os dispositivos da Carta da ONU e, dessa forma, praticando um ilícito internacional, mesmo se a ação militar da OTAN estiver em consonância com o seu tratado constitutivo.

3.2. A legalidade da ação militar da OTAN sob a justificativa de intervenção por razões humanitárias

A grande questão que o conflito de Kosovo tem suscitado atualmente é se o direito internacional contemporâneo admite o uso da força nas relações internacionais por parte de um Estado ou Estados contra um outro Estado por razões humanitárias. No plano da prática dos Estados, existem numerosos exemplos em que os Estados usaram da força contra um outro Estado sob a alegação de proteger os seus nacionais residentes ou situados no território do outro Estado. O direito de intervenção armada do Estado em favor de nacionais seus que estão no território de outro Estado tem sido objeto de antigo debate doutrinário, de tal forma que não se pode concluir com segurança pela sua existência. O receio de alguns é que Estados mais poderosos usem, como teria ocorrido no passado em numerosas ocasiões, a justificativa da proteção de seus nacionais no exterior para encobrir verdadeiras intervenções armadas com objetivos políticos, econômicos ou estratégicos. Vale citar a posição do Professor Brownlie a respeito:

“As ocasiões em que Estados invocaram considerações humanitárias para justificar o uso da força dentro e contra um outro Estado não inspiram confiança na nova doutrina. Tais intervenções são comumente baseadas numa agenda política colateral e envolvem uma perda considerável de vidas, cuja existência é obscurecida pela manipulação da mídia”³².

A experiência de Kosovo, no entanto, é ainda mais controversa e complexa, pois os supostos beneficiados pela ação armada são nacionais do Estado vítima da ação armada, embora possuam etnia diferenciada. Cuida-se, pois, não de intervenção armada do Estado em favor de nacionais seus que estão no território de outro Estado, mas do uso da força por parte de Estados contra um Estado e em favor dos nacionais desse Estado que está sendo vítima da ação militar. A questão que se coloca é se o direito internacional atual reconhecera aos Estados uma espécie de direito de ação armada contra um Estado quando este viola (talvez de forma grave) os direitos humanos de seus nacionais.

Se examinada a questão sob o ponto de vista do direito convencional, em especial da Carta da ONU, fica claro que a regra proibitiva e as exceções à regra lá previstas *não abarcam expressamente a hipótese de uso da força por razões humanitárias*. Indaga-se, então, se, no plano costumeiro, haveria uma norma costumeira que reconhecesse ou outorgasse esse direito aos Estados.

A Corte Internacional de Justiça emitiu pronunciamento geral a respeito da matéria por ocasião do julgamento do caso *Nicarágua* (1986). Nesse caso, os Estados Unidos invocaram, *inter alia*, como base para as suas ações contra a Nicarágua, a descoberta, por parte do Congresso norte-americano, de que a Nicarágua estava violando os direitos humanos de seus próprios nacionais. A Corte assim se manifestou sobre a alegação:

“Em todo caso, enquanto os Estados Unidos podem fazer sua própria

avaliação da situação quanto ao respeito aos direitos humanos na Nicarágua, o uso da força não poderia ser o método apropriado para monitorar ou assegurar tal respeito. Com relação aos passos realmente dados, a proteção dos direitos humanos, um objetivo estritamente humanitário, não pode ser compatível com a minagem dos portos, a destruição das instalações petrolíferas, ou novamente com o treinamento, ou o fornecimento de armas e equipamentos aos *contras*. A Corte conclui que o argumento derivado da preservação dos direitos humanos na Nicarágua não pode fornecer uma justificativa legal para a conduta dos Estados Unidos, e não pode em qualquer caso ser reconciliado com a estratégia legal do Réu, que está baseada no direito de autodefesa coletiva”³³.

O entendimento manifestado pela Corte em nenhum momento se refere à Carta da ONU, o que indicaria que essa posição teria feito referência ao direito internacional geral (ou direito costumeiro internacional)³⁴. Ao lado da posição da Corte, um respeitável grupo de autoridades doutrinárias assevera também que o direito internacional não reconhece um direito de intervenção armada ou razões humanitárias. Mencione-se a opinião do Professor Schachter:

“A relutância dos Governos em legitimar a invasão estrangeira no interesse do humanitarismo é compreensível à luz dos abusos passados por Estados poderosos. Estados fortes o suficiente para intervir e suficientemente interessados em fazê-lo tendem a ter uma solução política no seu próprio interesse nacional. A maioria dos Governos está atualmente sensível a esse perigo e não mostra disposição em abrir o Artigo 2(4) a uma exceção ampla para intervenção humanitária através da força armada”³⁵.

A possibilidade do abuso de um tal direito de intervenção armada por razões hu-

manitárias seria, de fato, considerável. Demais, poderia ter o efeito não desejado de desestimular os Estados, de uma forma geral, a tornarem-se partes de instrumentos internacionais de proteção aos direitos e liberdades fundamentais do homem.

Se admitida, a possibilidade de uma intervenção armada por razões humanitárias deveria estar compreendida dentro do sistema das Nações Unidas, sendo prévia e expressamente autorizada ou determinada pelo Conselho de Segurança da ONU. Para tal fim, o Conselho faria uma determinação no sentido de que a situação humanitária dentro de um Estado está colocando em risco a paz e segurança internacionais, autorizando, com base no Cap. VII da Carta, o uso da força contra o Estado que insistisse em descumprir decisões prévias do Conselho sobre a situação. Com efeito, atualmente já se defende a relação entre o respeito aos direitos humanos e a paz e segurança internacionais. A Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos (1993), por exemplo, afirmou o vínculo entre o respeito aos direitos humanos e a paz e segurança internacionais, nos seguintes termos: “Os esforços do sistema das Nações Unidas para o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos contribuem para a estabilidade e o bem-estar necessários para as relações amistosas e pacíficas entre as nações, e para melhorar as condições para a paz e segurança, bem como o desenvolvimento econômico e social, de conformidade com a Carta das Nações Unidas”³⁶.

No caso da situação de Kosovo, o Conselho de Segurança realmente adotou várias resoluções sobre a questão humanitária. De especial relevância foi a Resolução 1199 (1998), na qual o Conselho manifestou preocupação com a “iminente catástrofe humanitária em Kosovo” e com os “relatórios de crescentes violações de direitos humanos e do direito humanitário” e, afirmando que a deterioração da situação em Kosovo “constitui uma ameaça à paz e segurança na região”, tomou decisões com base no Cap. VII

da Carta, que são obrigatórias a todos os Estados. Como já sublinhado acima, a citada Resolução afirmou, ao final, que “medidas adicionais” para manter ou restaurar a paz e estabilidade na região seriam consideradas, caso as medidas concretas exigidas naquela Resolução e na Resolução 1160 (1998) não fossem tomadas. Esta Resolução 1199 (1998), portanto, apresentou *quase* todos os requisitos para um primeiro e autêntico caso de intervenção humanitária sob os auspícios da ONU. Faltava apenas um: a autorização ou determinação expressa do Conselho de Segurança, que poderia ser dada numa outra resolução. Tal, entretanto, não ocorreu, pois não havia o consenso dos membros permanentes do Conselho.

O uso da força efetuado contra a Iugoslávia pela OTAN apresentaria mais um agravante: os meios e métodos usados para a consecução do alegado fim (intervenção humanitária) poderiam ser questionados. Determinadas instalações civis, como refinarias de petróleo, estações de energia, pontes, estação de televisão e até hospitais, foram bombardeadas. Pode-se argumentar que o bombardeio de tais alvos constituiria uma violação das normas de direito internacional humanitário e das leis e costumes de guerra, o que, por conseguinte, descaracterizaria o caráter meramente humanitário da ação militar. Deve-se notar, porém, que a OTAN justifica tal uso da força afirmando serem objetivos militares legítimos, ou que, em alguns casos, teria havido um erro na operação militar.

Cumprir fazer um comentário sobre o fato de a OTAN ter falado oficialmente, em numerosas ocasiões, em nome da “comunidade internacional”, indicando que a comunidade internacional havia lhe outorgado um mandato para propor determinada solução para a questão ou resolvê-la por qualquer meio. Durante os debates no Conselho de Segurança em torno da proposta de resolução que condenava a ação militar da OTAN, o representante da Índia fez a seguinte observação a respeito:

“Aqueles que continuaram a atacar a Iugoslávia professaram fazê-lo em favor da comunidade internacional e com base em razões humanitárias. Eles disseram que estavam agindo em nome da humanidade. Poucos membros da comunidade internacional falaram nos debates de hoje, mas mesmo entre aqueles que tinham falado, a OTAN teria notado que a China, Rússia e Índia tinham feito oposição à violência que eles tinham perpetrado. ‘A comunidade internacional’ não poderia ter endossado suas ações, quando representantes de metade da humanidade tinham dito que eles não concordavam com o que a OTAN havia feito”³⁷.

Com a conclusão de um acordo entre a OTAN e a Iugoslávia, o Conselho de Segurança, por meio da Resolução 1244 (1999), endossou os princípios gerais de uma solução política para a crise de Kosovo, elaborados pelo Grupo dos Oito Países, e autorizou os Estados membros e organizações internacionais relevantes (leia-se: OTAN) a estabelecerem uma força de segurança internacional em Kosovo para assegurar o cumprimento dos termos da Resolução, que prevê, entre outras, medidas de caráter humanitário para a região³⁸. A operação das forças da OTAN em território iugoslavo tem, a partir de então, o respaldo do Conselho de Segurança da ONU. Nesse sentido, a operação *atual* da OTAN e demais países envolvidos conforma-se com a prática mais recente da ONU no campo humanitário. Desde o início da década de 90, várias operações de manutenção da paz da ONU têm previsto ações no campo dos direitos humanos. Cite-se a missão de El Salvador (1990), Camboja e Haiti (1993). O Alto Comissariado das Nações Unidas para os direitos humanos também enviou missões humanitárias para Burundi, Ruanda, Iugoslávia e Congo. Não será surpresa se amanhã a OTAN e/ou os Estados membros da OTAN reportarem-se

aos termos da Resolução 1244 (1999) para demonstrar que houve uma ratificação ou endosso *ex post facto* da ação militar da OTAN por parte do Conselho de Segurança, caracterizando-se, dessa forma, a legalidade da ação da OTAN.

4. Conclusão

O conflito entre a OTAN e a Iugoslávia colocou em discussão dois grandes valores: de um lado, a operação e eficácia de todo o sistema de segurança coletiva estabelecido pela Carta da ONU e, de outro, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais do homem e sua importância para a paz e segurança internacionais. Não se podia, obviamente, ficar indiferente às graves violações de direitos humanos que estavam ocorrendo no território da Iugoslávia. Por outro lado, se a ação militar da OTAN realizou-se à margem do sistema de segurança coletiva das Nações Unidas, e em desrespeito à Carta da ONU e ao direito internacional geral, criou-se um grave precedente para a futura conduta dos Estados e organizações regionais no plano internacional. Se os Estados, individual ou coletivamente, sentirem-se livres para recorrer ao uso da força quando o Conselho de Segurança tornar-se inoperante pela falta de consenso entre os membros permanentes, a paz e segurança internacionais estarão sujeitas a grave risco. Quando menos, os Estados fracos poderão ser vítimas de graves agressões ou intervenções sob a justificativa da defesa dos direitos humanos.

O direito internacional contemporâneo não parece reconhecer o direito de intervenção armada contra um Estado por razões humanitárias. É possível que a recente prática dos Estados membros da OTAN, contudo, venha a provocar uma mudança no direito internacional geral a respeito, mas certamente será preciso mais do que um caso isolado para que essa nova regra venha a ser formada.

Notas

¹ Cf. *Legality of Use of Force* (1999). A Iugoslávia propôs ações individuais contra a Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Espanha, França, Itália, Países Baixos, Portugal e Reino Unido. Das dez ações, duas foram extintas sem julgamento de mérito e arquivadas (as propostas contra os Estados Unidos e Espanha), pois a Corte entendeu que não tinha jurisdição sobre os casos.

² Veja PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Technos, 1992, p. 648. Veja também a posição do Juiz Nagendra Singh a respeito, em sua Opinião Separada no caso Nicarágua: Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America): merits, judgement. *ICJ REPORTS*. 1986, p. 152. Em igual sentido manifestou-se a Comissão de Direito Internacional da ONU, cf. *International Law Commission Yearbook*, 1966-II, p. 247.

³ Veja ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Publico*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 475.

⁴ Para o texto completo da Declaração, veja BROWNLIE, Ian. *Basic Documents in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 35-44.

⁵ Essa posição foi ratificada pelo Juiz Jennings, em sua Opinião Dissidente, p. 530-531, e pelo Juiz Nagendra Singh, em sua Opinião Separada, ambas no caso *Nicarágua*, *op. cit.* n. 2. p. 151.

⁶ Veja OPPENHEIM, L. *International law*. London: Longmans, Green and Co. Ltd., v. 2, p. 153, 1952.

⁷ Veja BROWNLIE, Ian. *International law and the use of force by states*. Oxford: Clarendon, p. 361-362, 1963.

⁸ Cf. caso *Nicarágua*, *op. cit.* n. 2, p. 101, par.191.

⁹ Cf. UN Security Council Doc. S/RES/487, de 17 de dez. 1981.

¹⁰ Ver, SCHWEBEL, Stephen M. Aggression, intervention and self-defence. *Recueil des cours de l'académie de droit international*. v. 2, p. 473, 1972. RUDA, José Maria. *Panorama del derecho internacional publico contemporaneo*. Washington: Comitê Jurídico Interamericano, 1984, p. 62. WALDOCK, Humphrey. The Regulation of the use of force by individual states in international law. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, v. 106, p. 492, 1952.

¹¹ Essa é a interpretação da maioria dos autores a respeito. Veja, e.g., BROWNLIE, Ian. The use of force in self-defence. *The British Year Book of International Law*, v. 37, p. 266-267, 1962. Há, entretanto, aqueles que advogam a possibilidade da chamada autodefesa preventiva, i.e., o Estado exerce o direito de autodefesa sem a efetiva ocorrência prévia do ataque armado, mas na iminência de um ataque armado.

¹² SCHACHTER, Oscar. International law in theory and practice. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, v. 178, p. 152-156, 1982.

¹³ Veja, e.g., o art. 3º do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca - TIAR (1947).

¹⁴ As justificativas foram extraídas de comunicados oficiais à imprensa emitidos pela OTAN. Deve-se ressaltar, no entanto, que os Estados membros da OTAN, que são partes da ação movida perante a Corte Internacional de Justiça pela Iugoslávia, certamente apresentarão argumentos legais mais elaborados e complexos. No entanto, a referida ação está num estágio inicial e tais argumentos ainda não foram apresentados, o que impede a sua análise nesse trabalho.

¹⁵ PRESS RELEASE. n. 12, 1999.

¹⁶ Veja, *inter alia*, PRESS RELEASE n. 40, 23 mar. 1999. e PRESS RELEASE. n. 42, 25 mar. 1999. Nesta última, o Secretário-Geral afirma: "Permita-me reiterar que estamos determinados a continuar até que tenhamos alcançado nossos objetivos: interromper a violência e impedir uma catástrofe humanitária adicional".

¹⁷ PRESS RELEASE. n. 12, 30 jan. 1999.

¹⁸ PRESS RELEASE. n. 40, 23 jan. 1999.

¹⁹ PRESS RELEASE. n. 40, 23 jan. 1999.

²⁰ PRESS RELEASE. n. 12, 30 jan. 1999 e PRESS RELEASE. n. 20, 19 fev. 1999.

²¹ PRESS RELEASE. n. 12, 30 jan. 1999.

²² PRESS RELEASE. n. 20, 19 fev. 1999.

²³ PRESS RELEASE. n. 21, 23 fev. 1999.

²⁴ Statement to the Press, by the Secretary General, NATO HQ, 13 out. 1998.

²⁵ UN Security Council Doc. S/RES/1160, 31 mar. 1998.

²⁶ UN Security Council Doc. S/RES/1199, 23 set. 1998.

²⁷ UN Security Council Doc. S/RES/678, 29 nov. 1990.

²⁸ UN Security Council Doc. S/1999/328 (o projeto não foi aprovado).

²⁹ Veja KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Touchstone, 1994, p. 458-460.

³⁰ Cf. PRESS RELEASE NAC-S. n. 63, 23 abr. 1999.

³¹ Cf. PRESS RELEASE NAC-S. n. 64, 24 abr. 1999.

³² BROWNLIE, Ian. General Course on Public International Law. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, v. 255 p. 207, 1995.

³³ Cf. caso *Nicarágua*, *op. cit.* n. 2, p. 134-135, par. 268.

³⁴ A Corte estava impedida de julgar o caso com base em tratados multilaterais, por força da reserva formulada pelos Estados Unidos na sua declaração de aceitação da jurisdição da Corte. Tal reserva excluía da jurisdição da Corte os mais rele-

vantes tratados multilaterais, entre os quais a própria Carta da ONU. Seu julgamento, portanto, apoiou-se explicitamente no direito costumeiro internacional.

³⁵ SCHACHTER, Oscar, *op. cit.* n.12, p. 144.

³⁶ Cf. A/CONF.157/23, 12 jul. 1993.

³⁷ UN Security Council Doc.; PRESS RELEASE SC/6659 3989th Meeting, 26 mar. 1999.

³⁸ UN Security Council Doc. S/RES/1244, 10 jun. 1999.

Poder soberano e constituições americanas

Raul José de Galaad Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. Soberania e constituições latino-americanas. 3. Soberania na constituição e na jurisprudência estadunidenses. 4. Soberania em outras constituições americanas. 5. Conclusão.

1. Introdução

Com o presente trabalho temos a pretensão de estudar a soberania à luz das constituições americanas. A soberania é uma definição de caráter estritamente político, que depois migrou para o Direito? Ou tem um caráter muito mais jurídico? Acreditamos, para efeito de esclarecer essas indagações, ser de extrema oportunidade teórica orientar-nos por uma visão do conteúdo das constituições modernas.

Inicialmente, discutimos a abordagem da soberania nos textos das constituições dos países latino-americanos¹. A seguir, tratamos da questão da soberania na constituição dos Estados Unidos. Devido a algumas particularidades históricas do país, fazemos, também, uma relação entre a abordagem contida na sua atual constituição e o Tratado da Confederação. Por fim, consideramos as circunstâncias em que o preceito da soberania é contemplado nas constituições de algumas outras nações americanas: Canadá, Haiti e Suriname.

Acreditamos que, com esse estudo, estaremos contribuindo para demonstrar que o preceito da soberania é ainda de importân-

Raul José de Galaad Oliveira é Doutor em Direito pela UFMG; Professor de Direito Constitucional no Instituto Luterano de Ensino Superior de Santarém, PA; Professor de Ciência Política nas Faculdades Integradas do Tapajós; Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, MG, 1991-2000; 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; Consultor *ad hoc* do CNPq.

cia basilar na organização dos Estados americanos.

2. Soberania e constituições latino-americanas

As constituições latino-americanas, em sua maioria absoluta, são extremamente enfáticas na afirmação da soberania. A idéia de unidade nacional, independência nacional e cooperação internacional, que dimanam da compreensão das dimensões interna e externa da soberania, são sempre recorrentes nos textos constitucionais, desde os seus respectivos preâmbulos.

Constituição da Argentina

O texto constitucional argentino faz menção expressa à soberania; além disso, ela é deduzível de vários outros preceitos, pois não é indispensável a reiterada repetição do princípio como condição da sua previsão em outras circunstâncias. Muito a propósito, em comentário à Constituição argentina, antes da reforma de 1994, Germán J. Bidart Campos sustenta que a Lei Maior argentina não usa o vocábulo *democracia*, muito embora possamos apreender, que sua forma de Estado, seu sistema e sua organização política sejam democráticas (BIDART, 1992, p. 35-98). Pois, como bem salienta o eminente jurista portenho, para compreender a Constituição de seu país é necessário levar em conta uma trilogia: letra, espírito e raiz histórica. O preceito da soberania constituiu-se em princípio expresso e implícito na Constituição, que serve de interpretação para as demais normas constitucionais. O próprio preâmbulo da Lei Maior argentina corrobora esse entendimento, por meio de suas disposições. Aliás, o preâmbulo declara que os representantes do *povo nacional argentino* ordenam, decretam e estabelecem a Constituição, por *vontade* e eleição das províncias, com o fim de constituir a *união nacional*, consolidar a paz interior, a defesa comum, o bem-estar geral etc². – fins esses que decorrem da constituição do estado soberano.

É interessante observarmos que a soberania federal argentina decorreu, historicamente, do cumprimento de pactos preexistentes entre as províncias – Pacto del Pilar (23-2-1820); Tratado del Cuadrilátero (25-1-1822); Pacto Federal (4-1-1831) e Acuerdo de San Nicolás (31-5-1852). Nesse sentido, o art. 110, o último da Constituição, considera que os governadores são agentes naturais do Governo federal para fazer cumprir a Constituição e as leis da Nação (BASE DE DATOS, 1999, on-line), em expressiva evidência de que as províncias concorrem para a efetivação da soberania federal.

O art. 37. da Constituição garante o pleno exercício dos direitos políticos, em conformidade com o princípio da soberania popular, bem como estabelece que o sufrágio é universal, igual, secreto e obrigatório para todos. Anteriormente a esse dispositivo, o art. 33., estabelece que as declarações, direitos e garantias enumerados na Constituição não podem ser entendidos como negação a outros direitos e garantias enumerados, devendo ser entendidos, porém, como decorrentes do princípio da soberania popular e da forma republicana de governo³.

A navegação nos rios interiores da Nação, consoante o art. 26, é livre para todas as outras nações, desde que obedeçam às regras ditadas pela soberania nacional argentina. Apesar desse dispositivo, contudo, a Argentina continua postulando a soberania sobre as ilhas do extremo do Atlântico Sul, ao confirmar, na primeira das *Disposiciones Transitorias* da Constituição, “sua legítima e imprescritível soberania sobre as ilhas”⁴.

Constituição da Bolívia

A denominada Constituição bolivariana, a primeira do país, promulgada em 19 de novembro de 1826, já estabelecia que a soberania radica-se no povo. Em decorrência da fragilidade e instabilidade das instituições bolivianas⁵, seguiram-se dezesseis outras constituições – devendo-se registrar, segundo Benjamin Miguel Harb, também o *Referendum* de 11 de janeiro de 1931 (MIGUEL

HARB, 1992, p. 99-125), que introduziu substanciais mudanças na Constituição então vigente, de 24 de janeiro de 1921.

A Constituição boliviana atual, de 2 de fevereiro de 1967, com as modificações feitas pela Lei de 1º de abril de 1994, declara logo no seu *Título Preliminar Disposiciones Generales*, art. 1, que a Bolívia é livre, independente, soberana, multiétnica e pluricultural, constituindo-se em República unitária que adota a forma representativa, fundada na unidade e solidariedade dos bolivianos.

A Constituição consagra, também, em seu texto, preceitos relativos à soberania, oriundos da Escola clássica francesa. A idéia do exercício da soberania está disposta no artigo 2, que declara:

“La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

Interpretando o artigo acima, Miguel Harb afirma que o constitucionalismo boliviano, baseado na concepção liberal-democrática, concebe a organização do Estado inspirada nos ideais liberais de pesos e contrapesos, dividido nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes entre si, porém coordenados como base do poder. Justamente para manter o equilíbrio e a sua natureza democrática, proíbe que os três reuam-se em um só poder (MIGUEL HARB, 1992, p. 99-125). Segundo o ilustre professor boliviano, a Constituição boliviana, conservando sua natureza republicana democrática liberal, que se origina da Revolução Francesa, considera que a soberania reside no povo que a delega aos três poderes do Estado. Nesse sentido, Miguel Harb define a independência e soberania do Estado nos seguintes termos:

“El Estado Boliviano es libre e independiente, para significar con estas notas que no depende políticamente de otro, y soberano, que no admite poder concurrente, con capacidad de dictar su ordenamiento jurídico y con auto-determinación” (1992, p. 99-125).

No passado político boliviano, as matérias eleitorais eram tratadas em leis específicas. Além disso, as Constituições anteriores não tratavam dos partidos políticos, ao contrário da atual de 1967, que introduz um capítulo específico que trata dessa matéria. A Constituição vigente, nos seus artigos 222 e 223, determina que a representação popular se exercitará por meio dos partidos políticos, ou de frente ou de coligações desses, desde que os agrupamentos cívicos possam apresentar seus candidatos nas listas dos partidos (MIGUEL HARB, 1992, p.99-125). Esses aspectos são importantes já que o art. 4 estabelece que “*El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley*”.

A *Parte Primera* da Constituição boliviana reconhece a pessoa como membro do Estado. Todavia, o art. 4, II, estabelece que toda reunião de pessoas ou força armada que se atribua a soberania do povo comete delito de sedição.

Constituição do Chile

O preâmbulo, que fornece os considerandos para a instituição da Constituição chilena, refere-se à vontade soberana nacional, majoritariamente manifestada, que aprovou a Lei Fundamental proposta⁶.

O artigo 5 da Constituição chilena consagra a soberania nacional como idéia central de poder. Estabelece, não obstante, alguns mecanismos concretos para o exercício da soberania, o que está mais afeto à noção de soberania popular. De qualquer forma, modernamente, as duas teorias da soberania, a nacional e a popular, não se antagonizam mas, pelo contrário, complementam-se (BASE DE DATOS, 1999, on-line). Eis o teor do art. 5:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Interpretando o dispositivo acima, Humberto Nogueira Alcalá considera que a Carta constitucional recorre, contra a corrente contemporânea posterior à Segunda Guerra Mundial, à concepção de que a soberania reside essencialmente na nação, ao qual agrega que seu exercício se realiza pelo povo, por meio de eleições periódicas, e também pelas autoridades estabelecidas. Assim, lamentavelmente, o constituinte originário pôs “num mesmo plano de exercício da soberania o corpo eleitoral e as outras autoridades estabelecidas pela Carta fundamental” (NOGUEIRA ALCALÁ, 1992, p. 273-324).

Os órgãos do poder de Estado devem integral submissão aos imperativos constitucionais na regência de suas ações. Dessa forma, está disposto:

“Art. 6 (a) Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

(b) Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

(c) La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Constituição da Colômbia

O legislador constituinte, exercendo o poder soberano, por delegação do povo, ins-

tituiu a Constituição do país, que tem como primeira finalidade fortalecer a unidade da Nação colombiana. A transcrição do texto é a seguinte:

“EL PUEBLO DE COLOMBIA en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latino americana, decreta, sanciona y promulga la siguiente” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

As disposições referentes ao exercício da soberania estão dispostas, na Constituição da Colômbia, nos artigos 3, 103, 104, 105, 106, 113 e 121.

O art. 3 declara solenemente que a “*sobrerania reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*”. O povo exerce a soberania na sua forma direta ou por meio de seus representantes, nos termos estabelecidos pela Constituição (COLOMBIA, 1998, on-line).

Dando fundamental importância à inserção do povo na ação soberana, o art. 103 anuncia que são mecanismos de participação popular no exercício da soberania o voto, o plebiscito, o referendo, a consulta popular, o escrutínio aberto, a iniciativa legislativa e ação revocatória de mandato, que serão regulamentados em lei. A fim de evidenciar e efetivar a participação geral, a Constituição determina, na segunda parte do mesmo artigo, que o Estado contribuirá para a organização, promoção e capacitação das organizações profissionais, cívicas, sindicais, comunitárias, juvenis, beneficentes ou de utilidade pública não-governamentais, sem detrimento de sua autonomia, com a finali-

dade de que se constituam em mecanismos democráticos de representação nas diferentes instâncias de participação, concerto, controle e vigilância da gestão pública (COLOMBIA, 1998, on-line).

O art. 104, no rastro do anterior, afirma que o Presidente da República, com a assinatura de todos os ministros e prévia aprovação do Senado da República, poderá consultar o povo nas questões de grande importância nacional. A decisão do povo será obrigatória, não podendo a consulta ser realizada simultaneamente com outra eleição. O art. 105 estende essa possibilidade de consulta popular também aos assuntos dos Departamentos e Municípios, devendo os respectivos Governadores e Alcaldes promovê-las após o cumprimento dos requisitos e formalidades que assinalam o estatuto geral da organização territorial⁷.

O art. 113 da Constituição colombiana fixa o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como ramos do Poder Público. Além desses, existem outros órgãos, autônomos e independentes para o cumprimento das demais funções do Estado. Ainda de acordo com esse artigo, torna-se público que os diversos órgãos do Estado têm funções diferentes e separadas, porém colaboram harmonicamente para a realização dos seus fins estatais.

No artigo 21, consta a vedação constitucional para que nenhuma autoridade do Estado possa exercer funções distintas das que lhe são atribuídas pela Constituição e outras leis.

Constituição da Costa Rica

No preâmbulo da Constituição costarriquenha, o legislador constituinte declara que os deputados livremente eleitos à Assembleia Nacional Constituinte são representantes originados do poder popular⁸ (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

A Constituição consagra como fundamento, no Título I, art. 1., que a Costa Rica é uma República democrática, livre e independente.

Segundo o art. 2, a soberania reside única e exclusivamente na Nação. Ao discorrer sobre os princípios do regime da Costa Rica, Ruben Hernandez Valle relaciona os artigos 1 e 2 da Constituição como qualificativos desse Estado centro-americano. Segundo o eminente constitucionalista costarriquenho, de acordo com sua posição dentro da Comunidade Internacional, a Costa Rica é soberana, pois goza de independência em relação aos demais sujeitos do Direito Internacional (HERNANDEZ VALLE, 1992, p. 211-141).

Ninguém poderá arrogar para si a soberania, conforme o art. 3; quem assim proceder cometerá o delito de traição à Pátria. Além disso, o art. 4 estabelece que nenhuma pessoa ou grupo de pessoas poderá assumir a representação do povo, arrogar-se em seus direitos ou subscrever petições em seu nome. A infração a essa disposição constitui-se no delito de sedição.

O território costarriquenho está situado, conforme o art. 5, entre o mar do Caribe e o Oceano Pacífico e entre as Repúblicas da Nicarágua e Panamá. A Ilha do Coco, localizada no Oceano Pacífico, integra o território nacional. Conforme o art. 6, o Estado exerce a soberania completa e exclusiva no espaço aéreo de seu território, nas suas águas territoriais a uma distância de doze milhas a partir da linha de baixa maré ao longo de suas costas, e na sua plataforma continental.

A reforma nº 47, de 27 de maio de 1999, modificou os artigos 20 e 33 da Constituição costarriquenha, dispondo sobre os princípios de liberdade e igualdade. Também corrigiu a menção a *homem*, substituindo o vocábulo por *pessoa*⁹.

Constituição de Cuba

Exemplo de que o internacionalismo é perfeitamente conciliável com a idéia de soberania é a constituição cubana, que consagra o princípio da soberania nacional. De acordo com o *Granma*, órgão oficial dos comunistas cubanos, a Lei de Reforma Constitucional, aprovada pela Assembleia

Nacional do Poder Popular, realiza mudanças indispensáveis – e não *mudanças cosméticas* – para cumprir os objetivos socialistas; estão de acordo com os interesses do país e flexibilizam o caráter da propriedade sobre os meios de produção e da direção e controle do comércio exterior; com ela se dá nova direção ao texto constitucional – que representa a norma jurídica superior e mais importante da sociedade.

A parte final do preâmbulo da Constituição cubana, em tom especialmente solene, declara:

“nossa Revolução elevou a dignidade da pátria e dos cubanos a uma altura superior; DECLARAMOS nossa vontade de que a lei das leis da República esteja presidida pelo profundo anseio, ao fim logrado, de Jo Martí:

‘Eu desejo que a lei primeira de nossa República seja o culto dos cubanos à dignidade plena do homem’”¹⁰.

Segundo o *Granma*, a Constituição cubana se ajusta à realidade do mundo em que vivemos, reafirma conceitos e aspirações e enumera, desde o início, os princípios inalteráveis de como o povo cubano concebe o seu estado. Estabelece o Capítulo I os *Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado*. Logo no art. 1 declara:

“Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana”.

O art. 2 dá ao Estado cubano o nome de República de Cuba. O art. 3 declara que nessa República a soberania reside no povo, do qual dimana todo o poder do Estado. Estabelece, ainda, que o poder é exercido diretamente ou por meio das Assembléias de Poder Popular e demais órgãos do Estado que delas derivem, na forma e segundo as normas fixadas pela Constituição e pelas leis.

Todo cidadão tem direito a combater, por todos os meios, incluindo a luta armada, quando não for possível outro recurso, contra qualquer um que pretenda derrubar a ordem política, social e econômica estabelecida pela Constituição¹¹.

Apesar das reformas de 1992, a Constituição declara no art. 5 que o Partido Comunista de Cuba, martiano e marxista-leninista, é a vanguarda organizada da nação cubana; o Partido é a força dirigente superior da sociedade e do Estado, que organiza e orienta os esforços comuns para os altos fins da construção do socialismo e avanço à sociedade comunista.

O art. 9 declara que o Estado realiza a vontade do povo trabalhador, tomando, entre outras medidas, a de garantir os esforços da nação na construção do socialismo, a de manter e defender a integridade e soberania da pátria, a de garantir a liberdade plena do homem, o gozo de seus direitos, o exercício e cumprimento de seus deveres e o desenvolvimento integral da personalidade e, também, dirigindo planificadamente a economia nacional.

O art. 11 estabelece que o Estado exerce a soberania sobre o território nacional, sobre o meio ambiente, sobre os recursos naturais do país e sobre o mar insular do país. Nesse sentido, a República de Cuba repudia e considera ilegais e nulos os tratados, pactos ou concessões concertadas em condições de desigualdade, ou que desconheçam ou diminuam a soberania e integridade territorial do país. Por isso, de acordo com o art. 12, Cuba tem como seus os princípios antiimperialistas e internacionalistas, ratificando sua aspiração de paz digna, verdadeira e válida para todos os Estados, grandes e pequenos, fracos e poderosos, assentada no respeito à independência e soberania dos povos e no direito à autodeterminação¹².

Comentando o Capítulo VIII da Lei Fundamental cubana, Miguel Angel Garcia Alzugaray afirma que, como primeiro órgão do Estado, a Constituição institui a Assembléia do Poder Popular, que “é a máxima

instância do poder estatal e expressa a vontade soberana de todo povo” (GARCIA ALZUGARAY, 1992, p. 243-272). Essa disposição está contida no art. 67. O art. 68 estabelece que, além de suas prerrogativas para reformar a Constituição, a Assembléia Nacional é o único órgão que tem a faculdade de ditar as leis de caráter geral para o país.

Após a entrada em vigor nos Estados Unidos da Lei Helms-Burton, a Assembléia Nacional cubana aprovou, em 24 de dezembro de 1996, a *Lei da Reafirmação da Dignidade e Soberania Cubana*, pela qual se declara ilícita, inaplicável, sem valor nem efeito jurídico algum a lei norte-americana (CUBA, on-line).

Constituição do Equador

Com alto entusiasmo pela sua história milenária, lembrando seus heróis e encorajado pelo trabalho de homens e mulheres que construíram a pátria equatoriana, o povo do Equador, por meio de seu legislador constituinte, proclama, no preâmbulo da Lei Maior de 1998, sua vontade de consolidar a unidade da nação equatoriana no reconhecimento de sua diversidade de regiões, povos, etnias e culturas. E no exercício de sua soberania, estabelece a Constituição (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

Além de exaltada no preâmbulo, a soberania é erigida, no Capítulo I, *De los Principios Fundamentales*, como primeiro preceito constitucional do Equador. O art. 1 estabelece que o Equador é um estado social de direito, soberano, unitário, independente, democrático, pluricultural e multiétnico. Seu governo é republicano, presidencial, eletivo, representativo, responsável, alternativo, participativo e de administração descentralizada. A maior parte dessas características constavam na Constituição de 1978. Analisando essa última Constituição, Hernan Salgado sustenta que as características anunciadas sempre estiveram presentes nas Cartas Políticas anteriores (HERNAN SALGADO, 1992, p. 325-350).

A titularidade da soberania é conferida ao povo, pois a segunda parte do art. 1 declara que a soberania radica no povo, cuja vontade é a base da autoridade, a ser exercida por meio dos órgãos do poder público e pelos meios democráticos previstos na Constituição¹³.

Seguindo o padrão da Escola Clássica Francesa, o art. 2 prescreve que o território equatoriano é inalienável e irredutível. A seguir, o art. 3 ordena como deveres primordiais do Estado: fortalecer a unidade nacional na diversidade; assegurar a vigência dos direitos humanos, das liberdades fundamentais das mulheres e dos homens e da seguridade social; defender o patrimônio natural e cultural do país e proteger o meio ambiente; preservar o crescimento sustentável da economia e o desenvolvimento equilibrado e equitativo em benefício coletivo; erradicar a pobreza e promover o progresso econômico, social e cultural de seus habitantes; garantir a vigência do sistema democrático e a administração livre da corrupção.

De acordo com o art. 4, o Equador, nas suas relações com a comunidade internacional, proclama a paz, a cooperação como sistema de convivência e a igualdade jurídica dos Estados; condena o uso ou a ameaça de força como meio de solução dos conflitos e desconhece os espólios bélicos como fonte de direito; declara que o direito internacional é norma de conduta dos Estados nas suas relações recíprocas e promove a solução das controvérsias por métodos jurídicos e pacíficos; contribui para o desenvolvimento na comunidade internacional da estabilidade e fortalecimento de suas instituições; luta pela integração, em particular da andina e da latino-americana; rechaça toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminação ou segregação e reconhece o direito dos povos a sua autodeterminação e a livrar-se dos sistemas opressivos¹⁴ (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

O artigo 5 declara que o Equador poderá formar associações com um ou mais esta-

dos para a promoção e defesa dos interesses nacionais e comunitários.

Constituição de El Salvador

O legislador constituinte, no preâmbulo da Constituição, declara-se representante do povo salvadorenho e deposita inteira confiança em Deus; orienta sua vontade nos altos destinos da Pátria e no exercício da potestade soberana. Eis o teor desses altos desígnios:

“Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista. Decretamos, sancionamos y proclamamos, la siguiente Constitución” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

Os Títulos I e II da Constituição Política da República de El Salvador, de 1982, são denominados, respectivamente, *La Persona Humana y los Fines del Estado*, e *Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona*. O art. 1 revela que El Salvador reconhece a pessoa humana como a origem e o fim da autoridade do Estado, que está organizado para a consecução da justiça, da segurança jurídica e do bem comum. Essas disposições evidenciam a origem do poder soberano e atribuem fins ao Estado, impondo, ao mesmo tempo, limites axiológicos ao poder de Estado. A Lei Maior salvadorenha, além disso, muda a visão tradicional dos elementos formadores do Estado, integrando a pessoa humana como seu elemento constitutivo.

O Título III, nomeado *El Estado, su Forma de Gobierno y Sistema Político*, declara no art.

83 que El Salvador é um Estado soberano. A soberania reside no povo, que a exerce na forma prescrita e dentro dos limites da Constituição¹⁵.

O território da República, sobre o qual El Salvador exerce jurisdição e soberania, conforme o art. 84, é irredutível e compreende os territórios insulares e continentais, enumerados de acordo com a Sentença da Corte de Justiça Centro-Americana, de março de 1917, bem como regiões insulares estabelecidas de acordo com o direito internacional. El Salvador exerce sua soberania também sobre suas águas territoriais e sobre a comunidade do Golfo de Fonseca, sobre o espaço aéreo de seu território, sobre o subsolo e sobre a plataforma continental. A Constituição afirma, ainda no seu art. 84, que “*El Salvador ejerce soberanía y jurisdicción sobre el mar, el subsuelo y el lecho marinos hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea, todo de conformidad a las regulaciones del derecho internacional*”.

O art. 85 anuncia que o Governo é republicano, democrático e representativo. O sistema político é pluralista e expressa-se por meio dos partidos, que são o único instrumento para o exercício da representação do povo dentro do Governo. Seus estatutos, organização e funcionamento se sujeitam aos princípios da democracia representativa. Ainda segundo o art. 85, a existência de partido único oficial é incompatível com o sistema democrático e com a forma de governo estabelecidos na Constituição.

O poder público emana do povo e os órgãos do Governo o exercerão independentemente, dentro das respectivas atribuições e competências que são indelegáveis, segundo dispõe o art. 86; porém, os órgãos colaboram entre si para o exercício das funções públicas. Os órgãos fundamentais do Governo são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os funcionários governamentais são *delegados* do povo.

O povo tem o direito de insurreição a fim de restabelecer a ordem constitucional alterada pela transgressão das normas relati-

vas à forma de governo, ao sistema político estabelecido ou às violações aos direitos consagrados pela Constituição, nos exatos termos estabelecidos pelo art. 87.

No exercício da dimensão externa de sua soberania, El Salvador defenderá e promoverá a integração humana, econômica, social e cultural com as repúblicas americanas e especialmente com as centro-americanas. A integração decorrerá de convênios ou tratados, pelos quais poderão ser criados organismos supranacionais. Essas disposições estão contidas no art. 89 da Constituição, que também proclama o ideal alentado pela República de El Salvador no sentido de reconstituir a antiga Federação Centro-Americana:

“También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes. El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular”.

Constituição do México

As constituições têm por finalidade, segundo Jorge Carpizo e Jorge Madrazo, estabelecer soluções para os problemas de sua época. Por isso, as Constituições mexicanas, de 1814 e 1824, estabeleciam, no seu pórtico, nos seus primeiros artigos, a idéia de soberania e independência (CARPIZO, 1992, p. 557-611). A Constituição de 1814 declarava a soberania do povo e reconhecia a soberania externa e de direito internacional (CARPIZO, 1992, p. 557-611). Diferentemente, a Constituição atual, de 1917, embora também consagrando a idéia de soberania, preocupa-se primeiro em estabelecer as idéias de garantias individuais, da nacionalidade e da cidadania.

O art. 39 estabelece que a soberania nacional reside fundamentalmente no povo mexicano. Todo poder decorre da vontade popular e se institui em seu benefício. O povo tem a qualquer tempo o direito inalienável

de alterar ou modificar a forma de seu governo. Por sua vez, o art. 41 declara que a soberania será exercida pelo povo por meio dos poderes da União e dos estados, no que diz respeito às suas respectivas competências, dentro dos termos consignados na Constituição Federal e dos estados, que de nenhuma forma poderão contrariar o estipulado pelo pacto federal¹⁶. Corresponde ao Estado, conforme o art. 25, conduzir com retidão o desenvolvimento nacional para garantir que este seja integral, fortalecendo a soberania nacional e seu regime democrático para que, mediante o fomento do crescimento econômico e do emprego e uma mais justa distribuição dos recursos e da riqueza, permita o pleno exercício da liberdade e a liberdade dos indivíduos, grupos e classes sociais, cuja segurança é prevista na Constituição. Segundo o mesmo artigo, o Estado deve planejar, conduzir, coordenar e orientar a atividade econômica nacional, levando a termo a regulação e fomento das atividades de interesse geral, respeitando as liberdades outorgadas pela Constituição. Para o desenvolvimento econômico nacional, devem concorrer, com responsabilidade, o setor público, o setor social e o setor privado, sem desconsiderar as outras formas de atividade econômica que contribuam para o desenvolvimento econômico.

O art. 27 da Constituição estabelece que os domínios territoriais da nação são inalienáveis e imprescritíveis, devendo seu uso se efetivar conforme os ditames da lei e segundo outorga do poder público. Segundo o mesmo artigo, a nação exerce, na zona econômica exclusiva, situada fora do mar territorial e próxima a este, os direitos de soberania e as jurisdições que determinem as leis do Congresso.

Constituição do Panamá

Consoante o preâmbulo da Constituição panamenha de 1972, com as Reformas de 1978, 1983 e 1994, o primeiro e maior *desiderium* do legislador constituinte é fortalecer a Nação. Dessa forma, declara o seu texto:

“Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de Panamá”.

O Poder Público, de acordo com o que assinala o art. 2 da Constituição, emana exclusivamente do povo que o exerce conforme o estabelecido pela Constituição. O povo exercerá esse poder por meio dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, que atuarão limitada e separadamente, porém de forma harmoniosa¹⁷.

Constituição do Paraguai

O Preâmbulo da Constituição paraguaia, de 25 de agosto de 1967, que vigorou durante o governo autoritário de Alfredo Stroessner, ratificava as idéias de soberania e independência nacionais; ao mesmo tempo, declarava o país integrado à comunidade Internacional¹⁸.

A soberania tinha como fonte exclusiva o povo, consoante declaração formal do antigo texto constitucional do Paraguai. O exercício, os órgãos e a jurisdição da soberania estavam estabelecidos nos artigos 2, 3 e 13. O art. 2 estabelecia que a soberania da República do Paraguai reside essencial e exclusivamente no povo que a exerce por meio dos Poderes do Estado. O governo era exercido, consoante o art. 3, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dentro de um sistema de divisão, equilíbrio e interdependência. O art. 13 estabelecia que

“La soberanía, autoridad y vigilancia sobre el territorio nacional, comprendidos los ríos, los lagos interiores, el subsuelo y el espacio aéreo, serán ejercidas en la extensión y condiciones determinadas por la ley”.

A atual Constituição, de 20 de junho de 1992, nomeia o artigo 2 como *De la Soberanía*, estabelecendo que na República do Paraguai a soberania reside no povo, que a exerce conforme o disposto na Constituição.

O art. 155, nomeado de *Del Territorio, de la Soberanía y de la Inajenabilidad*, segue as prescrições da Escola Francesa da soberania, declarando que o território nacional jamais poderá ser cedido, transferido, arrendado, nem de forma alguma alienado, ainda que temporariamente, a nenhuma potência estrangeira. Os Estados que mantenham relações diplomáticas com a República paraguaia, assim como os organismos dos quais o país faça parte, só poderão adquirir os imóveis necessários à sede de suas representações de acordo com as prescrições da lei. Mas, mesmo nesses casos, sempre será ressalvada a soberania nacional paraguaia sobre o solo¹⁹.

Constituição do Peru

No preâmbulo da Constituição peruana, de 1979, o Congresso Constituinte reconhecia a si mesmo como obediente ao mandato conferido pelo povo. Seu teor está assim disposto:

“El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo Peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución”.

Na Constituição peruana anterior, de 1979, as disposições atinentes à soberania nacional, e ao seu exercício, estão previstas nos artigos 80 e 81. O art. 80 diz que são deveres primordiais do Estado defender a soberania nacional, garantir a plena vigência dos direitos humanos, promover o bem-estar geral baseado na justiça e no desenvolvimento integral e equilibrado do país, eliminando toda forma de exploração do homem pelo homem e do homem pelo Estado. Segundo o que dispunha o art. 81, o poder emana do povo, devendo aqueles que o exercem representar o povo, com as limitações e responsabilidades assinaladas pela Constituição e pela lei.

A Constituição atual do Peru, de 1993, no seu art. 45, contém disposição semelhante à do art. 81 acima transcrito: *“El poder del*

Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

Antes dele, o artigo 43 estabelece que o Peru é uma República democrática, social, independente e soberana; declara ainda que o Estado é uno e indivisível. O artigo 44 prescreve, como item inicial dos deveres primordiais do Estado, a defesa da soberania.

O art. 54 determina que o território do Estado é inalienável e inviolável, compreendendo o solo, o subsolo, o domínio marítimo e o espaço aéreo correspondente. O art. 56 da Constituição de 1993 prescreve que os tratados devem ser aprovados pelo Congresso antes de sua ratificação pelo Presidente da República, sempre que versem sobre as seguintes matérias: (1) direitos humanos; (2) soberania, domínio ou integridade do Estado; (3) defesa nacional; (4) obrigações financeiras do Estado.

No art. 66, fica estabelecido que os recursos naturais, renováveis ou não-renováveis, são patrimônio da Nação, sendo soberano o Estado no seu aproveitamento.

Já o art. 118 confere competência ao Presidente da República, entre outras, para adotar as medidas necessárias à defesa da República, à integridade do território e à soberania do Estado.

Como limitação ao poder, existem, entre outros, o art. 1 e 3. O art. 1 estabelece como fim supremo do Estado e da sociedade a defesa da pessoa humana e o respeito à sua dignidade. Por sua vez, o art. 3 declara que a enumeração dos direitos estabelecidos no Capítulo I, *Derechos Fundamentales de la Persona*, não exclui os demais que a Constituição garante, nem outros de natureza análoga ou que se fundem na dignidade do homem, nos princípios da soberania do povo, do Estado democrático de direito e da forma republicana de governo.

Constituição do Uruguai

A consagração da idéia de soberania nacional é feita por meio do art. 4 da Constitui-

ção, que faz residir toda fonte do poder soberano exclusivamente na nação. Assim dispõe: “*Art. 4 La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará*”.

Já o artigo 82 estabelece os modos pelos quais o eleitorado exercerá direta e indiretamente a soberania. Reza o indigitado artigo:

“*Art. 82 (b) Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma*” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

Analisando a relação entre os artigos 4 e 82, Eduardo G. Esteva Galliocchio entende que a soberania da Nação é exercida diretamente pelo Corpo Eleitoral nos casos de eleição, iniciativa e referendo. Segundo o constitucionalista uruguaio, a eleição representa a primeira hipótese de exercício da soberania direta. São eleitores os cidadãos naturais (nascidos no país) e os cidadãos legais (naturalizados), consoante a interpretação combinada dos artigos 82, 74 e 75 (ESTEVA GALLIOCCHIO, 1992, p. 733-770). Acrescenta Eduardo G. Esteva Galliocchio, com base no art. 78 da Constituição uruguaia, que são também eleitores, sem necessidade de obter previamente a cidadania legal, os estrangeiros com boa conduta e família constituída, que, cumprindo com os demais requisitos estabelecidos, tenham residência habitual de pelo menos quinze anos na República, desde que se inscrevam no Registro Cívico (ESTEVA GALLIOCCHIO, 1992, p. 773-770).

Constituição da Venezuela

A soberania venezuelana tem consecução com a efetiva participação das Assembléias Legislativas dos diferentes estados que integram a Federação – por isso a necessidade de sua aprovação para a instituição final do texto constitucional.

O legislador constituinte exerce seu ofício enquanto representante instituído pelo poder do povo venezuelano. Os principais propósitos desejados com o exercício da soberania interna são os de manter a independência e a integridade territorial, fortalecimento da unidade e a garantia da liberdade, da paz e estabilidade das instituições do país. Já a dimensão externa da soberania se efetivará, consoante o mesmo preâmbulo da Constituição, principalmente por meio da cooperação com as demais nações e, de modo especial, com as Repúblicas irmãs do continente²⁰.

Incluso no capítulo I, intitulado como *Disposições Fundamentais*, o artigo 1 anuncia que a República da Venezuela é para sempre, irrevogavelmente, livre e independente de toda dominação ou proteção de potência estrangeira.

Na Constituição venezuelana, a *titularidade* da soberania também é conferida ao povo, cujo texto assim dispõe: “Art. 4 – *La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público*”²¹.

O art. 7 prescreve que “a soberania, autoridade e vigilância sobre o mar territorial, a zona marítima contígua, a plataforma continental e o espaço aéreo, assim como o domínio e a exploração dos bens e recursos neles contidos, se exercerão na extensão e condições que determine a lei”.

O art. 8 da Constituição traz um elenco de características típicas da Escola Clássica da Soberania ao estabelecer que o território venezuelano não poderá ser jamais cedido, transpassado, arrendado e, de forma alguma, alienado a qualquer potência estrangeira, ainda que parcial ou temporariamente.

O art. 16, ao mesmo tempo em que declara autônomos e iguais os Estados integrantes da Federação, obriga-os a manter a independência e integridade da Nação, bem como a cumprir e a fazer cumprir a Constituição e as leis da República, em clara evidência de que essas mesmas unidades par-

ticipam e são fundamentais para a consecução da soberania.

3. Soberania na constituição e na jurisprudência estadunidenses

A Constituição dos Estados Unidos revela-nos, já no seu pórtico, a consciência cívica de que o poder soberano decorre do povo do país. No preâmbulo da Lei Fundamental, o legislador constituinte afirma, em caráter solene, que “Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover à defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as bençãos da liberdade a nós mesmos e à nossa posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição”²².

A fim de cumprir os altos desígnios da nação americana, seus representantes devem ser escolhidos entre pessoas que efetivamente exercitem a cidadania. De acordo com a Emenda IX, a enumeração, na Constituição, de certos direitos não será interpretada como se negasse ou desmerecesse outros direitos conservados pelo povo. A Emenda X declara que os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados a estes respectivamente ou ao povo (SYRETT, 1980, p. 92). Esses dispositivos corroboram a idéia de que as pessoas, as instituições e os Estados participam ativamente na concretização do poder soberano.

A primeira seção de cada um dos três primeiros artigos trata dos poderes do país, em que se consagra constitucionalmente a idéia de separação entre eles. O art. I, Seção 1, declara que todos os poderes legislativos assegurados pela Constituição serão conferidos ao Congresso, que consistirá num Senado e numa Câmara de Representantes. O art. II, Seção 1, estipula que o poder executivo será conferido ao presidente dos Estados Unidos, que exercerá o cargo durante quatro anos, eleito pelos representantes indicados por cada um dos Estados da Federação.

Na Seção 2 do mesmo artigo, o presidente, como magistrado maior da soberania nacional, é alçado à condição de comandante-chefe do exército e da marinha do país, tendo ainda o poder de adiar a execução de sentenças e perdoar crimes contra os Estados Unidos, exceto em casos de impedimento. O art. III, Seção 1, proclama que o poder judiciário “será atribuído a um Supremo Tribunal e a tribunais inferiores que o Congresso, de tempos a tempos, vier a ordenar e instituir”. De acordo com o art. IV, Seção 3, o Congresso, maior órgão de poder delegado da soberania popular, tem o poder de dispor do território ou de outras propriedades pertencentes aos Estados Unidos e elaborar todas as regras e regulamentações que lhe digam respeito (SYRETT, 1980, p. 83, 87-90).

Os responsáveis pela Lei Fundamental sabiam, perfeitamente, da enorme relação que havia entre a Constituição e o poder soberano do povo. *George Washington*, em carta a *Bushord Washington*, com data de 10 de novembro de 1787, faz a seguinte declaração:

“Sob a Constituição o poder estará sempre no povo. O poder, para certos propósitos definidos, e por certo período limitado, é confiado a representantes escolhidos pelo povo; e se exercido contrariamente ao seu interesse, ou de modo não agradável aos seus desejos, os seus servidores poderão e serão indubitavelmente revogados. É ponto pacífico não poder nenhum governo ser bem administrado sem poderes; mas no momento em que esses poderes são delegados, aqueles que se acham investidos da administração, embora não sejam mais do que criaturas do povo, ajam como se fosse apenas por um dia, e sejam responsáveis por todos os seus passos em falso, a partir do momento em que a recebem, são considerados tiranos...” (PADOVER, 1964, p. 18).

Outro partidário da Constituição, *Benjamin Rush*, em carta a *John Coakley Lettsom*, de

28 de setembro de 1787, estabelece uma interessante relação entre governo federal, constituição e cidadania, nos seguintes termos:

“O nosso novo governo federal é aceitabilíssimo por grande maioria de cidadãos e será com certeza adotado imediatamente por nove dos Estados e, num ano ou em dezoito meses, por todos eles. Quando tal suceder, ser cidadão dos Estados Unidos com todas as suas conseqüências será ser cidadão do governo mais livre, mais puro e mais feliz da face da terra, que contém todas as vantagens teóricas e práticas da Constituição britânica sem nenhum dos seus defeitos nem corrupções” (PADOVER, 1964, p. 18-19).

Segundo Padover, os defensores da Constituição seguiam, geralmente, a linha (1) de que era a melhor possível num mundo imperfeito, (2) que, se possuía características indesejáveis, havia meios de emendá-los, e (3) que, em última análise, proporcionava um governo pelo povo.

Contudo, aqui cabe uma indagação: os norte-americanos eram ciosos de sua independência, conscientes do advento de um povo estadunidense com a criação da Constituição, da existência de um poder soberano constituído, de natureza federal, pela outorga da soberania constituinte do povo; então, por que não se faz no texto constitucional referência expressa à soberania, ou à soberania nacional, ou à soberania popular? Os termos eram extremamente correntes à época. Afinal, deve-se ter em conta que os delegados à Convenção de Filadélfia eram, em sua maioria, homens letrados, advogados, políticos profissionais, cultores do Direito e da Filosofia Política. Ademais, o termo soberania já havia sido usado em documentos anteriores e já integrava o Direito Político da região estadunidense. Nos *Artigos da Confederação e União perpétua entre os Estados*, verificamos que o art. I declara que o título da confederação será “Estados Unidos da América” (SYRETT, 1980, p. 68). A soberania vem reconhecida no art. II:

“Cada Estado conservará sua soberania, liberdade e independência, e todo poder, jurisdição e direitos que não forem, por esta confederação, expressamente delegados aos Estados Unidos, reunidos em congresso” (SYRETT, 1980, p. 68-75).

Outros documentos também faziam referência à soberania dos Estados Unidos. Os Estados Unidos fizeram dois tratados com a França em 1778, um tratado de amizade e comércio e um tratado de aliança. O tratado de aliança estipulava que a França ajudaria a manter a “liberdade, a soberania e a independência” dos Estados Unidos; e as duas nações concordavam em juntar suas forças na eventualidade de uma guerra franco-britânica. Além disso, todos os documentos produzidos pelo Congresso continental faziam, no seu término, menção ao aniversário da soberania e independência dos Estados Unidos; *v.g.*, a *Ordenação do Noroeste*, de 13 de julho de 1787, que estabelecia o governo do território dos Estados Unidos a noroeste do rio Ohio, faz ao final do documento o registro: “Feita pelos Estados Unidos, reunidos em Congresso, no dia 13 de julho do ano de Nosso Senhor de 1787, décimo de sua soberania e independência” (SYRETT, 1980, p. 82).

A falta de referência expressa ao princípio da soberania na Constituição estadunidense decorre de problemas históricos particularíssimos. Na convenção americana, digladiavam-se, principalmente, os federalistas e os antifederalistas. Uma das questões fundamentais, que provocava um impasse na discussão sobre a união, dizia respeito à posição dos vários Estados em qualquer estruturação federal. Os grandes Estados, como a Virgínia, a Pensilvânia e o Massachusetts, eram favoráveis à representação no Congresso segundo a população; os pequenos estavam temerosos de que aquilo os aniquilassem. William Paterson, da Nova Jersey, apresentou um projeto pelo qual cada Estado, independentemente do tamanho, teria a mesma representação na legislatura

nacional, o que era, naturalmente, injusto e antidemocrático; porém, Paterson, falando pelos pequenos Estados, ridicularizou toda a idéia de números:

“- Dizei-me, por favor, que vem a ser a representação fundada em números? Se é preciso manter a soberania do Estado, terei de submeter o bem-estar da Nova Jersey, com cinco votos, num conselho em que a Virgínia possui dezesseis? O resultado seria a autocracia. Nem o meu Estado nem eu, pessoalmente, nos submeteremos jamais ao despotismo nem à tirania” (PADOVER, 1964, p. 13).

Foi desse impasse que se apresentou a alternativa historicamente denominada de *O Grande Compromisso*, cujo relato assim nos é feito:

“Após semanas de uma discussão que, no verão de Filadélfia, deu origem a terríveis maus humores, o Connecticut apresentou o Grande Compromisso, segundo o qual, a legislatura nacional consistiria em dois ramos, um Senado em que todos os Estados, independentemente do tamanho, teriam voto igual, e uma Câmara de Deputados, em que a representação se basearia no número dos componentes da população livre mais três quintos dos escravos. Era efetivamente um duplo compromisso, uma vez que a Câmara seria eleita mais ou menos democraticamente, enquanto o Senado, designado pelas legislaturas estaduais, serviria de freio à legislação democraticamente inspirada” (PADOVER, 1964, p. 13-14).

Obviamente, num contexto em que os Estados, ciosos de sua situação, temiam a possibilidade de se transformarem em províncias, de perderem sua soberania individual a favor de uma soberania coletiva federal, foi necessário muita diligência e habilidade dos convencionais para que o processo unificador não fosse inviabilizado. A par dos muitos arranjos, ditados pelo espírito prag-

mático dos constituintes, feitos para a instituição da União Federal, dois outros, de natureza formal, devem ser observados. O primeiro refere-se, obviamente, à circunstância histórica de que os Estados preservaram a sua denominação, sendo-lhes apenas acrescentado o adjetivo *membro*. A outra refere-se à circunstância de que o princípio da soberania não é, como já foi frisado, expressamente referido na Constituição americana – o que não pode servir para elidir a importância do princípio na vida prática norte-americana²³, pois instrui as definições do Legislativo e do Executivo e orienta as decisões da *Superior Court* do país, em franco entendimento de que o princípio da soberania está implicitamente previsto na Constituição e orienta a interpretação de outras normas – sejam elas de natureza constitucional ou infraconstitucional.

Por isso, vários exemplos de extensão do princípio da soberania para interpretação de outros dispositivos constitucionais podem ser dados; assim, por meio do art. III, Seção 3, da Constituição – em que se estabelece que a traição contra os Estados Unidos consistirá, unicamente, em armar guerra contra eles ou em aderir a seus inimigos, prestando-lhes auxílio ou pessoa – o fundamento maior de validade desse artigo decorre do dever de fidelidade à soberania nacional; também, em conjunção com a soberania é que se interpreta o art. IV, Seção 2, que estabelece que os cidadãos de cada Estado terão direito, nos demais Estados, a todos os privilégios e imunidades que estes concedem a seus próprios cidadãos.

As decisões da *Superior Court* fundadas no princípio da soberania são muito frequentes. Em 1911, a propósito da interpretação do art. IV, Seção 3, da Constituição, a Corte Suprema invalidou uma restrição relativa à mudança de localização da Capital do Estado imposta pelo Congresso quando da admissão de Oklahoma, sob o fundamento de que o Congresso não podia abranger numa lei autorizadora condições totalmente concernentes a matérias sob o controle

estadual. No acórdão, argumentou o juiz Lurton:

“O poder é de admitir ‘novos Estados nesta União’. ‘Esta União’ foi e é uma união de Estados, iguais em poder, dignidade e autoridade, cada um deles sendo competente para exercer aquele *residuum* de soberania não delegada aos Estados Unidos pela própria Constituição” (CORWIN, 1959, p. 207).

No parágrafo 2 da Seção 3 do art. IV, fica estabelecido o controle do Congresso sobre as terras públicas pertencentes aos Estados Unidos. Segundo Corwin, a relação do Governo Nacional com as terras públicas situadas nos Estados não é a de simples propriedade, mas inclui muitos dos elementos da soberania (1959, p. 207). Os Estados não podem tributar tais terras – v. decisão *Van Brocklin v. Tenn.*, 117 U.S. 151 (1886) –; e o Congresso pode punir os infratores das mesmas, “ainda que tal legislação possa envolver o exercício do poder de polícia” – *Camfield v. U.S.*, 167 U.S. 518 (1897). Além disso, ao dispor de tais terras, pode o Congresso impor condições à sua alienação futura ou à de energia elétrica dela derivada e que o Estado não pode atingir – *U.S. v. San Francisco*, 310 U.S. 16 (1940)²⁴.

A discussão em torno das questões referentes à soberania estão bem presentes nos meios acadêmicos, bem como são travadas pela imprensa, instituições e sociedade em geral. Muito se tem discutido sobre a conveniência da concessão de soberania ao Estado associado de Porto Rico – proposta que não conta com o apoio da maioria da população porto-riquenha, que tem preferido as propostas (1) de manutenção do *status quo* ou a (2) de transformação de Porto Rico no 51º Estado da Federação americana. De qualquer forma, esse debate muito tem contribuído para o aprimoramento da gramática e taxionomia da soberania, principalmente por meio das discussões teóricas contemplando as possibilidades de soberania individual, coletiva, integrada e separada. No

temário da restauração da soberania, tem se discutido a possibilidade de restabelecimento da monarquia havaiana. Nas discussões sobre os impactos da globalização, há quem entenda que a soberania dos Estados Unidos está-se projetando mundialmente; outros conseguem ver nela um risco à soberania dos próprios Estados Unidos (BUCHANAN, 1999, on-line). *Jeremy Rabkin*, professor de *governo* em Cornell, vê os acordos globais como crescimento de um perigo maior à soberania dos Estados Unidos. Segundo ele, o que faz um Estado soberano é que ele não precisa responder a autoridade estrangeira; soberania significa a primazia da constituição americana; o povo norte-americano, por sua própria autoridade soberana, confere à Constituição a supremacia nos negócios de governo²⁵.

4. Soberania em outras constituições americanas

Analisaremos neste ponto as Leis Fundamentais do Canadá, Haiti e Suriname, que traduzem, também, modelos político-constitucionais peculiares e que guardam importância para o continente americano.

Constituição do Canadá

A constituição canadense é resultado do compromisso histórico entre as populações de origem inglesa e francesa, no sentido de recíproco respeito às duas culturas. Tanto a constituição como o federalismo são os ingredientes indispensáveis que preservam a unidade e diversidade do povo canadense. *Macdonald*, considerado um dos grandes políticos que já ocupou o cargo de primeiro-ministro do Canadá, afirma que o federalismo assegura “uma legislatura e um governo nacional para os objetivos nacionais, e governos locais para os objetivos locais”²⁶. Por sua vez, *Forsey* entende que o Canadá não é somente uma nação independente e soberana, mas também um Estado federal, constituído de dez províncias, que gozam de uma ampla autodeterminação, e de dois

territórios sob o controle do governo central²⁷.

O Canadá tem um poder executivo dual, constituído pelo Primeiro-Ministro, que é o chefe de governo, e pelo Governador-Geral, que exerce a chefia do Estado e é designado pela rainha britânica. Essa circunstância tem levado determinados estudiosos a afirmarem que o Canadá não possui soberania, pois está subordinado à Coroa britânica²⁸.

Contudo, a nosso ver, esse posicionamento não procede. É verdade que o *British North America Act*, marco da independência canadense, criou um Parlamento canadense nos moldes do britânico, mas ainda subordinado ao Reino Unido. Após a participação militar do Canadá na primeira guerra mundial, o país “foi signatário dos tratados de paz a título de poder distinto e torna-se um dos membros fundadores da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho” (FORSEY, 1989, p.13). Em 1931, com o Estatuto de Westminster, que abole toda e qualquer subordinação do Parlamento canadense ao britânico, não há mais como afirmar que o Canadá ainda é *Colônia Autônoma*, sem soberania própria e submisso à Coroa britânica; certo que a rainha inglesa continua sendo a chefe de Estado do Canadá – muito mais por força da tradição e dos vínculos afetivos e culturais que unem o Canadá ao Reino Unido. Todavia, essa função tem um caráter mais cerimonioso do que efetivamente político, que *Forsey* denomina de “poder executivo formal” (FORSEY, 1989, p.15).

O povo canadense detém tanto o poder interno quanto o externo. A Casa dos Comuns canadense é órgão do poder legislativo local, não se submetendo à Coroa britânica. Segundo o Ato Constitucional de 1982, Part I, Schedule B, art. 3, insere-se nos direitos democráticos do cidadão a prerrogativa que tem todo cidadão de votar e ser votado nas eleições para a Casa dos Comuns ou das assembleias legislativas provinciais (CANADA, 1986, p. 3). Os canadenses escolhem seu governo federal por meio de eleições gerais para a Casa dos Comuns, o principal corpo legislativo do

país (GENERAL, 1984, p. 1). Qualquer cidadão é livre para formar partidos políticos ou associar-se ou financiar qualquer partido que ele ou ela escolha, mas somente os partidos políticos com registro federal canadense gozarão de financiamento e privilégios nas eleições (GENERAL, 1984, p. 5).

Segundo Forsey, os francófonos e anglófonos têm afirmado inequívoca e repetidamente que eles fundaram um novo povo, uma nova nacionalidade política, uma única e grande nação, uma grande potência entre as outras nações do globo. Mas num clima de respeito à igualdade de direitos entre as diversas culturas. O art. 16, item 3, do Ato Constitucional de 1982 estipula que nada desta Carta limita a autoridade do Parlamento ou da legislatura para fazer avançar a igualdade de *status* ou uso do inglês e do francês (CANADA, 1986, p. 7).

O art. 52 (1) do Ato Constitucional de 1982, estabelece que a Constituição é a lei suprema do Canadá, e nenhuma lei que confrontar com as cláusulas da Constituição tem força ou efeito. Consoante o art. 52 (2), não só o Ato Constitucional de 1982 integra a Constituição canadense, mas também todos os Atos Constitucionais desde 1867, e as emendas a esses Atos. Segundo Forsey, a convicção de que a Lei Constitucional de 1982 deu ao Canadá uma nova Constituição é infundada. Aliás, segundo ele, a Lei Constitucional de 1867 permanece como núcleo essencial da Constituição canadense escrita – foi esta Lei que (1) criou a federação, as províncias, os territórios, o Parlamento central, as assembleias provinciais e alguns dos gabinetes provinciais; (2) deu ao Parlamento central o poder de criar novas províncias a partir dos territórios e também o poder de mudar os limites territoriais das províncias, apenas por seu próprio consentimento; (3) definiu as atribuições do Parlamento federal e dos legislativos provinciais; (4) investiu a rainha do poder executivo formal; (5) conferiu ao Parlamento o poder de criar uma Corte suprema para o Canadá, que efetivamente foi criada em 1875; (6) deu

um certo número de garantias quanto ao uso do francês e do inglês no Parlamento federal e perante os tribunais federais assim como nas assembleias legislativas de Quebec e de Manitoba e perante os tribunais dessas províncias; (7) assegurou o direito a escolas próprias às minorias protestantes e católicas de Quebec e Ontário; (8) garantiu a Quebec seu próprio direito civil; (9) conferiu ao Parlamento o poder de estabelecer sua competência sobre os bens e direitos civis das províncias, desde que as assembleias provinciais o aprovassem – esse poder jamais foi exercitado; (10) proibiu o estabelecimento de tarifas aduaneiras entre as províncias; (11) autorizou que cada assembleia legislativa provincial modificasse sua própria constituição; (12) conferiu um certo número de prerrogativas ao governo central (FORSEY, 1989, p. 14-16).

A Lei Constitucional de 1982, que integra a Constituição escrita canadense, tem sua importância particular, pois se constitui na declaração de direitos e liberdades. Outrora, as emendas à Constituição eram requeridas à Coroa, discutidas pelo Parlamento britânico e, finalmente, aprovadas pelo povo canadense. Com a Lei de 1982, deu-se o repatriamento, circunstância legal e histórica que permite que o próprio Parlamento canadense promova as emendas à Constituição de seu país, com o que se elidiu um possível elemento redutor da soberania.

No Plesbiscito de 1995, as reivindicações separatistas de Québec foram derrotadas por pequena margem de votos. O movimento pela soberania da região é forte e organizado. François Lemieux entende que a soberania é necessária para que o Québec possa assumir seu próprio destino. Segundo ele, somente a existência de um Estado *québécois* soberano poderá oferecer a todos aqueles que venham se estabelecer sobre seu solo um elemento de identificação nacional inequívoco²⁹ (LEMIEUX, on-line).

Constituição do Haiti

A Constituição haitiana de 1987 proclama, em seu preâmbulo, que o povo pretende

com a constituição instituir uma nação haitiana socialmente justa, economicamente livre e politicamente independente. Pretende, também, restabelecer um Estado estável e forte, capaz de proteger os valores, as tradições, a soberania, a independência e a consciência nacional (HAÏTI, 1987, p. 2). É forte a vontade do legislador constituinte de contemplar as questões referentes à dimensão interna da soberania. O preâmbulo consigna, ainda, como propósito da Constituição, fortificar a unidade nacional, eliminando-se todas as formas de discriminação. No pórtico ainda fica registrada a filiação do poder à corrente da soberania popular, pois se pretende a participação de toda população nas grandes decisões, comprometendo-a com a vida nacional.

O art. 1 da Constituição define os sinais peculiares à República haitiana. Essas características lembram algumas das características da teoria da soberania proposta pela Escola Clássica Francesa. Eis o conteúdo do artigo: “O Haiti é uma República, indivisível, soberana, independente, cooperativista, livre, democrática e social”³⁰.

A semelhança acima referida é corroborada com o teor do art. 8, que, em tom proibitivo, prescreve: “O território da República do Haiti é inviolável e não pode ser alienado, no seu todo ou em parte, seja por qualquer Tratado ou Convenção”³¹.

Interessante observar que a junção dos direitos civis e políticos é que confere a qualidade de cidadão haitiano, num claro entendimento que a dimensão pública e privada são dimensões necessárias e complementares da vida humana. A dimensão autônoma está integrada à pública na própria estruturação da cidadania. Preceitua o art. 16 que a “reunião dos Direitos Civis e Políticos constitui a qualidade de cidadão”³².

Constituição da Guiana

O Preâmbulo da Constituição de 1980, com as reformas constantes até 1996, declara que o povo da República da Guiana, honrando o espírito indomável e a inconquistá-

vel vontade de seus antepassados, que, por meio de seu sacrifício, sangue e trabalho, fundaram uma terra rica e fértil, e empenhada em defender sua soberania nacional – “pledged to defend our national sovereignty” –, solenemente resolve estabelecer um Estado fundado na justiça econômica e social, e de acordo com o consenso popular, concretizado por meio da mais completa, livre e aberta discussão e participação, adotando a Constituição (BASE DE DATOS, 1999, online).

O Capítulo I, denominado *The State and the Constitution*, funda a Guiana como Estado soberano, democrático, secular e indivisível, que está no curso de transição do capitalismo para o socialismo, que será conhecido como República Cooperativa da Guiana, conforme prescreve o art. 1³³.

O Capítulo II estabelece os *Princípios e Bases do Sistema Político, Econômico e Social*. O art. 9 declara que a soberania pertence ao povo, que a exercerá por meio de seus representantes e dos órgãos democráticos estabelecidos pela Constituição. Já o art. 10 garante o direito de formação de partidos, assegurando a eles a liberdade de ação. Os partidos têm por obrigação respeitar os princípios da soberania nacional e da democracia³⁴.

De acordo com o art. 11, as associações de trabalhadores, cooperativas e todas as organizações sócio-econômicas de caráter nacional têm o direito de participar da administração e das decisões promovidas pelo Estado, em particular das dos setores político, econômico, social e cultural da vida nacional.

Constituição do Suriname

O princípio da soberania é mencionado reiteradas vezes na Constituição surinamesa. Por isso, torna-se ainda mais recorrente na interpretação dos demais dispositivos.

No Preâmbulo, consta que o povo de Suriname está consciente do dever de combater e impedir toda forma de dominação estrangeira e que está resolvido a defender e proteger a soberania, independência e inte-

gridade nacionais. Mas que está disposto a colaborar com outros povos na base da amizade, igualdade, coexistência pacífica e solidariedade internacional (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

O artigo 1 estabelece que o Suriname é um Estado democrático fundado na soberania do povo e no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais. No item 2 deste mesmo artigo, fica enunciado que o desenvolvimento econômico, social e cultural do país será determinado com liberdade.

Consoante o que consta no item 2 do art. 2, o Estado não poderá alienar território ou direitos de soberania que ele exerce sobre o país. Na condução do Estado, ele é dirigido, conforme art. 4, f, para garantir a unidade nacional e a soberania.

Os objetivos econômicos da República serão orientados no sentido de estabelecer uma economia nacional, livre da dominação estrangeira e a serviço da nação surinamesa.

O art. 6, b, reforça a idéia de soberania popular, estabelecendo que os objetivos sociais do Estado serão orientados para garantir a participação da comunidade na vida política, entre outras maneiras, por meio da participação nacional, regional e setorial. O art. 53, 1, proclama que o Estado reconhecerá o direito dos cidadãos de estabelecer organizações políticas, sujeitas apenas às limitações decorrentes de lei (BASE DE DATOS, 1999, on-line). A idéia da soberania fica ainda mais reforçada com o art. 52, 1, que proclama que todo poder político está investido no povo, que será exercido de acordo com a Constituição.

Os princípios que regem a soberania, na sua dimensão externa, estão elencados nos cinco itens constantes do art. 7 da Constituição. O primeiro princípio internacional declara que Suriname reconhece e respeita o direito das nações a autodeterminação e independência nacional sobre as bases da igualdade, soberania e vantagens mútuas. Contribui com o desenvolvimento da ordem legal internacional e sustenta a solução pa-

cífica nas disputas internacionais. A República rejeita toda agressão armada, toda forma de pressão política e econômica, bem como toda intervenção direta ou indireta nos negócios domésticos do Estado. Promove a solidariedade e a cooperação com outros povos com base no combate ao colonialismo, racismo e genocídio, na luta pela liberação nacional e na paz e progresso social. Suriname promove a participação nas organizações internacionais com intuito de estabelecer a coexistência pacífica, paz e progresso para a humanidade (SURINAME, 1987, p. 6).

A nação tem o direito inalienável de tomar completa posse dos recursos naturais a fim de utilizá-los para as necessidades do desenvolvimento econômico, social e cultural do Suriname, conforme dispõe o art. 41.

Por fim, o Presidente e o Vice-Presidente, como supremos magistrados e defensores da soberania do país, deverão, conforme dispõe o art. 93, prestar o juramento:

“I swear (promise) that I will defend and preserve, with all my powers, the independence and territory of the Republic of Suriname; that I will protect the general and individual liberty and the rights of all people and will employ, for the maintenance and promotion of the individual and general welfare, all means which the laws and circumstances place at my disposal, as a good and faithful President (Vice-President) should. I swear (promise) obedience to the Constitution and all other rules of law”³⁵ (SURINAME, 1987, p. 6).

5. Conclusão

O trabalho teve o propósito de, por meio de estudo em que se tomou por base o direito constitucional comparado americano, fornecer elementos que corroboram a previsão e a força da soberania enquanto princípio.

Tivemos a oportunidade de verificar a ênfase com que o preceito da soberania é

mencionado nas constituições latino-americanas. A não ser as constituições da Costa Rica e Panamá, todas as dos demais países citam expressamente o preceito. Não obstante, mesmo no caso daqueles dois primeiros países, existe a inserção de outros preceitos, tais como independência, autodeterminação, poder do povo etc., que deixam evidente a previsão implícita do princípio da soberania também nessas cartas.

Já a Constituição estadunidense não faz referência expressa à soberania por motivos historicamente muito peculiares; está ligada à criação da Federação em que os Estados pactuantes, ciosos de sua soberania individual, não conseguiam aceitar de forma pacífica a idéia de perdê-la em benefício de uma soberania geral federal. A prudência e o pragmatismo dos convencionais norte-americanos ditou a conveniência de que o preceito da soberania não constasse expressamente da Constituição do novo país. Contudo, isso não tem o condão de excluir a presença implícita do princípio na Constituição de 1787. Várias são as referências ao poder popular; há várias reservas de competência ao poder geral da Federação.

No último ponto, tivemos oportunidade de contemplar outros modelos de constituições americanas: Canadá, Haiti e Suriname, em que verificamos as várias menções à soberania.

A par do estudo de direito constitucional comparado americano apresentado, reproduzimos em algumas passagens do trabalho diversas situações em que a soberania é de aplicação efetiva na vida das nações.

A soberania está prevista expressamente na maioria absoluta das constituições da América. Nas poucas em que não está expressa, é facilmente deduzível por meio da interpretação de outros preceitos a ela relacionados. A soberania, além de sustentar política e juridicamente o Estado, é reconhecida como norma constitucional da mais alta importância, com feição de princípio fundamental e primacial dos Estados americanos.

¹ A manifestação da soberania na Constituição e sua aplicação pelas Cortes brasileiras é detidamente analisada em outro trabalho já publicado – ver Raul José de Galaad (2000, p. 153-172).

² Cujo teor é: “*Nos los representantes del pueblo de la Nación ARGENTINA, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación ARGENTINA*” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

³ O teor dos artigos 33 e 37 é o seguinte: “*Art. 33 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Art. 37 – Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio*” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

⁴ O teor do art. 26 e da primeira parte das Disposições Transitórias é, respectivamente, o seguinte: “*Artículo 26 – La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional. DISPOSICIONES TRANSITORIAS. PRIMERA.- La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino*” – v. última fonte citada.

⁵ Sobre a debilidade institucional do país, é bom lembrarmos que a Bolívia é recordista latino-americana e um dos líderes do mundo em golpes de Estado; no curto período que vai de maio de 1951 a julho de 1978, o professor da Universidade de Georgetown, Edward Luttwak, registra a incrível marca de 13 golpes de Estado, dos quais sete bem sucedidos, perpetrados em geral por facções políticas ou militares – ver Edward Luttwak, 1991, p. 191).

⁶ O texto do preâmbulo: “*Considerando: Que la H. Junta de Gobierno aprobó una nueva Constitución*

Política de la República de Chile, sometiendo su texto a ratificación plebiscitaria; Que para tal efecto la H. Junta de Gobierno convocó a la Nación toda a plebiscito para el día 11 de septiembre de 1980; Que la VOLUNTAD SOBERANA NACIONAL mayoritariamente manifestada en un acto libre, secreto e informado, se pronunció aprobando la Carta Fundamental que le fuera propuesta; Que el Colegio Escrutador Nacional ha remitido el Acta del escrutinio general de la República que contiene el resultado oficial y definitivo del plebiscito y en que consta la aprobación mayoritaria del pueblo de Chile al nuevo texto Constitucional; Con el mérito de estos antecedentes e invocando el nombre de Dios Todopoderoso DECRETO Téngase por aprobada la Constitución Política de la República de Chile cuyo texto oficial es el siguiente”.

⁷ *Cujo teor é: “Art. 104 – El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección. Art. 105 – Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que éste determine, los Gobernadores y Alcaldes, según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo Departamento o Municipio”* (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

⁸ *Eis o Preâmbulo da Constituição costarricense: “Nosotros, los Representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la Democracia, decretamos y sancionamos la siguiente: CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA”* (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

⁹ *Rodolfo Saborío Valverde, em trabalho técnico específico, cataloga a relação das reformas à Constituição de 1949. Ver SABORIO VALVERDE, (1999, on-line).*

¹⁰ *Eis o texto integral do preâmbulo da Constituição cubana, que declara os altos anseios da nação cubana: “Preâmbulo NOSOTROS, CIUDADANOS CUBANOS, herederos y continuadores del trabajo creador y de las tradiciones de combatividad, firmeza, heroísmo y sacrificio forjadas por nuestros antecesores; por los aborígenes que prefirieron muchas veces el exterminio a la sumisión; por los esclavos que se rebelaron contra sus amos; por los que despertaron la conciencia nacional y el ansia cubana de patria y libertad; por los patriotas que en 1868 iniciaron las guerras de independencia contra el colonialismo español y los que en el último impulso de 1895 las llevaron a la victoria de 1898, que les fuera arrebatada por la intervención y ocupación militar del imperialismo yanqui; por los obreros, campesinos, estudiantes e intelectuales que lucharon durante más de cincuenta años contra el dominio*

imperialista, la corrupción política, la falta de derechos y libertades populares, el desempleo y la explotación impuesta por capitalistas y terratenientes; por lo que promovieron e integraron y desarrollaron las primeras organizaciones de obreros y de campesinos, difundieron las ideas socialistas y fundaron los primeros movimientos marxista y marxista-leninista; por los integrantes de la vanguardia de la generación del centenario del natalicio de Martí, que nutridos por su magisterio nos condujeron a la victoria revolucionaria popular de Enero; por los que, con el sacrificio de sus vidas, defendieron la Revolución contribuyendo a su definitiva consolidación; por los que masivamente cumplieron heroicas misiones internacionalistas; GUIADOS por el ideario de Jo Martí y las ideas político-sociales de Marx, Engels y Lenin; APOYADOS en el internacionalismo proletario, en la amistad fraternal, la ayuda, la cooperación y la solidaridad de los pueblos del mundo, especialmente los de América Latina y del Caribe;

DECIDIDOS a llevar adelante la Revolución triunfadora del Moncada y del Granma, de la Sierra y de Girón encabezada por Fidel Castro que, sustentada en la más estrecha unidad de todas las fuerzas revolucionarias y del pueblo, conquistó la plena independencia nacional, estableció el poder revolucionario, realizó las transformaciones democráticas, inicio la construcción del socialismo y, con el Partido Comunista al frente, la continua con el objetivo final de edificar la sociedad comunista; CONCIENTES de que todos los regímenes sustentados en la explotación del hombre por el hombre determinan la humillación de los explotados y la degradación de la condición humana de los explotadores; de que solo en el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido liberado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la entera dignidad del ser humano; y de que nuestra Revolución elevo la dignidad de la patria y del cubano a superior altura; DECLARAMOS nuestra voluntad de que la ley de leyes de la República este presidida por este profundo anelo, al fin logrado, de Jo Martí:

‘Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre’.

ADOPTAMOS por nuestro voto libre, mediante referendo, la siguiente: CONSTITUCIÓN”.

¹¹ *Eis o teor do art. 3 da Constituição cubana: “Artículo 3 – En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes. Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución”* (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

¹² Eis o teor do art. 12 da Constituição cubana: “Artículo 12 – La República de Cuba hace suyos los principios antiimperialistas e internacionalistas, y a) ratifica su aspiración de paz digna, verdadera y válida para todos los Estados, grandes y pequeños, débiles y poderosos, asentada en el respeto a la independencia y soberanía de los pueblos y el derecho a la autodeterminación” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

¹³ O teor dessa passagem é o seguinte: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución” (HERNAN SALGADO, 1992, p. 325-350).

¹⁴ O inteiro teor do preâmbulo é: “Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

¹⁵ Cujo teor na língua castelhana é: “Art. 83 – El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

¹⁶ Cujo inteiro teor está assim disposto: “Artículo 39 – La soberanía nacional reside esencial y originariamente em el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. Artículo 41- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, em los casos de la competencia de estos, y por los de los estados, em lo que toca a sus regimenes interiores, em los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que em ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

Disponível em : http://biblioteca.uam.es/paginas/der_cons.html Atualizado em 6 ago. 1999.

¹⁷ O texto integral do artigo 2 é: “El poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme está Constitución lo establece, por medio de los Organos Legislativos, Ejecutivos y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero em armónica colaboración”. (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

¹⁸ “El pueblo paraguay, por medio de sus legítimos representantes reunidos em Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dig-

nidad humana com el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, SANCIONA Y PROMULGA ESTA Constitución”. (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

¹⁹ Artigo cujo teor é: “ Artículo 155 – DEL TERRITORIO, DE LA SOBERANÍA Y DE LA INENAJENABILIDAD. El territorio nacional jamás podrá ser cedido, transferido, arrendado, ni em forma alguna enajenado, aún temporalmente, a ninguna potencia extranjera. Los Estados que mantengan relaciones diplomáticas com la República, así como los organismos internacionales de los cuales ella forma parte, sólo podrán adquirir los inmuebles necesarios para la sede de sus representaciones, de acuerdo com las prescripciones de la ley. En estos casos, quedará siempre a salvo la soberanía nacional sobre el suelo” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

²⁰ “EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA Requerido el voto de las Asambleas Legislativas de los Estados Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira, Trujillo, Yaracuy y Zulia, y visto el resultado favorable del escrutinio. En representación del pueblo venezolano, para quien invoca la protección de Dios Todopoderoso; Con el propósito de mantenerla independencia y la integridad territorial de la Nación, fortalecer su unidad, asegurar la libertad, la paz y la estabilidad de las instituciones; Proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y al seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, sin discriminaciones derivadas de raza, sexo, credo o condición social; Cooperar com las demás naciones y, de modo especial, com las Repúblicas hermanas del continente, em los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumento de política internacional; Sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos, y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la tierra; Y conservar y acrecer el patrimonio moral e histórico de la Nación, forjado por el pueblo em sus luchas por la libertad y la justicia y por el pensamiento y la acción de los grandes servidores de la Patria, cuya expresión más alta es Simón Bolívar, el Libertador. Decreta la siguiente: CONSTITUCIÓN” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

²¹ V.tb. VENEZUELA. Constitución de la República de Venezuela. [S.l.] : Prensa Nacional. 100 p. p.5.

²² Cujo texto em inglês é: “We the people of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare,

and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

²³ Da mesma maneira a “Constituição Federal norte-americana não alude aos partidos políticos. A maioria das constituições estaduais também silencia a respeito” mas nem por isso deixam de ter importância fundamental para a sociedade americana. V. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. 1989, p. 337. Nesse mesmo sentido, Losano afirma que “la constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, no prevé expresamente ni los partidos ni las folklóricas CONVENTIONS para designar al presidente y al vicepresidente”. LOSANO, Mario G. *Los grandes sistemas jurídicos*. 1993, p. 94.

²⁴ Esse último caso envolveu, segundo Corwin, a famosa concessão “Hetch-Hetchy”, feita pela Lei Raker, de 19 de dezembro de 1913 (Cf. CORWIN, 1959, p. 208).

²⁵ Jeremy Rabkin indaga: “(W)hat makes a state sovereignty?(...) is that it need answer to no outside authority (...) sovereignty means the primacy of our own Constitution. The people of the United States, by their own sovereignty authority, have made the Constitution supreme over the government, and outside agreement can challenge that supremacy” (BUCHANAN, 1999, on-line).

²⁶ Forsey foi senador de 1970 a 1979, sendo reconhecido como uma das autoridades mais competentes no que concerne à Constituição canadense (FORSEY, 1989, p.17).

²⁷ “Le Canada n’est pas seulement une nation indépendante et souveraine. C’est aussi un État fédéral, constitué de dix provinces jouissant d’une large autodétermination et de deux territoires contrôlés par le gouvernement central” (FORSEY, 1989, p.5).

²⁸ Nesse sentido, Sahid Maluf afirma: “Estado não-soberano ou semi-soberano não é Estado. Até mesmo o Canadá e a Austrália, com amplo poder autogoverno, classificam-se como ‘Colônias Autônomas’, por se subordinarem à Coroa Britânica” (MALUF, 1995, p. 29).

²⁹ Consoante Adam Perreault, o federalismo canadense empera o funcionamentoda província de Québec, por isso defende o fim do federalismo; segundo ele, o amor pelo Québec há de fazer dele um novo Estado (PERREAULT, 19- -, on-line).

³⁰ O texto é, em francês: “Haïti est une République, indivisible, souveraine, indépendante, coopérative, libre, démocratique et sociale” (HAÏTI, 1987, p. 2).

³¹ Cujo texto, no original, é: “Le territoire de la République d’Haïti est inviolable et ne peut être aliéné ni en tout, ni en partie par aucun Traité ou Conventio-” (HAÏTI, 1987, p. 2).

³² Cujo texto é: “La réunion des Droits Civils et Politiques constitue la qualité de citoyen” (HAÏTI, 1987, p. 3).

³³ Art. 1: “Guyana is an indivisible, secular , democratic sovereign state in the course of transition from capitalism to socialism and shall be Known as the Co-Operativa Republic of Guyana (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

³⁴ Art. 9: “Sovereignty belongs to the people, who exercise it through their representatives and the democratic organs established by or under this Constitution”. Art. 10: “The right to form political parties and their freedom of action are guaranteed. Political parties must respect the principle of national sovereignty and of democracy” (BASE DE DATOS, 1999, on-line).

³⁵ Vide também Base de dados, 1999, on-line.

Bibliografía

ARGENTINA. *Constitución de la nación argentina*. Buenos Aires: Prensa Nacional.

BASE DE DATOS POLÍTICOS de las américas. Gerge University Y-Organización de Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.georgetown.edu/pdba/>>. Atualizado em 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J. El sistema constitucional argentino. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. 1992, p. 35-98.

BOLIVIA. Constitución Política de Bolivia, de 1967, con reformas de 1994. Disponível em: gopher://ulima.edu.pe:70/00/ccpp/seccion1/cextr/america/bolivia.txt. Ver também: BASE DE DATOS POLÍTICOS DE LAS AMÉRICAS.

BUCHANAN, Patrick J. *Growing peril to U.S. sovereignty*. Disponível em: <www.A:|pjb-99-0226-sovereignty_growing_of_U.S-8.html>. 26 fev. 1999.

CANADA. *The canadian constitution*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986. 27 p.

CARPISO, Jorge & MADRAZO, Jorge. El sistema constitucional mexicano. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, 1992, p. 557-611.

COLOMBIA. *Constitución política de Colombia*. 86 p. disponível em: gopher://ulima.edu.pe:70/00/ccpp/seccion1/cextr/america/colombia.txt

CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat odrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1959. 373 p.

CUBA. *Repubblica di Cuba*. Assembleia Nazionale. Disponível em: <<file://A:\soberani.html>>.

- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. El sistema constitucional uruguayo. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, 1992. p. 733-770.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FORSEY, Eugene A. *Le système politique au Canada*. Ottawa: Direction des services de communications à l'étranger Affaires extérieures et Commerce extérieur Canada. Documents n. 3, version révisée, 1989. 40 p.
- GARCIA ALZUGARAY, Miguel Angel. El sistema constitucional cubano. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. 1992, p. 243-272.
- GENERAL elections in Canada. Ottawa: Department of External Affairs, 1984. 8 p.
- HAÏTI. *Constitution de la république d'Haïti*. Haïti: Ministère de l'Information et de la Coordination, mars. 1987. 24 p.
- HÁITI, La Constrution e lá répluque d' Háiti. Disponível em: <<http://www.mnsinc.com/embassy/français/tablemat.htm>>. Atualizado em 6 fev. 1999.
- HERNAN SALGADO. El sistema constitucional ecuatoriano. p. 333. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. 1992, p. 325-350.
- HERNANDEZ VALLE, Ruben. El sistema constitucional costarricense. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. 1992, p. 211-241.
- LEMIEUX, François. *La souveraineté nous ouvre l'avenir*. Mardi, 4p. Disponível em: <<file://A:\lm33-souveraineté-10.html>>.
- LOSANO, Mario G. *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Debate, 1993. 407 p. Versión castellana de: Alfonso Ruiz Miguel.
- LUTTWAK, Edward. *Golpe de estado: um manual prático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 199 p.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 23. ed. rev. e atual. por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1995. 376 p.
- MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, con reformas de 1998*. Instituto de investigaciones jurídicas, Universidade Autónoma de México. Disponível em: <http://biblioteca.uam.es/paginas/der_cons.html>. Atualizada em: 6 ago. 1999.
- MIGUEL HARB, Benjamin. El sistema constitucional boliviano. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. 1992, p. 99-125.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El sistema constitucional chileno. p. 282. In: GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F.; HERNANDEZ VALLE, R. (Coord.). *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, 1992, p. 273-324.
- OLIVEIRA, Raul José de Galaad. O preceito da soberania nas constituições e jurisprudência brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, n. 146, p. 153-172, abr/jun 2000.
- PADOVER, Saul K. *A constituição viva dos Estados Unidos: história, texto, retratos dos signatários*. Tradução: A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1964. 161p.
- PERREAULT, Adam. *Vive le Québec!!! Le Québec: ma patrie. Mort au fédéralisme. Chronique Souverainiste*. Disponível em: <<A:\chronique-souveraineté-20.html>>.
- SABORÍO VALVERDE, Rodolfo. *Sinopsis de reformas parciales a la Constitución de 1949*. Disponível em: <http://www.nexos.co.cr/cesdepw/nbde/recon.htm>. Atualizado em 5 jul. 1999.
- SURINAME. *Constitution of the republic of Suriname*. Suriname: The National Assembly, 1987. 55p.
- SYRETT, Harold C (org.). *Documentos históricos dos Estados Unidos. Tradução de Octavio Mendes Cajado*. São Paulo: Cultrix, 1980. 339 p.
- UNITED STATES OF AMERICA. *The Constitution of the United States of America*. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution_overview.html. Atualizado em 6 fev. 1999.
- Amendments to the Constitution of the United States of America*: Disponível em: <http://www.house.gov/contitution/Amend.html>.
- VENEZUELA. *Constitución de la Republica de Venezuela: de 23 de enero de 1961. Emiendas n. 1-2*. Caracas: M&D.

Heracio Salles e o Tribunal de Contas

Jarbas Maranhão

De repente senti falta dos artigos de Heracio Salles, publicados, às quintas-feiras, no *Jornal do Brasil*.

Telefonei para ele que me respondeu haver piorado de saúde (enfisema) sem meios de escrever como gostava.

Isto é – esclareça-se – baseando-se em estudos e tudo muito bem cuidado.

Procurei, então, ter notícias dele semanalmente e, afinal, fui visitá-lo – na companhia de meu filho Ricardo, também seu amigo – em princípios de novembro, quando observei, emocionado, que a doença havia acelerado visivelmente a sua marcha.

Eu o conheci ao tempo da Constituinte de 1946, quando tive a honra de representar Pernambuco e ele era, bem moço, um dos componentes do comitê de imprensa.

Desde aí atuou, como jornalista, em importantes órgãos, havendo sido, inclusive, um dos editorialistas do *Jornal do Brasil*.

Era um homem de ampla cultura, intelectual e moralmente sério, versando com segurança e profundidade questões políticas, econômicas e culturais, com um marcante sentido de patriotismo, o espírito devotado aos interesses nacionais.

Nossos caminhos voltaram a se cruzar quando ele ocupou os cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal e o de professor de Direito e eu exerci as mesmas atividades em meu Estado.

Na visita, ao despedir-me ele me disse: “tire xerox deste meu trabalho sobre o Tri-

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946, Senador, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional. É integrante da Academia Pernambucana de Letras.

bunal de Contas, já que não tenho condições físicas de fazê-lo. É para você ler e guardar, por me parecer um trabalho razoável”. (*Revista do TCU*. nº14. dez. 1976).

Fiz como ele pediu: tirei xerox, mas não tive tempo de devolver-lhe a Revista do Tribunal de Contas da União, que publicou, em primeiro lugar, na parte doutrinária o seu estudo – desde que ele veio a falecer poucos dias depois.

Agora, não vejo melhor maneira de homenagear a sua memória de que fazer um registro deste seu não “razoável” mas excelente trabalho sobre a natureza jurídica, a autonomia e as atribuições constitucionais e legais do Tribunal de Contas.

É, sem dúvida, matéria que tem gerado perplexidades ou dúvidas doutrinárias, tais como, por exemplo, as que se levantam quanto à posição do importante órgão entre os Poderes do Estado e em relação ao elenco de suas funções.

O próprio Afonso Arinos de Melo Franco, destacado constitucionalista, analisando no Senado – como lembra Heraclio – o projeto da Constituição de 1967, declara não ser conhecedor, a não ser superficialmente, desses aspectos financeiros do Direito Constitucional, mas que a Corte de Contas se inseria num terreno de perigo entre a legislação e a judicatura.

Não creio em pobreza de conhecimento do saudoso político, professor e jurista e sim que, naquela ocasião, não quisesse discutir a matéria.

Mas o fato é que suas palavras evocam a notável definição de Rui Barbosa, quando, Ministro da Fazenda, no início da República, propôs, na exposição de motivos do Decreto 966-A de 7 de novembro de 1890, a criação do Tribunal de Contas:

“... Corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa

exercer as suas funções vitais no organismo constitucional”.

O grande brasileiro marca, desde logo, a autonomia e a “feição dúplice” do instituto.

O primeiro papel, a primeira função honrosa que lhe corresponde, escreve Heraclio Salles, é a de auxiliar o Legislativo na revisão anual da gestão financeira, ministrando-lhe subsídios técnicos para que os representantes da soberania popular exerçam a função de “fórum e intermediário político” no julgamento das contas gerais do Governo, isto é, na apreciação das contas relativas a cada exercício.

Enquanto a apreciação do Tribunal de Contas é de caráter técnico, a do Poder Legislativo, em qualquer esfera política do país, corresponde a um julgamento político.

E o saudoso Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal oferece toda a dimensão desse julgamento:

“O que lhe cabe é a tarefa altíssima de conferir os resultados da execução orçamentária, em suas grandes linhas, com a lei votada para o exercício financeiro em exame, e daí concluir principalmente se o poder que aplica o orçamento correspondeu, em sua ação governamental, à política geral gizada na lei conforme as necessidades materiais e morais da população; se as verbas concedidas foram aplicadas segundo sua destinação; se a despesa não excedeu os limites da receita; se o patrimônio público manteve-se íntegro ou se foi acrescido ou diminuído, e por quê; se foram observados os grandes princípios do orçamento; e, em suma, se a bolsa orçamentária, constituída por tributos arrecadados entre o povo, fez voltar esses recursos adequadamente ao mesmo povo, em forma de obras e serviços indispensáveis ao mínimo de progresso e bem estar por ele reclamado

e cuja promoção – hoje cuidadosamente planejada no próprio orçamento – é o dever precípuo do Estado”.

Para essa relevantíssima função do controle externo, exercida pelas Câmaras políticas, as Cortes de Contas participam como “órgão auxiliar” do Poder Legislativo, em nossa linguagem constitucional.

O mais adequado seria dizer-se, como preferem aliás a legislação francesa e outras, que, ao invés de auxiliarem elas assistem o parlamento e o governo, para deixar claro a sua exata posição em face dos Poderes, pois, tendo em vista a própria natureza das tarefas que lhes cabem cumprir, haveria a Constituição de assegurar-lhes a necessária independência.

Permita-se-me repetir aqui o que a propósito escrevi há algum tempo:

A expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo” deve ser entendida como de cooperação funcional, na importante função fiscalizadora daquele Poder.

O Tribunal de Contas é órgão de relevante contribuição aos três Poderes, auxiliando-os no desempenho de suas atividades de governo ou em suas específicas atribuições constitucionais e legais, mas resguardada a sua independência.

É órgão que, funcionalmente, auxilia os três poderes, porém sem subordinação hierárquica ou administrativa a qualquer deles. O contrário seria confundir e negar a sua natureza e destinação de órgão autônomo.

Sem essa independência que é de sua própria substância, ele não poderia atingir suas finalidades. Situado entre os Poderes e de cooperação funcional com eles, impõe-se, todavia, que mantenha sua independência como órgão e função.

Talvez, por isso, uma Constituição italiana o tenha definido como órgão auxiliar da República – da República, e não deste ou daquele de seus Poderes; e a Constituição brasileira de 1934 o tenha definido como órgão de cooperação nas atividades governamentais.

Também – sem esquecer que nas responsabilidades do Tribunal de Contas se inclui a auditoria financeira sobre as unidades administrativas dos três Poderes – não é por outro motivo que, por exemplo, a Constituição confere às Cortes de Contas a mesma competência de que dispõem os tribunais do Poder Judiciário no que se relaciona com a organização e funcionamento internos.

E não é por outra razão que ministros e conselheiros são protegidos constitucionalmente, tendo as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos magistrados, titulares do Poder Judiciário.

Fiscalizando a administração pública em seus aspectos orçamentários e financeiros, verificando a legalidade de atos administrativos, inclusive contratos de que resultem despesas para o Tesouro, julgando contas de administradores e responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos, opinando sobre as contas globais de exercício, (contas que, como é sabido, são dos três poderes) dos governantes, chefes do Poder Executivo e Mesas de Assembleias Políticas – tudo isso mostra, à evidência, que o Tribunal de Contas é de ser dotado de plena autonomia.

Agradou-me muito haver encontrado em Heraclio Salles o mesmo entendimento, o seu valioso estudo enriquecido de subsídios doutrinários de importantes autores nacionais e estrangeiros a exemplo de Onorato Sepe, A. E. Buck, Rui Barbosa, Luigi Picozzi, Raul Granoni, Giuseppe Moffa, Edoardo Vicario, Victor Nunes Leal, Castro Nunes, Caio Tácito, Themistocles Cavalcanti, Alfredo Valadão, Francisco Campos, sem esquecer de Luiz Zaidman, antigo servidor do Tribunal de Contas e especialista na matéria.

Tudo isso, além de considerações próprias e da citação de dispositivos de Leis Supremas nacionais e estrangeiras, como as de França e Itália.

É ampla a competência do Tribunal de Contas. Por isso ele se preocupa em de-

monstrar, além de sua autonomia, a variedade de suas tarefas ou, como diz, a duplicidade de suas funções.

A primeira, já vimos, é a emissão do Parecer Prévio, ato cumprido em um prazo determinado, com alguma solenidade e constituído da apreciação de natureza técnica sobre as contas gerais de um exercício financeiro. É uma atribuição relevante pelo que há de complexo na análise dos resultados orçamentários e financeiros e pelo seu elevado grau de responsabilidade.

A segunda, o Tribunal a cumpre diretamente e por inteiro, “por via própria ou em palco próprio”.

“Refiro-me – escreve Heraclio – ao papel jurisdicional, à competência que lhe confere a Constituição, definida por lei específica, para acompanhar a execução orçamentária no dia-a-dia da administração financeira e velar pela observância estrita do princípio da legalidade, na apreciação de todos os atos da Administração que possam repercutir no comportamento da despesa e da receita, como na posição dos bens, móveis e imóveis, postos sob a guarda dos agentes administrativos”.

Em seguida desenvolve e explicita o pensamento:

“Exerce-se...numa atividade não eventual, mas contínua...sem solenidade mas diuturnamente, fazendo-se inspeções, julgando-se as contas de cada um dos ordenadores de despesas, determinando-se medidas corretivas, aplicando-se sanções a responsáveis por irregularidades diversas, examinando-se os empenhos de verbas, acompanhando-se a execução de contratos e convênios, respondendo-se a consultas das autoridades mais altas, alertando-se os administradores para falhas a corrigir, formulando-se advertências sobre a necessidade de cobertura legislativa para determinados pro-

cedimentos, julgando-se atos de aposentadoria, reforma e pensão”.

Salienta, em seguida, a duplicidade de funções da Corte de Contas: de controle e jurisdicional.

Comenta que a dificuldade de pronto entendimento dessa dupla função deriva da interpretação equívoca a que se presta a locução “com auxílio de”, empregada pelo legislador constituinte ao atribuir ao Congresso competência para exercer o controle externo das finanças públicas.

E continua:

“Que são órgãos auxiliares, não há dúvida, mas igualmente indubitável é que são auxiliares autônomos, quer quando se limitam a lastrear tecnicamente o pronunciamento político do Legislativo acerca das contas do governo (relatório e parecer), quer quando exercem livremente a atividade jurisdicional (e não judicial, para estarmos atentos à distinção terminológica recomendada pelo velho Hauriou)”.

Lembra que nem todas as legislações consagram o verbo auxiliar e sim assistir para definir a exata posição das Cortes de Contas em face do Poder Legislativo.

Exemplifica com a Lei 67.483 que, dispondo minudentemente sobre as atribuições da Corte francesa, não diz que ela *auxilia* mas que *assiste* o Parlamento e o Governo, caracterizando-lhe ao mesmo tempo a autonomia de ação no julgamento dos responsáveis por bens e valores públicos, e relegando a segundo plano o que entre nós parece constituir o fundamental – o relatório anual ou Parecer Prévio sobre a gestão financeira.

Acrescenta que o artigo 6º da mesma lei põe em evidência a autonomia jurisdicional da Corte, que pode, tal qual ocorre entre nós, condenar os responsáveis a multa por atraso na prestação de contas, como no cumprimento de determinações suas, as decisões revestidas de caráter executivo, sem as formalidades das senten-

ças e acórdãos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário.

Aliás – observa – seria desnecessário recorrer à legislação de outros países para demonstrar a autonomia do Tribunal de Contas mesmo quando uma vez por ano atua como auxiliar do Legislativo.

Segundo o artigo 89 da Constituição de 1891, cabia-lhe “liquidar as contas da receita e despesa e verificar sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

A Carta de 1934 dava-lhe competência própria para *acompanhar* a execução orçamentária e *julgar*, independentemente do Congresso, “as contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos”.

No Texto Supremo de 1946, “dá-se ênfase à função autônoma do tribunal”.

Se o poder de julgar as contas do Presidente da República é exclusivo do Congresso, compete à Corte acompanhar e fiscalizar a execução do orçamento, julgar as contas dos responsáveis por dinheiro e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas, julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

A Lei Magna de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 deram também expressividade ao Tribunal de Contas no controle das finanças públicas.

Como o estudo de Heraclio Salles é anterior à Lei Magna de 1988, direi que nos onze (11) itens de seu artigo 71 e seus quatro (4) parágrafos ela reforçou e ampliou os poderes da Corte de Contas para o desempenho de suas funções.

Acrescentarei também a opinião de alguns autores nacionais sobre a questão da autonomia:

Para José Cretella Junior e Alfredo Buzaid, trata-se de uma corporação administrativa autônoma.

Seabra Fagundes entende que, dado o tríptico teor da competência do Tribunal de Contas, ele tem sido definido como órgão *sui generis*.

É também o pensamento de Castro Nunes ao dizer que é um instituto *sui generis*, posto de permeio entre os Poderes políticos da nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles.

Ainda e por último, Pontes de Miranda, para não acrescer outros estudiosos, pergunta e responde ao mesmo tempo:

Órgão do Poder Executivo? Não. Fiscaliza o Poder Executivo...Órgão do Poder Judiciário? Sim. Se bem que de modo especial, como função. Como órgão, não, embora de semelhante composição. Órgão do Poder Legislativo? Em parte. Órgão do Poder Judiciário *sui generis*; órgão também *sui generis* do Poder Legislativo.

E conclui o saudoso jurista: criação posterior à teoria da separação dos Poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição.

Outro ponto discutido por Heraclio Salles, nesta oportunidade de seu parecer e voto então encaminhados ao Senado Federal sobre contas do Governo do Distrito Federal, foi o da jurisdição.

Registra que, para resolver ou mitigar as dificuldades no estudo da natureza complexa das atividades dos Tribunais de Contas, autores de peso, principalmente na Itália, sustentam, com bons argumentos doutrinários, constituírem essas atividades uma jurisdição especial, baseando-se em conceitos da moderna teoria do Processo, entre os quais dois se destacam, o segundo pela autoridade de Carnelluti:

a) a cada ramo especial do direito substantivo deve corresponder um direito judiciário especial;

b) por jurisdição especial, deve entender-se toda parcela subtraída à jurisdição comum.

Cita o argentino Raul Granoni:

“Por sua natureza judicial – ou mais propriamente jurisdicional – tem (o tribunal de contas) atribuições de julgar das infrações à lei, com força de execução sobre as pessoas e

os bens dos administradores de dinheiros públicos, dispondo além disso dos meios de constrangimento necessários para a execução de suas resoluções; e para maior eficácia de sua alta função de controle, corresponde-lhe do mesmo modo a aprovação ou rejeição das contas de todos os ramos da fazenda pública e da administração do Estado, qualquer que seja o foro das pessoas ou entidades”.

Do mesmo Granoni é a afirmativa de que o órgão em análise “é a única autoridade que pode aprovar ou desaprovar de modo definitivo a gestão dos administradores da fazenda pública, *assinando as responsabilidades em que os mesmos houverem incorrido*”.

Mas Heraclio observa que o *definitivo* aí tem sentido próprio, no âmbito da jurisdição peculiar exercida pelas Cortes de Contas, cujas decisões não têm a força nem produzem as conseqüências da *resjudicata* na esfera da jurisdição comum, entendida em seu significado estrito.

E acrescenta que, em nenhum caso, as deliberações dessas cortes não excluem – salvo o caso das contas sobre as quais se pronunciam – o controle judicial, isto é, não retiram aos agentes administrativos e aos terceiros interessados a garantia constitucional oferecida pelo aparelho do Poder Judiciário. Mesmo no caso das contas, abre-se ao prejudicado o largo lapso de um quinquênio, dentro do qual será possível revê-las.

Volta a referir especialistas que insistem no entendimento de uma jurisdição especial, mas contra-argumenta que, a despeito da alta autoridade deles, se não pode incluir o Tribunal de Contas entre os órgãos da Jurisdição, que a tanto levaria atribuir-lhe uma função jurisdicional, tomadas as duas expressões em sentido técnico, na acepção estrita da Ciência do Processo.

E esclarece seu ponto de vista a respeito.

“É verdade que as decisões das Cortes de Contas produzem efeitos e são revestidas de executoriedade, mas no âmbito da administração, não elidindo na maioria dos casos a possibilidade e por vezes a necessidade do pronunciamento do único poder competente para exercer a função estatal de fazer atuar o direito objetivo às hipóteses emergentes das relações entre pessoas”.

E evoca a parêmia francesa de que a Corte julga as contas e não as pessoas.

A questão, no entanto, é muito debatida a partir da observação de Fritz Fleiner de que a função jurisdicional do Estado não constitui monopólio do Poder Judiciário, de que as vias judiciárias não esgotam toda a função jurisdicional.

O constitucionalista Pinto Ferreira opina não restar dúvida de que os Tribunais de Contas exercem atividades jurisdicionais, ou que, no exercício de algumas de suas atribuições, é um autêntico órgão judicante. A regulamentação de 1896 e a Lei Orçamentária de 1918 outorgaram competência ao órgão para funcionar como “tribunal de justiça para o fim de julgar as contas dos responsáveis, estabelecendo a situação jurídica entre os mesmos e a Fazenda Pública...contudo não tinha jurisdição sobre os crimes”.

José Matos de Vasconcelos argumenta que, se o Poder Judiciário é para reparar a lesão sofrida pelo titular do direito, isso não exclui a competência do Tribunal de Contas *ratione materiae* para decidir assunto de sua exclusiva atribuição.

Alcino Pinto Falcão considera que o Poder Judiciário terá que dar ao julgado da Corte de Contas o valor de presunção, por ser ato baixado dentro de sua competência constitucional, mas lembra que a nossa Lei Maior permite “plena defesa” ...perante juiz criminal, além da garantia que impede excluir-se da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Segundo Castro Nunes, o Tribunal de Contas estatui sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, esta base de acusação. Não julga a este, não o condena nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe, apenas, a responsabilidade material, apurado o alcance.

Pontes de Miranda pretende que o juiz comum não pode modificar o julgado dos Tribunais de Contas ... que as Constituições, a partir de 1934, deram-lhe função judiciária ... duas funções – uma, que é a antiga, ligada a execução orçamentária; e outra, de julgamento das contas. Tanto numa como noutra é possível que ocorra a necessidade de se responder à pergunta: é ou não inconstitucional? Como tribunal tem de julgá-lo

...O Tribunal é *corpo de julgamento*, embora, quanto aos crimes, continue a não ter jurisdição; mas julga contas que são da máxima importância... A separação entre o julgamento das contas e o julgamento dos crimes é de ordem constitucional. À lei ordinária não é dado permitir aos juízes comuns julgar as contas, nem ao Tribunal de Contas julgar os crimes...

... As questões decididas pelos Tribunais de Contas, no julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros ou bens públicos, não são simples *questões prévias*; são *questões prejudiciais*, constituem *oprius* lógico jurídico de um crime ou, pelo menos, de circunstância material desse.

... e, por último: “só um caminho se tem a tomar, que é o de evitar-se qualquer incursão da justiça comum nas atribuições do Tribunal de Contas ou do Tribunal de Contas nas atribuições da justiça comum”.

A última parte desse seu substancial estudo Heraclio Salles a intitulou de *Funções Delegadas*.

A curiosidade científica sobre a natureza das funções dos Tribunais de Contas levou os especialistas a outro tipo de especulação, “tendente a apresentá-los como uma delegação”.

Assinalar o verdadeiro caráter ou a exata modalidade de tal delegação é o objetivo do saudoso conselheiro.

Começa por afirmar “se a lei é a expressão da vontade geral, como queria Rousseau, todas as especializações da lei maior, enquanto atribuições de poderes específicos a determinados órgãos do Estado, são delegações da soberania popular”.

As Constituições outorgam ao Poder Legislativo o controle externo das finanças públicas a ser exercido com auxílio ou assistência técnica do Tribunal de Contas.

Para realizar o controle político da execução orçamentária e financeira, o Parlamento não pode prescindir da colaboração de um órgão aparelhado tecnicamente para essa tarefa,

“como garantia à eficácia operacional de seu pronunciamento, seja o sistema anglo-saxão chefiado por um controlador-geral, seja o vigente na maioria das nações, que é o nosso, constituído por órgãos colegiados autônomos e revestidos da dignidade de verdadeira magistratura: os chamados tribunais de contas”.

Constata-se, desse modo, uma estreita colaboração dessas Cortes com o Poder Legislativo, o qual

“precisa de uma espécie de jurisdição... atuante e lúcida na missão de dizer incessantemente o direito, para confrontá-lo com os fatos que acaso o hajam ferido, assim como para verificar e atestar a sua observância nos diferentes níveis do aparelho administrativo”.

Participa, assim, o Tribunal de Contas, ao lado do Legislativo, do controle externo.

E como se institui essa colaboração? Diz Heraclio que alguns publicistas intuíram tratar-se de verdadeira delegação de competência, mas que nem todos foram precisos na indicação de sua índole e de sua fonte... pois a delegação de que se investem os tribunais de contas não é do tipo

das que se fazem de órgão para órgão e que, a despeito de estarem constitucionalmente autorizadas, não se efetivam senão na medida em que delegante e delegado, eventualmente, delas necessitam ... Não se trata, evidentemente, das delegações de competência de que cuida com toda nitidez o Direito Administrativo.

Mas de que delegação, afinal? Trata-se de delegação deferida diretamente ao Tribunal de Contas pelo próprio constituinte, o que é de significado relevante.

Veja-se bem: não é ato do Parlamento. É determinação do poder constituinte, deferindo ao tribunal “o acompanhamento sistemático da execução do orçamento, do exame contínuo dos atos da administração e do seu julgamento”.

Dir-se-á – insiste Heraclio – que o constituinte não estaria, então, *delegando*, senão *atribuindo* à Corte de Contas essa função. Ora, é da tradição do Direito Constitucional atribuí-la ao Poder Legislativo. Em nenhuma hipótese, e somente nesta, o constituinte deixa de outorgar atribuições por inteiro, quando procede à repartição das funções do Estado. Acrescenta:

– Aqui deixa claramente de fazê-lo, dividindo-as em faixas de competência, uma das quais confia, ele mesmo, a um órgão que não integra qualquer dos Poderes mas entre eles situa-se, com a missão única de recebê-la.

E indaga: que será isso, senão uma delegação? Para responder que o estatuto político, em suas grandes linhas, nada mais é que um conjunto de delegações da soberania popular, que se desmembra em funções diferentes para ganhar operacionalidade sem prejuízo de sua inteireza... O constituinte, ... no caso, delegou ao Poder Legislativo, entre outras, a tarefa de exercer vigilância sobre a execução do orçamento e conferiu à delegação – unicamente aí – uma feição dúplice, mantendo-a enquanto atividade política nas raias da competência exclusiva do órgão parlamentar; e outorgando-a, enquanto atividade técnica, a outro órgão para isso especialmente criado: o Tribunal de Contas.

Essa, a significativa matéria de ordem doutrinária produzida por Heraclio Salles sobre a instituição do Tribunal de Contas, sua natureza e atribuições, e que procurei resumir na intenção de reverenciar a sua memória.

Comprova-se que sua atuação foi de muito proveito para a entidade, a que as circunstâncias da vida pública o conduziram.

Que trabalhou e aprofundou-se no conhecimento do importante órgão, deixando, a seu respeito, uma rica contribuição para os estudiosos do direito público e para os que servem e venham a servir nas Cortes de Contas.

***Supply chain* da informação legislativa no Senado Federal**

Márcia Maria Corrêa de Azevedo

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de informação legislativa. 3. Cadeia de suprimentos de informação legislativa – *supply chain*. 4. Análise de *supply chain* conforme os princípios da cadeia logística. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este ensaio é um exercício intelectual em que se pretende utilizar conceitos da Logística para descrever o percurso da matéria-prima do processo legislativo no Senado Federal, ou seja, o caminho da informação legislativa. A razão dessa iniciativa dá-se em função do desconhecimento por parte dos servidores e mesmo dos parlamentares dessa intrincada cadeia de informação de dados, muitos deles essenciais para a elaboração legislativa.

A Logística tem suas origens na Segunda Guerra Mundial, quando administrava a movimentação de tropas e recursos materiais para diversas localidades, em condições as mais adversas. Na Administração, os conceitos e experiências desenvolvidos pela Logística de guerra foram absorvidos para atender à problemática da movimentação, coordenação e custos de distribuição de produtos finais das empresas. Nos últimos dez anos, o uso da Logística tornou-se fundamental no mundo dos negócios, surgindo então um conceito mais amplo e estratégico: a gestão da cadeia de suprimentos ou *supply chain*.

Márcia Maria Corrêa de Azevedo é Diretora da Subsecretaria de Ata do Senado Federal, mestra em Administração Legislativa pela State University of New York – Albany e mestranda em Gestão Empresarial/Gestão Pública na Fundação Getúlio Vargas.

A gestão da cadeia de suprimentos possibilita enxergar o caminho do sistema a ser gerenciado em sua totalidade. Como ferramenta de análise, a montagem de uma cadeia de suprimentos auxilia os gestores e usuários a diagnosticarem falhas e pontos fortes, de modo a tornar o processo mais eficiente e com menor custo. “A gestão da cadeia de suprimentos pode ser definida como ‘a gestão da cadeia completa do suprimento de matérias-primas, manufatura, montagem e distribuição ao consumidor final’” (SLACK et al, 1999, p. 317).

Na prática, a cadeia de suprimentos nada mais é do que uma seqüência de elos entre os fornecedores da matéria-prima e os compradores do produto final, devendo o seu foco estar na satisfação dos clientes finais. No presente ensaio, a preocupação de descrever a cadeia de dados e informações no âmbito do processo legislativo está diretamente ligada à obtenção da satisfação plena dos usuários da informação legislativa produzida no Senado Federal.

2. Conceito de informação legislativa

O conceito de informação¹ é melhor entendido se mesclado com dois outros conceitos: o de dados² e o de comunicação³. Num mundo complexo e cercado de incertezas, a informação serve para reduzir a incerteza e facilitar o processo de tomada de decisão. A idéia de informação está ligada à utilidade, contendo o conhecimento necessário às ações cotidianas. Em nossa sociedade, a disponibilidade da informação ampla e ilimitada é uma necessidade correspondente à complexidade da própria sociedade.

Informação legislativa significa, nesse contexto, toda e qualquer informação acerca das proposições legislativas⁴ em tramitação no Senado Federal, dos discursos parlamentares e debates promovidos nos plenários das comissões e no Plenário da Instituição, além das mensagens presidenciais e ofícios da Câmara dos Deputados e dos demais Poderes recebidos pela Mesa.

Para termos deste ensaio, a informação legislativa no Senado Federal está inserida nos seguintes produtos finais: o *Diário do Senado Federal*⁵, avulsos das proposições legislativas⁶ e as informações alimentadas no “Sistema Mate de Matérias em tramitação”⁷ da *intranet* da Instituição.

3. Cadeia de suprimentos da informação legislativa – supply chain

Assume-se o pressuposto de que a origem de todas as proposições legislativas e políticas públicas deve estar legitimamente centrada na sociedade civil, a fim de atender as demandas por ela geradas. O governo de uma democracia representativa atende igualmente as demandas sociais ao planejar as políticas públicas e ao elaborar projetos de lei ou medidas provisórias. Assim sendo, as informações legislativas têm teoricamente suas origens no âmbito da sociedade civil e nos órgãos da Administração Pública e do governo.

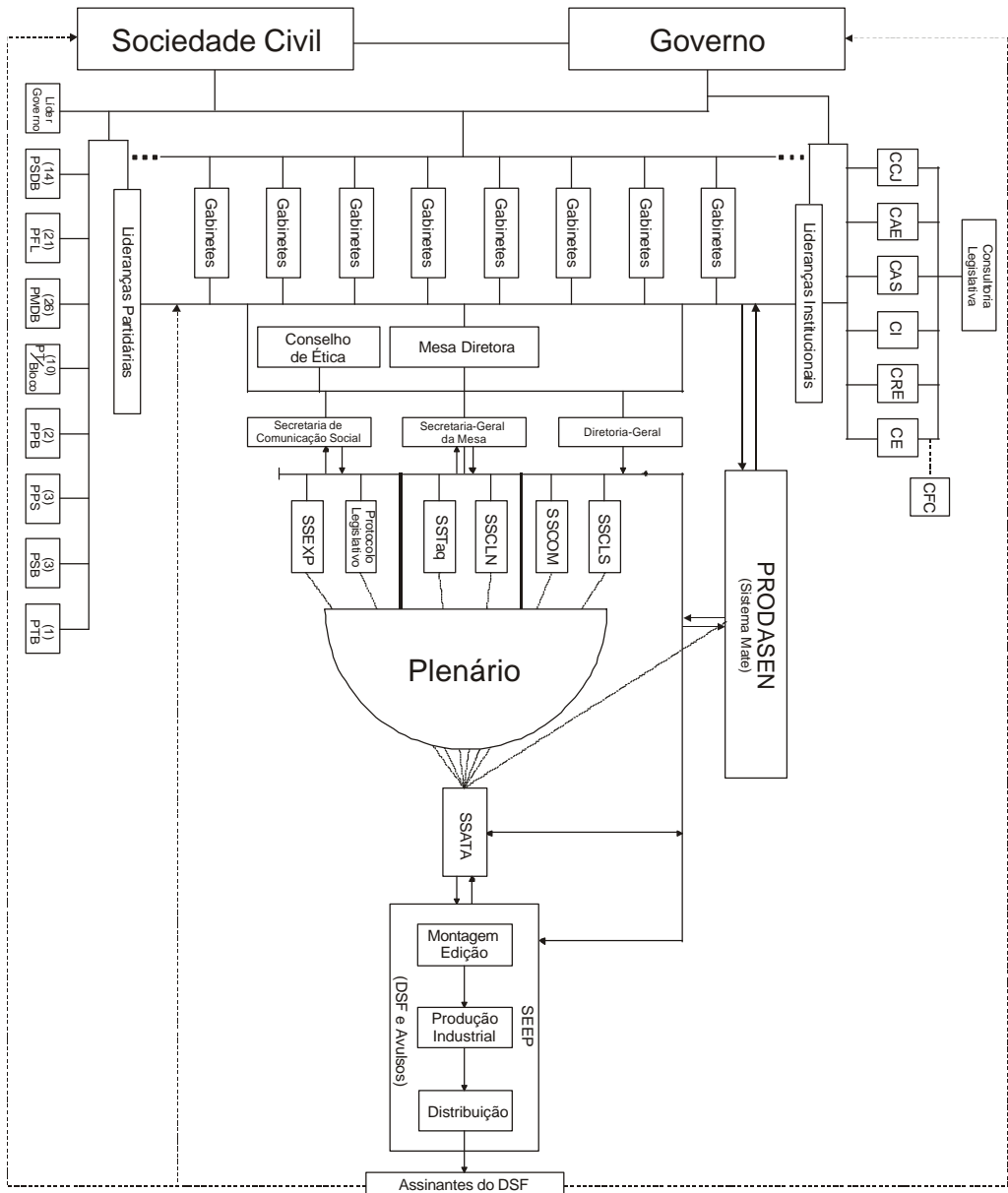
O Poder Legislativo, representado pelas duas Casas – Senado Federal e Câmara dos Deputados –, tem como uma de suas funções elaborar as leis e aprovar as políticas públicas. O Senado Federal exerce suas funções por meio de uma estrutura de órgãos tanto de natureza administrativa como legislativa. Neste ensaio, como trata apenas das informações legislativas, a abordagem se restringirá às estruturas envolvidas na produção, elaboração e publicação das referidas informações.

A seguir, serão descritos cada elo da cadeia de suprimentos da informação legislativa no âmbito do Senado Federal:

O Senador é o legítimo representante político do cidadão que o elegeu. Nesse foco, o *Senador e o seu gabinete* (sua unidade administrativa dentro da Casa) *ouvem* os apelos da sociedade, dos grupos de interesse e das associações civis e *acolhem* as sugestões e idéias oriundas dos mesmos. O Senador e o seu gabinete têm uma série de funções a desempenhar como representante político

Supply Chain da Informação Legislativa no Senado Federal

- Diário do Senado Federal – DSF
- Avulsos
- Sistema MATE (Intranet de informações legislativas)



junto ao Estado, por isso, eles também são conectados ao próprio governo e suas estruturas, atendendo assim as suas demandas.

Os partidos políticos representados no Congresso Nacional têm estruturas administrativas próprias dentro da Casa para atender as suas funções junto aos parlamentares, constituindo assim as *lideranças partidárias*⁸. Devem também manter abertos os canais de comunicação com os seus representados e a sociedade.

O Senado Federal tem as suas *lideranças institucionais*, que são constituídas dos membros da Mesa Diretora⁹ e dos Presidentes das Comissões Permanentes¹⁰ da Casa. As lideranças institucionais são peças fundamentais dentro do processo legislativo, influenciando não só o conteúdo das proposições como também o andamento de suas tramitações. São autores sempre presentes na produção da informação legislativa.

A *Consultoria Legislativa*¹¹ é o órgão de assessoramento superior dos Senadores e Comissões. É formada por funcionários de elevada formação profissional e técnica que emitem relatórios sobre a infinita gama de assuntos trazidos ao exame dos parlamentares, dos seus gabinetes, das lideranças partidárias e institucionais, das Comissões, da Secretaria-Geral da Mesa, da Mesa Diretora e etc. Assim sendo, ela contribui com a elaboração legislativa diretamente, por meio da redação das proposições e pareceres, como também por meio de consultas e estudos encomendados pelos membros e órgãos da Casa.

A *Secretaria-Geral da Mesa*¹² é responsável pelo andamento dos trabalhos legislativos no Senado Federal e no Congresso Nacional. É o pilar da Administração Legislativa. Dentro de sua estrutura, está a Subsecretaria de Ata, que é responsável pela publicação das matérias em avulsos e pela edição do *Diário do Senado Federal*. Todos os órgãos da estrutura legislativa alimentam o Sistema Mate com informações, que são processadas pelo Prodasen. Porém, cabe à *Sub-*

secretaria de Ata a responsabilidade de registrar as ações legislativas ocorridas em Plenário, o que a torna o órgão principal na alimentação das informações legislativas, tanto por meio eletrônico, como por meio impresso.

A *Diretoria-Geral do Senado Federal*¹³ alimenta o *Diário do Senado Federal* com os atos administrativos da Casa, como lotação, substituições de servidores, ocupação de cargos, aposentadorias, comissões administrativas etc.

A *Secretaria de Comunicação Social*¹⁴ é o terceiro pilar da Administração do Senado Federal. Neste ensaio, ela não participa diretamente da produção dos produtos legislativos mencionados anteriormente, ou seja, os avulsos das proposições legislativas, o *Diário do Senado Federal* e a alimentação do Sistema Mate. Contudo, não resta dúvidas de que a sua presença nos trabalhos legislativos tem inegável influência no desempenho parlamentar, logo, afetando indiretamente os produtos legislativos em estudo.

O *Conselho de Ética e Decoro Parlamentar*, composto por dezesseis Senadores, eleitos em 30-06-99, com exceção do Senador Romeu Tuma, Corregedor do Senado Federal e membro nato do referido Conselho, tem-se mantido muito ocupado nos últimos meses, realizando várias reuniões, de modo a receber e examinar as inúmeras representações contra parlamentares. Todas as reuniões, com suas respectivas atas e notas taquigráficas, são publicadas no *Diário do Senado Federal*.

As reuniões das *Comissões Permanentes e Temporárias* e suas respectivas atas e notas taquigráficas são publicadas no *Diário do Senado Federal*.

As matérias lidas na Hora do Expediente são publicadas no Diário e em avulsos. Igualmente, as matérias apreciadas na Ordem do Dia são publicadas no Diário. Todas as ações legislativas são registradas em formulário próprio nos processados das matérias e disponibilizadas na *intranet* através do Sistema Mate. Desse modo, a informação legislativa percorre vários ambientes e é distribuída ao público e usuários (a

própria sociedade, o governo, os parlamentares, os órgãos do Poder Legislativo etc.) através de três produtos básicos: o *Diário do Senado Federal* e os avulsos, por meio impresso, e por meio eletrônico, através do Sistema Mate.

A *Secretaria Especial de Editoração e Publicações – SEEP*¹⁵ – é o órgão responsável pela produção industrial do *Diário do Senado Federal* e dos avulsos. O *Prodasen*¹⁶ é responsável pela manutenção da *intranet*, que viabiliza todos os trabalhos relacionados à coleta e distribuição da informação legislativa, além de ser o veículo eletrônico de remessa de avulsos e diários da Subsecretaria de Ata para o setor gráfico-industrial. O *Prodasen* também gerencia o Sistema Mate de informações sobre matérias em tramitação na Casa. Assim, pode-se dizer que o *Prodasen* está envolvido na origem (através da comunicação eletrônica, via e-mail, *intranet* e *internet*), na confecção (dentro dos gabinetes, comissões, diretorias, secretarias e subsecretarias, e plenário) e distribuição das informações legislativas, tanto para manutenção e alimentação do Sistema Mate e de *n* portais (de parlamentares e outros órgãos legislativos) e *homepages* na *Internet*, para a rede virtual *Interlegis*, como para a produção industrial dos impressos.

4. Análise da supply chain conforme os princípios da cadeia logística

Com essas explicações preliminares sobre os elos, passa-se agora para a análise da cadeia logística da informação legislativa no Senado Federal. Tratando-se de produtos tão peculiares (o *Diário do Senado Federal*, os avulsos e o Sistema Mate), inseridos na realidade da Administração Pública, é difícil o trabalho de correlacionar os sete princípios da gestão da cadeia logística apresentados por Anderson, Bitt e Favre¹⁷. No entanto, faz-se o possível para adaptá-los à realidade tão distinta e tão distante da mercadológica; lembrando mais uma vez que este ensaio não passa de um exercício de inteligência e boa vontade:

1 – Os clientes da informação legislativa e de seus produtos são todos os envolvidos na sua origem e confecção, visto que a informação legislativa completa um círculo perfeito, em que os produtos aqui estudados realimentam as origens e segmentos meio e fim. Assim, considera-se para efeitos desta análise os seguintes clientes: a sociedade civil (cidadãos, associações civis, grupos de interesse etc.), o governo e todos os órgãos pertencentes a sua estrutura administrativa, os Senadores (e os seus gabinetes, constituídos de seus servidores), as Lideranças Institucionais (e os seus gabinetes respectivos), as Lideranças Partidárias (e os seus gabinetes respectivos e as relações diretas com os respectivos Partidos Políticos), os membros do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, as Comissões Permanentes e Temporárias (incluindo os seus membros e servidores), a Consultoria Legislativa, a Secretaria de Comunicação Social, a Secretaria-Geral da Mesa, a Diretoria-Geral, as Subsecretarias da Mesa (SSCLS, SSCLN, SS-COM, SSTAQ, SSATA, SSEXP), os Serviços de Avulsos, Protocolo e Sinopse da Mesa, o *Prodasen* e a SEEP (Gráfica do Senado).

2 – A adaptação da malha logística de distribuição às necessidades específicas de cada segmento de clientes e a análise de rentabilidade e eficiência serão feitas ao final deste estudo, quando se pretende identificar os pontos críticos da cadeia existente.

3 – O mercado em que se situa esta cadeia logística é o mercado político, logo, os sinais que devem sensibilizar o gerenciamento da cadeia são distintos daqueles normalmente analisados. Os sinais desse mercado são mais sutis, porém tão influentes e de impacto quanto os demais. Que sinais seriam esses? O crescente criticismo da sociedade em relação ao Senado Federal, a imagem política da Casa e de seus Senadores, a demanda social por transparência e visibilidade nos processos legislativo e político, a intensidade e a quantidade da produção legislativa, a legitimidade dos produtos legislativos, as repercussões positivas

e negativas nos processos eleitorais, o relacionamento com os Poderes Executivo e Judiciário, a mobilização popular, a fiscalização e controle dos atos administrativos dos governantes, a crescente participação popular, o incremento do conhecimento acerca do funcionamento e das atividades do Congresso Nacional, o respeito pelas Instituições, a esperança ou a desilusão social, a paz social, a estabilidade da democracia representativa etc.

Os recursos orçamentários do Senado Federal certamente são direcionados para atender cada uma das exigências impostas por esses sinais. Na prática, o que se assistiu nos últimos anos foi a uma intensificação do emprego de recursos na área de Comunicação Social (TV Senado, Rádio Senado, Jornal do Senado, Agência de Notícias, Relações Públicas etc.), porque atende diretamente às necessidades dos parlamentares por maior visibilidade e melhor e mais amplo acesso aos eleitores e aos Estados. Num período anterior, viram-se muitos recursos dirigidos para o Prodasen, o que viabilizou a atual estrutura de informática da Casa. Quanto à cadeia de suprimentos específica deste estudo, recursos foram demandados para a garantia da publicação do *Diário do Senado Federal* no dia seguinte, o que exigiu a contratação de um terceiro e quarto turnos no setor gráfico-industrial, somados à nova estruturação da Subsecretaria de Ata.

4 – O produto mais próximo do consumidor (sendo o cidadão, o administrador público, o parlamentar, o servidor ou os grupos de interesse) é sem dúvida a informação legislativa disponibilizada por meio eletrônico. O Sistema Mate coleta e distribui todas as informações geradas ou em circulação na Casa. Bancos de dados ligados a esse sistema disponibilizam essas mesmas informações de *n* maneiras diferentes, alimentando portais e *homepages* de Senadores, dos órgãos da Casa, do governo etc. O *Diário do Senado Federal* continua sendo importante para a consulta na Casa, geral-

mente feita por assessores e também por parlamentares, além de representar o veículo oficial de publicidade das matérias. Os avulsos são usados por força do hábito. É necessária a suspensão da exigência regimental da distribuição das matérias em avulsos, tendo em vista que hoje em dia eles perderam a oportunidade e a valia. Justificava-se o avulso no passado, quando o Diário era publicado até com um mês de atraso e não existia a modernidade do Sistema Mate, da *intranet* e da *internet*. É objetivo da Casa e de todos os órgãos envolvidos na cadeia da informação legislativa disponibilizar as ações legislativas o mais prontamente possível. Todos trabalham visando à aceleração e à racionalidade dos trabalhos nesse sentido.

5 – O custo de estocagem que existe na cadeia está representado pela confecção desnecessária dos avulsos das matérias. Toneladas de papel são desperdiçadas diariamente. Conforme levantamento feito em 1998, foram produzidas 42.344.200 unidades de avulso de proposições legislativas naquele ano (isso sem considerar o número de páginas de cada avulso, que varia em média de 1 a 10 páginas cada). Em 1998, foram produzidas 88.200 unidades de diário impresso, com uma média de 450 páginas cada.

6 – A melhor estratégia da cadeia de informação legislativa no Senado Federal está na eliminação da duplicação de funções e serviços, na conjugação do *Jornal do Senado* com o *Diário do Senado Federal*, na suspensão da exigência regimental dos avulsos, na racionalização das tarefas, no incremento dos acessos do Senado Federal com a sociedade, na extinção de Serviços etc. Em verdade, seria preciso reformar a estrutura administrativa atual da Casa e estimular mudanças na cultura organizacional da instituição, a fim de acelerar a racionalização dos trabalhos e a redução dos custos. Uma outra estratégia que deveria ser implantada é uma estratégia de marketing institucional, que envolvesse não só os produtos de que tratam este ensaio, mas todas as funções do Senado Federal.

7 – A avaliação do desempenho da cadeia logística objeto deste ensaio é feita por meio de meios informais, havendo apenas um controle de quantidade sob a gerência do Prodasen. Em verdade, deveriam existir mecanismos formais que avaliassem o desempenho de todos os setores envolvidos, considerando o volume de informações disponibilizadas, a qualidade da informação, a prontidão e a quantidade de acessos da sociedade com a Casa. Pesquisas de opinião e avaliação também deveriam ser realizadas periodicamente. Os impressos não estão subordinados a qualquer controle de qualidade, assim como a produção gráfica não está sob nenhuma ordem de economicidade e eficiência. Por exemplo, se um dos órgãos situados na cadeia logística encaminha, por meio da SSATA, documento para publicação e confecção de avulsos contendo incorreções, ou se a SSATA erra a numeração do documento, retificações serão feitas no *Diário do Senado Federal* e serão produzidos novos avulsos, acarretando o desperdício de matéria-prima e de utilização de mão-de-obra em horário extraordinário. No entanto, nenhum órgão ou funcionário responde por esse desperdício. Não há qualquer controle ou cobrança.

5. Conclusão

Este ensaio tem como objetivo oferecer a oportunidade de se fazer uma leitura diferente das rotinas do trabalho legislativo. Transportando técnicas da Administração de negócios para a área pública e, especialmente, para uma área tão peculiar, como é o caso da instituição legislativa, a presente análise põe na mesa novas ferramentas que permitirão enxergar a realidade por outros ângulos e perspectivas. O propósito é despertar a atenção *para quem e como* os dados são utilizados e transformados em informação legislativa, matéria-prima do Poder Legislativo. Não menos importante é o diagnóstico e o levantamento das deficiências que existem ao longo do processo legisla-

tivo, referentes ao manuseio e disponibilidade das informações.

Algumas observações devem ser feitas após a identificação de gargalos ou pontos de desempenho deficiente na cadeia de informação legislativa no Senado Federal. São os seguintes os pontos críticos da cadeia:

- poucos acessos da sociedade com o Senado Federal;

- acessos dificultados pelo excessivo formalismo;

- necessidade de aproximar os gabinetes de Senadores da sociedade (*homepages* e portais virtuais mais leves e fáceis de acessar);

- carência de autonomia e de poder discricionário no âmbito das Comissões;

- concentração de poder político e administrativo na Mesa Diretora;

- distanciamento das ações da Secretaria de Comunicação Social das atividades de plenário e da divulgação das informações legislativas legítimas;

- duplicação de atividades e tarefas por toda a estrutura;

- limitação do Sistema Mate, que se vê “amarrado” pela centralização na Secretaria-Geral da Mesa;

- necessidade de ampliação dos cabos e redes para sustentar a *Intranet* e os provedores que dão acesso à *Internet*;

- ausência de controles de qualidade, eficiência e economicidade de recursos;

- demanda de *marketing* institucional para divulgar os veículos da informação legislativa;

- revisão da estrutura organizacional da área legislativa. Por exemplo, a Subsecretaria de Ata deveria ser estruturada para responder como o órgão central da divulgação da informação legislativa, com capacidade para evitar duplicação de tarefas e implementar racionalização de rotinas; enquanto vários órgãos da cadeia logística deveriam ser repensados quanto à sua estrutura, tendo em vista que estão em vias de extinção, devido à modernidade dos veículos de informação: Serviço de Avulsos, Subsecretaria de Taquigrafia, Subsecretaria de

Coordenação do Congresso Nacional (duplicador de rotinas da SSATA), entre outros;

– celeridade para a otimização do acesso e uso do *Portal do Legislativo*, sob comando da Secretaria-Geral da Mesa;

– integração entre os órgãos de divulgação da informação legislativa e os órgãos da Comunicação Social, como a TV Senado, Rádio Senado etc.;

– obsolescência da exigência regimental de confecção de avulsos das matérias em tramitação no Senado Federal, acarretando desperdício de recursos;

– o *Jornal do Senado* e o *Diário do Senado Federal* poderiam ser conjugados em um só veículo de informação, contanto que se modernizasse a estrutura do Diário;

– centralização das tarefas e controle excessivo das informações na Secretaria-Geral da Mesa.

Notas

¹ “*Informação* é um conjunto de dados com um significado, ou seja, que reduz a incerteza ou que aumenta o conhecimento a respeito de algo” (CHIAVENATO, 1998, p. 694).

² “*Dado* é um registro ou anotação a respeito de um determinado evento ou ocorrência. Um *banco de dados*, por exemplo, é um meio de se acumular e armazenar conjuntos de dados para serem posteriormente combinados e processados. Quando um conjunto de dados possui um significado, temos uma informação” (CHIAVENATO, 1998, p. 694).

³ “*Comunicação* é quando uma informação é transmitida a alguém, sendo, então, compartilhada também por essa pessoa. Para que haja comunicação, é necessário que o destinatário da informação a receba e a compreenda. A informação simplesmente transmitida, mas não recebida, não foi comunicada. Comunicar significa tornar comum a uma ou mais pessoas uma determinada informação” (CHIAVENATO, 1998, p. 694).

⁴ Artigo 211 do Regimento Interno do Senado: Consistem as proposições em: I – propostas de emenda à Constituição; II – projetos; III – requerimentos; IV – indicações; V – pareceres; VI – emendas.

⁵ Artigo 201 do Regimento Interno do Senado: Será elaborada ata circunstanciada de cada sessão, contendo, entre outros, os incidentes, debates, declarações da Presidência, listas de presença e chamada, texto das matérias lidas ou votadas e os

discursos, a qual constará, salvo se secreta, do *Diário do Senado Federal* (Ato dos Presidentes das Mesas das duas Casas do Congresso Nacional, em 02-10-95), que será publicado diariamente, durante as sessões legislativas ordinárias e extraordinárias, e eventualmente, nos períodos de recesso, sempre que houver matéria para publicação. § 1º a § 3º...

Artigo 202 do RI do Senado: Constarão também, da ata:

I – por extenso:

a) as mensagens ou ofícios do Governo ou da Câmara dos Deputados, salvo quando relativos à sanção de projetos, devolução de autógrafos ou agradecimento de comunicação;

b) as proposições legislativas e declarações de voto;

II – em súmula, todos os demais documentos lidos na Hora do Expediente, salvo deliberação do Senado ou determinação da Presidência. *Parágrafo único*: As informações e documentos de caráter sigiloso não terão publicidade.

(Sobre a Ata, mais informações nos artigos 203 a 208 do Regimento Interno do Senado)

⁶ CAPÍTULO VII – Da Publicação das Proposições; Artigo 249 do Regimento Interno do Senado: Toda proposição apresentada ao Senado será publicada no *Diário do Senado Federal* (Ato dos Presidentes das Mesas das duas Casas do Congresso Nacional, em 02-10-95), na íntegra, acompanhada, quando for o caso, da justificação e da legislação citada.

Artigo 250 do Regimento do Senado: Será publicado em avulsos, para distribuição aos Senadores e comissões, o texto de toda proposição apresentada ao Senado. *Parágrafo único*: Ao fim da fase de instrução da matéria serão publicados em avulsos os pareceres proferidos, neles se incluindo: a) o texto das emendas, caso não tenham sido publicadas em avulso especial; b) os votos em separado; c) as informações prestadas sobre a matéria pelos órgãos consultados; d) os relatórios e demais documentos referidos no art. 261, § 1º (Serão mantidos, nos processos, os relatórios que não chegarem a se transformar em pareceres nem em votos em separado, bem como os estudos e documentos sobre a matéria, apresentados nas comissões).

⁷ Sistema no qual se registram as ações legislativas por meio eletrônico, referentes ao artigo 261, IV, do Regimento Interno, para fins de consulta e publicidade.

CAPÍTULO XI – Dos Processos Referentes às Proposições; Artigo 261 do Regimento Interno do Senado: O processo referente a cada proposição, salvo emenda, será organizado de acordo com as seguintes normas: I a III...; IV: *serão ainda registradas, no impresso especial, pelo funcionário do órgão por onde passar o processo, todas as ações legislativas e administrativas que ocorrerem durante sua tramitação*: a)

as ocorrências da tramitação em cada comissão, o encaminhamento à seguinte e, finalmente, à Mesa; b) a inclusão em Ordem do Dia; c) a tramitação em plenário; d) a manifestação do Senado sobre a matéria; e) a remessa à sanção, à promulgação ou à Câmara; f) a transformação em lei, decreto legislativo ou resolução, com o número e data respectivos; g) se houver veto, todas as ocorrências a ele relacionadas; h) o despacho do arquivamento; i) posteriores desarquivamentos e novos incidentes.

⁸ Artigo 65 do Regimento Interno do Senado: A maioria, a minoria e as representações partidárias terão líderes e vice-líderes. § 1º a § 4º...; § 4º-A: As vantagens administrativas adicionais estabelecidas para os gabinetes das lideranças somente serão admitidas às representações partidárias que tiverem, no mínimo, um vinte e sete avos da composição do Senado. § 5º a § 7º...

⁹ Artigo 46 do Regimento Interno do Senado: A Mesa se compõe de Presidente, dois Vice-Presidentes e quatro Secretários. § 1º a § 4º...

¹⁰ São as seguintes as Comissões Permanentes do Senado: Comissão Diretora (art. 98 do RI do Senado); Comissão de Assuntos Econômicos – CAE (art. 99 do RI do Senado); Comissão de Assuntos Sociais – CAS (art. 100 do RI do Senado); Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ (art. 101 do RI do Senado); Comissão de Educação – CE (art. 102 do RI do Senado); Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional – CRE (art. 103 do RI do Senado), Comissão de Serviços de Infra-Estrutura – CI (art. 104 do RI do Senado) e a Comissão de Fiscalização e Controle – CFC (Resolução nº 46, de 1993).

¹¹ Resolução 09, de 1997, do Senado Federal: (altera o Regulamento Administrativo do Senado Federal) Título II – Da Estrutura e das Competências dos Órgãos; Capítulo I – Da Estrutura Administrativa; *Subseção III – Da Consultoria Legislativa: artigo 52: À Consultoria Legislativa compete a prestação de consultoria e assessoramento à Mesa, às Comissões e aos Senadores no desempenho, no âmbito do Congresso Nacional, no exercício de suas funções legislativas, parlamentar e fiscalizadora, consistindo na elaboração e divulgação de estudos técnicos opinativos sobre matérias de interesse institucional e administrativo do Senado Federal e do Congresso Nacional, na preparação, por solicitação dos Senadores, de minutas de proposições, de pronunciamentos e de relatórios, bem como na prestação de esclarecimentos técnicos atinentes ao exercício das funções constitucionais do Senado Federal...*

¹² Resolução 09, de 1997, do Senado Federal: (altera o Regulamento Administrativo do Senado Federal) Título II – Da Estrutura e das Competências dos Órgãos; Capítulo I – Da Estrutura Administrativa;

Subseção I – Da Secretaria Geral da Mesa: artigo 10: À Secretaria-Geral da Mesa compete prestar assessoramento direto e imediato à Mesa no desempenho de

suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, secretariar as reuniões da Mesa; coordenar as unidades administrativas que lhe estão afetas e as atividades relacionadas à tramitação das proposições e ao provimento das informações pertinentes à tramitação das matérias legislativas.

Parágrafo único: São órgãos da Secretaria-Geral da Mesa: I – Gabinete; II – Assessoria Técnica; III – Serviço de Apoio a Conselhos e Órgãos do Parlamento; IV – Serviço de Protocolo Legislativo; V – Serviço de Sinopse; VI – Serviço de Distribuição de Avulsos e Apoio ao Plenário; VII – Serviço de Redação; VIII – Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado Federal (SSCLS); IX – Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Congresso Nacional (SSCLN); X – Subsecretaria de Comissões (SSCOM); XI – Subsecretaria de Taquigrafia (SSTAQ); XII – Subsecretaria de Ata (SSATA); XIII – Subsecretaria de Expediente (SSEXP).

¹³ Resolução 09, de 1997, do Senado Federal: (altera o Regulamento Administrativo do Senado Federal) Título II – Da Estrutura e das Competências dos Órgãos; Capítulo I – Da Estrutura Administrativa; *Seção IV – Do Órgão Central de Coordenação e Execução: artigo 104: É Órgão Central de Coordenação e Execução a Diretoria Geral. Artigo 105: À Diretoria Geral compete realizar a integração administrativa do Senado Federal, com apoio dos demais órgãos da estrutura geral, dirigir e controlar a política da administração, consoante normas legais regulamentares e deliberações da Comissão Diretora...*

¹⁴ Resolução 09, de 1997, do Senado Federal: (altera o Regulamento Administrativo do Senado Federal) Título II – Da Estrutura e das Competências dos Órgãos; Capítulo I – Da Estrutura Administrativa; *Subseção V – Da Secretaria de Comunicação Social: artigo 62: À Secretaria de Comunicação Social compete formular, coordenar e supervisionar a execução de programas concernentes à política de comunicação social do Senado Federal; controlar, orientar e dirigir a execução de tarefas relativas à divulgação das atividades do Senado, mediante os diversos meios de comunicação; atender a toda atividade senatorial que promova a instituição e o Poder Legislativo; e assessorar, nos assuntos de sua competência, a Presidência, a Comissão Diretora, as Comissões Permanentes e Temporárias e os Senadores. Parágrafo único:* São órgãos da Secretaria de Comunicação Social: I – Gabinete; II – Serviço de Apoio Administrativo; III – Serviço de Apoio Técnico; IV – Coordenação de Divulgação e Integração; V – Coordenação Agência Senado; VI – Coordenação Jornal do Senado; VII – Coordenação Rádio Senado; VIII – Coordenação TV Senado; IX – Coordenação de Projetos Especiais; X – Coordenação Técnica de Eletrônica; XI – Coordenação de Relações Públicas.

¹⁵ Artigo 185 da Resolução 09, de 1997: À Secretaria Especial de Editoração e Publicações, funcionando em turnos ininterruptos, compete planejar, supervisionar e coordenar a execução dos serviços de arte gráfica de interesses do Senado Federal, mediante plano formulado no âmbito do Conselho Editorial e aprovado pela Comissão Diretora, bem como de edições técnicas, anais e outras publicações de interesse para os trabalhos legislativos, do Senado Federal e do Congresso Nacional.

¹⁶ O Prodasen é um de dois órgãos supervisionados do Senado Federal (o outro é o ILB – Instituto Legislativo Brasileiro).

Artigo 233 da Resolução 09, de 1997: Ao Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal – PRODASEN – compete prover o Senado Federal de equipamentos, sistemas e aplicativo de informática, nos termos do Plano Diretor anual aprovado pela Comissão Diretora; executar, em articulação com o ILB, treinamento relacionado com os equipamentos e sistemas de informática; e planejar, projetar, desenvolver e executar o tratamento tecnológico de informações e o processamento de dados, nos termos do seu Plano Diretor, aprovado pela Comissão Diretora.

¹⁷ Extraídos da Apostila do Professor Renaud B. da Silva. Mestrado Executivo da FGV em 2000.

O sistema de actos legislativos na 4ª revisão da Constituição Portuguesa

Um “aprofundamento multidimensional” do princípio democrático

Jorge Bacelar Gouveia

Sumário

1. Preliminares. 2. Democracia referendária – um referendo politicamente funcional e operativo. 3. Democracia participativa – novas oportunidades de empenhamento dos cidadãos. 4. Democracia representativa, na sua vertente orgânica – um efectivo protagonismo do Parlamento.

1. Preliminares

A despeito das múltiplas e mordazes críticas que têm sido dirigidas ao legislador da revisão constitucional de 1997, a verdade é que uma das matérias em que mais vivamente se sentiu um justo e escorreito intuito reformador foi a do sistema de actos legislativos ao nível nacional¹.

O pano de fundo das alterações propugnadas nos diversos projectos de revisão constitucional que foram apresentados, primeiro, e das decisões tomadas em sede deliberativa, depois, tinha que ver com *um “défice” político-institucional, simultaneamente, de participação dos cidadãos na legiferação e de intervenção da Assembleia da República nas principais opções do Estado*².

Os resultados que se mostram com a Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, não deixam margem para dúvidas acerca do *saldo impressivamente positivo* que se obteve e que, de um modo geral, bem valeu o esforço de políticos e de parlamentares na respectiva consecução, a despeito da reflexão que cabe à doutrina fazer e que corajo-

Jorge Bacelar Gouveia é Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

samente deve assinalar os justos reparos, bem como as soluções menos felizes.

As orientações introduzidas no texto constitucional, sob o signo geral de *um reforço democratizante na concepção do sistema nacional de actos político-legislativos*, estearam-se em três pilares que nos parecem fundamentais na reconcepção do princípio democrático no Direito Constitucional Português:

- (i) o reforço da democracia *referendária*;
- (ii) o reforço da democracia *participativa*;
- (iii) o reforço da democracia *parlamentar*.

Vejam-os separadamente.

2. Democracia referendária – um referendo politicamente funcional e operativo

Em termos de incremento da participação dos cidadãos na vida institucional, as alterações mais esperadas relacionavam-se com o instrumento do referendo político³.

Criado em 1989, nunca conseguira ser utilizado, não apenas por falta de vontade política, mas essencialmente por um conjunto de excessivas cautelas normativas que lhe tolhiam qualquer possibilidade de êxito.

Aquelas alterações introduzidas atingiram o cerne deste instituto, desde logo, no elenco de matérias politicamente referendáveis, *alargando sensivelmente o seu âmbito* e assim definitivamente fazendo-o um instrumento dúctil às decisões que mais dele careciam, a pensar, em primeira linha, na questão da integração europeia⁴.

A disciplina constitucional do referendo, por seu turno, desceu a alguns importantes pormenores *no sentido de garantir a veracidade da decisão referendária*. Sinais dessa intenção são, indiscutivelmente, estes três aspectos:

– a diferenciação entre o poder de iniciativa da Assembleia da República e do Governo, conforme estejam subjacentes matérias em que, do prisma legislativo, sejam respectivamente competentes;

– a imposição de um número mínimo de votantes – mais de metade dos eleitores ins-

critos no recenseamento – para conferir efeito vinculativo ao referendo;

– a faculdade, em domínios que lhes sejam pertinentes, de os portugueses recenseados no estrangeiro, tal como se prevê para a eleição presidencial, também poderem participar nos referendos que cuidem dessas matérias.

Não obstante o mérito que estas alterações em matéria de referendo trouxeram, não queremos deixar de assinalar a relevância, já a pensar em próxima revisão constitucional, do interesse de três outras questões que reputamos fundamentais, considerações que são feitas *de iure condendo*:

1) o alargamento das matérias referendáveis com a inclusão da revisão constitucional – se, num primeiro momento, foi prudente excluir do referendo as matérias constitucionais, deixando amadurecer o respectivo exercício, com o andar dos anos e o aprofundamento da cultura democrática, essas são cautelas que já não fazem sentido e, portanto, aos cidadãos deve ser entregue o poder de decidir da revisão constitucional;

2) a imposição constitucional de um sistema de referendo potestativo, não conferindo qualquer margem de actuação ilícita ao decisor político que não queira cumprir as orientações referendárias;

3) a faculdade de fazer referendos simultâneos sobre diferentes matérias, neste momento não constitucionalmente lícita, porquanto se exige que cada referendo incida sobre “uma só matéria”, o que, por inferência lógica, pressupõe também a proibição de dois ou mais referendos simultâneos sobre matérias diversas.

3. Democracia participativa – novas oportunidades de empenhamento dos cidadãos

Sensivelmente reforçada em 1989, a democracia de tipo participativo veria o seu horizonte muito substancializado com a revisão constitucional de 1997.

A reclamação em torno do maior empenhamento dos cidadãos, enquanto atomisticamente considerados na sociedade civil e principalmente enquanto desligados das formações partidárias, acabaria por ter as suas inevitáveis respostas em algumas das alterações feitas neste ensejo.

A via que se seguiu foi sempre a da interligação da participação popular dos cidadãos com as instâncias organizatórias do Estado-aparelho, *privilegiando-se um aprofundamento da democracia numa linha claramente institucional*, assim em detrimento de uma orientação mais de tipo sociológico.

A que nos parece mais significativa é que se prende com a *possibilidade* – até agora estranha e insistentemente recusada – *da participação dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro na votação do Presidente da República*⁵.

Até 1997, do ponto de vista constitucional, a situação era, no mínimo, paradoxal: os cidadãos portugueses recenseados no estrangeiro podiam votar para a Assembleia da República, mas estavam impedidos de o fazer na eleição do Presidente da República.

Doravante, repõe-se a igualdade política entre cidadãos portugueses recenseados no território nacional e recenseados no estrangeiro⁶. Esta não foi, porém, uma decisão pacífica, ouvindo-se em sectores doutrinários severas críticas a esta nova possibilidade de votação na eleição presidencial.

Nos tempos que correm, essas são críticas manifestamente improcedentes, porque desfasadas das características do Mundo contemporâneo da globalização e da tecnologia:

– em termos de liberdade política, é inegável o avanço exponencial da democracia no mundo, sobretudo nos países de tradicional acolhimento dos portugueses emigrantes, como é o caso dos Estados africanos de língua portuguesa e da América Latina; não se justificam mais, por isso, os receios de manipulação da vontade eleitoral num certo sentido, ao sabor dos interesses de uma concreta ditadura porventura instalada nesses países;

– em termos de difusão da mensagem eleitoral, com a modernização das comunicações (de massas e pessoais), não mais podem vingar os receios, decerto outrora legítimos, de *deficit* propagandístico nas campanhas eleitorais, com hipótese de fazer a respectiva divulgação de um modo acessível e pouco dispendioso.

A concretização desse alargamento do voto aos emigrantes portugueses faz-se, no entanto, numa cumulação de requisitos da cidadania com o da “ligação efectiva à comunidade nacional”, o que bem se compreende por ser exigível um conhecimento e interesse mínimos da realidade portuguesa aos que vão “contactá-la” através do direito de sufrágio.

Problemática pode vir a ser a densificação da atribuição do direito de voto em razão deste critério da ligação à comunidade portuguesa: para além da dificuldade abstracta de diferenciar portugueses com e sem direito de voto, nota-se uma assinalável discrepância entre o *critério seguro* da “cidadania” – os que são portugueses – e o *critério algo volúvel* da “...existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional”.

Na reconfiguração do instituto do referendo, abriu-se também a possibilidade de *a sua pré-iniciativa poder pertencer a um conjunto de cidadãos*, nos termos a definir por lei⁷.

Até agora, o procedimento de decretação de um referendo político-legislativo era composto, no essencial, por três fases:

a) a da *iniciativa*, a cargo da Assembleia da República ou do Governo;

b) a da *pronúncia obrigatória, em sede de fiscalização preventiva, por parte do Tribunal Constitucional*, apreciando as respectivas constitucionalidade e legalidade; e

c) a da *decisão*, que compete ao Chefe de Estado.

Com esta alteração, permite-se que os cidadãos tenham também acesso ao instituto do referendo, que deixa de estar fechado à iniciativa interna do sistema político, para se abrir aos cidadãos. Eis uma inovação que nos parece de extremo significado, já que dá

um sentido real ao preenchimento do conceito jurídico indeterminado da “questão de relevante interesse nacional”, feito de baixo como expressão de uma vontade popular, não artificialmente concebido de cima pelos órgãos instituídos.

Em termos de procedimento legislativo, admitiu-se, pela primeira vez em Portugal, a *iniciativa legislativa popular*⁸. Quer isto dizer que, daqui em diante, também grupos de cidadãos, em número a definir por lei, podem exercer o direito político de apresentar no Parlamento propostas de actos legislativos (GOUVEIA, 1997, p. 14). Ela vem a ser efectiva, numa assinalável generosidade do legislador constitucional, para toda e qualquer iniciativa legislativa não internamente reservada.

De modo algum isto pode implicar uma qualquer “descaracterização demagógica” do poder legislativo, na medida em que esta abertura à sociedade civil se traduz somente na concessão do impulso procedimental. E até por isso muitos duvidam da respectiva utilidade, sendo certo que os órgãos legislativos podem, a final, deliberar negativamente quanto às opções delineadas na proposta ou mesmo rejeitá-la em bloco.

Mas não deixa de representar um instrumento de “arejamento democrático” do procedimento legislativo, com efeitos sensíveis na aproximação da actividade de legiferação aos cidadãos, que são, ao fim e ao cabo, os seus lídimos destinatários.

4. Democracia representativa, na sua vertente orgânica – um efectivo protagonismo do Parlamento

No estrito âmbito da produção legislativa, a democratização que se empreendeu destinou-se a *vitalizar a componente parlamentar do sistema de governo*, mantendo-se, no entanto, a sua qualificação – como comumente se aceita – de semi-presidencialismo.

O cenário de fundo do legislador de revisão constitucional foi o de uma avaliação muito realista da prática legislativa dos úl-

timos anos, em que se agravou a respectiva “governamentalização”, com o evidente predomínio dos actos legislativos emanados do Governo.

Tal foi, em parte, explicável pela existência de uma maioria parlamentar de um só partido político, cuja originalidade na III República Portuguesa evidentemente que importaria, mais tarde ou mais cedo, várias rectificações no texto constitucional.

Não se podia também continuar a esquecer as situações de verdadeira “fraude constitucional” que a progressiva integração de Portugal na União Europeia lentamente propiciava. Foi assim necessário assinalar os termos de incorporação de alguns actos comunitários, por forma a evitar os entorses que o tempo acelerava.

O “aligeiramento”, em termos temáticos, da Constituição tinha de possuir, finalmente, a contrapartida do engrossamento dos actos legislativos de cariz intermédio, sem um valor constitucional, mas também sem a sujeição à maioria relativa da deliberação parlamentar. Natural seria, por conseguinte, que um cuidado tivesse sido posto em duas categorias dessas leis intermédias do sistema de actos normativos – as *leis orgânicas* e as *leis aprovadas por dois terços*.

Inevitavelmente que esse facto depois se projectaria no redimensionamento do recente conceito constitucional de *lei reforçada*, que também receberia contributos legislativos assinaláveis.

Relativamente à constelação das matérias que ficaram sob a alçada da intervenção legislativa parlamentar, o “movimento” que genericamente se deu foi no sentido do aumento do respectivo número e qualidade, segundo dois critérios possíveis:

– *sujeitar determinadas matérias*, até agora pertencentes à esfera de competência legislativa partilhada entre a Assembleia da República e o Governo, à *reserva de competência legislativa daquela*, passando o Parlamento a dispor das mesmas em termos de legiferação;

– *transitar certas matérias*, que já pertenciam ao domínio da reserva relativa, ao *regime*

mais exigente – em que não se aceita a autorização legislativa – *da reserva absoluta de competência legislativa parlamentar.*

Combinando estes dois critérios, é possível fazer três agrupamentos de matérias, numa *ordem crescente* de reforço da posição legislativa do Parlamento português por referência à situação que se vivia até à entrada em vigor desta revisão constitucional de 1997:

1) *Reforço mínimo* – reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, antes reserva relativa de competência legislativa daquele órgão:

- o regime geral de elaboração dos orçamentos do Estado, regionais e locais;
- o regime do segredo de Estado.

2) *Reforço intermédio* – reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, antes esfera de competência legislativa concorrencial com o Governo:

- o regime geral das taxas e de outras contribuições fiscais;
- as bases do ordenamento do território e do urbanismo;
- o regime e a forma de criação das polícias municipais.

3) *Reforço máximo* – reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, antes esfera de competência legislativa concorrencial com o Governo:

- o regime de designação dos membros de órgãos da União Europeia, com excepção da Comissão;
- o regime dos símbolos nacionais;
- o regime das forças de segurança;
- o regime da autonomia dos serviços da Presidência da República.

A única excepção que importa assinalar no alargamento da posição de domínio da instituição parlamentar na organização da competência legislativa respeita ao regime dos “serviços secretos” da República. A situação que se viveu até recentemente era a de tal domínio de legiferação – juntamente com o regime do segredo de Estado – pertencer à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

A partir de então, passou a viver-se num estranho dualismo de “esquizofrenia legislativa”, em que, de um lado, se estabeleceu a reserva absoluta para o “regime do sistema de informações da República” e, do outro lado, se perdeu a alusão, feita em sede de reserva relativa, por certo mais densa, ao “regime dos serviços de informações”, que naquilo que vai para além da matéria delimitada na reserva absoluta ficou a integrar a esfera de competência legislativa concorrencial.

Eis uma opção dificilmente qualificável de racional, do ponto de vista legislativo, porque numa matéria tão sensível como esta para os direitos fundamentais – para além de toda a carga odiosa que lhe está associada – a intervenção do Parlamento, por muito que isso custe em termos práticos, deveria sempre pertencer-lhe na totalidade, pelo menos, no âmbito da sua reserva relativa.

Esta orientação de parlamentarização do sistema de fontes também se testemunhou no plano das relações das fontes internas com as fontes da União Europeia. A revisão que neste sector se levou a cabo *possibilitou cobrir vastas lacunas de regulamentação em diversos aspectos.*

A questão da eficácia directa e imediata dos regulamentos não suscitava já dúvidas de maior, mas agora estabeleceu-se uma norma especificamente concebida para as directivas comunitárias (GOUVEIA, 1997, p. 15). A transposição das directivas obedece sempre à forma de lei ou de decreto-lei, conforme os casos.

Por outro lado, o Parlamento dispõe neste momento de instrumentos mais intensos de controlo do processo decisório europeu:

- não só em termos informativos, dado que lhe é facultado acompanhar as decisões comunitárias que sejam pertinentes às matérias incluídas na sua esfera de competência legislativa reservada;

- mas também no regime que pode gizar na designação dos titulares de órgãos comunitários, podendo decretá-lo em termos gerais.

No tocante às leis orgânicas, *a revisão constitucional de 1997 alargou a respectiva incidência material*, com a inclusão no respectivo regime de mais algumas matérias.

São elas:

- aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa;
- associações e partidos políticos;
- eleições dos deputados às assembleias legislativas regionais dos Açores e da Madeira;
- eleições dos titulares dos órgãos do poder local;
- lei da criação das regiões administrativas;
- regime do sistema de informações da República e do segredo de Estado;
- regime de finanças das regiões autónomas.

Este crescimento das matérias integráveis nas leis orgânicas foi feito por duas vias: nos cinco primeiros casos, à custa de matérias já anteriormente pertencentes à reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, mas que o eram unicamente em termos de reserva de lei nominal; nos outros casos, ora extraindo-se parcialmente do regime de reserva relativa – o caso do regime do sistema de informações – ora procedendo-se à inclusão na reserva de lei orgânica de matéria não referenciada em qualquer área anteriormente reservada à Assembleia da República – o caso das finanças regionais.

Importa ainda não esquecer que a 4ª revisão constitucional fez transparecer a respectiva parlamentarização no plano da maioria deliberativa para aprovar determinadas leis.

Até 1997, o panorama era o da existência de algumas excepções ao princípio geral segundo o qual só se exige a maioria relativa: para além do caso óbvio da aprovação das leis de revisão constitucional, havia ainda que registar a exigência de maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, na

definição dos círculos eleitorais e na restrição dos direitos das forças militares e paramilitares.

A partir de 1997, essa maioria qualificada também se tornou aplicável a outras matérias, que são⁹:

- a lei de extensão do direito de voto aos portugueses recenseados no estrangeiro na eleição presidencial;
- a lei que determina o número de Deputados da Assembleia da República;
- a lei relativa ao sistema e método de eleição dos órgãos autárquicos.

A adopção de maiorias qualificadas para a aprovação de certas leis, se tem o inegável mérito de colocar a respectiva aprovação no plano do *regime* e não do da *governança*, tratando-se de leis estruturantes do sistema político, não deixa, ao mesmo tempo, de suscitar algumas reticências cuja pertinência aumenta, em razão directamente proporcional, do engrandecimento temático da respectiva extensão.

Tomemos o regime da superação do veto político presidencial, a título de exemplo. A maioria geral que se requer é ligeiramente superior à maioria geral de deliberação, que é maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções¹⁰. As excepções que se encontram estabelecidas são as atinentes aos casos de lei orgânica e de certas matérias mais importantes – como as relações externas, os limites entre sector público, privado e cooperativo e social de propriedade dos meios de produção e a regulamentação dos actos eleitorais para além dos casos já abrangidos por lei orgânica: impõe-se a maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções¹¹.

Não é difícil vislumbrar aqui a irrupção de uma opção manifestamente incongruente, que se cifra no facto de a superação do veto presidencial, quando as leis careçam da aprovação de dois terços na fase constitutiva, se submeter ao regime geral da maioria tão só absoluta. É o que acontece nos casos das leis alusivas à definição do número de De-

putados que compõem a Assembleia da República, à restrição dos direitos das forças militares e paramilitares e ao sistema de governo autárquico, que são aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, mas que apenas requerem, no momento da superação do veto político presidencial, a maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. Claramente que à doutrina incumbe um papel correctivo de impor, pelo menos, uma maioria de superação que seja sempre superior à maioria de aprovação.

De algum modo fazendo a síntese entre todas estas pequenas alterações que se foram fazendo no sistema nacional de actos legislativos, verifica-se ainda que o legislador de revisão constitucional procedeu a uma expressiva *expansão do conceito de lei reforçada*, adoptado na Constituição Portuguesa em 1989.

Alargando o seu âmbito, incorporou-lhe três distintas realidades¹², para além das *leis orgânicas* que já incluía, pelo menos, de um modo literal:

- 1) as leis aprovadas por dois terços;
- 2) as leis que sejam pressuposto de outras leis;
- 3) as leis cujo respeito se imponha a outras leis.

Não se trata de uma qualquer qualificação meramente decorativa. Um importante efeito de regime é determinado pela Constituição em matéria de fiscalização a cargo do Tribunal Constitucional: este, em sede de fiscalização sucessiva, também pode sindicar a legalidade dos actos legislativos que violem outros actos legislativos consideradas leis reforçadas¹³.

Já antes da revisão de 1997, este não era um conceito pacífico por se prestar a imensas divergências, pois que a função fiscalizatória da legalidade não colava bem com a função conceptualmente atribuída pelo então art. 115º da CRP.

A dilatação de que foi agora objecto parece-nos bastante criticável, porque a sua tradução prática – que é a subordinação de

outros diplomas do mesmo nível hierárquico – não se opera em todas as categorias de actos que são elencados no referido preceito.

Sem dúvida que a ligação que é mister estabelecer entre a definição constitucional de lei com valor reforçado e este peculiar regime de fiscalização da legalidade, no âmbito de uma saudável operação de interpretação sistemática, só possibilita chegar ao seu sentido real se em acórdância com duas tarefas interpretativas de sinal contrário:

– *restritiva*, no aspecto de não ser de considerar como lei reforçada o conjunto dos actos legislativos que sejam leis orgânicas ou que sejam aprovados por maioria de dois terços só por causa dessa qualidade, havendo alguns casos em que daí não deriva qualquer força subordinante funcional de outros actos legislativos;

– *extensiva*, no ponto em que a definição constitucional não admita, como parece ser esse o sentido literal, actos legislativos não parlamentares, sendo certo que o fortalecimento que se quer pode igualmente surgir em actos legislativos governativos, como o testemunha a prática política, recordando-se o caso da força subordinante do decreto-lei que traça a organização e o funcionamento do Governo relativamente a outros decretos-leis.

É isto o que normalmente acontece quando o legislador pretende ser cientista. O legislador da revisão constitucional esteve bem nas opções político-normativas que traçou a respeito da democratização do sistema de fontes em Portugal. Mas já não esteve tão bem quando se lançou a tarefas de qualificação que cabem, primacialmente, à doutrina. Razão tinham os romanos quando diziam que, em Direito, *omnia definitio periculosa est*.

De todo o modo, parece-nos que seria importante revigorar, em próxima revisão constitucional ou a partir de esforços doutrinários pertinentes, a categoria de “lei com valor reforçado”. Eis uma tarefa ingente em dois outros aspectos que são extremamente sensíveis no plano do regime constitucional:

– o regime da superação do veto do Presidente da República, por motivos de natureza política; e

– o regime da confirmação parlamentar, após pronúncia do Tribunal Constitucional pela inconstitucionalidade, em sede de fiscalização preventiva.

Notas

¹ Sobre o sentido das alterações introduzidas pela revisão constitucional de 1997, v. SOUSA, Marcelo Rebelo de; GUEDES, Luís Marques; MENDES, Luís Marques. *Uma Constituição Moderna para Portugal*. Lisboa, 1997. GOUVEIA, Jorge Bacelar. A quarta revisão constitucional. *Vida Judiciária*. n. 7, p. 17-, out. 1997. Idem. *Constituição da república portuguesa e legislação complementar*: prefácio. Coimbra, 1997, p. 5-. LACÃO, JORGE. *Constituição da república portuguesa*: prefácio e anotações. Lisboa, 1997. MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*, 6. ed., Coimbra, 1997, p. 392-. v. 1.

² Tudo isso devidamente propiciado por um clima de “paz constitucional”. Como escrevemos noutro lugar (GOUVEIA, 1997, p. 17), “O contexto político-jurídico subjacente à revisão de 1997 é, deste modo, o da ausência de clivagens essenciais na sociedade portuguesa, assim se avançando no aperfeiçoamento do texto constitucional nos pontos que, não suscitando tantas acrimónias, ficaram sendo sistematicamente adiados em face da gravidade

de outras opções de fundo e que ocuparam as revisões constitucionais precedentes”.

³ Cf. SOUSA; GUEDES; MENDES, Op. cit., p. 28. Cf. também GOUVEIA, Op. cit. P. 19 e Op. cit. p. 13-14.

⁴ Cf. o art. 115º, nº 5, da CRP.

⁵ Cf. SOUSA; GUEDES; MENDES, Op. cit. p. 18-. Cf. também: GOUVEIA, Op. cit. p. 19 e Op. cit. p. 12.

⁶ Cf. o art. 121º da CRP.

⁷ Cf. o art. 115º, nº 2, da CRP.

⁸ Cfr. o art. 167º, nºs 1 e 3, da CRP.

⁹ Cf. o art. 168º, nº 6, da CRP.

¹⁰ Cf. o art. 136º, nº 2, da CRP.

¹¹ Cf. o art. 136º, nº 3, da CRP.

¹² Cf. o art. 112º, nº 3, da CRP.

¹³ Cf. os arts. 280º, nº 2, al. b), e 281º, nº 1, al. b), da CRP.

Bibliografia

GOUVEIA, Jorge Barcelar. A quarta revisão constitucional. *Vida Judiciária*, n. 7, p. 17-, out. 1997.

LACÃO, Jorge. *Constituição da república portuguesa*: prefácio e anotações. Lisboa: [s.n.], 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

SOUZA, Marcelo R. de; GUEDES, Luís M.; MENDES, Luís M. *Uma Constituição moderna para Portugal*. Lisboa: [s.n.], 1997.

Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Pressupostos de admissibilidade. 3. Especificidades do controle abstrato. 4. Fundamentação democrática do controle. 5. Controle em outros países. 6. Controle nas Constituições brasileiras. 7. Declaração de constitucionalidade. 8. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

Entre os principais objetivos do controle de constitucionalidade, segundo Paulo Bonavides (1994, p. 267), estão a defesa do cidadão e das liberdades, a garantia da efetivação do Estado democrático de direito, colocando, dessa forma, as instituições a serviço dos direitos humanos.

O controle de constitucionalidade pode ser do tipo formal ou do tipo material.

O primeiro é o controle jurídico sobre a forma. Esta deve estar de acordo com a Constituição, não ferir competência ou princípio de organização dos outros poderes ou qualquer um dos princípios federativos.

O segundo é o controle que incide sobre o conteúdo da norma, adequando-a ao espírito, à filosofia, aos princípios fundamentais da Constituição. É o controle criativo e político sobre valores, como a liberdade.

Em torno do debate sobre qual órgão deve exercer o controle de constitucionalidade, Bonavides (1994, p. 270) explicita a diferença existente entre o que os autores chamam

de controle por órgão político e controle por órgão judicial.

O Controle por órgão político é aquele que não é exercido pelos tribunais, mas por um corpo político, como uma Assembléia, um Conselho ou Comitê Constitucional. O exemplo clássico é o do Conselho Constitucional francês instituído em 1958, cujas decisões têm validade *erga omnes*, delas não se admitindo Recurso.

Tal órgão político, na lição de Henry Fabre (BONAVIDES, 1994, p. 271), assegura a repartição constitucional das competências, relega ao segundo plano a proteção direta das liberdades individuais, realiza o controle prévio (antes da votação) e promove o controle *a posteriori* da lei.

Já o Controle por órgão jurisdicional é aquele realizado pelo próprio Poder Judiciário, nos marcos do Estado de Direito Democrático. Foi implementado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Malbury v. Madison*. O juiz Marshall decidiu que o poder do legislativo é limitado e que a norma constitucional deve ser interpretada pelo Judiciário, a quem cabe declarar o direito.

O controle constitucional, quando realizado por órgão judicial, dá-se de duas formas: por via de exceção – “judicial”, ou por via de ação – “política”.

O Controle por via de exceção é o controle concreto, incidental e difuso. Ocorre quando no curso de um pleito a parte alega a inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Nesse caso concreto, ressalta Bonavides (1994, p. 273), a lei não é anulada, somente não é aplicada. Ela não desaparece da Constituição e pode ser aplicada em outra circunstância. Diz-se incidental por constituir-se em um incidente do julgamento principal. Nos EUA, equivale a um veto judicial, que obriga a todos. É o controle que mais se adequa à teoria da separação dos poderes.

Já o controle por via de ação, também chamado de controle abstrato ou concentrado, é aquele que se realiza por via de uma

ação principal de inconstitucionalidade. A parte pede que o Tribunal anule ou invalide uma lei, que é removida da ordem jurídica. Tal decisão tem efeito *erga omnes*. É um controle formal, voltado à resolução de conflitos entre os poderes. Por isso a iniciativa do direito de ação não é da pessoa comum.

O controle por via de exceção é característico do modelo judicial norte-americano, em que qualquer Tribunal está apto a exercê-lo. Os recursos das decisões dos magistrados locais são encaminhados para a Suprema Corte e somente depois de sua manifestação é que a lei se torna válida. Compõem a Suprema Corte nove juízes nomeados pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado.

Até a década de 30, a Suprema Corte era tida como um poder conservador e anti-social, uma espécie de “oligarquia togada” que formava um “governo de juízes”. Atualmente a magistratura norte-americana decide sob forte influência da sociedade civil, que coloca na ordem do dia o debate sobre direitos sociais, garantias fundamentais, liberdades individuais e integração racial (BONAVIDES, 1994, p. 281).

2. Pressupostos de admissibilidade

Os pressupostos gerais que possibilitam o controle tanto concreto quanto abstrato, segundo Clèmerson Clève (1995, p. 23), são a existência de uma Constituição formal (escrita), a compreensão de Constituição como lei fundamental (rigidez, supremacia e hierarquia) e a previsão de órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade, para ele, é a “desconformidade do ato normativo ou do seu processo de elaboração com algum preceito ou princípio constitucional”.

O quadro a seguir representa, para Clève (1995, p. 73), as formas de manifestação como o controle se apresenta:

<i>Modo de manifestação</i>	<i>Parâmetro</i>	<i>Objeto</i>	<i>Momento</i>	<i>Natureza do órgão</i>	<i>Número de órgãos</i>	<i>Finalidade</i>
Via incidental (exceção)	Toda Constituição Formal	Ação	Preventiva (<i>apriori</i>)	Política	Difusa	Subjetiva (concreta)
Via principal (ação)	Alguns dispositivos formais	Omissão	Repressiva (<i>aposteriori</i>)	Jurisdicional	Concentrada	Objetiva (abstrata)
	Formais (+) os Superiores				Mista (?)	

A provocação concreta ou incidental de inconstitucionalidade pode ser levantada pelo réu na ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), pelo terceiro interessado ou pelo autor, na inicial, em qualquer tipo de processo, seja ele de Conhecimento (rito ordinário ou sumaríssimo), de Execução (por ocasião dos embargos) ou Cautelar, não importando se no curso de uma Ação Civil Pública, Ação Popular; Mandado de Segurança, *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*.

Declarada a inconstitucionalidade, a norma torna-se ineficaz para o caso concreto, com efeito *ex-tunc*, cabendo ao Senado suspendê-la.

Na provocação abstrata de inconstitucionalidade, por outro lado, os atos impugnáveis são a Emenda Constitucional ou de Revisão, Leis Delegadas, Regimento, Decretos Legislativos, Resoluções e Tratados internacionais, que depois de ratificados transformam-se em leis. O STF decidiu, em 1977, que os pressupostos de urgência e relevante interesse público, à época condicionantes do Decreto-Lei, escapavam ao controle do Judiciário. No caso da Medida Provisória, ainda não houve manifestação formal da magistratura nacional.

Os atos não-impugnáveis, na avaliação de Clève (1995, p. 143), são os Atos normativos estrangeiros, os Regulamentos, as Convenções Coletivas de Trabalho, as Sentenças normativas (da Justiça do Trabalho, por exemplo), os Regimentos dos Tribunais e os Atos normativos anteriores à CF/88.

Nesse tipo de declaração de inconstitucionalidade, os atos impugnáveis são declarados nulos, o Senado não toma conhecimento da decisão e o efeito é *erga omnes* e *ex-tunc*, retroagindo até o seu nascimento. Nesse caso ressurgem a eficácia da anterior, que havia sido revogada pela lei agora declarada inconstitucional.

O recurso é adrito ao titular da ação, desde que configurada a existência de quatro votos divergentes, em Embargos Infringentes ou Embargos de Declaração. A Cautelar é possível, com pedido de liminar e, quando deferida, tem eficácia *ex-nunc*.

Em termos de controle de constitucionalidade, Clève destaca a relevância de outros mecanismos previstos na Constituição, tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADIn por Omissão, Omissão Parcial, Mandado de Injunção e o controle no âmbito dos Estados-membros (CLÉVE, 1995, p. 181).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi criada pela Emenda Constitucional nº 3/93, com a finalidade de elidir a insegurança jurídica e a incerteza sobre a legitimidade da lei. Nesse tipo de ação, não existe um réu específico. Sua decisão tem efeito *erga omnes* e vincula tanto o Judiciário quanto o Executivo. Têm legitimidade ativa para propositura de ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

A ADIn por Omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da CF/88, foi criada para tornar

efetiva norma constitucional. Ela obriga que o titular do poder competente tome essa providência, sendo órgão administrativo, em 30 dias, não admitido o pedido de Liminar. O bem protegido, no caso, é a defesa de um direito subjetivo (interesse juridicamente protegido, lesado ou na iminência de sê-lo). São legitimados ativos os mesmos da ADIn, enquanto a legitimidade passiva é da autoridade ou órgão legislativo omissor. O alcance da ADIn por Omissão, segundo o STF, é de ausência de ato normativo e não de ato concreto. O Judiciário, ao determinar o saneamento da omissão inconstitucional por parte do Poder Executivo, deve observar a reserva do financeiramente possível.

As outras duas formas de controle de constitucionalidade são a Ação por Omissão Parcial e o Mandado de Injunção. A primeira ocorre quando parte do ato normativo é impugnado. Se a nulidade agrava o estado de inconstitucionalidade, o STF pode não pronunciar a nulidade, como por exemplo, anular aumento do salário mínimo em percentual abaixo do estabelecido por lei. Uma decisão dessas só traria prejuízos ao trabalhador.

Quanto ao Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88, cujo efeito é *inter partes*, trata-se, segundo expressão utilizada por Canotilho (CLÉVE, 1995, p. 255), de uma espécie de ação constitucional de defesa contra a inércia legislativa inconstitucional.

A diferença entre os dois institutos está no fato de que a Ação por Omissão protege norma constitucional existente, ao passo que o Mandado de Injunção exige regulamentação contra lacunas da legislação.

O provimento do Judiciário surge com a edição da norma faltante e a aplicação do direito no caso concreto. O Mandado de Injunção, conforme posição predominante do Supremo Tribunal Federal brasileiro, equipara-se à ADIn por Omissão. Entende o STF que descabe o mandado se existir a norma, mas ela for insuficiente ou se já se iniciou o processo legislativo.

Quanto ao controle estadual, Clève (1995, p. 261) destaca que ele pode-se dar por:

a) via incidental, em que os poderes do juiz estadual contemplam a jurisdição constitucional federal e estadual, a observância da lei municipal, estadual ou federal, em face da Constituição Federal; da lei municipal ou estadual, em face da Constituição Estadual, cabendo, nesses casos, recursos ao STF;

b) Ação Direta Interventiva, conforme previsto no art. 35, IV, da CF/88, nos casos de Intervenção federal nos Estados, por meio de Representação do Tribunal de Justiça;

c) Controle abstrato, de lei municipal em face da Constituição Estadual e da Constituição Federal, em que a competência é do Tribunal de Justiça, de lei estadual em face da Constituição Estadual, com competência do Tribunal de Justiça, também, de lei estadual, em face da Constituição Federal, com a competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Especificidades do controle abstrato

O sistema de controle brasileiro é considerado por Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 249) como do tipo misto, por contemplar aspectos tanto do controle concentrado quanto do difuso. Mas para que tal sistema misto seja efetivo é necessário que se admita ser a sua base concentrada.

Um outro aspecto relevante do controle abstrato está na diferenciação entre “Interpretação conforme a Constituição” e “Declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto”, pois, embora sejam semelhantes, não devem ser mecanicamente equiparadas uma à outra.

A “Interpretação conforme a Constituição” busca na própria Constituição a justificativa para impugnar determinado item ou ato que se pretende impugnar. O Tribunal, por exemplo, julga que um ato é válido desde que se adeque a determinado dispositivo constitucional.

O principal efeito dessa interpretação é que ela corresponde a uma declaração de constitucionalidade.

Já na “Interpretação sem redução”, o texto original permanece inalterado e a declaração do Tribunal faz referência ao item impugnado e indica em que contexto ele não tem validade. O texto original, assim, continua valendo, menos naquele aspecto e para aquelas condições hipotéticas referidas pelo Tribunal.

O efeito dessa interpretação é a declaração de inconstitucionalidade de determinada hipótese de aplicação.

Uma outra modalidade é a “Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”, que para Mendes (1996, p. 285) é um tipo de Declaração saneadora de omissão do legislador, no âmbito de uma ADIn por Omissão ou de um Mandado de Injunção, quando existe interesse jurídico específico em um direito subjetivo. No caso do Mandado de injunção, a posição do Supremo Tribunal Federal é que ele tem caráter mandamental, nos moldes da ADIn por Omissão, desde a constatação de mora da autoridade.

Igualmente relevante no estudo do controle da constitucionalidade das leis é o “Apelo ao Legislador” (Mendes, 1996, p. 231), previsto nas Constituições da Alemanha e da Áustria. Entre as razões que justificam o “Apelo” destacam-se:

- a) em virtude de mudanças das relações fáticas ou jurídicas;
- b) pelo inadimplemento de dever constitucional de legislar;
- c) por falta de evidência da ofensa constitucional.

No “Apelo”, o Tribunal possibilita que o legislador opte por corrigir o texto impugnado, antes de torná-lo inconstitucional. O texto permanece numa espécie de “estado de inconstitucionalidade”, ao contrário do que ocorre na “Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”, em que o texto impugnado é considerado inconstitucional.

4. Fundamentação democrática do controle

A possibilidade de o Judiciário revisar e declarar inconstitucional lei aprovada pela maioria – o “princípio supremo da República” – confronta com a idéia de democracia, segundo Samuel Freeman (1994, p. 181), em tese corroborada por John Ely (FREEMAN, 1994, p. 182), na medida em que o órgão responsável pela revisão não é eleito, ao contrário do órgão que faz a lei.

A base do compromisso democrático, sustenta Freeman (1994, p. 183), está no contrato social e sob certas condições a revisão judicial presta-se ao mesmo fim que justifica direito político igual e a regra da maioria. Democracia, mais do que forma de governo, é soberania. Logo, a revisão é ato de autocontrole soberano; revisão é um compromisso prévio dos cidadãos livres.

O fato de que os juízes não são eleitos é, para ele, apenas um problema aparente, visto que, ao contrário, se fossem eleitos, mesmo assim a revisão seria um ato contra a maioria. O problema real é que a revisão limita os direitos iguais de participação dos cidadãos.

Numa concepção procedimental de democracia (FREEMAN, 1994, p. 183), não se colocam restrições às determinações legislativas. Todos têm o mesmo direito e o que vale é a regra da maioria. A democracia é um procedimento. As alterações são admitidas mas devem seguir o princípio da participação igual e da regra da maioria. Ou seja, devem ser efetuadas pelo próprio parlamento.

Samuel Freeman entende que democracia não é sinônimo de majoritarismo, um mero procedimento estatal para criação de leis. Democracia é a associação de pessoas livres e independentes que exercem uma igual jurisdição política, nos termos formulados por Rousseau e Kant (FREEMAN, 1994, p. 183). Essa associação é racional e está voltada para a busca de justiça.

O governo democrático é uma extensão dessa jurisdição, em que:

a) direitos iguais de participação nas decisões mais provavelmente promoverão o bem de cada cidadão;

b) desfrutar direitos políticos iguais e *status* de cidadão são condições de auto-respeito.

Certos direitos são inalienáveis e servem para garantir, mais do que os direitos individuais, a própria soberania, já sustentara Montesquieu (FREEMAN, 1994, p. 185). Tais direitos não podem ser cedidos, pois isso significaria ceder a própria liberdade e a soberania. A lei que infringir tais direitos básicos não pode ser cumprida, pois inválida, mesmo que aprovada por maioria.

Entre esses direitos, destacam-se a liberdade de consciência, liberdade de pensamento, expressão e de informação, liberdade de associação e de ocupação, as liberdades legais, tais como direito de julgamento justo, direito contra buscas e prisões abusivas, ou ainda aquelas baseadas em princípios de justiça, como garantia de oportunidade e mínimo social, segundo teoria defendida por John Rawls (FREEMAN, 1994, p. 185).

Ao buscar uma legitimidade democrática da revisão judicial, Freeman (1994, p. 186) destaca que na democracia constitucional moderna os cidadãos soberanos instituem o Poder Constituinte e o Legislativo é o Poder ordinário, limitado, encarregado de fazer a lei para o bem comum. Os objetivos de uma Constituição democrática estão voltados para a definição de procedimentos políticos que determinam leis necessárias ao exercício dos direitos iguais. O melhor procedimento é aquele que satisfaz a exigência de justiça.

Institutos como o voto universal, a representação igual ou as liberdades públicas seriam a expressão do princípio da participação igual. Quanto ao quorum de votação, ele frisa que na maioria simples existe neutralidade da democracia e a minoria nunca pode ser vencedora. A maioria qualificada preserva a democracia, a igualdade e a soberania.

Para assegurar que na elaboração legislativa por maioria simples não haja ofensa à soberania, Freeman (1994, p. 189) ressalta a necessidade da existência de uma “Carta de Direitos” que estabeleça limites constitucionais. Sua existência resguarda os direitos políticos do cidadão e preserva a soberania.

O objetivo maior da revisão judicial é, por um meio e um órgão não-legislativo, impor restrições à norma que desrespeitou o itinerário legislativo. Racionalmente os cidadãos admitem essa possibilidade constitucional. Trata-se de um comprometimento prévio comum dos cidadãos livres e iguais, pois não há limitação à soberania, apenas ao poder derivado e ordinário do legislativo. A soberania e o direito individual são protegidos por esse órgão externo.

Embora a decisão por maioria simples seja mais rápida em promover o bem de cada pessoa, ela não é a melhor forma de garantir direitos constitucionais, segundo Freeman (1994, p. 190). Para esse feito as regras decisórias são melhores, embora sejam mais lentas e às vezes ineficazes. Em síntese, admite, porém, que a decisão por maioria simples sujeita à revisão judicial é o mecanismo mais adequado, resumindo assim (FREEMAN, 1994, p. 191) seu ponto de vista sobre a legitimidade democrática da revisão:

a) importa ao procedimento o seu fim, que é promover o bem de cada um e a justiça;

b) a regra da maioria simples assegura princípios democráticos;

c) o procedimento majoritário é imperfeito para se chegar aos fins;

d) isso justifica a limitação legislativa, por meio de mecanismos como a separação de poderes, bicameralismo, veto, Carta de Direitos e Revisão Judicial.

Em outras palavras, no plano ideal, a regra da maioria visa o bem comum, por ser fruto de um acordo racional de vontade entre os homens. Na ausência desse acordo, a regra é usada contra o bem comum, a justiça e a democracia. Assim se justifica a Revisão Judicial por órgão independente, em defesa da garantia desses valores e fins.

Quanto ao argumento tradicional de que a revisão deve ser efetuada por um poder especial, Freeman (1994, p. 192) sustenta que cada um dos poderes interpreta a Constituição no desempenho de suas funções. Onde houver separação de poderes haverá necessidade de interpretação última, que objetiva coordenar os poderes, solucionar conflitos, evitar que exigências conflitantes sejam exigidas dos cidadãos e assegurar a obediência dos poderes às normas constitucionais.

Nesse sentido tanto o Executivo quanto o Legislativo e o Judiciário são considerados poderes ordinários. Apenas a Corte Constitucional – ou Conselho Constitucional – detém o poder especial de promover a interpretação constitucional. Essa visão contraria a histórica tese do federalista Hamilton, para quem apenas a Suprema Corte é o poder Judiciário ordinário, a quem cabe a interpretação (FREEMAN, 1994, p. 194).

Conforme a teoria clássica da separação dos poderes, nenhum ato contrário à Constituição é válido. A separação protege a liberdade pública na medida em que cabe ao Judiciário interpretar a lei. A Constituição é lei fundamental e o Tribunal determina o significado não só da Constituição como dos demais atos do legislativo, bem como declara a inconstitucionalidade da lei, em caso de conflito com a Constituição. Enfim, cabe ao Tribunal a autoridade de interpretar, em último caso, a Constituição.

Ao criticar essa teoria, Freeman (1994, p. 195) argumenta que a separação dos poderes ocorre entre os poderes ordinários e que os tribunais têm autoridade para interpretar e aplicar leis ordinárias. O Legislativo, por sua vez, tem a autoridade de fazer todas as leis. Ocorre, porém, que a Constituição, mais do que uma simples lei, é um sistema de normas supremas que estabelece como se criam outras normas ordinárias e não há nenhum monopólio que garanta ao Judiciário a autoridade de revisar a forma como os três poderes interpretam a Constituição. Essa tarefa é de um outro poder, que Rousseau

(FREEMAN, 1994, p. 195) chamou de “Tribunato” e cuja função essencial é a de preservar a Constituição democrática.

Ao argumento de que os tribunais podem desempenhar um papel importante na preservação das condições de uma soberania democrática, Freeman (1994, p. 196) objeta para o fato de que não há garantia de que a revisão judicial corrija a falha legislativa. Do mesmo modo a revisão pode ser tentada para garantir os privilégios da elite contra medidas democráticas.

A revisão, nesse caso, não seria essencial à existência de uma Constituição democrática, visto sua contingencialidade. Ela pode ser uma instituição apropriada quando existe a probabilidade considerável de que os procedimentos legislativos não satisfaçam os requisitos democráticos de justiça. Mas existindo um senso público de justiça forte e desenvolvido, o próprio procedimento legislativo cria mecanismos de ajuste contra a lei injusta.

A revisão só é necessária quando não existe esse autocontrole, quando o senso público está dividido internamente, não é desenvolvido para influenciar o Legislativo, ou ainda quando interesses privados controlam o parlamento.

Enfim, as circunstâncias históricas e sociais é que determinam a necessidade da revisão. Não pode haver uma posição dogmática quanto ao caráter democrático ou não da revisão. Ela não é inerentemente não-democrática e, por seu turno, a regra da maioria nem sempre é democrática (FREEMAN, 1994, p. 197). Uma sociedade mais ou menos democrática é aquela que garante os direitos fundamentais e realiza as condições sociais para o exercício desses direitos. Não basta ver se nela existe ou não a regra da revisão, é preciso saber se ela é necessária e como é exercida.

Freeman conclui que uma revisão pode ser democrática quando modifica leis que infringem a igualdade de direitos básicos. Mas adverte que a revisão assume um aspecto antidemocrático se alterar leis que te-

nham como propósito acabar ou diminuir o poder das elites e promover mudanças sociais (1994, p. 198).

5. Controle em outros países

Mauro Cappelletti (1984), na pesquisa que realizou sobre controle de constitucionalidade em diversos países, revela que na França impera, desde a Revolução de 1789, o controle político. Essa atividade não-jurisdicional é exercida pelo Conselho Constitucional, que analisa um ato legislativo (ou um tratado) antes de ser promulgado, em um processo em que não há contraditório nem ampla defesa.

Igualmente a Itália adota, desde 1956, o controle constitucional concentrado, a cargo da Corte Constitucional. Modelo histórico completamente diverso foi o adotado pela antiga União das Repúblicas Socialistas e Soviéticas (URSS)*. O Soviete Supremo exercia ao mesmo tempo as funções legislativas, executivas e judiciárias. Como não havia separação dos poderes mas a sua unidade, o próprio Soviete realizava o controle de constitucionalidade das leis.

Os Estados Unidos são a nação pioneira do controle difuso, desde a Constituição de 1787 e da sentença de John Marshall, da Suprema Corte em 1803, no caso *Marbury v Madison*. Prevalece ainda o princípio da supremacia da Constituição, que também é adotado por países como o Canadá, Japão, Noruega, Dinamarca, Suécia e a Suíça.

A Áustria, assim como a Alemanha, adotou o típico sistema concentrado, também chamado “tipo austríaco”, elaborado por Kelsen e a Escola de Viana, durante a Constituição de 1920. O controle é competência da Corte Constitucional. Esse sistema ao longo dos anos sofre reformulações, admitindo, na atualidade, também a ação incidental.

6. Controle nas Constituições brasileiras

O controle de constitucionalidade das leis no constitucionalismo brasileiro teve

início com a Carta de 1824, que atribuiu ao poder Legislativo a tarefa exclusiva de elaboração legislativa, bem como a de proceder a sua interpretação, suspensão e revogação, e ainda de velar pela guarda da Constituição. Influenciada pela doutrina francesa, a Carta imperial privilegiava o parlamento, tornando-o depositário de todas as atribuições, reinando soberano. Não havia nada que se assemelhasse ao controle judicial de constitucionalidade e mesmo o poder Moderador do Imperador, ressalta Gilmar Mendes (1998, p. 230) ao citar Pimenta Bueno, visava manter a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes.

Com a instalação da República, o Brasil adotou o modelo constitucional norte-americano e tinha em Rui Barbosa o seu principal expoente. A Constituição de 1891, assim como seu texto provisório de 1890, consagrara o modelo difuso de controle judicial, instituindo o controle por via de exceção, em que o Judiciário só se manifestaria quando provocado pela parte interessada.

A Carta republicana atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal de órgão revisor das decisões de 2º grau, tornando-o o foro adequado para dirimir controvérsias envolvendo a discussão sobre validade de Tratado, Lei federal ou decisões judiciais em face da Constituição. A Lei 221/24 e a reforma constitucional de 1926 consolidaram o sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Esse *judicial review*, conforme Rui Barbosa (MENDES, 1998, p. 233), não se fazia *in abstracto*, e menos que um poder de legislação era um exercício de hermenêutica.

Algumas alterações foram introduzidas pela Constituição de 1934, como a do artigo 179, que obrigou o STF a decidir pelo voto da maioria da totalidade dos seus membros, como forma de garantir a segurança jurídica (MENDES, 1998, p. 233). Inovação também foi a atribuição de competência ao Senado para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, conferindo-lhe efeito *erga omnes*. Da mesma forma signi-

ficativa foi a criação da “representação interventiva”. No caso de intervenção federal em Estados e municípios, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei de intervenção, ou, de maneira inversa, determinar que a lei interventiva, de iniciativa do Senado, só poderia prosperar caso fosse declarada constitucional pela Corte Suprema (MENDES, 1998, p. 234). A criação de uma Corte Constitucional, segundo o modelo austríaco, embora tenha sido objeto de proposta, não foi acatada pela Constituinte.

Com o Estado Novo, a Constituição de 1937 refletiu a concentração de poderes no Executivo. O parágrafo primeiro do art. 96 permitiu que o Presidente da República submetesse à apreciação do Parlamento matéria declarada inconstitucional pelo STF e, caso fosse aprovada por 2/3 dos votos em cada uma das Casas legislativas, invalidava a declaração judicial de inconstitucionalidade (MENDES, 1998, p. 236).

A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no direito brasileiro. O Procurador-Geral da República passou a ter a titularidade da representação interventiva, na qual o STF tinha a função final de decidir sobre a constitucionalidade do ato interventivo originário do Senado Federal. Em 1965, a Emenda Constitucional nº 16 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais (MENDES, 1998, p. 245).

Nas Constituições de 1967 e 1969, o monopólio de ação continuou com o Procurador-Geral da República. Ao Presidente da República foi definida a competência para suspender ato estadual impugnado. A Emenda nº 1/69 previu o controle de constitucionalidade sobre ato municipal contrário à Constituição estadual. A Emenda nº 7, de 1977, introduziu a representação para fins de interpretação de lei, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do STF (MENDES, 1998, p. 250).

A Constituição de 1988 inovou principalmente ao ampliar o número de legitima-

dos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ao lado do Procurador-Geral, o artigo 103 atribuiu tal competência ao Presidente da República, às Mesas do Senado, da Câmara e das Assembleias Legislativas, ao Governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representante no Congresso Nacional e à confederação ou entidade sindical nacional.

A principal consequência produzida pela ampliação de legitimados, segundo Gilmar Mendes (1998, p. 251), foi o fortalecimento do controle concentrado e o enfraquecimento do controle incidental difuso, visto que praticamente todas as controvérsias passaram a ser resolvidas no âmbito do Supremo Tribunal, mediante controle abstrato de normas, inclusive com a concessão de medida cautelar.

Igualmente aprimorado foi o federalismo, na medida em que os governadores passaram a dispor de um instrumento mais eficaz de aferição da constitucionalidade das leis estaduais. A Constituição de 1988 revigorou também o sistema representativo, contemplando as minorias partidárias com a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade das leis, assim como protegeu os direitos subjetivos por meio da ação de inconstitucionalidade saneadora de omissão normativa constitucional.

7. Declaração de constitucionalidade

A Ação Declaratória de Constitucionalidade surgiu em 1993 quando o Congresso Nacional apreciou o projeto de reforma tributária encaminhado pelo ex-presidente Fernando Collor, sob a forma da Emenda Constitucional nº 3, que no seu bojo criou a ADC, com as seguintes características:

- a) a competência sobre seu julgamento é do STF;
- b) o objeto é lei ou ato normativo federal;
- c) a eficácia é *erga omnes*;
- d) efeito vinculante aos órgãos do Executivo e do Judiciário;

e) legitimidade ativa do Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, do Procurador-Geral da República (MENDES, 1998, p. 251).

A Declaração de Constitucionalidade, segundo Gilmar Mendes, já estava embutida na Emenda nº 16, de 1965, que permitia ao Procurador-Geral manifestar-se contrariamente ao pleito, quando provocado por autoridade ou por terceiros para exercer a iniciativa da ação de inconstitucionalidade perante o STF. O Procurador, nesse caso, nada mais estaria fazendo do que postular a constitucionalidade da lei que se pretendia impugnar como inconstitucional. A representação de constitucionalidade que chegaria ao STF com o parecer contrário do Procurador equivaleria à atual ADC (1998, p. 256).

Mendes sustenta que o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de natureza dúplice ou ambivalente, exemplificando que, se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade de uma norma, poderia provocar o STF para a declaração de sua inconstitucionalidade. Mas, ao contrário, se estivesse convencido da legalidade, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada (1998, p. 260).

No julgamento da Representação nº 1.349, o STF negou a possibilidade de instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade. Essa decisão, avalia Mendes, criou as condições necessárias para a edição de uma norma que viesse regulamentar a matéria, batizada pela EC nº 3 de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Por considerar que a tendência do constitucionalismo brasileiro, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, é pela adoção do modelo concentrado de constitucionalidade, Gilmar Mendes (1998, p. 260) propõe a criação do incidente de inconstitucionalidade, a eficácia *erga omnes* das decisões do STF e a supressão do inciso V do

art. 49 da CF/88, estabelecendo o controle de legalidade do ato regulamentar.

8. Considerações finais

É importante destacar que o controle de constitucionalidade no Brasil tende ao modelo concentrado, em função das alterações produzidas pela Constituição de 88, que ampliou os legitimados para proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Entretanto, é necessário recordar que o controle incidental, provocado na base do Judiciário, ainda é instrumento adequado para a argüição da inconstitucionalidade de determinada lei.

Debate-se na doutrina a necessidade de alteração do art. 52 CF/88, que atribui ao Senado a competência de declarar o efeito *erga omnes* para a norma julgada inconstitucional pelo STF.

Acredita-se que a eliminação desse artigo não feriria o princípio da separação dos poderes, visto que, se o objetivo é tornar a justiça mais célere, o julgamento de inconstitucionalidade de uma lei, declarada em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, deveria ter imediatamente o efeito para todos. A declaração formal do Senado Federal, nesse caso, seria desnecessária.

Na discussão sobre os fundamentos do controle de constitucionalidade das leis, também é relevante observar o debate que se trava em torno das características da Corte maior do Judiciário brasileiro.

O STF é um órgão político ou técnico? Ele é o efetivo guardião da constitucionalidade das leis ou apenas um instrumento de consulta dos demais poderes? Dependendo da posição doutrinária dos autores, teremos respostas diferentes para essas questões.

Certo é que o STF se diferencia das chamadas Cortes Constitucionais européias, como as de Portugal, Espanha ou França, ou mesmo da Suprema Corte norte-americana. Entretanto, os seus Ministros são indicados pelo Presidente da República de-

pois de aprovados pelo Senado Federal, contribuindo para reforçar a tese daqueles que o consideram como órgão político, subordinado ao Executivo.

Mas não há como deixar de reconhecer que no caso brasileiro a separação das funções de cada poder comprova a atualidade da tradicional tese da independência entre os poderes de Montesquieu. Mesmo que se considere a prevalência do Executivo, o Judiciário dispõe de mecanismos que afinal equilibram essa relação, num verdadeiro sistema de *checks and balances*, sustentáculo de um sistema que se pretende democrático.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, não resta dúvidas, é um instrumento de equilíbrio entre os poderes. O Judiciário, ao determinar que tal lei é constitucional ou inconstitucional, na verdade está exercendo um poder constituinte que possibilita, a ele mesmo, proceder a uma elaboração legislativa.

O Executivo também dispõe de inúmeros recursos para exercer sua influência e poder, como o controle orçamentário e a prerrogativa de editar Medidas Provisórias. O Legislativo, por sua vez, desfruta de importantíssimo instrumento, como as Comissões Parlamentares de Inquérito, para controlar as atividades dos outros poderes. E o Judiciário, como já visto, possui mecanismos que são exercitados visando, de um lado, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes e, de outro, o seu próprio fortalecimento.

Entre esses, indiscutivelmente, está a competência de averiguar a constitucionalidade das leis.

Nota

* A URSS, implantada em 1917 pela revolução bolchevique, perdurou até 1994, quando foi substituída pela Comunidade dos Estados Independentes. Os novos países voltaram a adotar a tradicional fórmula da separação dos poderes.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. O controle da constitucionalidade das leis. In: *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. Tradução de Álvaro Vita. *Lua Nova*, n. 32. São Paulo: CEDEC, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

Glória política de um império tropical: a formação do constitucionalismo brasileiro

Agassiz Almeida Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Perspectivas gerais. 3. Constitucionalismo e formação da brasilidade. 4. Florescimento do constitucionalismo brasileiro. Inspirações e paradigmas políticos. 5. Portugal setecentista. Aspectos gerais de sua tessitura cultural. 6. Portugal e o Iluminismo tardio. 7. Realidade social e reformismo português. 8. O racionalismo e o despotismo esclarecido. 9. Propedêutica constitucional brasileira. Imposições da realidade colonial. 10. Independência política e substrato motivador. A influência dos fatores econômicos. 11. Colonialismo e colonização. 12. Pretensão constitucional brasileira. Quebra das amarras políticas. 13. Constitucionalismo brasileiro. Um movimento trópico-colonial.

1. Introdução

Após ser alcançado um estágio em que as linhas gerais do discurso constitucional brasileiro se encontram formalmente consolidadas, o que pode ser evidenciado pelo papel condutor assumido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é interessante olhar um pouco para trás com a finalidade de descobrir os fundamentos e as origens do nosso constitucionalismo. Desde agora, é preciso valorar o conteúdo desse processo de consolidação constitucional e cotejar seus resultados com as referências da nossa tradição jurídico-política. Não se pode esquecer que a crítica do discurso constitucional precisa ser construída a partir da aproximação que deve existir entre consti-

Agassiz Almeida Filho é Advogado. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Investigador na área de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca.

tuição e comunidade, e nada mais representativo dessa aproximação do que o horizonte sócio-político no qual apareceu o constitucionalismo brasileiro.

O projeto democrático apresentado pela Constituição de 1988 ainda encontra-se muito distanciado de sua plena realização, pois os níveis alcançados pela concretização da democracia material brasileira, sobretudo naquilo que se refere à efetividade dos direitos sociais – condições mínimas de existência –, não conseguem satisfazer, em determinados círculos sociais, os mais elementares requisitos para uma adequada garantia da condição de pessoa humana. E nisso reside o ponto de ligação entre a contemporaneidade e o nosso passado constitucional. Também agora é necessário robustecer os vínculos que devem unir constituição e comunidade. O presente artigo procura salientar que, por meio da dinâmica da nossa fase de independência política, é possível trazer um exemplo acerca do relevante papel que a comunidade cumpre perante o discurso constitucional. Com o desenrolar do processo histórico, muda a abrangência dos conceitos de comunidade, democraticamente mais amplos (sociedades complexas atuais) ou restritos (sociedade civil liberal), mas permanece a sua essência. A importância da comunidade como valor último e referência básica do discurso constitucional continua a sua marcha.

2. Perspectivas gerais

O constitucionalismo brasileiro surgiu e foi maturado de uma forma bastante particular. Além das influências recebidas da Europa e dos Estados Unidos, que lançaram as bases do movimento constitucional moderno, foi marcado por um forte caráter nativista. Para os membros da elite colonial, mais importante do que a extinção do absolutismo vigente, talvez mais importante até do que o ideário que acompanhava o liberalismo, era o processo de concretização e aprimoramento da emancipação política.

Dito por outras palavras, a partir do momento em que os vínculos de dependência mantidos com a realidade portuguesa perderam sua coloração original, passando a estar baseados mais em artificialismos políticos do que numa situação de subordinação necessária, vieram à tona os sentimentos de autodeterminação que costumam acompanhar os desejos de autonomia nacional.

Com a transferência da corte, em 1808, a colônia passou a gozar de uma situação política extremamente privilegiada, reunindo elementos institucionais que antes compunham a estrutura administrativa situada em Lisboa. O caráter transformador das vantagens causadas por essa inversão colonial pode ser facilmente observado. A economia brasileira, por exemplo, sofreu uma imediata reviravolta, mergulhando numa fase de crescimento até então impossibilitada pelas amarras coloniais, atraindo um grande volume de capital estrangeiro e aumentando a circulação dos produtos que integravam a balança comercial (PRADO JÚNIOR, 1974, p. 132). É claro que o impacto econômico também teve repercussões negativas, principalmente representadas pelo aumento desenfreado das importações, devido à insuficiente capacidade de produção interna, pelo estabelecimento de um sistema monetário incapaz de garantir uma adequada estabilidade da moeda e pela ausência de condições para uma concorrência equilibrada entre a economia nacional e os produtos vindos de fora (PRADO JÚNIOR, 1974, p. 134). Apesar de todas as dificuldades enfrentadas durante a implantação desse modelo de autonomia econômica, a liberdade comercial patenteava os primeiros momentos de uma nova realidade social e política. Suas conseqüências repercutiram em todas as órbitas da estrutura social, incrementando a influência da elite política, robustecendo as “unidades locais de poder” (FAORO, 1957, p. 246) e oferecendo elementos para o aumento dos desejos de obtenção e consolidação da independência política.

A isso deve-se acrescentar o impacto cultural causado pela chegada da corte portuguesa ao Rio de Janeiro. A nobreza transferida, estimada em mais de doze mil pessoas, formada por elementos colhidos na cúpula da sociedade portuguesa, estadistas e militares, damas e burocratas, intelectuais e cortesãos em geral, chegou para integrar uma sociedade composta por pouco mais de cinquenta mil habitantes. “Comerciantes ingleses e franceses, artistas italianos e naturalistas austríacos vinham junto com os baús” (SCHWARCZ, 1999, p. 36). Era “difícil imaginar choque cultural maior” (Idem, *ibidem*) principalmente quando se leva em conta que a transferência da corte gerou, de forma quase imediata, uma completa modificação na estrutura sócio-política brasileira.

Apesar de a estrutura colonial determinar, por sua própria natureza, a existência de linhas de continuidade entre as práticas e costumes cultivados pela sociedade metropolitana e os valores desenvolvidos no cenário colonial, num tipo de lógica sistemática carente de circularidade, já que as influências culturais operadas pela colônia sobre a metrópole não possuem a expressividade transformadora que esta exerce sobre aquela, a verdade é que as particularidades apresentadas pela colonização brasileira vão dar origem a uma cultura política essencialmente regionalista, cultivada por núcleos de poder basicamente de caráter territorial. Era o poder descentralizado inerente ao regime das grandes propriedades rurais. A chegada da família real ao Brasil determinou a adoção de um amplo conjunto de medidas com o fim de reverter esse estado de coisas, dando início a um processo de centralização política que vigorou durante todo o período imperial. Inaugura uma dialética política apenas solucionada com a estabilização do discurso federativo lançado com o advento da república.

Desde então, o elemento cultural português passa a integrar, de forma definitiva e predominante, os bastidores políticos bra-

sileiros. A união entre os interesses locais e a herança trazida da Europa, advinda das concepções iluministas, vai criar um pensamento liberal adaptado, um liberalismo “menos doutrinário do que justificador” (FAORO, 1957, p. 246). A aristocracia escravocrata, imbuída por algumas concepções e mitos de fundo racional, procura limitar o poder absoluto com a finalidade principal de aumentar sua própria ingerência na burocracia administrativa (Idem, *ibidem*). Num cenário político tão conturbado, entretanto, algumas tendências reformistas também faziam-se presentes, reformismo por vezes renovador, extremista e radical. O liberalismo brasileiro, apesar de sua acentuada carga reacionária, não deixava de manifestar-se sob o compasso dos movimentos constitucionais de inspiração revolucionária. Esse liberalismo, menos influente, proclamado às escondidas, “um liberalismo freqüentemente ingênuo” (SALDANHA, 1983, p. 189) e povoado de romantismo político, era convertido em “ideal, expressado em proclamações e em consígnias rebeldes” (Idem, *ibidem*) que não eram estranhas ao movimento constitucional em formação.

A primeira fase do constitucionalismo brasileiro¹ identifica-se pelas tentativas de assegurar as conquistas adquiridas por meio da autonomização política. Esse é o núcleo ao redor do qual vai girar a maioria das iniciativas sociais que possuem conteúdo constitucional. Em um meio político em que dominavam as incertezas e as inconstâncias, envolto pelos conflitos instaurados entre conservadores e reformistas, conflitos que alcançavam a pessoa do próprio soberano, tais tentativas impunham-se como fórmula capaz de congregar, em torno de um projeto comum, os ânimos mais influentes do Brasil nascente. A intenção de preservar a unidade do território, numa realidade latino-americana caracterizada pelo fracionamento do império colonial espanhol, também figurava como elemento maturador de um entendimento social razoavelmente unificado.

A consolidação de um modelo político de caráter aglutinador, capaz de congregar os membros da elite, precisava de um projeto dotado de sentido nacional. As soluções monárquico-constitucionais apresentavam uma fraseologia ideológica adequada à sua consecução. Legitimavam a adoção de medidas políticas centralizadoras e operavam uma almejada distribuição do poder entre os potentados senhoriais, representando, finalmente, o coroamento simbólico de uma nação independente. A partir de então, nasce uma intrincada rede de tensões políticas por meio da qual o constitucionalismo – por meio do princípio da soberania popular –, não sem antes experimentar instantes de profundo retrocesso, tenta impor-se perante o poder absoluto tradicional.

3. Constitucionalismo e formação da brasilidade

Os movimentos constitucionais devem ser analisados enquanto parte de um contexto sócio-cultural específico, representativo de uma realidade axiológica que deve ser compreendida como universo cultural autônomo e coerente. As contingências e vicissitudes sociais, dotadas de fisionomia própria, erigidas em consonância com a ambiência local, possuem caracteres conformadores que identificam as linhas mestras de um padrão axiológico uniforme. É por isso que, para avaliar a formação do sentimento constitucional, deve-se sempre partir da natureza específica dos movimentos políticos, reflexo das estruturas societárias e resultado de um sistema de experiências que produzem uma certa noção de identidade e integração no meio social.

É válido afirmar, portanto, que a construção do constitucionalismo brasileiro obedeceu ao que era ditado pelos interesses nativistas, fruto de uma consciência etnográfica em vias de amadurecimento. Assentado sobre a influência portuguesa, miscigenado com os elementos da terra, o patrimônio cultural brasileiro preparava a eclo-

são de um constitucionalismo trópico-colonial, para utilizar uma terminologia tão ao gosto de Gilberto Freyre. Se a primeira designação (constitucionalismo tropical) serve para identificá-lo como um movimento essencialmente brasileiro, a segunda (constitucionalismo colonial) já o situa de uma forma mais abrangente, como parte do modelo geral perseguido pelas nações que nasceram a partir dos movimentos de libertação colonial. Em meio ao turbilhão de fatores que interagiram para a formação da consciência jurídico-política nacional, começa a ganhar forma uma certa consciência de brasilidade, um dos fatores mais significantes entre os acontecimentos que alcançaram e mantiveram a unidade política do Brasil durante a conturbada fase oitocentista.

4. Florescimento do constitucionalismo brasileiro. Inspirações e paradigmas políticos

Para um adequado entendimento acerca da formação do constitucionalismo brasileiro, faz-se necessário tecer algumas ligeiras considerações sobre a contextura intelectual que envolvia a sociedade portuguesa no período moderno-iluminista. Sua caracterização, demonstrando a situação em que se encontrava o pensamento jurídico-político na metrópole, assim como o estado da cultura portuguesa em geral, é um importante auxiliar para a compreensão das condições sócio-políticas que acolheram, no Brasil-colônia, os posteriores momentos constitucionais. É importante lembrar que, mesmo não sendo Portugal uma referência clássica no que tange aos movimentos constitucionais modernos, a relação colonial fazia com que a influência portuguesa, ainda que consubstanciada em outros modelos políticos, chegasse ao Brasil com um vigor bastante acentuado e com matizações próprias.

As lides políticas, notadamente nos momentos de ruptura, costumam arrimar-se sobre uma vasta argumentação teórico-

ideológica, desenvolvida internamente, como nos casos da França e dos Estados Unidos, ou resultado de inspirações e influências externas, como no exemplo brasileiro. São meios, ambas as formas de construção ideológica, que o discurso político encontra para justificar e legitimar suas principais opções materiais. Sendo assim, apesar de não possuir um liame temporal uniformemente estabelecido com a eclosão do constitucionalismo brasileiro, nada mais acertado do que afirmar a importância que o pensamento iluminista português exerceu para sua formação, inspirando e influenciando o movimento político colonial. Por meio da ilustração pombalina, chegavam ao universo brasileiro as inovações e idéias desenvolvidas no continente europeu, a mundividência liberal, a revolução lançada pelas alterações da metodologia científica, as formulações doutrinárias de natureza política, preparando o advento do Estado de Direito que veio a florescer ao lado do nosso liberalismo constitucional.

As tendências políticas que de modo tão ingente impulsionaram os pródromos da maturação constitucional brasileira devem ser confrontadas, por conseguinte, com o emaranhado liberal resultante do reformismo iluminista, com toda a sua extensa bagagem multicultural. Para entendê-las, basta dispensar um pequeno esforço no sentido de vislumbrar o panorama cultural criado pelo Iluminismo setecentista. As repercussões que o movimento fez surtir em Portugal, de raízes plantadas no discurso racionalista, as conseqüências constitucionalistas deflagradas no início do século XIX, a maturação de valores como a igualdade e a liberdade, a ascensão da burguesia, tudo isso, conjugado com um ideário que pretendia reverter por inteiro o comportamento social, são ingredientes necessários para uma dilucidação mínima dos fatores que compuseram a equação mais tarde solucionada pelo constitucionalismo trópico-colonial.

O fato de grande parte da elite brasileira encontrar formação acadêmica nas escolas

européias, principalmente em Coimbra, é um importante fator para explicar o modo como as tendências iluministas penetraram no mundo colonial. É importante dizer que muito do conteúdo dos atos políticos pode ser dilucidado por meio de uma análise acerca das valorações que interferem na mundividência individual e dão forma ao espírito dos homens de Estado. Vale a pena observar como as pressões sociais interferem no comportamento do indivíduo político, já que a assunção das posturas políticas resulta da conjugação do entendimento pessoal com as imposições dialéticas do meio que o cerca. Simbologias individuais e coletivas unem-se em torno de uma específica contextura axiológica e política.

As medidas políticas concretas devem ser vistas como respostas lançadas perante a realidade cultural, soluções que visam acomodar instabilidades e conflitos instalados na sociedade. Refletem, por conseguinte, tendências e representações de uma dada realidade sócio-cultural etnologicamente pensada, cuja extensão procura abranger, na maior medida possível, as manifestações do sentimento coletivo.

O constitucionalismo representa uma tendência cultural, uma postura social, um emaranhado de interesses que pretende subverter o arcabouço político de fisionomia absolutista. É fruto de um consenso que pretende alterar as bases da estrutura política e conformar as manifestações do poder em torno de um projeto racional específico. Seu objetivo é limitar o exercício do poder e criar um sistema normativo capaz de garantir os direitos individuais preconizados pelo liberalismo.

A ascendência do pensamento luso-europeu sobre a realidade brasileira ocorreu em virtude de numerosos fatores. Entre eles, deve-se destacar, conforme acima mencionado, a submissão que decorre do processo de assimilação colonial, cujas tendências apontavam para a importação de tudo quanto florescesse na paisagem metropolitana. É importante dizer que a pujança das idéias

iluministas, encontrando um mundo colonial de acentuado colorido indígena, um universo intelectual dependente, em que a língua Tupi era mais difundida do que o próprio Português, teve, entre os letrados da terra, um impacto verdadeiramente revolucionário. Causou um deslumbramento típico do relacionamento colonial – predisposto a assimilar, em linhas gerais, de forma acrítica –, causado pela fragilizada situação em que se encontrava a realidade intelectual brasileira, sem academias, sem estabelecimentos de ensino superior, carente de bibliotecas, sem os instrumentos necessários para assegurar uma identidade política – pelo menos do ponto de vista teórico – apartada de Portugal.

5. Portugal setecentista. Aspectos gerais de sua tessitura cultural

No século XVIII, o contexto cultural que envolvia a nação portuguesa, fortemente marcada pela chancela do conservadorismo religioso, encontrava-se tomado por uma patente letargia. Portugal estava isolado. Os ares europeus, originariamente influenciados pelo pensamento de origem renascentista, fazendo uso de um Iluminismo agora basicamente racional, com muita dificuldade alcançavam a metrópole, chegando com atraso e falta de atualidade (MARCOS, 1989, p. 3). A essa altura, a Península era refém do sectarismo ultramontano, que impunha, com o pesado jugo inquisitorial, o cumprimento de uma dogmática condizente com a essência da fé cristã.

O decorrer do setecentismo suscitou profundas revisões nos mais amplos ramos da vida social. Inaugurou um verdadeiro tempo de inovações. Apregoava-se, sobretudo, a superação da escolástica, sendo esta especialmente vigorosa, na Península Ibérica, em virtude da renovação ditada por Suárez e Vitória. A escolástica preocupava-se, principalmente, com a resolução dos universais, buscando um critério capaz de compreender a relação entre a atividade cognoscitiva

e a realidade concreta dos fenômenos. Com o racionalismo adventista, todas essas questões passaram a figurar sob uma roupagem antropocêntrica, fundamentada na razão humana. A escolástica, com o nominalismo, o conceitualismo e o realismo, também alicerçada numa razão, mas numa razão que refletia os dogmas do catolicismo ortodoxo, logo deixaria de figurar no cenário cultural europeu como núcleo central das discussões filosóficas.

O barroco, outrossim, mero período de ligação entre o humanismo e o século das luzes, porque alheio a qualquer esboço de originalidade (MONCADA, 1984, p. 15), estava em vias de ser inteiramente deixado para trás. Ao seu lado, figuravam as tradições religiosas e o isolamento que caracterizava a política externa portuguesa. A cultura, em suas mais diversas expressões, encontrava-se, de certo modo, nivelada por baixo, espelhando, naquela altura, a situação geral de apatia vivenciada em Portugal.

É claro que, após a eclosão definitiva do movimento iluminista, em meados de setecentos, a situação torna-se um pouco diferente. As idéias de fora passam a ser incorporadas, pouco a pouco, ao patrimônio cultural da metrópole, preconizando a exaltação de valores jurídico-políticos, até então, praticamente desconhecidos. Nas artes, vigoravam novos elementos estéticos. Esboçava-se uma produção literária cujo intento era a superação do rebuscamento lingüístico praticado pelo barroco. A literatura almejara uma maior simplicidade na forma, que agora representava os ideais esposados pela burguesia, ao tempo em que fazia exaltar as “relações da convivência humana” (MAGNINO, 1974, p. 280). Estava muito presente nos escritos literários, também, a tradição que envolvia os grandes feitos do passado (Idem, *ibidem*), como os descobrimentos e as grandes viagens oceânico-circulares. Com a vigência do racionalismo, depois de colocado o homem como núcleo irradiador de todas as verdades possíveis, era o homem, o homem português, a figura

central das construções literárias, com suas conquistas pretéritas e realizações inspiradas no Iluminismo.

Superadas as discussões humanistas fundadas com o Renascimento, vem à superfície uma idéia de Direito diretamente influenciada pela metodologia utilizada pelas Ciências Naturais. Assim como as leis universais regem o universo físico, passam elas a ser aplicadas ao relacionamento intersubjetivo (COSTA, 1982, p. 4). Além de abrangerem o mundo natural, espalhavam-se pelos campos ainda racionalmente infecundos das relações éticas. O predomínio da metodologia científico-natural atingiu as concepções teóricas do Direito e do Estado, influenciando-as com os rigores racionais da filosofia liberal e preparando o aparecimento dos movimentos constitucionais que surgiram a seguir.

Vale a pena dizer que as exteriorizações da escolástica encontravam sua extinção não apenas por causa do advento das concepções antropocêntricas. A política absolutista assim o determinava, haja vista que, entre outras coisas, o tomismo resgatado por Suárez defendia a vigência do poder indireto. Segundo o sistema suareziano, o Papa não recebia qualquer incumbência para tratar das matérias do universo laico, sendo por Deus autorizado, entretanto, para determinar a completude das leis referentes ao universo da salvação espiritual. Ao príncipe caberia velar e decidir acerca dos assuntos de natureza terrena. No caso de ocorrerem eventuais conflitos entre tais esferas, o monarca, indo de encontro aos desígnios de Deus, poderia ser imediatamente deposto pelo Pontífice (MONCADA, 1948, p. 28). Eis uma das principais causas das tentativas absolutistas de exaltar a tese da origem divina do poder real, que lograram grande êxito em Portugal durante o clarão iluminista.

6. Portugal e o Iluminismo tardio

O Iluminismo português, com todos os aspectos e particularidades que lhe são in-

rentes, pode ser caracterizado, juntamente com as referências encontradas nos demais Estados europeus, como um movimento de idéias em que, deixada de lado a compreensão teocêntrica das coisas, o racionalismo passa a ocupar um lugar de completa proeminência. É um período em que as faculdades racionais do homem, ao lado do intelectualismo que floresceu com a descoberta do método científico-natural, assumem uma posição de nítido relevo frente às demais exteriorizações do espírito (MONCADA, 1947, p. 197).

Além do substrato racionalista, é possível ainda observar uma característica que particulariza os principais traços da ilustração portuguesa: a nítida finalidade de despertar o civismo (MAGNINO, 1974, p. 280). São muitas as conseqüências que decorrem dessa conclusão. Entre elas, está a valorização do elemento nacional, expressada por intermédio das mais variadas linguagens e manifestações. A relevância que é dada ao estudo do Direito pátrio, em substituição às antigas concepções totalizantes do Direito Romano, demonstra a força dessa mudança de paradigma. É verdade que tal substituição não foi decorrência apenas da importância que passou a ser dispensada à ordem jurídica interna. Encontrou suas principais justificativas no fato de a estrutura de autoridade na qual repousava o Direito Romano², representada pela aceitação incondicional do sistema jurídico justiniano, haver perdido sua validade intrínseca (SILVA, 1991, p. 353). A mudança verificava-se por meio da exaltação da razão iluminista, em que o homem, visto como objeto de leituras científico-experimentalistas, figurava como fundamento primeiro da validade jusracionalista.

O Iluminismo português, Iluminismo tardio, porque desenvolvido apenas quando a Europa já se debatia com os ideais da ilustração há mais de meio século, sofreu uma forte influência da vertente italiana do movimento³, trazida para Portugal por intermédio da obra de Luiz Antônio Verney⁴. Época de reorganização e mudança, tratou

“duas questões magnas e fundamentais: a pedagógica e a religiosa” (MONCADA, 1949, p. 5-6). Mantendo-se na esteira do humanismo, do cartesianismo e do racionalismo filosófico, colhendo resquícios tardios da Reforma protestante, que sobreviveram nos países católicos, mesmo após o Concílio de Trento, procurou “levar a efeito uma nova concepção do homem, da sociedade, do Estado e da Igreja, nas suas relações entre si, bem como das relações entre a fé e a razão” (Idem, *ibidem*).

Indo para a Itália completar os seus estudos, Verney logo manteve contato com o ideário reformador que despontava fora de Portugal. Tornou-se um sensualista, trilhando os ensinamentos de Locke no que se referia à inexistência de idéias inatas. Admitia que a contribuição de outros pensadores, devidamente comprovada pela metodologia experimental, poderia ser aproveitada para a construção do conhecimento científico. Negava, entretanto, fazer parte de qualquer escola ou movimento específico, ao passo em que condenava a exaltação de um autor isolado, como faziam os peripatéticos no estudo da obra aristotélica (PESET, 1974, p. 227). Para caracterizá-lo como um iluminista por excelência, basta observar o conteúdo de suas crenças fundamentais. Elegia a razão como a principal faculdade humana, por meio da qual o sujeito pode apreender o mundo que o cerca, valendo-se das relações que se estabelecem entre os seres (Idem, *ibidem*), utilizando a experiência para alcançar a plena realização terrena: a felicidade. “Para o conseguir dentro duma visão de progresso ilimitado, basta fazer dominar a razão, tanto na vida dos indivíduos como dos povos. Ponto é que se derramem as luzes, que se espalhem a ciência e a ilustração, e os homens serão logo seres superiores, terão realizado o seu destino e tornar-se-ão, no mesmo momento, virtuosos e felizes”(MONCADA, 1940, p. 463).

7. Realidade social e reformismo português

A chegada da doutrina iluminista fez nascer tensões que repercutiram durante

tudo o desenrolar do período. Os choques decorrentes do encontro entre as inovações e o tradicionalismo radical logo apareceram⁵. Tornou-se inevitável, assim, o distanciamento estabelecido entre os conservadores, cegos às luzes espalhadas pela razão, e os reformistas, diretamente influenciados pela herança renascentista que grassava no continente europeu.

As reformas são lentas, esbarram nos interesses mais recônditos, sacodem privilégios e costumam provocar duras reações entre os segmentos que delas não se beneficiam. As barreiras lançadas pelos reclamos reacionários, por isso, logo interferiram no caminho seguido pelos movimentos gerais de reformulação. O governo pombalino reagiu, impondo medidas de Estado calcadas na força, medidas levadas a termo sob a fórmula política do quase onipotente déspota esclarecido. Mas é importante lembrar que o caráter reacionário do consulado pombalino transparecia naquilo que era referente às inovações políticas, assumindo este um caráter reformista quando estavam em jogo outras instâncias da vida social, como será ressaltado a seguir.

É sabido que as estruturas axiológicas são fundadas sobre alicerces culturais, representativas de projeções sociais nem sempre fáceis de remover. Pode-se dizer, a propósito, que essas estruturas fazem parte da essência da própria cultura. Suas bases encontram-se geralmente respaldadas pela identidade cultural, que faz com que os membros da comunidade estejam unidos por representações e simbologias dotadas de uma certa harmonização. Isso não impede que as transformações sociais, conseqüências de um natural processo evolutivo⁶, modifiquem a fisionomia do corpo societal. Apenas demonstra que as reformas, quando voltadas para a consecução de uma finalidade modificativa mais profunda, acabam atingindo a essência dos padrões culturais. E a cultura compõe, em grande medida, a personalidade dos indivíduos. Daí ser necessário, em alguns cenários sociais, nota-

damente quando os valores que se quer modificar não tenham entrado em desuso, reformar por intermédio de soluções lançadas de cima para baixo, ou seja, das instâncias de controle político para os demais agentes que fazem parte da sociedade.

Os usos e costumes, como possuem um conteúdo bastante variado, encontrando-se espalhados por todos os recantos da vida social, vão sendo alterados de forma diacrônica. Uns são superados primeiro do que outros. Isso faz gerar a saturação daqueles valores por último alcançados pela mudança, sufocados por uma contextura em que vicejam e se impõem novas representações sociais. Assim, os novos conceitos, pouco a pouco incorporados ao organismo consuetudinário, ganham o espaço que precisam para serem vistos como parte do patrimônio cultural válido. Desde então, assumem-se como exteriorizações de um modelo cultural específico.

E os valores que são superados inicialmente? Esses dão forma a um fenômeno que não apresenta muitas dificuldades para ser devidamente dilucidado, pelo menos no que tange ao momento em que os padrões culturais deixam de possuir margens suficientes de adesão. Trata-se apenas de conjunturas sociais, espaços semiculturais facilmente modificáveis por meio do contato com representações, simbologias e mensagens ideológicas diferentes. Personificam modismos e condicionamentos algo superficiais, quase sempre removidos antes de serem definitivamente incorporados ao rígido cabedal gerido pela cultura.

As “pragmáticas” editadas durante o reinado de D. José constituem um bom exemplo disso, já que buscavam o afastamento da opulência nos costumes e do luxo exagerado que impregnavam a sociedade de então. Além delas, os padrões estéticos, situados em um liame intermediário no que se refere às possibilidades de recepção cultural, oferecem um interessante plano para o entendimento do contexto que abrange as modificações sociais em seu conjunto. Os

conceitos que definem o belo são facilmente modificáveis quando postos em comparação, por exemplo, com a vagarosa marcha que acompanha as modificações na representação dos conceitos morais.

8. O racionalismo e o despotismo esclarecido

Foi por meio da Ilustração setecentista, embalada pelos impulsos do conhecimento racional, que surgiu uma postura cuja finalidade pretendia conduzir todas as esferas do pensamento, desde há muito presas às amarras das elucubrações teóricas, a uma concretização efetiva. O Iluminismo serviu à deflagração de uma visão voltada para uma atitude política mais prática. Daí seu caráter concretamente reformista. Mas toda mudança pressupõe um poder capaz de impor o novo. O absolutismo detinha a legitimação necessária para o exercício de tal prerrogativa, extraída dos axiomas criados pela justificação teocêntrica do poder monárquico.

Na vigência do período iluminista, contudo, a legitimidade política consolidada por Luiz XIV – símbolo máximo do discurso absolutista –, espalhada por toda a Europa, sofreu, com os anseios democráticos que já começavam a ganhar terreno em alguns setores sociais, acentuadas modificações. A esteira lançada pelas fórmulas de limitação do poder instituídas após a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, assim como as conquistas alcançadas pela França revolucionária, eram moldes que representavam o espírito político do período. Em Portugal, entretanto, em decorrência de certas especificidades do sentimento católico, enraizadas no resistente solo das consciências devotas, a realidade esboçava-se de uma forma distinta. Apesar do racionalismo imperante, vigorava, sob a égide pombalina, um absolutismo de forte amparo teocrático, por meio do qual eram afastadas todas as tendências político-culturais em que figurassem resquícios de soberania popular e direito à insurreição (MARCOS, 1989, p. 18).

É de bom rigor afirmar que Portugal não ficou totalmente alheio às influências trazidas de outros recantos da Europa, principalmente no que se refere à realidade política. A centúria setecentista acolhe a concepção platônica acerca do governo, idealizada no sentido de que a Política confunde-se com a aplicação da moral ao contexto societário. O objetivo da entidade estatal é, segundo Platão, conduzir os homens à felicidade e garantir a supremacia da virtude. É por isso que a condução dos desígnios estatais se deve pautar pelos caminhos da “sabedoria, da razão e da inteligência” (AMARAL, 1998, p. 89). Nesse caso, “o governante ideal é o filósofo: toda a sua obra está marcada pela defesa constante e vigorosa da entrega do poder ao rei-filósofo, isto é, ao rei que saiba tornar-se filósofo, ou ao filósofo que consiga vir a ser rei” (Idem, *ibidem*).

A doutrina do rei-filósofo vai ser projetada, na contextura moderna, por meio do despotismo inteligente. No uso do conhecimento racional, os déspotas esclarecidos possuem todo o instrumental capaz de conduzir a sociedade aos patamares reformistas – que por certo não incluem as reformulações políticas. É por isso que o Iluminismo jurídico é identificado por sua postura nitidamente voluntarista (SILVA, 1991, p. 341). As leis são impostas segundo a vontade do governante, de acordo com o conteúdo de seu juízo de valor, ao sabor de conveniências e interesses quase sempre vinculados às exigências de certos segmentos sociais e da manutenção do poder.

O caráter pragmático da época é ditado pela concepção racional da vida, oriunda, basicamente, do experimentalismo que veio à luz com as descobertas de Newton. A historicidade passa a fazer parte dos governos ditos esclarecidos. A partir da observação dos acontecimentos históricos, é possível dilucidar o passado, identificando suas crises e estrangulamentos mais significativos, sempre sob a justificação de que estes resultavam da ausência da razão. É por isso que a época que identifica a segunda metade do

século XVIII é, sobretudo, uma época verdadeiramente paradigmática, identificada, entre outros aspectos, “pela sua aberta oposição com o passado” (MONCADA, 1926, p. 168).

Melhor exemplo disso, o consulado do Marquês de Pombal, de raízes plantadas no despotismo esclarecido, assumiu uma postura política voltada para a reversão da realidade cultural setecentista. Dando vazão a um intervencionismo compatível com a fisionomia do Estado de Polícia, atuava nas mais diversas áreas. Implementava o dirigismo econômico, as reformas na organização religiosa e na instrução pública, pondo em vigor, enfim, uma política cuja atuação centralizadora⁷ pretendia forjar a sociedade portuguesa nos moldes do Iluminismo racional de cariz europeu.

É claro que esse processo de assimilação não ocorreu de forma totalizante, sendo a ilustração recepcionada e adaptada às especificidades da vestimenta local, principalmente quando era necessária aos desígnios da política pombalina (MARCOS, 1989, p. 47). Apesar da ascendência desta última, é certo que tal adequação é um fenômeno que costuma verificar-se sempre que institutos, idéias, valores e tradições, concebidos no estrangeiro, no seio de uma determinada realidade, emigram para regiões e povos estranhos ao universo de sua concepção. No caso português, uma causa pode ser especialmente arrolada para comprová-lo: a ausência de simultaneidade entre o advento das idéias iluministas e a sua chegada à pátria lusa (COSTA, 1982, p. 1).

9. Propedêutica constitucional brasileira. Imposições da realidade colonial

As nações que emergem da dominação colonial possuem inspirações jurídico-políticas próprias. Os movimentos constitucionais que delas brotam são reflexo, geralmente, de anseios emancipacionistas. Quer dizer, ao lado das tendências voltadas para uma racional limitação do poder político,

que caracterizam o moderno constitucionalismo, figuram perspectivas de natureza separatista. Assim, o discurso constitucional é utilizado como instrumental ideológico posto ao serviço da independência política. Sua influência, contudo, não se resume apenas à obtenção da autonomia, não fica adstrita aos momentos que antecedem a eclosão do processo de independência. Também vigora em conjunturas subsequentes, cujo intento reside na solidificação das conquistas alcançadas pelo desafio político-exploratório.

Na intrincada tessitura da independência, a fase da consolidação é extremamente importante, estando sempre sujeita a um lento processo de decantação. Por vezes, não costumam demorar a aparecer as reações conservadoras, internas e externas, voltadas para o restabelecimento do regime deposto. Quando a independência é acompanhada pela instalação de situações de crise, pode encontrar recepção um discurso de nítido apelo contra-reformista. Sendo assim, a fase de avigoramento da independência exige, de forma efetiva, um firme sustentáculo constitucional, inspirado pelos postulados que informaram as alterações institucionais e que são exaltados de modo a consagrar a continuidade do nativismo. Apenas desse modo pode ser atingida a maturidade política do ente emancipado. Daí a afirmação de que o sentimento de emancipação política, com sua forte inspiração libertária, mais do que um elemento esporso, momentâneo e passageiro, faz parte da complexa gênese do nosso constitucionalismo colonial.

Sob tal ponto de vista, a variação do movimento constitucional surgido no ambiente de submissão colonial, apesar de suas particularidades, não difere dos paradigmas tradicionais no que concerne ao processo de conquista da liberdade. É válido acentuar, por conseguinte, que o arcabouço justificativo da marcha constitucional é marcado por uma certa dose de universalidade. Na contextura colonial, as reações geradas pela saturação dos problemas soci-

ais, cuja origem é quase sempre devida ao desregramento no uso do poder político, são os vetores que confluem para as tentativas de ordenação constitucional. Como na realidade francesa ou norte-americana, são os interesses sociais que costumam apontar para as tentativas de contenção da potestade política. A limitação do poder é almejada na medida em que representa o caminho a ser seguido para o encontro com o direito à liberdade. É claro que tal afinidade, mesmo sendo basilar, não é determinante, não dita o surgimento, no mundo colonial, de uma evolução constitucional uniforme e dotada de completude. Apesar de assimilarem a idéia de universalidade contida no constitucionalismo clássico, as particularidades locais é que, ao final, vão dar início ao processo por meio da recepção de anseios e reclamos que variam de acordo com tais caracteres.

Mesmo assim, pode-se dizer que o constitucionalismo foi implementado por atividades políticas diatópicas. Por meio das variadas categorias axiológicas que o movimento constitucional suscitou, dotadas de forte conteúdo abstrato, sua influência projetou-se por todo o mundo ocidental. Sua universalidade advinha da abstração dos princípios que dele dimanavam e que deram identidade ao surto constitucional. Esse traço geral nascia de uma substância também geral, colhida na idéia de natureza humana exaltada durante o vigor iluminista. O homem obedecia a uma tendência que lhe era inata pelo simples fato de ser homem, sujeito aos imperativos de necessidades comuns e inerentes à sua condição natural. Fruto de imposições ideológicas, as exigências do conceito de homem como indivíduo identificavam-se com os interesses da burguesia, almejavam um efetivo sistema de garantias, pretendiam alcançar um sistema de liberdades gerais e abstratas com o fito de propiciar o pleno exercício da atividade econômica. A classe burguesa queria conquistar um direito à liberdade que viria a ser o centro do universo garantístico em formação.

A natureza diáfana dos direitos à liberdade era concretizada por meio do contato com o cenário social. No emaranhado axiológico desse inter-relacionamento, a energia constitucional revestia-se de feições mais aproximadas das realidades culturais locais. Seria pouco razoável exigir que, em contextos político-sociais tão dessemelhantes, como eram o Brasil-colônia e o continente europeu, os movimentos de reversão política estrutural assumissem uma roupagem completamente identificada. Cada universo social possui uma identidade cultural própria, carregada de minúcias e particularidades que, ao lado do sentimento constitucional, representam grande parte das necessidades de um povo.

A Constituição brasileira de 1824 seguiu uma direção política que parece, em um primeiro momento, contrária ao que era preconizado pelo constitucionalismo clássico. Primeiramente, não foi resultado direto da vontade popular, já que se tratava de uma constituição outorgada por ato imperial. Depois, como consequência direta disso, manteve a hegemonia das prerrogativas políticas exercitadas pelo monarca, titular absoluto do poder moderador. Parece evidente que a outorga da Constituição do Império não representa todas as manifestações dessa fase inicial do constitucionalismo brasileiro. Trata-se, apenas, da primeira consagração formal do discurso constitucional.

O constitucionalismo apareceu antes, por meio da pressão exercida pela elite no sentido de obter o compromisso constitucional, por meio dos movimentos revolucionários, por meio das deliberações da assembléia constituinte convocada e dissolvida por D. Pedro I, por meio da força social que os ideais do liberalismo gozavam naquele momento. O constitucionalismo brasileiro apareceu como resultado natural dos antagonismos que exigiam a manutenção ou a quebra dos laços políticos existentes entre Brasil e Portugal (BONAVIDES, 1996, p. 26). Paulo Bonavides afirma, numa posição que coincide com a linha seguida pelo presente

artigo, que “a independência brasileira mesma se coloca também no contexto ou correnteza das lutas constitucionais onde se entrelaçavam os destinos dos dois Estados, e que transcorriam tanto no Brasil como em Portugal (...)” (Idem, *ibidem*).

Nas monarquias absolutas, uma das mais relevantes formas de opressão manifestava-se por meio da natureza incontestável das prerrogativas do príncipe, notadamente após haver sido sacralizada a doutrina da origem divina do poder majestático. A ausência de uma adequada limitação da potestade política gerava desequilíbrios sócio-institucionais como o sistema de privilégios, os abusos do Estado de Polícia, a supressão dos interesses burgueses ou o estrangulamento social generalizado. A busca de uma fórmula política capaz de conter tais desregramentos, maturada em um ambiente em que o racionalismo mecanicista colocava o homem-indivíduo como o centro de todas as coisas, deu vez ao surgimento da precipitação constitucional. A limitação do poder, a ser alcançada por esse meio, terminava na aquisição de um sistema de garantias estabelecido por intermédio de fórmulas normativas de valor axiomático.

Almejando também a liberdade, o constitucionalismo tradicional não encontrava, na ambiência colonial, os elementos necessários para um eskorreito desenvolvimento, visto que o colonialismo identificava-se por uma evidente contradição interna: os valores do moderno arcabouço constitucional não admitiam, no vasto quadro esculpido pelo princípio da liberdade, os repressores mandamentos da organização colonial. Liberdade e dominação entravam em estado de antinomia. Foi necessário que os sucesos constitucionais brasileiros girassem, primeiro, em torno da emancipação política, deixando a construção definitiva do edifício constitucional para um momento posterior. Assim surgiu o constitucionalismo trópico-colonial.

A constituição, estatuto jurídico por meio do qual o Estado de Direito concretizou as

linhas gerais de seu projeto político, ofereceu, ainda, espaço para as primeiras formulações do princípio da igualdade, mesmo que se tratasse de uma igualdade apenas formal. Essa mesma constituição, portanto, não encontrava meios para conviver com a exploração colonial, que pressupõe a hegemonia pura e simples de um determinado espaço político, cânone a partir do qual é extraída sua legitimidade exploratória. Daí o nativismo, daí as tendências separatistas, daí a radicalização do discurso político quando estavam em causa os fundamentos da liberdade política nas sociedades de raízes coloniais. É desse modo que se justifica o surgimento de um constitucionalismo tão específico, aproximado da realidade política que advinha do relacionamento com as formas de dominação metropolitana.

10. Independência política e substrato motivador. A influência dos fatores econômicos

As perspectivas emancipacionistas não surgem, apenas, em virtude da dominação política que tão bem particulariza a realidade colonial. Elas embalam o processo de quebra das instituições, causando uma ruptura que está na base da organização social. A dominação colonial é o primeiro passo para o surgimento de conjunturas mais amplas, cujo desenlace deve terminar na construção de uma estrutura política própria. A partir das conjunturas emancipacionistas, vai aparecer uma estrutura política de base soberana. Um processo dessa natureza exige a confluência de múltiplos fatores, uns de ordem sociológica, outros mais aproximados da realidade econômica ou mesmo das vicissitudes políticas. Isso porque, mesmo na dominação colonial, vigoram interesses satisfeitos, estabilidade conquistada, e mesmo desejos de uma unidade global, uma unidade política entre colônia e metrópole, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio colonial. Geralmente, essa tendência é sufocada no contexto social ge-

ral, pois traz consigo uma mensagem subliminar que pretende legitimar o sistema de dominação em vigor, primeiro a ser frontalmente atacado quando a insatisfação social irrompe sob a forma de um movimento político direcionado para a quebra dos vínculos coloniais.

Mas a mera existência do colonialismo político – se é que pode existir um colonialismo apenas político – não é o bastante para que o desejo de liberdade e emancipação passe a caracterizar um movimento constitucional. Para tanto, é preciso que a dominação seja erigida sobre um povo que tenha consciência de sua existência enquanto povo, mesmo que esse sentimento não esteja totalmente desenvolvido sob uma ótica sociológica mais ampla, mesmo que não esteja assentado sobre uma perfeita idéia de comunhão étnica (ZIPPELIUS, 1997, p. 93). Não é necessário que exista uma prática nacional doutrinariamente concebida, na qual subsista uma confluência harmônica de afinidades rácicas, culturais e políticas. Basta que os indivíduos tenham consciência de que são parte de um todo político único, apesar das diferenças e embates que possam entre eles existir. O importante é que se verifique a homogeneidade de um ideário político autônomo, desde que este seja suficiente para impulsionar uma estruturação estatal independente. Apenas nesse contexto é que o constitucionalismo, em suas modalidades historicamente consagradas, incompatibiliza-se com o universo colonial, de modo a fazer com que a insatisfação social reclame o advento da independência política e do Estado de Direito.

Os motivos que constituem a fisionomia geral de tal realidade são originados, muitas vezes, sob os influxos da realidade econômica. As mazelas da exploração econômica presente no mundo colonial produzem um descontentamento social amparado por pretensões emancipacionistas. Deduz-se, assim, que a exploração econômica, racionalmente incutida no relacionamento metrópole/colônia, constitui um eficiente mo-

tivador para a expansão dos valores de fundo constitucional (=valores de fundo emancipacionista). O pano de fundo da desigualdade, que o caracteriza antes de tudo, termina incentivando o desenvolvimento de acirramentos e dissensões nativistas. Isso porque o desequilíbrio econômico da organização colonial, gerando realidades desajustadas, facilita a aceitação e a construção de um edifício político autônomo, apartado da relação colonial, desenvolvido sobre sustentáculos que nada mais são do que um conjunto de aspirações sociais e econômicas imediatamente espelhado no contexto constitucional.

Vale a pena salientar que, no período setecentista, quando o constitucionalismo embalou dois dos movimentos políticos mais importantes da era moderna, encontrava-se em pleno incremento a superação do capitalismo comercial pelo capitalismo industrial. As formas de exploração que partiam das metrópoles eram meramente comerciais. De um modo geral, repousavam no monopólio que estas detinham em relação ao mercado consumidor das colônias. Resumiam suas atividades econômicas na remessa de produtos e auferição dos dividendos oriundos dessa primitiva operação mercantilista. Era já um modelo superado. E como as metrópoles não aceitavam abrir mão desse sistema, por motivos por demais conhecidos para serem aqui recordados, pode-se afirmar que as estruturas econômicas mergulharam em crise, fornecendo um importante elemento para as pretensões da independência, agora circundada pelos moldes do ideário constitucional.

11. Colonialismo e colonização

Apesar da extremada importância da problemática econômica para o surgimento das inquietações nativistas, outros elementos também devem ser levados em conta para a formulação de um adequado entendimento sobre a questão. Um deles, sem dúvida, apesar de ser decorrência da exploração eco-

nômica, é a insatisfação social que eventualmente emerge da inferioridade política referendada pelos vínculos coloniais. Isso deve ser compreendido em harmonia direta com cada momento histórico. No final do setecentismo, as conquistas que conduziram à construção do Estado de Direito revestiam o cenário político com as perspectivas teóricas geradas pelo surgimento da democracia. Os povos desejavam alcançar as liberdades individuais. E a realidade colonial parecia, cada vez mais, aos olhos da elite colonizada, uma anacrônica remanescência do Antigo Regime. Era comum, portanto, em alguns isolados grupos sociais, a hostilização pura e simples do sistema político colonizador, uma insatisfação social que, no caso brasileiro, culminou com a eclosão de uma recorrente fase de rebeldia nativista.

Nesse contexto, é necessário mencionar algumas diferenças que caracterizam muitos dos movimentos de caráter colonial. Alguns são voltados para uma exploração pura e simples; outros, para uma exploração acompanhada de um correlativo povoamento, cuja verificação denuncia o ânimo de transformar a colônia em uma extensão do ambiente metropolitano. Além disso, é preciso mencionar a situação cultural encontrada entre os povos indígenas, ao tempo da chegada dos colonizadores, fazendo um paralelo entre a presença destes e o eventual processo de caldeamento racial. Tanto o colonialismo de povoamento, quanto a miscigenação rácica e a fusão cultural, maturando uma sociedade de personalidade própria, contribuem para que o nativismo ganhe forma e expansão. E nada mais próximo da realidade que esteve na base da colonização brasileira.

A contextura colonial também impõe aos movimentos constitucionais outra característica muito própria. Não havendo ambiente para o desenvolvimento de doutrinas políticas autônomas, as colônias assimilam os avanços doutrinários originados em outras realidades culturais⁸, apesar do processo de assimilação não se restringir aos po-

vos desenvolvidos em meio ao contato com a dominação política. É de todo evidente, e são muitos os exemplos que podem ser convocados para comprová-lo, que o fenômeno constitucional, também sob a modalidade da assimilação, foi aos poucos incorporado ao sistema simbólico de inúmeros Estados não-coloniais. É o caso, por exemplo, do vintismo em Portugal, quando defrontado com o constitucionalismo francês, pelo menos no que diz respeito à existência de uma fase de ruptura política seguida de um imediato construtivismo (CANOTILHO, 1998, p. 47).

Luiz Washington Vita, discorrendo acerca do pensamento filosófico brasileiro, exalta uma verdade que pode ser estendida para o campo dos movimentos constitucionais: “mais do que criativo, é assimilativo das idéias alheias” (1964, p. 9). Isso faz com que a apregoada universalidade dos sistemas políticos seja colocada à prova, testada num ambiente diferente daquele em que foram criados esses modelos, ainda quando sua essência seja objeto de algumas adaptações necessárias (Idem, *ibidem*). Tal colocação vem fortalecer a idéia de que o espelho no qual transparece a imagem colonial pode ser adotado para analisar o caso brasileiro. A exploração colonial nivela por baixo a situação política dos povos em que as pretensões emancipacionistas vão sendo impostas. Algumas particularidades, todavia, subsistem ao arquétipo traçado. O modelo brasileiro é um bom exemplo disso, seja em virtude da anômala reviravolta política ocorrida com a mudança na sede da monarquia, que logo deu ensejo ao fortalecimento de interesses locais autônomos, seja em virtude das tentativas de manutenção da unidade política do Império, questões essas diretamente decorrentes da retórica nativista.

12. Pretensão constitucional brasileira. Quebra das amarras políticas

O movimento constitucional brasileiro detinha um conjunto de características desenvolvidas em consonância com o univer-

so político local. Havendo convivido, desde o final do século XVIII, com evidentes anseios separatistas, as influências constitucionais de fora foram rapidamente adaptadas às necessidades políticas da terra. Com isso, ficava evidenciado um embate ideológico muito particular. Grupos conservadores e grupos liberais conviviam à frente de posições francamente antagônicas. Ao lado destes, entretanto, figuravam núcleos políticos que apregoavam a independência, como também setores que pretendiam manter os laços políticos com a metrópole. Nem sempre tais interesses eram coincidentes. Era possível, por exemplo, encontrar um liberal diretamente vinculado à causa da manutenção do vínculo político com Portugal.

A modificação do estatuto jurídico-político brasileiro, a partir da criação do Reino Unido, em 1815, veio tornar a realidade colonial ainda mais peculiar. As consciências nativistas foram, muitas delas, envolvidas pela perspectiva de perpetuar a dependência política. É fácil compreendê-lo. Após a chegada da família real ao continente americano, as condições sócio-políticas brasileiras foram objeto de um incremento bastante acentuado. O progresso econômico, agora que o monopólio do comércio colonial havia sido quebrado, juntamente com o aprimoramento institucional – por exemplo, a criação, no Rio de Janeiro, da Corte de Suplicação, do Desembargo do Paço, do Conselho de Fazenda e do Erário, além da Mesa de Consciência e Ordens – tornaram a situação do Brasil extremamente privilegiada, se comparada com o período anterior. É claro que o equilíbrio das conjunturas vigentes favorece a manutenção da estrutura que as ampara. Muitos liberais, sob o ponto de vista do advento constitucional, passaram a abraçar o credo conservador, pelo menos no que se referia ao processo de independência. Queriam manter a situação adventista para assegurar a continuidade da nova e benéfica contextura inaugurada a partir de 1808. Com as pressões advindas das Cortes constituintes lisboetas, entretanto, que deli-

beravam abertamente no sentido de reverter as recentes conquistas brasileiras, a curiosa existência dos “liberais conservadores”, pelo menos no sentido aqui mencionado, foi logo colocada em causa.

Foi por intermédio da radicalização do discurso recolonizador português, vociferado das tribunas constituintes de Lisboa, que o clima de instabilidade política instalou-se, bastante mais acentuado, entre os membros da elite brasileira. As medidas de reversão colonial ofereceram os motivos que faltavam para o desencadear da marcha para a independência, preparando a construção constitucional e robustecendo os elementos nativistas com tendências políticas cada vez mais libertárias. Após os inúmeros benefícios trazidos com a chegada da família real, era difícil encontrar justificção para o retorno da dominação política. Realmente, outra não poderia ter sido a posição da elite local, uma vez que as mudanças então efetivadas no estatuto colonial ofereciam uma vitalidade política desde há muito perseguida pelos “donos do poder”.

13. Constitucionalismo brasileiro. Um movimento trópico-colonial

As formulações constitucionais concebidas na colônia foram conseqüência de duas realidades que incidiram sobre o pensamento político da elite dirigente: o Iluminismo racional e o liberalismo político. O primeiro forjou o contexto histórico-ideológico em que se desenvolveram o subjetivismo filosófico e o individualismo jurídico, no qual foram encontrar inspiração aqueles que atuaram durante a construção da monarquia constitucional brasileira; o segundo, por sua vez, era a fórmula por meio da qual a limitação do poder absoluto encontrava uma autêntica materialização. Significando “uma concepção do poder, do homem, do mundo, essencialmente racionais, calculadores, materialistas, proprietaristas, burgueses” (CUNHA, 1995, p. 189), o iluminismo assume a paternidade de tais símbolos políticos, inau-

gurando um conjunto de noções teórico-científicas que representa uma concreta e completa regeneração do pensamento humano.

Falar da primeira fase do constitucionalismo brasileiro significa, portanto, uma certa dose de compatibilização entre os acontecimentos inspirados por um ideário puramente nacional e o conteúdo do pensamento político europeu. As particularidades da realidade colonial, fruto de uma cultura forjada pelos influxos do localismo, não traziam consigo inspiração e autonomia suficientes para produzir um sistema de idéias próprio, apesar de oferecerem os elementos necessários para a eclosão do sentimento emancipacionista. Não havia um ambiente intelectual favorável ao desenvolvimento de potencialidades dessa ordem. O que se verificou na colônia, desde o ponto de vista teórico, foi a adaptação do constitucionalismo doutrinário às exigências e valores da vida local.

Verificava-se um natural antagonismo entre o absolutismo reinante e as pretensões constitucionais, devendo-se mencionar, contudo, um fato que tornava o constitucionalismo brasileiro curiosamente contraditório: como a política portuguesa adotava uma postura recolonizadora, como a presença do núcleo administrativo reinol no Rio de Janeiro assegurava à antiga colônia um acentuado progresso sócio-econômico e institucional, o absolutismo era, muitas vezes, preferido ao liberalismo de Lisboa (DANTAS, 1986, p. 189). A luta pela consagração concreta das liberdades políticas teve início numa segunda etapa da evolução constitucional brasileira, na qual a independência política figurava como elemento definitivamente consolidado.

Disso tudo pode-se concluir que o desenvolvimento de um constitucionalismo trópico-colonial passava pela conjugação de realidades sociais e políticas concretas. O constitucionalismo doutrinário, na sua roupagem tradicional, tinha uma importância de certo modo limitada no contexto colonial, pelo menos no que se referia às ins-

tâncias sociais que efetivamente participavam das ações políticas substanciais. Sua influência foi muito mais teórica do que prática, já que o círculo de adeptos formado ao redor do constitucionalismo tradicional não era suficiente para elaborar uma constituição para o Brasil. Adaptado às vivências coloniais, seu conteúdo trazia tendências que almejavam criar uma nação independente, livre das limitações impostas pela exploração do colonialismo, e por isso representava mais os interesses nativistas que os ideais de inspiração puramente constitucional. Se era um movimento com incongruências internas, causadas pela dialética dos interesses senhoriais em conflito, em busca dos quinhões do poder político nacional em formação, nisso não se distanciava das manifestações constitucionais mais paradigmáticas. Sua principal diferenciação assentava-se, todavia, no conteúdo axiológico do direito à liberdade. O indivíduo viria depois. Em primeiro lugar estava a liberdade da nação, berço de todas as projeções sociais, repositório dos valores e pretensões de todos os cidadãos que a compunham. Nesse plano situam-se os primeiros momentos do constitucionalismo brasileiro.

Notas

¹ O ciclo histórico em questão inicia-se com a Revolução de Pernambuco, em 1817. Procurando criar um arcabouço político de natureza republicana, no que seguia o geral exemplo americano, o movimento pernambucano foi acompanhado pela “primeira manifestação concreta de sentimento constitucional no Brasil”. Surgia a “Lei Orgânica” de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, que lançava as bases jurídico-políticas do Governo Provisório da República de Pernambuco (DANTAS, 1986, p. 195). A outorga da Constituição do Império, sete anos depois, encerra o período. É possível dizer, assim, que a primeira fase do constitucionalismo brasileiro é representada por um particular binômio sócio-político: a) os reclamos que exigiam uma constituição; b) o ato político que funda as bases da estrutura constitucional.

² O modelo de Estado vigente em Portugal, durante o consulado pombalino, não permitia o

culto até então devotado ao Direito Romano: “um Estado forte não pode ser limitado por um Direito que não foi feito para as necessidades do momento; assim, foi limitado o Direito Romano” (MACE-DO, 1989, p. 49).

³ No campo das inovações pedagógicas, a Itália desligava-se completamente do paradigma francês. Apesar de ter sido fortemente influenciada pela França – devendo-se salientar que o movimento humanitário lançado com a obra de Beccaria, no contexto da retórica penal, adota “os princípios fundamentais da filosofia moral e política do Iluminismo francês” (ABBAGNANO, 1984, p. 7) –, no plano da formação dos juristas e no que se refere a uma concepção mais prática acerca das coisas do Direito, a Itália e a França adotavam sistemas distintos e até contrários (COSTA, 1982, p. 5), talvez em virtude da problemática religiosa um tanto mais arraigada entre os italianos.

⁴ A ascendência intelectual de Verney conseguiu chegar ao Brasil, agitando o restrito meio intelectual da colônia, tal como fizera em Portugal. Boa prova disso são as instruções gerais que eram dadas, em 1759, aos professores de Gramática Latina, Gramática Grega e Retórica, nas quais era indicado o uso do modelo ortográfico desenvolvido por Verney para o Latim. Também pode ser encontrada a expressa presença de sua obra nos planos de estudos de algumas congregações religiosas – Franciscanos, Carmelitas, Beneditinos, etc. – existentes no Brasil.

⁵ A ocorrência de tais conflitos, fazendo parte da gênese social, nada mais é do que a representação fática da intrínseca contradição que acompanha a dinâmica social moderna: a sociedade, sendo vista enquanto organismo complexo, dotado de partes que convivem em constante inter-relacionamento, volta-se para uma consagração cada vez maior de perspectivas herméticas, em que os vários grupos sociais, na defesa de interesses e ideologias particulares, acabam acentuando ainda mais suas dessemelhanças e antagonismos.

⁶ Essa idéia de evolução não deve ser percebida como resultante de um necessário aprimoramento ou do advento de tempos melhores, mas como um conjunto de sucessivas alterações da realidade. É um processo. Faz parte da tendência centrífuga de adaptação da consciência social geral aos imperativos do seu tempo, que parte de segmentos ou fatos sociais, indivíduos isolados ou mesmo de alterações geradas pela Natureza. Axiologicamente, pode significar um passo adiante ou um retrocesso, acaso comparados os resultados da evolução social com períodos históricos anteriores. É o que bem comprova a abordagem oferecida pela História Econômica, principalmente quando está em questão a temática das crises e dos movimentos cíclicos (Cf. MENDES, 1997, p. 25).

⁷ “As suas reformas são, na verdade, orientadas no sentido da centralização do Estado e da sua direta aplicação em relação a todas as classes da sociedade portuguesa. Apoiando, desde o início, toda a sua política econômica no sistema monopolista – contratos, companhias, privilégios de produção, de distribuição, etc. –, para que ela desse resultado era evidentemente necessário que as garantias dos monopólios fossem eficazes e só poderiam ser com um Estado bem válido” (MACEDO, 1989, p. 47).

⁸ A situação dos Estados Unidos é atípica, em razão de motivos históricos diferenciados, que vão desde os fatores que terminaram selecionando os indivíduos que mais tarde participariam de seu povoamento, até a forma como este foi realizado.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. 3. ed. Lisboa: Presença, 1984.
- AMARAL, Breno Ferraz do. *O patriarca da independência*. São Paulo: Clube do Livro, 1972.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CARNEIRO, David. *A vida gloriosa de José Bonifácio de Andrada e Silva*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- COELHO, Latino. *Elogio histórico de José Bonifácio*. Rio de Janeiro: Edições Livros de Portugal, 1942.
- COSTA, Américo Jacobina da Silva (Org.). *José Bonifácio*. São Paulo: Três, 1974.
- COSTA, João Cruz. *Contribuição à história das ideias no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Debate jurídico e solução pombalina. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 58, 1982.
- _____. *História do direito português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.
- CRUZ, Guilherme Braga da. Coimbra e José Bonifácio de Andrada e Silva. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 58, 1982.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Para uma história constitucional do direito português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional e instituições políticas*. Bauru: Jalovi, 1986.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 8. ed. São Paulo: Globo, 1957. V. 1.
- GONÇALVES, Paulo Frederico Ferreira. *As cortes constituintes (1821/1822) e a independência do Brasil*. Porto: Edição policopiada, 1997.
- MACEDO, Jorge Borges de. *A Situação econômica no tempo de Pombal*. 3. ed. Lisboa: Gradina, 1989.
- MAGNINO, Leo. *Influência do iluminismo na cultura portuguesa*. Braga: Bracara Augusta, 1974, Separata do v. 28.
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação pombalina. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento 33, 1989.
- MENDES, J. M. Amado. *História econômica e social dos séculos XV a XX*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MONCADA, Cabral de. Baroco e neo-escolástica. Coimbra: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, v. 3, 1948.
- _____. *Conceito e função da jurisprudência segundo Verney*. Coimbra: [s.n.], 1949.
- _____. *Filosofia do direito e do estado*. Coimbra: Arménio Amado, 1947, v. 1.
- _____. O século XVIII na legislação de Pombal. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 9, 1926.
- _____. *Um iluminista português do século XVIII: Luiz António Verney*. Coimbra: Congresso do Mundo Português, 1940, tomo 2, v. 13.
- OLIVEIRA, José Feliciano de. *José Bonifácio e a independência*. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1964.
- PEIXOTO, Afrânio. *Pequena história das Américas*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Ecos da reforma pombalina na poesia setecentista*. Braga: Bracara Augusta, 1974, separata do v. 28.
- PESET, José Luis. *La influencia del Barbadiño en los saberes filosóficos españoles*. Braga: Bracara Augusta, 1974, separata do v. 28.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1974.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As barbas do imperador*. 2. ed. reimpressa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- SOUSA, José Pedro Galvão de. *Do iluminismo ao liberalismo doutrinário na filosofia do direito político brasileiro*. Braga: Scientia Jurídica, 1980, v. 29.
- SOUSA, Octávio Tarquínio de Sousa. *José Bonifácio: história dos fundadores do Império do Brasil*. São Paulo: José Olímpio, 1972.
- _____. *O pensamento vivo de José Bonifácio*. São Paulo: Livraria Martins, 1944.
- VIANA, Hélio. *História do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967.
- VITA, Luiz Washington. *Escorço da filosofia no Brasil*. Coimbra: Atlântida, 1964.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99

Nina T. Disconzi Rodrigues

Sumário

1. Introdução. 2. A evolução do controle de constitucionalidade: breve esboço histórico. 2.1. O surgimento e a evolução do controle de constitucionalidade nas sociedades. 2.2. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3. O controle da constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. 4. Moldura do controle existente. 4.1. Modificações introduzidas na moldura constitucional vigente pela Lei 9.868/99. 5. Inconstitucionalidades observadas na Lei 9.882/99, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental. 6. Considerações finais.

1. Introdução

As constituições rígidas, estáveis, escritas, que visam garantir certos valores fundamentais, apresentam uma supremacia incomparável, até por serem obras do poder constituinte originário, e são consideradas “a lei das leis”.

Nessa esteira, questiona-se: o que o controle de constitucionalidade visa garantir? Acreditamos que ele visa garantir, em última instância, o respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, tem como escopo a segurança jurídica e a garantia de que o poder é limitado e não arbitrário, a expressão de Estado democrático de Direito: o poder limitado e estabelecido na própria lei. Talvez essa garantia tenha-se inspirado nas idéias de Lassale: de que se precisa garantir a força normativa da Constituição para que ela seja

Nina T. Disconzi Rodrigues é Advogada e Mestranda da Universidade Federal de Santa Catarina.

mais que uma carta de intenções previstas em uma folha de papel.

Buscar-se-á demonstrar que a análise acerca da evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil nos faz perceber que a Constituição Federal de 1988 deu preferência ao controle concentrado, até porque o controle difuso, sem a sistemática do *stare decisis*, é contrário à segurança jurídica e, pois, insuficiente. Sendo assim, pouco a pouco, o Supremo Tribunal Federal vai ganhando ares de verdadeira Corte Constitucional, que tem a importante função de dar a última palavra no que concerne à interpretação da nossa Carta Magna.

E, por derradeiro, analisar-se-ão as recentes leis: 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento das ações diretas no Supremo Tribunal Federal, matéria até o presente momento, carente de maiores atenções, e a lei que veio para instrumentalizar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei 9.882/99.

2. A evolução do controle de constitucionalidade: breve esboço histórico

2.1. O surgimento e a evolução do controle de constitucionalidade nas sociedades

Importa salientar que a evolução e o controle da constitucionalidade foi idealizado aos poucos de acordo com o desenvolvimento, inclusive, da ciência política e fins do Estado.

Como se sabe, a Constituição, durante um largo tempo, funcionou apenas como algo ideal, um referencial formal que garantisse os direitos fundamentais em dada sociedade e momento histórico, e não como um real instrumento jurídico-político de atuação material na sociedade como ponto de referência de todo um ordenamento jurídico.

À exceção dos Estados Unidos da América do Norte, que desde o século XIX reconheceu o controle de constitucionalidade das leis, os demais países do Ocidente só

vieram a reconhecê-lo no século XX, como forma de superar as graves distorções sociais apresentadas pelas nações, as quais se viam à mercê da vontade do legislador e longe do cumprimento dos grandes princípios valorizados pelo liberalismo: a liberdade e a igualdade. As ordens jurídicas dos países civilizados, no século XX, pois, passaram a ter como marco de referência a constituição e não as leis (RAMOS, 2000, p. 25-29).

No tocante ao controle da constitucionalidade ser garantido por uma constituição escrita, interessante constatação foi feita por Ramos (2000, p. 25-29), em seu estudo monográfico: a assertiva de que o controle da constitucionalidade das leis tem como ambiente favorável a constituição escrita não é de toda verdadeira se se tem em vista a Inglaterra, pois que esta desenvolveu o constitucionalismo moderno sem uma constituição, uma vez que garante aquilo que mesmo os países que possuem constituições escritas rígidas não conseguem garantir: os direitos dos cidadãos por meio do controle de poder, tendo por base a dignidade do ser humano, que deve ser a lei maior da sociedade.

O controle da constitucionalidade das leis pode ser atribuído, por sua vez, a um órgão político ou a um órgão jurídico, e pode ser também anterior à promulgação das leis ou posterior, ou seja, repressivo ou preventivo.

Como informa Cappelletti (1984, p. 27-29), a França desconheceu, e desconhece ainda hoje, o controle judicial de constitucionalidade das leis. Possui apenas um órgão político, cujos integrantes são indicados pelo Presidente da República e pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado. Juntam-se a esses os ex-presidentes da República. O posicionamento desse órgão político é necessário antes da promulgação das leis orgânicas e facultativo nos demais casos, porém, em sendo chamado a posicionar-se, nas situações em que a sua consulta é facultativa, e decidindo pela inconstitucionalidade de uma lei ou tratado,

sua decisão deve ser acatada, só podendo a lei ser considerada constitucional com a alteração da Constituição. Logo, nesse país os juízes não possuem o controle de constitucionalidade das leis. No entanto, apesar da inexistência do controle judicial de constitucionalidade nesse país, não se tem notícia, na atualidade, de abusos contra as garantias e direitos fundamentais.

De outro prisma, cumpre informar que o controle preventivo procura impedir o ingresso de normas contrárias à Constituição na ordem jurídica. Ele é realizado, pois, antes que o ato normativo se aperfeiçoe. Refere-se, portanto, a projetos de leis.

A nossa Carta, na linha das Constituições anteriores, introduziu em seu sistema normativo um tipo de controle político, preventivo, exercido pelo Presidente da República, por meio do veto (art. 66 da CF). Moraes (2000, p. 558), entende serem as Comissões de Constituição e Justiça também uma hipótese de controle preventivo, cuja função precípua é analisar a compatibilidade de projeto de lei ou proposta de emenda com o texto da Constituição (art. 58 da CF).

Já o controle repressivo, que ocorre depois de já aperfeiçoado o ato normativo, podemos dizer, por ora, que visa suprimir do sistema a norma violadora da lei fundamental. Por que meios se expunge do sistema normativo as leis inconstitucionais? Por meio dos chamados sistemas difuso ou concentrado.

O sistema americano se caracteriza por um controle difuso da constitucionalidade das leis, já que pode ser efetuado por qualquer integrante do Judiciário, embora a decisão final sobre a constitucionalidade das leis seja atribuição da Suprema Corte, que tem a capacidade de estender a sua decisão num caso concreto a outros semelhantes.

Em considerando uma lei inconstitucional, é como se ela nunca tivesse existido. Assim, acatando os recursos e decidindo sobre os casos concretos, a Suprema Corte Americana impõe aos juízes e tribunais a força vinculante de sua decisão (*stare deci-*

sis). Logo, o controle difuso teve origem no direito americano.

Ocorrerá o controle concentrado quando apenas a um órgão – o órgão de cúpula – do Poder Judiciário é conferido o poder de examinar a alegação de inconstitucionalidade. O modelo concentrado tem origem na Constituição da Áustria de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen.

2.2. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro

A Constituição de 1824 ignorou o controle de constitucionalidade das leis. Apegados a teoria da separação de poderes, não reconheceram o Judiciário como guardião da Constituição.

Com a Constituição de 1891 e leis posteriores, tais como a Lei 221 de 20 de novembro de 1894, ficou consolidado, no direito brasileiro, o sistema de controle difuso de constitucionalidade. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto* (MENDES, 1998, p. 233 -).

O constitucionalista de 1934 manteve, em seu artigo 76, III, *b e c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, ademais, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos Tribunais (MENDES, 1998, p. 233 -), inaugurando, dessa forma, o controle concentrado.

Importante alteração introduzida, portanto, foi a declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal, ou seja, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nos casos do art. 7º, I, *a a h* (MORAES, 2000, p. 558).

Cuidava-se, pois, de forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionavam a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo.

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para

suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, o controle de constitucionalidade das leis, desde a instauração da República até a promulgação da Constituição de 34, foi judicial, difuso e incidental. Dele participaram o Supremo e os Tribunais e Juízes federais, razão pela qual o controle era difuso. Com a Reforma de 1926, nele ingressaram os Tribunais estaduais, porém o controle era apenas incidental.

Nessa esteira, cumpre informar que entende Barbi (1968, p. 38), que a intervenção federal não caracteriza o controle de constitucionalidade por via de ação, isso porque lhe faltam algumas características desta.

Os autores são unânimes em afirmar que a Constituição de 1937 representou um recuo no direito e política brasileiros, uma vez que, como informa Mendes (1998, p. 236), embora a Constituição não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando no artigo 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubstituível a decisão do Tribunal.

Na Constituição de 1946, restaura-se a tradição do controle judicial no direito brasileiro.

Segundo Barros (Op. cit.), a chamada representação interveniva, criada pela Constituição de 1934 e presente na de 1946, via

direta de controle, foi introduzida com o nome e a natureza não de uma ação, mas de uma representação de inconstitucionalidade, que o Procurador-Geral da República, na qualidade de Chefe do Ministério Público, e, portanto, máximo guardião da lei, deveria encaminhar ao Supremo Tribunal Federal, o chamado guardião da Constituição. Logo, por ser uma representação, não havia autor, nem réu, nem contraditório, nem ampla defesa, porque não se tratava de pôr a lei no banco dos réus e julgá-la pelo processo judicial tradicional, que não teria cabimento, nesse caso abstrato e geral. Ainda segundo o professor paulista, a suspeita de inconstitucionalidade, levantada pelo Procurador-Geral, era, na verdade, uma espécie de “queixa” por ele feita em nome da sociedade ao “guardião da Constituição”.

Informa Ramos (2000, p. 67-8), quanto ao controle de constitucionalidade das leis, que o artigo 64 da Constituição de 1946 incumbiu o Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

No referente à intervenção, informa o monografista que a função do Supremo Tribunal Federal deixou de ser a de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção para ser a de declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual. Mas, continuou só sendo possível a intervenção após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, que era provocado pelo Procurador-Geral da República.

Quanto à declaração de lei ou ato normativo estadual, declarado pelo Supremo, após provocação do Procurador-Geral da República (na Constituição de 46, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal), até então cargo de confiança do Presidente da República, portanto demissível *ad nutum*, o Congresso poderia limitar-se a suspender a execução do ato inconstitucional, caso a medida bastasse para o restabelecimento da normalidade do Estado.

Cabia a intervenção federal no caso de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c com o art. 7º, VII).

No entender de Mendes (1998, p. 239), cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado, e a arguição de inconstitucionalidade teve ampla utilização no regime de 46. Colocaram-se de plano questões relativas à forma de arguição e à sua própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais de sua arguição.

No tocante à necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral, o Chefe do Ministério Público Federal acolheu a orientação de que a medida fosse provocada, o que foi feito por meio de pedido devidamente justificado.

Ademais, como o Chefe do Ministério Público era o único legitimado para propor a ação, ela não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo, ainda que com parecer contrário do Ministério Público.

Informa, nesse passo, Ramos (2000, p. 68), que, antes da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, a arguição de inconstitucionalidade era específica para exame de legislação estadual ofensiva da Constituição Federal. Porém, o art. 2º da referida Emenda, ao modificar a alínea K do inciso I do art. 101 da Constituição de 1946, deu maior amplitude ao instituto. Isso porque, com a nova redação, o Supremo Tribunal Federal passou a ter a competência para processar e julgar representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de nature-

za normativa federal ou estadual encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Noutra ponta, instrui o monografista, o inciso XIII do artigo 19 dessa mesma Emenda ampliou o controle, pois admitiu que a lei poderia instituir processo de competência originária do Tribunal de Justiça dos estados para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de município contrários à constituição estadual. No entanto, a legislação não foi elaborada.

A maioria dos doutrinadores pátrios, acerca do controle de constitucionalidade, são unânimes em afirmar que a Emenda nº 16, de 26/11/65, implantou no Brasil um verdadeiro controle de constitucionalidade de ato normativo federal e estadual, em abstrato, em face da Constituição Federal.

Barbi (p. 41), viu na ação declaratória de inconstitucionalidade um grande reforço dos poderes do Executivo Federal. Este frequentemente vetava os projetos de lei que entendia inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto, e não tinha o Chefe de governo meios legais simplificados de evitar a aplicação da lei considerada inconstitucional. Com a ação direta de inconstitucionalidade das leis, o regime militar viu-se fortalecido, na medida em que provocava o Supremo, que era completamente submisso ao Executivo.

A Constituição de 1967/1969 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso e a ação direta subsistiu, tal como prevista na Emenda nº 16 de 65.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, informa Mendes (1998, p. 249-50), foi ampliada com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte).

A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º). Preservou-se o con-

trole de constitucionalidade em abstrato, tal como estabelecido pela Emenda nº 16 de 1965 (art. 119, I, L).

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda nº 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos estados. A Emenda nº 1 de 1969 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição estadual para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

A Emenda nº 7 de 1977 introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e).

Por derradeiro, a Emenda nº 7 pôs fim à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautela, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I, p).

3. O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

Constatam-se presentes em nossa Constituição mecanismos de garantia dos direitos nela declarados, por meio, por exemplo, do mandado de segurança individual e coletivo, do instituto de *habeas corpus* e *habeas data*, da ação civil pública e da ação popular, nesse contexto é que se inserem as ações aptas a ensejar o controle de constitucionalidade, abstrato e difuso.

No entanto, acredita-se que a CF/88, ao ampliar o número de legitimados para propor Adin e, recentemente, regulamentá-la, reduziu o significado do sistema incidental e difuso.

Como se demonstrou, antes da Constituição Federal de 88, somente ao Procurador-Geral da República era facultado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis, provocar o Supremo Tribunal Federal para apreciar a inconstitucionalidade de uma lei em tese. E, como já foi salientado, ele era demissível *ad nutum*, portanto, funcionário de confiança do Presidente da República. Assim, era o Executivo quem, de fato, tinha a faculdade de questionar a constitucionalidade de uma lei em tese. Sem falar que os Ministros do Supremo, desde aquela época, eram nomeados e escolhidos pelo Presidente.

Conscientes dessa situação, os Constituintes de 1988, na luta por uma sociedade mais livre, justa e democrática, aumentaram o número de legitimados para propor a Adin, consoante se observa com um simples passar de olhos no artigo 103.

Cumprir observar também que, em sede de controle abstrato, o processo é objetivo, não há partes, pois a preocupação é com a ordem jurídica constitucional, que deve ser respeitada, e a ação apresenta, em nosso entendimento, natureza dúplice. Assim sendo, questiona-se a necessidade da citação do Advogado-Geral da União, para defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3º), pois, se não há partes, não se coloca a lei no banco dos réus.

Nesse opúsculo, a nossa preocupação maior é com a disciplina do controle abstrato, pois, em nosso ponto de vista, o legislador pátrio a privilegiou em nosso ordenamento, dada a segurança que ela proporciona; isso tanto é verdade que a Adin e a Adecon, recentemente, foram motivo de regulamentação, bem como a arguição de descumprimento fundamental: as leis 9.868/99 e 9.882/99, que serão objeto de item posterior.

Porém, em rápidas pinceladas, a fiscalização incidental consiste na possibilidade de se efetuar o controle de constitucionalidade das leis diante de um caso concreto, ou seja, diante de um processo instaurado em virtude de um conflito de interesses, po-

dendo ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal, e está presente em nosso país, como foi demonstrado, desde a proclamação da República e graças ao insigne Rui Barbosa.

A Constituição Federal, no § 3º do artigo 103, determina que, quando o Supremo apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo federal ou estadual, citará, previamente, o Advogado-Geral da União (criação da CF/88), que defenderá o ato ou texto impugnado. A Constituição, também no art. 103, § 1º, faz alusão à figura do Procurador-Geral da República, que deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Como informa Ramos (2000, p. 93), quando o Procurador-Geral argüir a inconstitucionalidade de uma lei, será ouvido antes da decisão do Supremo, funcionando aí como *custus legis*.

Por outro lado, como bem observa Nogueira da Silva (1992, p. 107 e ss), o texto constitucional vigente de fato eliminou a subordinação do Procurador-Geral da República ao Poder Executivo, pois, apesar de a sua nomeação continuar de livre escolha do Presidente da República, ele precisa ser aprovado pelo Senado, e passou a ter um mandato fixo de dois anos, podendo ser reconduzido. Consoante, inclusive, a nova natureza do Ministério Público, que deixou de ser vinculado ao Executivo, como era até a Constituição anterior. Contribui para essa certeza o fato de a própria Constituição Federal estatuir a legitimidade do Presidente da República para propor Adin. Porém, é verdade que o Procurador-Geral continua apreciando na sua ótica jurídica o cabimento dos pedidos de representação, que lhe são encaminhados pelas pessoas em geral.

Quanto aos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de lei tem eficácia *erga omnes* (atinge a todos) e efeito *ex tunc* (retroage ao momento da constituição do fato), respeitadas as situações já devidamente constituídas de acordo com sentença judicial

transitada em julgado, respeitando-se assim o princípio da segurança jurídica.

Nogueira da Silva (1992, p. 107 -), é da seguinte opinião: quando o Procurador-Geral era o titular exclusivo da Adin, fazia sentido estender eficácia *erga omnes* da declaração em ação direta, e, em função dessa eficácia da declaração, cumpre lembrar que, a partir de 1977, permitiu o regulamento interno que o Supremo passasse a dispensar a comunicação ao Senado, para os efeitos do artigo 42, VII, da CF.

Porém, o fato de a CF/88 ter ampliado a legitimação fez com que, em sua opinião, quando os outros legitimados propõem Adin, a eficácia *erga omnes* ficasse a depender do ato de suspensão, pelo Senado, da execução da lei inquinada, principalmente em face do artigo 52, X.

Cumprе ressaltar que tal opinião é minoritária. Mendes (1998, p. 376-418) e Cléve (1995, p. 56), entendem tal concepção ultrapassada, pois tal instituto se inspirava no princípio da separação de Poderes. Mendes entende que a suspensão da aplicação da lei pelo Senado se limita aos casos de declaração incidental de constitucionalidade, o que concordamos, pois entendemos que, no caso incidental, ela, a resolução do Senado, de uma certa forma, substitui o *stare decisis* do direito americano.

Logo, entendemos que o Senado, na etapa em que lhe compete atuar, forma livremente o seu convencimento político sobre a conveniência e oportunidade de se estender a todos e para o futuro, aquilo que o Supremo declarou com eficácia restrita às partes. Moraes (2000, p. 564), cita que Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bitencourt e Alfredo Buzaid compactuam da idéia que a atividade senatorial, no caso incidental, é juridicamente vinculada e exercida em caráter compulsório.

A ação declaratória de constitucionalidade das leis foi admitida no direito brasileiro a partir da Emenda nº 3/93. Os legitimados ativos para propor tal ação são em menor número do que na Adin: o Presiden-

te da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Entendemos que tal ação possui o mesmo caráter duplice da Adin, pois há, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade, a saída do ordenamento jurídico, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Remanesce, porém, a questão referente à possibilidade de o Estado-membro instituir a ação declaratória de constitucionalidade para aferição de legitimidade do direito estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

Por outro lado, a CF/88 resolveu a controvérsia sobre a possibilidade de se instaurar o controle abstrato das normas municipais ou estaduais contrárias às Constituições Estaduais; compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 125, parágrafo 2º).

A hipótese de lei ou ato normativo municipal contrários, diretamente, à Constituição Federal não está prevista no art. 102, I, *a*, nem no art. 125, § 2º, portanto, descabe ação direta de inconstitucionalidade nesse caso. O único controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal admitido é o difuso.

Por outro lado, à guisa de informação, vale ressaltar que está excluída do controle de constitucionalidade, por óbvio, a súmula, porque não apresenta as características de ato normativo.

Cumpra observar que as normas do processo legislativo constitucional, previstas nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal, possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas em respeito ao devido processo legislativo. Assim, é indiscutível o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, em relação a normas elaboradas em desrespeito ao devido processo legal, inclusive, por óbvio, sobre as emendas constitucionais, mesmo antes de serem votadas em sede de controle

abstrato, se o legislador reformador respeitou os parâmetros fixados no artigo 60 da Constituição Federal para alteração constitucional.

Interessante notar que informa Moraes (2000, p. 585), que, em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados “decretos autônomos”, afirmando que, “não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige”.

Consoante o sistema de garantias e direitos que institui, a Carta Magna inovou nossa tradição constitucional ao prever, em seu artigo 102, parágrafo único, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que será apreciada pelo Supremo, na forma da lei.

4. Moldura do controle constitucional existente

Exsurge do supramencionado, pois, que no direito constitucional brasileiro, no sistema difuso, a sentença do juiz meramente declara uma nulidade preexistente, com efeito retroativo *ex tunc* e *inter partes*; o ato, portanto, é considerado nulo desde a origem e as suas conseqüências são impedidas e reparadas desde então. Porém, como já foi salientado, há a possibilidade de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo (art. 52, X) se o Senado editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal, que terá efeitos *erga omnes*, porém *ex nunc*.

O outro sistema abarcado pelo direito brasileiro é o concentrado; como já foi men-

cionado, o controle se faz abstratamente, por via direta, e a inconstitucionalidade é discutida, em tese, com efeito *ex tunc* e *erga omnes*, sendo, pois, o controle, misto. Consoante informa Moraes (2000, p. 577), são quatro as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal: a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, *a*); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*, EC nº 3/93).

Insta observar que, consoante assertiva de Barros (Op. cit.), a partir da Constituição de 1988, em que foi instituído o Advogado-Geral da União, já mencionado anteriormente, houve a transformação de uma simples reclamação em uma verdadeira ação judicial direta de inconstitucionalidade; porém, a prática do Supremo, consagrada pelo Constituinte de 87/88, esqueceu que, nesse tipo de feito, o Supremo profere decisões de natureza político-jurídica e não puramente jurisdicional; logo, tais decisões devem ter os seus efeitos graduados e modelados no tempo, em conformidade com a necessidade política, assim os efeitos da ação de inconstitucionalidade, em abstrato, podem ser *ex tunc*, *ex nunc* ou para o futuro, em sua ótica. Segundo ele, em qualquer sistema, toda decisão sobre a constitucionalidade tem ingredientes políticos.

Ademais, não se pode perder de vista que a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal; por isso, em face de sua natureza e finalidade, a ação direta não é passível de desistência, não se sujeitando, por óbvio, o seu ajuizamento a qualquer prazo prescricional ou decadencial.

A ação declaratória de constitucionalidade destina-se a afastar a insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a

ordem jurídica constitucional. Logo, se um dispositivo legal está sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida. É preciso, pois, demonstrar para o seu ajuizamento a comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame.

Importa atentar também que para alguns dos legitimados do artigo 103 da Constituição o Supremo Tribunal Federal exige a presença da chamada “pertinência temática”, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação. Exige-se a prova da pertinência temática por parte da Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Os demais, previstos no art. 103, são chamados de legitimados universais, porém, insta observar que, no caso em tela, não se trata de questão de legitimidade de parte, mas sim de interesse processual a ensejar o vínculo de pertinência; a legitimação consta no artigo 103 da CF. Há controvérsias, no concernente aos partidos políticos, da necessidade de comprovação do vínculo de pertinência temática.

Acreditamos que, no caso de se exigir a pertinência temática para as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, fere-se o princípio constitucional da isonomia, pois onde a Constituição não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo, mesmo sendo esse intérprete o guardião da Constituição.

Ademais, o artigo 30 da Lei 9.868/99 acrescenta dispositivos à Lei 8.185/91, sendo assim, é passível a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito federal em face da sua lei orgânica e também se exige o vínculo de pertinência temática por parte das entidades sindicais ou de classe de atuação no Distrito Federal.

4.1. Modificações introduzidas na moldura constitucional vigente pela Lei 9.868/99

Em princípio, cumpre ressaltar que essa Lei veio a regulamentar o processo e julgamento da Adin e da Adecon (previstas nos artigos 102, I, a, § 2º e art. 103 da CF). Logo, ela, para estar incólume da pecha de ser considerada inconstitucional, deve estar balizada no texto da Constituição. Entendemos também que, na verdade, ainda é muito cedo para se prever os contornos que essa Lei terá em face da sua aplicação e interpretação conforme à Constituição. Todavia, há algumas inovações marcantes, como o artigo 27, por exemplo, que preleciona, *in verbis*:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Os Tribunais Constitucionais são, sem sombra de dúvida, em nosso entendimento, órgãos, além de judiciais, políticos. Por ser um órgão judicial, suas decisões geram efeitos; esses efeitos, sob o aspecto temporal ou no tocante a sua amplitude (efeito *erga omnes*), previstos no artigo 27 em comento, modificaram a moldura constitucional do nosso país, na medida em que a declaração pelo Supremo da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual gerar não mais efeitos necessariamente *ex tunc*. Compactuamos, portanto, do entendimento já mencionado do professor Barros (op. cit., bibliografia), que, de acordo com a necessidade política, as decisões do Supremo terão efeitos graduados e modelados no tempo, podendo ser *ex tunc*, *ex nunc*, para o futuro ou conforme entender o Supremo Tribunal.

No entanto, por dar a Adin um efeito não previsto na Constituição, entendemos que

deveria tal modificação ter sido veiculada via emenda constitucional e não lei ordinária. Acreditamos também que, embora se chame ação *declaratória* de constitucionalidade ou *declaratória* de inconstitucionalidade, essa declaração não pode ser interpretada nos moldes do processo civil, no sentido de ter necessariamente efeito *ex tunc*, por se tratar de uma ação cabível somente em âmbito concentrado e por órgão, não apenas jurídico, mas também político, pela mais alta Corte.

No que se refere ao efeito vinculante, que desde logo, vale ressaltar, é mais amplo que a eficácia *erga omnes*, previsto no parágrafo único do artigo 28, significa em nosso ponto de vista que, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, magistrados e Tribunais, após a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, as suas decisões, no caso do controle difuso, deverão pautar-se pela interpretação constitucional da Suprema Corte.

O legislador, inclusive, deverá legislar respeitando a interpretação dada pelo Supremo. Porém, mais uma vez nos posicionamos no sentido de que tão importante modificação na Adin, já que o efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, no caso da Adecon, já está previsto no texto constitucional, só poderia ser veiculada por emenda constitucional, a exemplo da Emenda constitucional nº 3/93, pois altera a natureza e o alcance de uma norma constitucional.

Segundo Mendes (<http://www.planalto.gov.br>, op.cit.), o efeito vinculante trata-se de instituto jurídico desenvolvido no direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão (efeito *erga omnes*, limites objetivos e subjetivos da coisa julgada), mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes. A eficácia *erga omnes* à declaração de nulidade de uma lei não obsta a repetição de seu con-

teúdo em outro diploma legal. Porém, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição.

Resta aos operadores jurídicos observar quais os contornos que esse instituto tedesco assumirá em nossa moldura constitucional. Provavelmente irá contribuir para que a jurisdição constitucional se torne precária, no sentido de dificultar um estabelecimento de limites; portanto, entendemos quase impossível a determinação dos limites à extensão do efeito vinculante, o que virá a ser entendido por “motivos determinantes” no direito pátrio.

Não podemos esquecer, ainda no tocante ao efeito vinculante, que a competência do Tribunal se limita a verificar se houve ou não ofensa à Constituição, e ao analisar os “motivos determinantes”, se o Tribunal não tiver um grande cuidado, poderá rever toda a matéria discutida, inclusive o que não diz respeito à Constituição. Ademais, tão importante modificação deveria ter sido realizada via emenda constitucional.

No tocante à concessão de medida cautelar, mais uma vez se percebe a intenção do legislador: transformar o Supremo Tribunal Federal em autêntica Corte Constitucional, na medida em que lhe dá amplos poderes para decidir, como no artigo 11, parágrafo primeiro: a medida cautelar será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deverá conceder-lhe eficácia retroativa.

Vale ressaltar também que o artigo 12 preceitua que, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá submeter o processo diretamente ao Tribunal, que, conforme o caso, poderá suspender, de imediato, a eficácia do ato legislativo. Essa providência autoriza o Tribunal a deliberar sobre a constitucionalidade ou não de Medida Provisória, antes mesmo que se converta em lei. Resta saber se o Supremo

tem real interesse em dar um basta ao “governo das Medidas Provisórias”.

No referente à lei em comento, resta demonstrar que o seu artigo 7º, parágrafo 2º, dá ao relator poderes para admitir a manifestação do *amicus curiae*, no processo de ação direta, o que é algo positivo, inclusive para a celeridade processual e certeza jurídica. Informa Nery Junior (2000, p. 505), que o *amicus curiae* é uma figura que se originou no direito anglo-saxão e que intervém no processo no sentido de colaborar com a Corte Suprema, deduzindo razões, memoriais, juntando documentos, podendo fazer tudo o que estiver ao seu alcance para ajudar o Pretório Excelso no encaminhamento das questões relativas ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Importa fazer uma observação, que, no âmbito recursal, precisamos ter em vista o artigo 26 da referida lei, que preceitua ser irrecurável a decisão declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ressalvada apenas a interposição de embargos, não podendo também ser objeto de ação rescisória.

Urge que se perceba que o supramencionado é corolário lógico do controle de constitucionalidade pela mais alta Corte em nosso país; porém vale observar que estamos em sede de controle abstrato e que isso nada tem que ver com os recursos cabíveis em eventual recurso extraordinário; tal decisão proferida incidentalmente como questão prejudicial vale para o caso concreto e pode ser impugnada pela ação rescisória (art. 585 do CPC).

Por derradeiro, cumpre salientar que hoje o processo das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade correspondem a nova moldura constitucional do controle de constitucionalidade, em partes já mencionadas; entendemos que deveriam ser revogadas e veiculadas via emenda constitucional, em virtude de regulamentarem o artigo 102, I, *a* e 103 da Constituição. Revogada, de qualquer forma, está a Lei 4.337/64.

5. Inconstitucionalidades observadas na Lei 9.882/99, que regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental

Cumprе ressaltar, *ab initio*, que a Constituição determina que a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei.

Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de edição de lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição. E é de sapiência pública no meio jurídico, principalmente, que o Congresso Nacional editou a Lei 9.882/99 com o fito de instrumentalizar o preceito constitucional previsto no artigo 102, § 1º. É, na verdade, um novo arsenal de defesa aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

O parágrafo 1º do artigo 4º preleciona: “Não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Logo, insta observar que esse mecanismo de efetividade dos direitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como a Adin e a Adecon.

O artigo 3º indica o que deve conter a petição inicial e o artigo 1º, parágrafo 1º, preleciona que “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Como o legislador não restringiu, ensinam as regras de hermenêutica que não cabe ao intérprete fazê-lo. No entanto, percebe-se que o alcance dado nesse dispositivo da lei que regulamenta a argüição de descumprimento de preceito fundamental é maior, inclusive, que na lei que regulamenta a Adin e a Adecon.

Esse dispositivo previsto no artigo 1º, parágrafo primeiro, possibilita argüir o descumprimento de preceito fundamental, em sede abstrata, ao Supremo Tribunal Fed-

ral, a um ente municipal, o que até o presente momento não havia previsão. Não podemos esquecer que não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Compactua da nossa opinião Moraes (2000, p. 612). Afirma ele que o legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo, que somente podem ser fixadas pelo texto constitucional. Manobra essa, segundo as suas palavras, “eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição”.

O texto constitucional é muito claro quando preceitua no § 1º do art. 102: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Em nenhum momento aduz “a controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição”. O restante dos artigos regulam o aspecto processual e a graduação dos efeitos nos moldes da Lei 9.869/99, o que também é um desrespeito à Constituição.

Por tais razões, concordamos com Barros (Op. cit.), que, a título de regulamentar o que deveria ser uma simples argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, na verdade se criou pela Lei 9.882/99 uma nova ação direta de inconstitucionalidade, com alcance e efeitos não previstos na Constituição, sendo, portanto, tal lei eivada de gritante inconstitucionalidade.

6. Considerações finais

Em sede conclusiva, questiona-se: qual o papel do órgão controlador? Será que os preceitos constitucionais possuem um conteúdo fixo?

Entendemos, pois, que a Corte, na medida em que interpreta a Constituição, redefine o sentido e alcance das próprias leis constitucionais, sendo de vital importância a graduação dos efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, para o futuro, *erga omnes* ou *erga unum*, de acordo com a conveniência e oportunidade, inerentes ao livre arbítrio decisional de um órgão, além de jurídico, sobretudo político.

O Supremo, portanto, deve poder graduar os efeitos temporais e a amplitude da eficácia, pois eles têm a finalidade de ser uma válvula de segurança e da própria efetividade do sistema constitucional. Assim, o Tribunal se torna, inclusive, mais responsável, ponderando as suas decisões, ao vislumbrar as possíveis conseqüências das mesmas.

No entanto, não podemos esquecer que o controle de constitucionalidade adotado por nós, em que há a previsão de um controle concentrado e de um controle difuso, é deveras complexo, resultante de complicadas técnicas decisionais e de aplicação de institutos alienígenas, como o efeito vinculante. Entendemos, portanto, que tal efeito suscita problemas de grande monta, inclusive em seu país de origem, a Alemanha, e que não deveria ter sido adotado em nosso direito pátrio.

Ademais, o legislador ordinário deveria ter mais cuidado, primar pela precisão técnica e coerência legislativa, ao regulamentar o processo e julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como da arguição de descumprimento de direitos fundamentais; porque, em última análise, tais ações visam garantir a preservação dos direitos fundamentais do homem, representam a instrumentalização dos mecanismos hábeis a tal intento.

De modo que todos os órgãos encarregados da tarefa legiferante devem prestar especial atenção ao exame das recentes Leis 9.868/99 e 9.882/99, sob pena de verem os esforços em relação a dar verdadeira força normativa à Constituição frustrados em face

de o legislador infraconstitucional, ao invés de dar o exemplo, ser responsável pelo desrespeito à Carta Magna.

Não podemos esquecer que a função de legislar ou de interpretar preceitos constitucionais traz em seu bojo, principalmente, o poder de decidir acerca dos destinos humanos, sendo capaz de causar danos irreparáveis, quando não se respeitam os direitos fundamentais previstos na Constituição, inclusive o respeito ao devido processo legal.

Bibliografia

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro. *Revista de Direito Público* [s.l. : s.n.], n. 4, [19- -].

BARROS, Sérgio. Conferência proferida no dia 11 de maio de 2000, na Faculdade de Direito da USP, no curso sobre *Efeitos e eficácia da declaração de inconstitucionalidade*, Promovido por essa Faculdade de Direito, juntamente com a Associação Brasileira dos Constitucionalistas- Instituto Pimenta Bueno.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÉVE, Clémerson. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato das normas. *Revista Jurídica virtual*. Disponível em: [http://www. Planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

MORAES, Alexandre. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Recursos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade: apontamentos sobre os recursos na LADin (L 9.868/99) In: ALVIN, Eduardo Pelegrini de Arruda, et al (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Se-*

nado Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RAMOS, Paulo Barbosa. *O controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. (Para consulta, está à disposição no Cen-

tro de Pós-graduação da UFSC a dissertação que deu origem a edição da obra supra-mencionada).

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Ajuris*, n. 76, v. 2, dez. 1999.

O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos

Rodrigo Fonseca Alves de Andrade

Sumário

1. Generalidades. 2. O princípio da capacidade contributiva como pressuposto e como limite e parâmetro da imposição tributária. 3. O princípio da capacidade contributiva como pressuposto dos tributos. 4. Premissas necessárias para compreensão do princípio da capacidade contributiva como parâmetro e limite ao poder normativo tributário. 4.1. O princípio da capacidade contributiva funciona como indicativo da aptidão abstrata das pessoas para suportar a imposição tributária. 4.2. O princípio da capacidade contributiva e as espécies tributárias. 5. O princípio da capacidade contributiva como parâmetro e limite no âmbito da lei tributária singularmente considerada. 6. O princípio da capacidade contributiva e o seu conteúdo diante da pluralidade de tributos. 6.1. O princípio da capacidade contributiva como limite e parâmetro de uma pluralidade de tributos. 6.2. O princípio da capacidade contributiva e a inconstitucionalidade decorrente da pluralidade de tributos (impostos). 7. Conclusão.

1. Generalidades

Os Estados democráticos de direito são orientados para realizar os direitos fundamentais dos indivíduos. Nesses Estados, o ordenamento jurídico se encontra materialmente determinado pelas normas que asseguram os direitos fundamentais^{1,2}.

De conseguinte, é evidente que essas normas se projetam sobre todo o sistema jurídico. Daí por que os direitos fundamentais se convertem em guias e limites para toda e qualquer interpretação jurídica³.

Rodrigo Fonseca Alves de Andrade é Advogado e mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Isso já é o suficiente para que se possa perceber que o poder normativo tributário também é submetido a esses direitos fundamentais. E isso quer significar que princípios ligados a direitos fundamentais, como o da segurança jurídica e o da justiça (igualdade) da tributação, desempenham função essencial em um sistema tributário que preste atenção à proteção dos indivíduos⁴.

Nesse contexto é que os princípios da legalidade tributária e da capacidade contributiva se inserem em um sistema tributário. Ou seja, assumem função de primazia por serem expressão imediata respectivamente dos direitos fundamentais à segurança e à justiça (igualdade).

Dito de outro modo, os princípios da capacidade contributiva e da legalidade tributária formam a base de um sistema em que se resguarda o indivíduo⁵.

Mais até do que isso, em um Estado democrático de direito não há como se afastar a noção de tributo dos valores essenciais da segurança e da justiça da tributação. Em palavras de Flávio Bauer Novelli:

“(...) no sistema tributário de um Estado democrático de Direito, os cânones fundamentais da legalidade tributária (sob as formas da reserva e da preferência da lei) e da capacidade contributiva devem ser (ou antes, não podem deixar de ser) verdadeiros *elementos* ou notas *conceptuais* do próprio tributo. E assim, note-se, simplesmente por duas razões: de um lado, porquanto justamente tais princípios encarnam, antes e acima de quaisquer outros, os *valores superiores* da segurança e da justiça (igualdade) da tributação, na sua maior amplitude e generalidade; e de outro, em razão da própria natureza específica do tributo, que substancialmente consiste, como bem se sabe, em prestação patrimonial *imposta* (portanto, não correspondente a um interesse comutativo), que não constitui sanção”^{6,7}.

Portanto, a legalidade e a capacidade contributiva se pressupõem e constituem o

alicerce que sustenta a maior parte dos princípios no campo tributário.

Por um lado, com isso se pretende afirmar que o princípio da capacidade contributiva só se concebe por meio da lei e que, sem se tomar em conta a capacidade de contribuir, o princípio da legalidade tributária tem o seu conteúdo como garantia esvaziado⁸.

Em outro giro, tem-se que princípios como os da irretroatividade, anterioridade e da anualidade são decorrências do direito fundamental à segurança jurídica e, portanto, são conexos ao princípio da legalidade tributária. Enquanto da noção fundamental de justiça da tributação (igualdade) e, portanto, do princípio da capacidade contributiva, podem ser inferidos princípios como os da imunidade do mínimo existencial, vedação do confisco e os da universalidade, personalização e progressividade dos tributos.

Conseqüentemente, tem-se que o princípio da capacidade contributiva exerce papel central no sistema tributário brasileiro vigente. Isso embora se reconheça a dificuldade que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm no manuseio do princípio.

Mais grave ainda é a questão quando se cuida do exame da capacidade contributiva e a sua violação por uma pluralidade de tributos (pela carga tributária tomada em seu conjunto)⁹. Assim é que pesquisar o princípio da capacidade contributiva no ordenamento jurídico brasileiro e, mais especificamente, o tratamento que pode ser conferido à questão acima referida são os objetos deste estudo.

2. O princípio da capacidade contributiva como pressuposto e como limite e parâmetro da imposição tributária

Como já se deixou perceber no tópico anterior, o princípio da capacidade contributiva desempenha função transcendental em um sistema tributário. Isso por expressar intimamente a noção de justiça (igualdade) da tributação que informa o ordenamento

jurídico. Tanto é assim que desse princípio base se pode extrair uma série de outros princípios que visam realizar o valor justiça no sistema tributário¹⁰.

Cumpra aqui demonstrar em que medida o princípio da capacidade contributiva se relaciona com a idéia de igualdade¹¹ e também como esse princípio atua em um dado ordenamento jurídico (o seu conteúdo jurídico).

Destaque-se que se o princípio da capacidade contributiva está profundamente ligado ao da igualdade, não menos certo é que nele não se esgota.

Assim é que, por um lado, não se pode negar que ambos os princípios buscam fundamentalmente realizar o valor justiça no âmbito da tributação (em última instância, visam proteger o direito fundamental à igualdade dos contribuintes). E isso quer significar que ambos os princípios atuam em um mesmo plano, em uma implicação recíproca.

Mas sob outro enfoque é preciso dizer que o princípio da capacidade contributiva não se esgota no princípio da igualdade. É que ele representa um critério material de justiça no campo tributário. Não cuida apenas de vedar discriminações arbitrárias ou não razoáveis, mas de afirmar que o sistema tributário se orienta em conformidade com um critério específico de justiça, qual seja, a capacidade de contribuir das pessoas.

Em suma, tem-se que o princípio da capacidade contributiva e o da igualdade se encontram mutuamente implicados. Mas enquanto esse princípio é marcado por um caráter relacional, ao permitir o confronto entre duas situações jurídicas, aquele princípio representa sobretudo um critério efetivo de justiça para o direito tributário^{12,13}.

Dito isso, cabe determinar em que termos o princípio da capacidade contributiva opera dentro do sistema jurídico tributário. Por primeiro, é de se acentuar que o princípio atua como pressuposto da imposição tributária. Em um segundo instante, ele se realiza como parâmetro e como limite do poder normativo tributário¹⁴.

Por significativo, importa registrar que a atuação da capacidade contributiva como parâmetro e limite do poder tributário ocorre tanto no âmbito de um tributo tomado isoladamente quanto em nível do sistema tributário considerado em seu conjunto.

Desse modo, o princípio se desenvolve inicialmente como pressuposto do poder normativo tributário. Somente fatos indicativos dessa capacidade podem-se erigir em fatos geradores da obrigação tributária.

Em instante seguinte, o princípio encerra um parâmetro e um limite a esse poder tributário. Aqui opera como parâmetro para graduação do tributo, ao vedar, em um exemplo, a tributação regressiva, e como limite, ao definir o âmbito individual em que a carga tributária pode existir – respeito ao mínimo existencial e a vedação do confisco. Sobre esse ponto, é importante frisar que essa atuação como parâmetro e limite do poder tributário ocorre não só em face de um tributo considerado isoladamente, mas também, e até principalmente, diante do sistema tributário examinado em seu conjunto.

3. O princípio da capacidade contributiva como pressuposto dos tributos

O princípio da capacidade contributiva atua inicialmente como pressuposto do poder normativo tributário. Os fatos que fazem nascer a obrigação tributária devem *necessariamente* revelar (manifestar) riqueza.

Aqui é importante acentuar que essa manifestação de capacidade contributiva deve ser expressa por esse fato de forma *necessária*, e não de forma acidental ou eventual¹⁵. E isso quer significar que esse fato deve *obrigatoriamente* fazer presumir uma capacidade de concorrer para as despesas públicas. Ou seja, esse fato deve-se valer dos índices que expressam riqueza (capacidade de contribuir para as despesas públicas), quais sejam, a renda, o patrimônio ou o consumo realizados pelas pessoas¹⁶.

Daí por que não só fatos que silenciam sobre a capacidade contributiva não podem fazer nascer o tributo, mas também aqueles que só a afirmam de modo eventual¹⁷.

Em um exemplo, o imposto que incida sobre os calvos ou sobre os que tenham muitos cabelos, por não ser um ou outro fato um signo presuntivo de riqueza, violará claramente o princípio da capacidade contributiva como pressuposto dos tributos.

Mas mais do que isso, os fatos que apenas acidentalmente expressem capacidade de concorrer para as despesas públicas também não se compatibilizam com o princípio enfocado. Assim é que, por exemplo, o fato de torcer por uma determinada agremiação esportiva não pode ser fato gerador de um tributo – embora se possa reconhecer que, de forma geral, os adeptos de uma certa equipe sejam mais aquinhoados que os de outra.

E isso pela boa razão que apenas acidentalmente – e não em sua essência – esse fato expressa riqueza (capacidade de contribuir)¹⁸.

Cabe ainda destacar que, de certa forma, o princípio da capacidade contributiva como pressuposto dos tributos assume importância secundária no sistema tributário brasileiro.

É que a Constituição Federal de 1988 já descreve os fatos que podem fazer nascer os impostos (arts. 153 e seguintes). Com isso, apenas para as hipóteses em que não se descreva na própria Constituição o fato gerador do tributo é que se pode cogitar de afronta ao princípio da capacidade contributiva, sob esse enfoque (como no caso da competência, conferida à União, para residualmente instituir impostos – CF, art. 154, I).

Em suma, tem-se que apenas fatos que denotem em sua essência uma manifestação de riqueza é que podem fazer nascer uma obrigação tributária. Os fatos que nada digam sobre essa capacidade de contribuir das pessoas, ou o façam de forma meramente acidental, não podem fazer gerar essa obrigação¹⁹.

4. Premissas necessárias para compreensão do princípio da capacidade contributiva como parâmetro e limite ao poder normativo tributário

4.1. O princípio da capacidade contributiva funciona como indicativo da aptidão abstrata das pessoas para suportar a imposição tributária

Como já se pode colher do exposto neste estudo, o princípio da capacidade contributiva como pressuposto da imposição tributária significa que somente fatos indicativos de riqueza podem servir para o nascimento da obrigação tributária.

Resta saber se há alguma conseqüência se aquele signo presuntivo de riqueza não vier a se confirmar em um caso concreto. Em outros termos, o que ocorreria se em alguma hipótese específica (e apenas para o caso concreto) essa capacidade de contribuir para as despesas públicas não se verificar.

Com isso, já se penetra no âmbito do princípio como parâmetro e limite da imposição tributária. Importa aqui pesquisar se a lei tributária ou a carga fiscal geral podem vir a ser afastadas apenas e exclusivamente para um caso específico.

De logo advirta-se que a doutrina brasileira tende a admitir que o Poder Judiciário possa afastar a aplicação da lei ou da carga tributária tomada em seu conjunto para apenas uma situação em concreto. Ilustrativo a esse respeito é o posicionamento de Regina Helena Costa:

“(…) acreditamos ser permitido ao Poder Judiciário examinar *in concreto* o excesso da carga fiscal incidente sobre determinado contribuinte. Admitida a noção de capacidade contributiva relativa ou subjetiva, traduzida na aptidão específica de dado contribuinte em face de um fato jurídico tributário, lógico reconhecer-se ao juiz a possibilidade de apreciar se a mesma foi respeitada, à vista do pedido formulado nesse sentido.

Lembre-se que o princípio em exame representa garantia individual do contribuinte, sendo, portanto, natural, que a sua força resplandeça ainda mais diante de um caso concreto (...) ²⁰.

Um exame mais detido demonstra, contudo, que essa concepção parte de um pressuposto falso e não chega ao conteúdo do princípio da capacidade contributiva.

Assim é que a capacidade contributiva não perde a sua função essencial de ser uma garantia do contribuinte por não tomar como parâmetro o caso individual. Além disso, o princípio funciona como índice abstrato da aptidão para contribuir.

Figurem-se alguns exemplos para que se possa perceber o significado da capacidade contributiva. Assim é que, se determinada carga tributária incide sobre certa atividade industrial, pouco importa para o princípio da capacidade contributiva que uma pessoa jurídica qualquer não possa suportá-la, em face de ser menos eficiente do que a normalidade daquelas que desempenham essa atividade ²¹.

Do mesmo modo, não violará o princípio da capacidade contributiva fazer incidir a carga tributária em maior peso sobre aqueles bens que possam ser considerados perdulários, isso embora se reconheça que, em alguns casos específicos, fugindo à normalidade, alguns indivíduos menos abastados possam ser proprietários desses bens ²².

Tem-se, assim, que o relevante para o princípio é que na situação normal, abstratamente considerada, os contribuintes apresentem essa capacidade para contribuir. E isso não reduz em nada o sentido – absolutamente essencial – de garantia do princípio.

Por especialmente relevante, é de se notar que esse entendimento resulta partilhado pela melhor doutrina estrangeira ²³ e também pela mais atenta doutrina nacional ²⁴. Confira-se, por todos, a ilustrativa passagem de Flávio Bauer Novelli, em que cita G. A. Micheli, sobre o tema:

“Com a locução capacidade contributiva – diz Micheli – não se enten-

de portanto formular um juízo concreto sobre a efetiva possibilidade, por parte de um indivíduo, de contribuir e, dessa forma, pagar o tributo”. A situação de igualdade dos sujeitos em face da imposição fiscal se determina – explica ainda o ilustre Autor – ‘pela própria referência à noção de capacidade ‘contributiva’, que implica, como já se disse uma valoração de idoneidade abstrata do indivíduo para suportar o peso tributário’ ²⁵.

Em suma, tem-se que o princípio da capacidade contributiva realiza uma significativa função de garantia das pessoas em um sistema tributário. Mas esse princípio não autoriza que, por razões personalíssimas, quebre-se a generalidade da norma para afastar a aplicação da lei ou da carga tributária global para apenas um contribuinte (em face de um caso concreto). Dito de outro modo, o princípio da capacidade contributiva encerra uma aptidão abstrata para contribuir, tomando em conta o andamento normal das coisas.

4.2. O princípio da capacidade contributiva e as espécies tributárias

Neste ponto, cabe examinar a abrangência do princípio da capacidade contributiva. Parte-se agora para o estudo de se o princípio da capacidade contributiva só tem aptidão para produzir efeitos diante dos impostos ou se opera para todas as espécies tributárias.

Sem maior tardança, faz-se preciso trazer para exame a redação do dispositivo constitucional que consagra a capacidade contributiva no Direito brasileiro. Veja-se o que diz o art. 145, § 1º, da Constituição brasileira de 1988:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direi-

tos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Em que pese a falta de clareza do dispositivo, parece não restar dúvida que só se faz menção ao princípio da capacidade econômica²⁶ para os impostos. Resta, assim, saber se o preceito constitucional deve ser interpretado nesse sentido literal.

Ora, se é certo que tanto os impostos como as demais espécies tributárias podem, em sua pureza conceitual, servir para cobrir as despesas públicas de forma geral, sem caráter contraprestacional, disso deriva que o princípio da capacidade contributiva tem um papel a desempenhar em todos esses casos.

E isso importa que o significado jurídico dessa norma constitucional não pode funcionar como meio para reduzir o direito fundamental à igualdade, o qual toma corpo pelo princípio da capacidade contributiva. Como se verá adiante, a melhor interpretação para o dispositivo recomenda que ele seja um meio para ampliar a proteção conferida aos indivíduos.

De conseguinte, em um primeiro plano, tem-se que o princípio da capacidade contributiva tem um papel absolutamente fundamental a desempenhar para todas as espécies tributárias. Ou seja, todos os ingressos que se fundassem na idéia de solidariedade, na idéia de que todos devem contribuir para as despesas públicas, seriam atingidos em seu aspecto fundamental pelo princípio.

Daí por que apenas diante de um ingresso de dinheiro que tivesse caráter contraprestacional é que se excluiria a incidência do princípio da capacidade contributiva. Ao se tomar em conta a capacidade do indivíduo para concorrer para as despesas públicas, sob um enfoque de solidariedade, isto é, pondo-se em segundo plano as vantagens que pudesse vir a ter com a atividade estatal, ter-se-ia inapelavelmente campo para a capacidade contributiva^{27,28}.

Assim é que a noção de contraprestação seria antinômica ao princípio da capaci-

de contributiva. Veja-se a constatação de Flávio Bauer Novelli:

“Admitindo – conforme pensa o autor – que as taxas devam considerar-se, juridicamente, vera *contraprestação*, não se chega a compreender como possam (ou devam) estar também sujeitas ao princípio da capacidade contributiva. Há, evidentemente, em tal entendimento, estridente contradição, por isso que tais noções – a de contraprestação e a de capacidade contributiva – são manifestamente incompatíveis e, enquanto tais, se excluem e se repelem mutuamente”²⁹.

Nesse contexto é que se pode falar que sempre que a receita se fundar em um caráter solidarístico, e não contraprestacional, há de se aplicar fundamentalmente o princípio da capacidade contributiva. E que limitar o princípio aos impostos seria cortar boa parte de sua eficácia³⁰.

Em suma, sempre que os tributos vinculados não se destinem exclusivamente a custear os serviços a que se referem (caráter contributivo e não contraprestacional), o princípio da capacidade contributiva se aplica sobre eles^{31,32}.

Resta apenas demonstrar como se pode conciliar, da melhor forma possível, o direito fundamental à igualdade jurídica com a redação constitucional que só menciona a aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos.

Para tanto, basta ter-se presente que o sistema tributário brasileiro confere uma maior proteção aos indivíduos no que diz respeito às taxas e às contribuições de melhoria. É o que faz o art. 145, § 2º, da Constituição Federal e o art. 81 do Código Tributário Nacional, respectivamente, com relação a essas espécies tributárias. Daí que esses preceitos obrigam a que se exija uma razoável equivalência entre o valor do serviço prestado e o valor da taxa cobrado pelo Estado, e entre o custo da obra e o valor da contribuição de melhoria exigida³³.

Com base nessas considerações é que se pode compreender o significado do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, ao restringir a incidência do princípio da capacidade contributiva aos impostos. Esse é um dispositivo que deve ser interpretado de forma a resguardar, tanto quanto possível, o direito fundamental dos contribuintes à igualdade.

E isso quer significar que o dispositivo apenas reconhece que, no sistema tributário vigente, as taxas e contribuições de melhoria são regidas pelo princípio da razoável equivalência e que esse princípio representa uma maior proteção às pessoas do que o da capacidade contributiva.

Mas, se esses dispositivos que consagram a razoável equivalência vierem a ser revogados, a norma constitucional do art. 145, § 1º, não pode acarretar que o princípio da capacidade contributiva seja impedido de se aplicar a essas espécies tributárias.

Como já se fez ver, sempre que o ingresso de recurso não assuma caráter contraprestacional, aplicar-se-á o princípio da capacidade contributiva.

Assim é de se reter que o princípio da capacidade contributiva não atua em seu aspecto fundamental, nesse instante, no sistema jurídico brasileiro, diante das taxas e contribuições de melhoria. Mas isso também não quer dizer que princípios derivados da noção de capacidade contributiva não possam realizar algum papel para essas espécies tributárias.

Aliás, em um exemplo, o princípio da proteção do mínimo vital (existencial) informa as taxas, ao não se tributar as custas judiciais para as pessoas pobres³⁴.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio da capacidade contributiva em seu aspecto fundamental se aplica para todos os tributos que não tenham caráter contraprestacional. No sistema tributário brasileiro, as taxas e contribuições de melhoria se acham informadas pelo princípio da razoável equivalência entre os custos do serviço e os da obra e os valores exigidos pelo Estado no que diz respeito aos tributos vinculados

a esses serviços ou obras. E esse princípio da razoável equivalência acarreta ainda uma maior proteção dos indivíduos que o princípio da capacidade contributiva.

Essa a razão pela qual a norma constitucional que cuida da capacidade contributiva só se refere aos impostos (art. 145, § 1º). Mas, se o legislador vier a revogar essa exigência da razoável equivalência para essas espécies tributárias, ter-se-á, por força da própria natureza do princípio da capacidade contributiva, e por uma interpretação do preceito analisado que melhor se entenda com a proteção dos indivíduos, que a capacidade contributiva será aplicável a todas as espécies tributárias que não tenham caráter contraprestacional.

5. O princípio da capacidade contributiva como parâmetro e limite no âmbito da lei tributária singularmente considerada

Para que um sistema tributário possa ser inspirado pelo princípio da capacidade contributiva, como é o brasileiro, indispensável é que as leis que criam os tributos, individualmente consideradas, respeitem esse princípio; donde deriva que o princípio examinado também realiza uma importante tarefa no âmbito da lei tributária singularmente considerada. E essa atuação ocorre tanto ao operar como pressuposto do poder tributário, quanto como parâmetro e limite a esse poder.

Aliás, não seria exagerado afirmar que a atuação da capacidade contributiva como parâmetro e limite da lei tributária considerada em si mesma tem encoberto os seus outros conteúdos. Dito claramente: o aspecto neste item enfocado tem posto em segundo plano o conteúdo absolutamente fundamental da capacidade contributiva, que é a sua aplicação como parâmetro e limite diante do sistema tributário tomado em seu conjunto.

Sintomaticamente, é o que tem ocorrido com a doutrina brasileira que versa sobre o

princípio. Tem-se enfatizado em demasia o princípio no âmbito da lei tributária e se perdido de vista a atuação do princípio perante o sistema tributário³⁵.

Cabe ainda observar que a questão se torna grave ao se atentar para que a aplicação do princípio como parâmetro e limite diante da singular *fattispecie* tributária deve ser entendida como uma faceta do aspecto fundamental que é a incidência da capacidade contributiva diante da pluralidade de tributos. E isso é o suficiente para sublinhar a transcendência da capacidade contributiva como parâmetro e limite do sistema tributário³⁶.

De todo modo, a atuação do princípio como parâmetro e limite diante da lei tributária singularmente considerada não pode deixar de ser destacada. Nesse contexto é que se pode dizer que há um vasto campo para a capacidade contributiva como limite e parâmetro em face de um tributo em si mesmo analisado.

Nessa linha de pensamento é que há um princípio conexo com o da capacidade contributiva, qual seja, o da imunidade do mínimo vital (existencial), que se realiza fundamentalmente pelo respeito em nível de tributos tomados isoladamente. Isso porque sem que o mínimo vital seja respeitado pelo tributo singular, não se pode cogitar de respeito ao mesmo por um sistema tributário.

Assim é que não existe capacidade para contribuir com as despesas públicas se não houver o mínimo para uma sobrevivência digna³⁷. E é assim também que nenhuma espécie tributária, tomada individualmente, poderá retirar dos indivíduos as condições materiais para que possam satisfazer aquelas necessidades básicas³⁸.

Sob outro ângulo, a análise da *fattispecie* tributária singular pode servir para graduar a carga de um tributo diante dos vários sujeitos que a esse tributo se encontram submetidos. Nesse sentido é que não se pode tolerar a existência de um tributo regressivo.

Em assim sendo, tem-se que o princípio da capacidade contributiva cumpre um im-

portante papel como limite e parâmetro de um tributo isoladamente considerado. Nada obstante, é de se reconhecer que essa atuação representa apenas uma faceta do aspecto fundamental, que é a incidência da capacidade contributiva diante da pluralidade dos tributos (sistema tributário).

6. O princípio da capacidade contributiva e o seu conteúdo diante da pluralidade de tributos

6.1. O princípio da capacidade contributiva como limite e parâmetro de uma pluralidade de tributos

Antes de adentrar no exame da importância e do papel desempenhados pela capacidade contributiva perante uma pluralidade de tributos, faz-se necessário examinar uma questão de ordem preliminar. É que se tem repetidamente destacado³⁹ que essa atuação do princípio ocorre diante de uma pluralidade de tributos. Isso embora, em outra parte deste estudo, tenha-se sustentado que, no sistema tributário brasileiro vigente, o princípio só produz efeitos em sua fundamentalidade em face dos impostos⁴⁰.

A explicação para essa utilização está em que, em sua pureza conceitual, as taxas e as contribuições de melhoria não são infensas ao princípio da capacidade contributiva. Ao contrário, sempre que se cuidar de um ingresso de recurso que assuma o caráter não contraprestacional, abrir-se-á campo para o princípio aqui abordado.

Dito isso, compreende-se a utilização do termo tributos neste item (embora nesse instante a sua aplicação no direito brasileiro só ocorra diante de impostos) e se pode passar ao exame da relevância que a capacidade de contribuir ostenta diante de uma pluralidade de tributos.

Assim é que de logo deve ser dito que o princípio da capacidade contributiva é vocacionado a operar sobretudo no âmbito geral do sistema tributário (diante dos tributos tomados em seu conjunto). Como prin-

cípio intimamente ligado ao direito fundamental à igualdade jurídica, é no ambiente amplo do sistema tributário que o princípio pode realizar a sua fundamental função de garantir os indivíduos⁴¹.

Por isso é que o papel cumprido pela capacidade contributiva e pelos princípios que lhe são conexos acontece primordialmente em face dos tributos analisados em seu conjunto. Como se percebe, a atuação da capacidade contributiva como parâmetro e limite dos tributos é sobretudo uma atuação em nível de uma pluralidade de tributos.

Nesse contexto é que a vedação do confisco é destinada a ser aplicada primordialmente em face não de um tributo ou imposto, mas diante da carga tributária total⁴².

Isso porque é fora de dúvida que a ultrapassagem daquilo que se pode contribuir, ou a retirada da aptidão para gerar riqueza de um bem, ou de uma atividade, tende a ocorrer em face da incidência de toda uma pluralidade de tributos, e não de um tributo, ou imposto, tomado isoladamente.

De forma mais atenuada, é o que também ocorre com o princípio que atua no outro extremo da capacidade contributiva. Ou seja, o respeito ao mínimo vital (existencial) dos indivíduos deve ocorrer não apenas diante de cada tributo, mas também em confronto com a carga tributária global incidente em um ordenamento jurídico.

Em assim sendo, resta claro que o princípio da capacidade contributiva como limite assume uma função absolutamente fundamental diante de uma pluralidade de tributos. É o que sucede, repita-se, acima de tudo no que diz respeito à não-confiscatoriedade, cujo sentido protetivo ganha maior expressão em face da carga tributária global – abstratamente considerada – incidente sobre uma pessoa, atividade ou bem.

Em outro enfoque, também a aplicação da capacidade contributiva como parâmetro adquire maior contorno diante de uma pluralidade de tributos. Assim é que a consideração de um sistema tributário como regressivo revela manifesta violação pelo le-

gislador infraconstitucional do princípio da capacidade contributiva.

De conseguinte, pode-se sintetizar o exposto afirmando que o princípio da capacidade contributiva é vocacionado a operar sobretudo diante de uma pluralidade de tributos. E que essa atuação transcendental fica nítida ao se analisar a sua função limitativa, em que desponta a noção de não-confiscatoriedade, e como parâmetro de um sistema tributário.

6.2. O princípio da capacidade contributiva e a inconstitucionalidade decorrente da pluralidade de tributos (impostos)

Uma questão extremamente delicada é a da tarefa do Poder Judiciário em face da violação do princípio da capacidade contributiva não por um tributo, mas por tributos tomados em seu conjunto. Nesse terreno, ainda reina a incerteza e as contribuições, nacionais ou estrangeiras, doutrinárias ou jurisprudenciais, são praticamente inexistentes.

Portanto, entra-se aqui em área em que praticamente tudo está por construir e em que não se tem pautas rígidas sobre em que medida o Poder Judiciário pode atuar. Nada obstante, pode-se estabelecer alguns traços que devem orientar essa atuação.

Assim, é fundamental se ter presente que a aplicação do princípio da capacidade contributiva em face do sistema tributário genericamente considerado consiste na mais transcendental função desse princípio. E que a noção de capacidade contributiva é a que melhor corporifica a idéia de justiça no campo da tributação.

Daí por que o Poder Judiciário deve estar atento para que essas violações provenientes de uma pluralidade de tributos não persistam. E isso deve ser feito sem que ultrapasse a discricão que deve nortear a sua atuação e sem que se distancie por um instante sequer do dever constitucional de fundamentar as suas decisões.

Tem-se, assim, que deve ser reconhecida uma certa liberdade ao Poder Judiciário na conformação do sistema tributário à capa-

cidade contributiva, em caso de afronta ao princípio aqui examinado pela incidência de uma pluralidade de tributos⁴³.

Nesse contexto é que a possibilidade de se reconhecer uma inconstitucionalidade em virtude de um processo de inconstitucionalização, por uma alteração superveniente no sistema normativo, poderia desempenhar um precioso papel na matéria (admissão da inconstitucionalidade superveniente)⁴⁴. Com isso, ter-se-ia que uma lei inicialmente em conformidade com o sistema tributário constitucional poderia vir a ter a sua inconstitucionalidade decretada em face de uma alteração posterior do sistema normativo.

Observe-se, sobre o ponto, que a Lei nº 9.868/99, que cuida do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, admite em seu art. 27 que o Supremo Tribunal Federal possa, em virtude da segurança jurídica ou de *excepcional interesse social*, não fazer retroagir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ainda nesse âmbito é que técnicas que não são admitidas, em princípio, no direito brasileiro poderiam auxiliar no controle da violação da capacidade contributiva em face de uma pluralidade de tributos.

É o caso, por exemplo, da declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia de nulidade⁴⁵. Por meio dela, ter-se-ia como incitar o legislador a adequar o sistema tributário ao princípio da capacidade contributiva, antes de se declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

Essa técnica seria importante porque os efeitos do princípio da capacidade contributiva diante de uma pluralidade de tributos tocam na feição mesmo do sistema tributário. E essa feição concreta deve ser desenhada prioritariamente pelo legislador.

Por outro lado, um dos mais graves problemas consiste em determinar qual a norma que deve ser considerada inconstitucional quando da violação da capacidade contributiva diante de uma pluralidade de tributos. Em tese, para conformar o sistema ao

princípio, todas os ingressos que não tivessem natureza contraprestacional⁴⁶ seriam suscetíveis de ter a sua inconstitucionalidade declarada.

Nada obstante, ao que parece, devem ser fixados alguns parâmetros para que se conforme o sistema tributário como um todo ao princípio da capacidade contributiva. Pode-se assim determinar, a partir de critérios, qual a norma que deve ser reputada inconstitucional em caso de violação ao princípio da não-confiscatoriedade pela pluralidade de tributos (por retirar a aptidão de gerar riqueza de uma atividade, por exemplo) ou em caso de um sistema jurídico regressivo.

Sobre esse enfoque, é preciso dizer que no direito brasileiro esse exame se restringiria aos impostos. Isso em virtude de que os tributos vinculados no direito brasileiro não se encontram informados pela capacidade contributiva em sua dimensão fundamental⁴⁷.

Isso posto, a primeira questão a ser enfrentada em um Estado Federal como o brasileiro é a de se saber se deveria ser conferida alguma preponderância a um imposto de um ente federado diante dos demais.

Ora, tal entendimento é manifestamente inconcebível. A Constituição brasileira não admite que as tarefas a serem desempenhadas por quaisquer dos entes federados possam ser consideradas, em tese, como prevalentes diante daquelas do outro ente⁴⁸. E daí não há como se defender que os impostos de um ente gozariam de um privilégio diante dos demais.

Sendo assim, a conformação do sistema tributário ao princípio da capacidade contributiva deve tomar por base um confronto da situação em exame com a estruturação mesma do imposto e do sistema tributário genericamente considerado.

De conseguinte, para se definir que imposto deve ser considerado inconstitucional, cumpre analisar se há uma disparidade entre: 1) a incidência do imposto para a hipótese enfrentada e as demais hipóteses em que incide e 2) qual o papel que esse imposto assume no sistema tributário como um todo⁴⁹.

De um lado, isso quer significar que a atuação genérica de um imposto (para uma certa manifestação de riqueza), que destoa de sua aplicação normal, é um forte indício a suportar a declaração de inconstitucionalidade desse imposto, quando da violação do princípio da capacidade contributiva por uma pluralidade de impostos⁵⁰.

De outro lado, o imposto que incide sobre determinada expressão de riqueza, e não em virtude da natureza mesma dessa manifestação de riqueza⁵¹, de forma a que ultrapasse o papel que normalmente possui no sistema tributário, também tem contra si um poderoso fundamento para que lhe seja declarada a inconstitucionalidade, no caso da afronta à capacidade tributária por uma pluralidade de tributos⁵².

Por último, destaque-se que o Poder Judiciário pode levar outros critérios em consideração, para casos específicos, quando da adequação da pluralidade de tributos ao princípio da capacidade contributiva. Nesse contexto é que se situam a proteção da confiança dos indivíduos e a proteção da estabilidade das relações jurídicas.

Em síntese, tem-se que deve ser reconhecida uma maior liberdade ao Poder Judiciário quando da adequação de uma pluralidade de tributos ao princípio base da capacidade contributiva.

Nada obstante, é de ser destacado que: 1) a disparidade entre a incidência do imposto para uma hipótese concreta e para os demais casos em que incide e 2) a disparidade entre o papel que esse imposto ordinariamente assume no sistema tributário e aquele desempenhado nesse sistema para uma dada manifestação de riqueza apontam para que a inconstitucionalidade desse imposto seja o meio de se conformar o sistema tributário à capacidade contributiva.

7. Conclusão

1. O princípio da capacidade contributiva assume função de primazia em um sistema tributário em que se resguardem os di-

reitos do indivíduo. Isso por ser expressão imediata do direito fundamental à igualdade (justiça) no campo da tributação. Daí também é que da capacidade contributiva podem ser inferidos princípios como os da imunidade do mínimo existencial, vedação do confisco e os da universalidade, personalização e progressividade dos tributos.

2. O princípio da capacidade contributiva atua como pressuposto, limite e parâmetro do poder normativo tributário.

3. Como pressuposto do poder tributário, o princípio enfocado faz com que apenas fatos que denotem em sua essência uma manifestação de riqueza é que possam fazer nascer uma obrigação tributária. Os fatos que nada digam sobre essa capacidade de contribuir das pessoas, ou o façam de forma acidental, não podem fazer gerar essa obrigação.

4. O relevante para o princípio da capacidade contributiva como limite e parâmetro do poder normativo tributário é que na situação normal, abstratamente considerada, os contribuintes apresentem essa capacidade para contribuir. E isso não reduz em nada o sentido – absolutamente essencial – de garantia do princípio.

5. O princípio da capacidade contributiva se aplica para todos os tributos que não tenham caráter contraprestacional. No sistema tributário brasileiro vigente, as taxas e contribuições de melhoria se acham informadas pelo princípio da razoável equivalência e não pela capacidade contributiva em seu aspecto fundamental. Mas, se se revogar essa exigência da razoável equivalência para essas espécies tributárias, ter-se-á, por força da própria natureza da capacidade contributiva, e por uma interpretação que melhor se entenda com a proteção dos indivíduos, que a capacidade contributiva será aplicável a todas as espécies tributárias que não tenham caráter contraprestacional.

6. O princípio da capacidade contributiva cumpre um importante papel como limite e parâmetro de um tributo isoladamente considerado. Nada obstante, essa atuação

representa apenas uma faceta do aspecto fundamental do princípio, qual seja, a sua incidência diante de uma pluralidade dos tributos (sistema tributário).

7. Deve ser reconhecida ao Poder Judiciário uma certa liberdade para a adequação de uma pluralidade de tributos ao princípio base da capacidade contributiva.

8. A disparidade entre a incidência do imposto para uma hipótese concreta e para os demais casos em que incide e a disparidade entre o papel que esse imposto ordinariamente assume no sistema tributário e aquele desempenhado nesse sistema para uma certa manifestação de riqueza apontam para que a inconstitucionalidade desse imposto seja o meio indicado para se conformar o sistema tributário à capacidade contributiva.

Notas

¹ Nesse sentido, por todos, ver Alexy (1993, p. 524-).

² Entende-se aqui por direitos fundamentais aqueles expressamente protegidos em um ordenamento jurídico, mediante normas constitucionais escritas.

³ Para uma análise do papel desempenhado pelos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico, ver, na doutrina brasileira, Bonavides (1999, p. 541).

⁴ Sobre o ponto, é de se conferir lição de Flávio Bauer Novelli, no magistral prefácio que fez à 2. ed. da obra de José Marcos Domingues de Oliveira sobre capacidade contributiva. Aliás, o professor Flávio Bauer Novelli é daqueles doutrinadores cuja solidez do conhecimento se alia a uma agudeza de espírito que impressiona a todos. Assim, independentemente de se concordar ou não com os seus posicionamentos, ele seria um dos juristas brasileiros a quem se aplicaria a exclamação de Béranger sobre Montaigne: "Quantas idéias me roubou este homem" (MONTAIGNE, 1996, p. 20).

⁵ Com isso, não se quer negar que a idéia de que o poder de impor tributos deve guardar relação com a riqueza dos indivíduos é uma idéia que remonta à antigüidade (sobre o item, ver, por todos, Carlos Palao Taboada (1978, p. 126). Mas se busca afirmar que o conceito de capacidade contributiva como teoria precisa pressupõe a noção de proteção do indivíduo e que, mais do que isso, esse princípio

constitui uma das bases (a outra é a do princípio da legalidade tributária) que estruturam os sistemas tributários dos Estados democráticos contemporâneos. E isso por se vincular ao valor de justiça da tributação.

⁶ Prefácio constante da obra de José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 6).

⁷ Para uma sucinta análise da capacidade contributiva e o papel que desempenha diante das espécies tributárias, ver o item 4.2 deste estudo.

⁸ Nesse sentido, ver Novelli apud OLIVEIRA, 1998, p. 6-7.

⁹ A doutrina brasileira é praticamente silente sobre o ponto.

¹⁰ Cf. o item anterior deste estudo.

¹¹ Sintomaticamente, no direito alemão, extrai-se o princípio da capacidade contributiva do princípio da igualdade em geral. Nesse sentido, por todos, cf. Victor Uckmar (1999, p.81).

¹² Veja-se, por exemplo, o que Francesco Moschetti diz sobre o art. 53 da Constituição italiana (que consagra o princípio da capacidade contributiva) em confronto com o seu art. 3º (que versa sobre a igualdade). Em seus termos: "(o art. 53 da Constituição italiana tem por objetivo a) *individuare il fondamento del <concorso alle spese pubbliche>; b) affermare un criterio di giustizia tributaria; c) fissare per il legislatore, in un settore vitale per l'ente pubblico e delicatissimo per i soggetti passivi, limiti ulteriori rispetto a quelli generalmente imposti ad ogni norma di legge*" (MOSCHETTI, 1993, p. 10).

¹³ Em sentido contrário, o professor Carlos Palao Taboada (1978, p. 134) para quem a existência do princípio da igualdade tornaria dispensável o princípio da capacidade contributiva.

¹⁴ Para uma ampla abordagem da capacidade contributiva como pressuposto, parâmetro e limite do poder tributário, ver, por todos, Ignazio Manzoni (1965, p. 12-).

¹⁵ O que aqui se afirma é que esse fato deve se ligar necessariamente (e não de maneira eventual ou acidental) a uma manifestação de riqueza. Se decorre alguma consequência na hipótese inversa, qual seja, de essa riqueza efetivamente não ocorrer em um caso específico, embora o fato seja presumitivo de riqueza, é ponto que será abordado no item seguinte.

¹⁶ Cf., por todos, Emilio Giardina (1961, p. 439-) e Regina Helena Costa (1996, p. 28).

¹⁷ É o que ensina Ignacio Manzoni: "*La presunzione di corrispondenza tra situazione di fatto e situazione di capacità economica dove cioè fondarsi su di una qualità o condizione típica del fatto, e non basarsi su elementi di ordine puramente estrinseco od accidentale*" (p. 146).

¹⁸ Registre-se novamente que a hipótese inversa, qual seja, a de o fato ser um indicativo de riqueza,

mas no caso concreto esta não existir, será tratada no tópico seguinte deste estudo.

¹⁹ Eis a síntese lapidar de Emilio Giardina sobre esse aspecto do princípio da capacidade contributiva. Confira-se: “*In definitiva, il principio costituzionale, secondo il quale la forza economica deve costituire il contenuto fondamentale della capacità contributiva, comporta che solo quei fatti della vita sociale che siano indizio di capacità economica possano essere assunti dalle singole leggi a presupposto della nascita dell’obbligazione tributaria*”. (1991, p. 439).

²⁰ Desse mesmo teor é a lição José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 147-).

²¹ O mesmo pode ser dito quanto à situação contrária. Ou seja, se apenas para uma pessoa jurídica a carga tributária não for excessiva, e para todas as demais que desempenham a atividade o for, tem-se que o princípio da capacidade contributiva restará violado quanto a todas. Isso porque o princípio deve ser compreendido como idoneidade abstrata para contribuir, e não buscado a partir de um juízo concreto.

²² Emblemático é o exemplo de Emilio Giardina (1961, p. 445), pelo qual se relaciona a propriedade de um piano de cauda com uma maior capacidade contributiva. Isso em que pese o fato de que um amante da música, menos abastado, possa vir a ser proprietário de um bem desses. Interessante notar que no caso de o proprietário utilizar esse piano de cauda como instrumento de trabalho, ao que nos parece, também aqui não haveria espaço para violação do princípio da capacidade contributiva, que ocorreria apenas se a carga incidente sobre a atividade – principalmente em virtude dos tributos incidentes sobre esse bem – pudesse impedir a mesma de gerar riqueza para os que a exercem.

²³ Veja-se, por todos, a contundente assertiva de Emilio Giardina (1961, p. 444): “(...) *se la valutazione normativa in merito al collegamento tra un determinato fatto e la capacità contributiva si adegua ALL’ANDAMENTO NORMALE DEL FENOMENO REALE, PUÒ RITENERSI CHE LA LEGGE ISTITUTIVA DEL TRIBUTO SAI COSTITUZIONALMENTE LEGGITIMA, QUANTUQUE ALCUNE SUE APPLICAZIONI CONTRASTINO COM IL PRINCIPIO ENUNCIATO NELL’ART. 53 (princípio da capacidade contributiva)*.” Registre-se apenas que, como demonstrado, não há contraste nessas aplicações com o princípio da capacidade contributiva.

²⁴ Neste sentido, ver Roque Antonio Carrazza (p. 66-).

²⁵ Apud Flávio Bauer Novelli em prefácio da obra de Oliveira (1998, p. 09).

²⁶ Para uma crítica à utilização do termo capacidade econômica, ver o item 5 deste estudo.

²⁷ Do exposto já se pode deduzir que é de todo insustentável a posição daqueles que advogam que as taxas e as contribuições de melhoria, em sua essência, seriam marcadas por esse caráter contra-

prestacional e ainda assim a elas seria aplicável o princípio da capacidade contributiva em sua fundamentalidade. Nesse sentido, indefensável é a posição tomada por José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 91-).

²⁸ Daí por que Gianfranco Lorezon, em conclusão irretocável, afirma que o princípio da capacidade contributiva só se aplica aos tributos que tenham esse significado solidarístico e não contraprestacional. Por extremamente relevante, registrem-se as suas palavras: “(...) *così, nonostante si possa affermare che il principio di capacità contributiva si applica alle imposte e ai contributi, mentre è escluso per le tasse, devesi sottolineare che ciò può valere a titolo solamente indicativo e non quale modello di qualificazione giuridica. In pratica, la riferibilità o meno di una prestazione al concetto di capacità contributiva prescindere dalle forme in cui essa si estrinseca e che normalmente rilevano ai fini della determinazione della relativa natura giuridica, per affidarsi, in basi all’analisi della disciplina complessiva, all’individuazione: 1) del fatto o atto cui il legislatore há collegato in senso causale la nascita dell’obbligo tributario; 2) della ratio commutativa o contributiva del prelievo stesso*”. (1993, p. 63-64).

²⁹ Flávio Bauer Novelli (In: prefácio da obra de Oliveira, 1988, p. 10).

³⁰ Cf. Ignacio Manzoni, op. cit., p. 161.

³¹ Este o posicionamento certo de Ignacio Manzoni. Destaque-se a sua lição: “(...) *Non è affatto necessario né prevedibile che il gettito del tributo copra il costo del servizio (in un certo momento la gestione potrebbe addirittura risultare passiva), né può escludersi che invece dia all’erario un utile anche elevato. Può quindi darsi che il costo del servizio divisibile debba essere parzialmente (se non totalmente) coperto col gettito di altri tributi; o, viceversa, che il gettito del tributo ricosso in relazione al servizio divisibile sia parzialmente destinato a fronteggiare spese relative a servizi indivisibili*” (p. 161).

³² Escapa ao trabalho examinar detidamente se a idéia de contraprestacionalidade é contraposta à noção de taxa. Ao que nos parece, para existência dessa espécie tributária basta que o seu fato gerador seja um fato que necessariamente requeira a atuação do poder de império do Estado. Ao se exigir ainda que se afaste o caráter contraprestacional, fica bastante difícil admitir a existência de taxas no sistema brasileiro (veja-se parágrafos seguintes deste estudo). Para considerações sobre esses aspectos, ver Flávio Bauer Novelli (1992, p. 28).

³³ Como se vê, esses dispositivos reforçam a proteção dos indivíduos por meio de uma derrogação do conteúdo essencial do princípio da capacidade contributiva. Não há, assim, como se atribuir esses comandos ao princípio da capacidade contributiva, como faz Paulo de Barros Carvalho (1998, p. 32-33).

³⁴ Cf. Hugo de Brito Machado (1991, p. 53).

³⁵ Assim, por todos, as monografias sobre o princípio da capacidade contributiva escritas no direito brasileiro. Cf. os livros de Armando Zurita Leão (1999), José Marcos Domingues de Oliveira (1998), José Maurício Conti (1997), e Regina Helena Costa (1996).

³⁶ Confira-se a elucidativa passagem de Ignazio Manzoni: “*La capacità contributiva che viene in considerazione nell’ambito della singola fattispecie tributaria non è che un aspetto, un frammento – piú o meno grande e rilevante – di quella capacità complessiva o globale cui fa appunto richiamo l’art. 53 Cost.*” (Op. cit., p. 111).

³⁷ É passível de críticas a opção do legislador constituinte brasileiro pela expressão capacidade econômica (CF, art. 145, §1º). É que pode haver capacidade econômica sem que haja capacidade para contribuir. Isso ocorrerá toda vez que essa capacidade econômica só seja suficiente para atender o mínimo vital das pessoas.

³⁸ É em respeito a esse mínimo vital que a tributação sobre a renda só ocorre a partir de uma determinada quantia.

³⁹ Inclusive no título deste trabalho.

⁴⁰ No item 4.2, constatou-se que atualmente no direito brasileiro os tributos vinculados se acham informados pelo princípio da razoável equivalência entre os custos do serviço e os da obra e os valores exigidos pelo Estado. Assim é que o princípio da capacidade contributiva só atua para esses princípios de forma mediata, por meio de princípios conexos, como o do mínimo vital.

⁴¹ Desse teor também o ensinamento de Ignazio Manzoni. Observem-se as suas palavras: “*In questo senso può dirsi che il principio costituzionale di capacità contributiva è destinato ad operare anzitutto nell’ambito dell’intero sistema tributario. Non sarebbe sufficiente un’eguaglianza tributaria a livello della singola fattispecie che non si traducesse in un’eguaglianza anche sul piano del sistema*” (Op. cit., p. 112). Em sentido aproximado, ver ainda Francesco Moschetti (1993, p. 33-).

⁴² Para uma análise bastante interessante sobre capacidade contributiva e não-confiscatoriedade, ver, por todos, Aliomar Baleeiro (1997, p. 564 -).

⁴³ Aparentemente nesse sentido é a lição de Emilio Giardina (1961, p. 467-).

⁴⁴ Sobre o tema, por todos, ver Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 260-).

⁴⁵ Sobre a técnica, que é bastante utilizada no direito alemão, ver, por todos, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 260-).

⁴⁶ Sobre o ponto, ver o item 4.2 deste estudo.

⁴⁷ Ver o tópico 4.2 deste estudo.

⁴⁸ Com isso, não se quer dizer que em situações excepcionais, como a de guerra declarada, possa-se reconhecer uma maior liberalidade aos impostos

de um ente federado. Mas ainda nessa hipótese excepcional, o exame não será feito de maneira apriorística e com base em uma inexistente preponderância de um ente sobre o outro.

⁴⁹ É o caso, por exemplo, da carga tributária incidente sobre uma certa atividade – abstratamente considerada – que a impede de gerar riqueza, atendendo, portanto, contra a vedação do confisco.

⁵⁰ Seria o caso de um imposto sobre serviços (ISS) extremamente alto para um serviço específico em face de sua aplicação normal. Ou, para ficar nos impostos municipais, o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU) que incidisse de maneira extremamente mais gravosa para as propriedades situadas em determinadas áreas.

⁵¹ Assim, é óbvio que o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) terá um peso maior nos custos da sociedade que aluga automóveis.

⁵² É o caso do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços (ICMS) bastante elevado em um Estado-membro. Assim é que esse imposto, se considerado isoladamente, não impede que a circulação de certa mercadoria deixe de poder gerar um mínimo de riqueza, mas, se se analisa a carga tributária total incidente sobre a atividade que culmina com a circulação da mercadoria, tem-se que ela se mostra inviável. Desse modo, se o exame desse imposto revelar que o ICMS cobrado por um Estado para essa mercadoria foge do que é rotineiramente cobrado para ela e que o peso desse imposto ultrapassa em muito o peso que a carga habitual desse imposto acarreta para o desempenho das atividades econômicas, em geral, tem-se aí um forte fundamento para que a inconstitucionalidade desse imposto seja o meio pelo qual se conforme a pluralidade de impostos com o princípio da capacidade contributiva.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTTALO, Eduardo D. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*. v. 47, 1989.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 19—.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à constituição de 1988: sistema tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.
- COSTA, Alcides Jorge. Capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, v. 55, 1991.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GIARDINA, Emilio. *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1961.
- LEÃO, Armando Zurita. *Direito constitucional tributário: o princípio da capacidade Contributiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- LORENZON, Gianfranco. Ambito oggettivo di applicazione. In: Moschetti, Francesco (coord.). *La Capacità Contributiva*. Pádua: Cedam, 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MANZONI, Ignazio. *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*. Turim: Giappichelli Editore, 19—.
- MARONGIU, Gianni. *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria*. Turim: Giappichelli Editore, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.
- MOSCHETTI, Francesco. *Profili generali*. In: MOSCHETTI, Francesco (coord.). *La Capacità Contributiva*. Pádua: Cedam, 1993.
- NOVELLI, Flávio Bauer. Apontamentos sobre o conceito jurídico de taxa. *Revista de Direito Administrativo*. v. 189, 1992.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário: Capacidade Contributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SCHIAVOLIN, Roberto. *Il collegamento soggettivo*. In: MOSCHETTI, Francesco (coord.). *La Capacità Contributiva*. Pádua: Cedam, 1993.
- TABOADA, Carlos Palao. Isonomia e capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*. v. 4, 1978.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3.
- TOSI, Loris. *Il requisito di effettività*. In: MOSCHETTI, Francesco (coord.). *La Capacità Contributiva*. Pádua: Cedam, 1993.
- UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Competência reformadora do Congresso Nacional, em matéria tributária, em face do princípio federativo

Fernanda Maia Salomão Alves

Sumário

Introdução. 1. Constituição. 2. Constituição Brasileira de 1988. 3. Competência de reforma da Constituição de 1988. 4. Federação. 5. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. 6. Projeto de Reforma Constitucional Tributária – PEC nº 175-A/95.

Introdução

Este trabalho pretende tecer algumas considerações acerca da presente proposta de emenda à Constituição brasileira de 1988 nº 175-A/95, no tocante à intenção de transferir a competência legislativa tributária, atualmente estadual e distrital, sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e sobre serviços de comunicação para a União, sobretudo em face do princípio federativo, erguido à condição de cláusula pétrea constitucional.

Para esse fim, a Constituição Federal será tida como a Lei Suprema brasileira, fundamento de validade de todos os demais atos normativos, inclusive emendas constitucionais, que lhe deverão obediência aos princípios e regras, sobretudo às cláusulas pétreas, sob pena de inconstitucionalidade; o princípio federativo, como instrumento de descentralização do poder e de preservação da democracia, já que a independência e autonomia dos Entes Federados dilui o poder no território, com efeito protetor das minorias políticas regionais e das liberdades

Fernanda Maia Salomão Alves é mestrande em Direito Tributário pela PUC/ SP.

individuais; o sistema constitucional tributário nacional, como o mais rígido e exaustivo, submetido a vários princípios constitucionais e à repartição das materialidades passíveis de tributação entre as pessoas políticas, como garantia da forma federativa de Estado e também dos direitos dos contribuintes.

1. Constituição

A palavra “constituição” é polissêmica, isto é, apresenta várias acepções, além disso, padece do chamado vício lingüístico do processo/produto: significa tanto o ato de constituir, quanto seu produto. Ademais, designa as características, o conteúdo do produto da constituição.

Juridicamente, o termo representa assim o produto da atividade constitutiva, seu conteúdo, suas características. Em outros termos, Constituição tanto é o documento normativo supremo editado pelo chamado Poder Constituinte Originário, como o conjunto de normas jurídicas, por ele veiculadas, disciplinadoras do que for entendido naquele espaço e tempo como de importância capital, seja a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, a estruturação dos órgãos estatais, os limites de sua ação, os direitos e garantias individuais, entre outros.

No movimento constitucionalista do século XVIII, propagador da concepção político-jurídica de Constituição, visava-se, primordialmente, à separação dos poderes, até então concentrados na pessoa do monarca absoluto, à sua sujeição ao Direito e à defesa dos direitos e garantias do indivíduo. Como demonstra a história, esses objetivos iniciais foram sendo ampliados, albergando também a preservação de direitos sociais e econômicos, por exemplo.

A Constituição, dentro do sistema hierarquicamente organizado de normas jurídicas que é o Direito, ocupa o patamar mais elevado, uma vez que as normas por ela introduzidas determinam a forma de produ-

ção das que lhe são inferiores, dando-lhes fundamento de validade. A Lei Maior é fonte de produção jurídica de outras normas e todos os atos dos poderes políticos devem com ela se conformar. Afora isso, os valores nela positivados são de suma relevância.

Dito de outro modo, as normas componentes do ordenamento jurídico encontram-se hierarquizadas numa espécie de pirâmide em cujo topo figura a Constituição, que dá fundamento de validade e determina a própria criação das inferiores.

Por também configurar um sistema, a Constituição veicula normas que variam de importância, ou seja, distinguem-se princípios e regras constitucionais quanto à relevância dos valores positivados.

Segundo o Professor Roque Carrazza (2000, p. 31),

“princípio é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas sim, se existe ou não existe”.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Apud GONÇALVES, 1998, p. 173) parte do princípio hermenêutico da unidade da Constituição, que procura vê-la como um articulado de sentido, em cuja dimensão analítica domina uma lógica interna, que se projeta na forma de uma organização hierárquica.

Adverte José Afonso da Silva (1998, p. 169) que

“os elementos da Constituição não têm valor isoladamente, pois, como se inserem num sistema, condicionam-se, reciprocamente, de sorte que não se pode interpretar uns sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido das outras, forman-

do uma rede interpenetrante que confere coerência e unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados”.

A interpretação jurídica é uma atividade cognoscitiva que objetiva precisar o sentido e o alcance das normas jurídicas, inclusive constitucionais, a fim de que sejam corretamente aplicadas. Essa tarefa exige a permanente alusão aos princípios, sobretudo em face dos dispositivos imprecisos ou das palavras equívocas ou ambíguas presentes nos textos normativos.

Existem princípios em todos os patamares da pirâmide jurídica, porém são os constitucionais que prevalecem sobre os outros princípios e regras, inclusive as contidas na própria Constituição.

Para Celso A. B. de Mello (1995, p. 538), “é o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”, “atuam como vetores para soluções interpretativas”.

2. *Constituição brasileira de 1988*

A Assembléia Nacional Constituinte, em 5 de outubro de 1988, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil. Esse documento normativo supremo instituiu e organizou o novo Estado brasileiro que surgia, em República, em Federação, em Estado Democrático de Direito. O poder estatal foi tripartido e os direitos e garantias fundamentais assegurados.

Estabeleceu o Diploma Excelso objetivos fundamentais a serem perseguidos, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição de 1988, Lei Suprema do sistema jurídico brasileiro, encontra-se no

ápice da pirâmide jurídica pátria, fundamenta a validade de todos os atos normativos, inclusive emendas constitucionais, que com suas regras e princípios devem ser compatíveis, sob pena de inconstitucionalidade.

A Lei Maior brasileira é da categoria das rígidas, visto que, além de resguardar cláusulas pétreas, isto é, matérias intangíveis, exige rito especial para sua modificação. Essa rigidez importa supremacia perante os outros atos normativos, que lhe devem obediência aos princípios e normas.

A inconstitucionalidade de um ato normativo pode-se dar, muitas vezes, não por ferir o texto expresso da Constituição, mas por contrariar os princípios (ainda que implícitos) por ela abraçados.

A própria Carta Magna impõe o respeito a seus princípios, tendo em vista que em mais de uma oportunidade prescreve severas sanções pelo descumprimento dos mesmos, entre elas a intervenção federal.

No Brasil, em matéria tributária, os dispositivos constitucionais também devem ser interpretados com atenção aos princípios do sistema constitucional pátrio que protegem os contribuintes. A ação estatal de tributar, no Brasil, foi submetida a um amplo rol de princípios constitucionais, tais como: federativo, da legalidade, da igualdade, da anterioridade, da segurança jurídica, da reserva de competências, entre outros.

3. *Competência de reforma da Constituição de 1988*

O constituinte de 1988 não pretendeu que sua obra fosse imutável, mas sim que evoluísse junto à sociedade a que se dirige e que atendesse os seus anseios com o passar do tempo. Deixou positivada a faculdade para sua alteração, obedecidas determinadas regras e princípios.

A Constituição brasileira, como já foi dito, classifica-se como rígida.

Figura na doutrina constitucional a distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. O primeiro,

inicial, autônomo, ilimitado, incondicionado, é quem edita a Constituição; o segundo, por ela limitado e condicionado, é competente para alterá-la.

Sieyès, à época da Revolução Francesa, foi quem primeiro distinguiu o poder constituinte dos poderes por ele constituídos na Constituição, com a obra *Qu'est-ce que le Tiers-État?*

A tradicional classificação do Poder Constituinte em Originário e Derivado é contestada pelo Professor Michel Temer (1999, p. 35), segundo quem o chamado poder reformador é sim uma competência regulada pelo direito positivo, cujo titular é órgão estatal cujos atos, limitados pelo Direito, submetem-se inclusive a controle de constitucionalidade. Incompatível, pois, a denominação Poder Constituinte derivado, visto que apenas o dito originário configura, por ser inicial e ilimitado, um poder. Sugere a adoção de outra terminologia em troca da corrente, qual seja Poder Constituinte para aquele introdutor da própria Constituição e Competência reformadora para o plexo de permissões e vedações que condicionam a reforma constitucional.

As formas de reforma da Constituição, o órgão competente para realizá-la, o procedimento adequado para promovê-la, as matérias a ela insusceptíveis, além das circunstâncias em que é proibida foram cabalmente disciplinados pela própria Lei Máxima de 1988.

Revisão e emenda são geralmente consideradas espécies do gênero reforma. A primeira, uma alteração mais ampla; a segunda, uma reforma pontual, restrita.

A revisão constitucional prevista pela Constituição de 1988 no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já teve sua vez, não mais podendo se instalar. Exigia procedimento menos complexo que as emendas.

As emendas constitucionais, por sua vez, não tendo sido temporalmente limitadas como a revisão, podem a qualquer tempo ser editadas, exceção feita ao prescrito no

art. 60, § 1º. Sua elaboração sujeita-se, tal como imposto pelo art. 60 da *Lex Legum*, a limites de ordem procedimental, circunstancial e também material.

No tocante ao procedimento¹ para veicular emendas à constituição, primeiramente deve ser aduzido que a iniciativa para sua proposição é mais restrita que no processo legislativo comum; um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República, ou mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação manifestando-se, cada uma delas, pela maioria de seus membros, são competentes para dar iniciativa ao processo de emenda. Não há previsão de iniciativa popular. Em seguida, a proposta deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, maioria qualificada de três quintos dos votos dos respectivos membros. A emenda à Constituição deverá ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Inexistem a sanção ou veto presidenciais. Ademais, a proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

São vedadas emendas à Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio². Trata-se de limitação circunstancial que busca evitar que a Lei Maior seja modificada em tempos de conturbação nacional.

Afora as limitações procedimentais e circunstanciais, o parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal estabelece matérias que o constituinte de 1988 entendeu deveriam permanecer imutáveis enquanto houvesse o Estado brasileiro, são as cláusulas pétreas. Propostas de emenda à constituição tendentes a aboli-las devem ser rejeitadas por inconstitucionais. São elas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a Separação dos Poderes e

os direitos e garantias individuais. Trata-se das cláusulas pétreas explícitas.

O Professor Luiz Alberto David Araujo (1999, p. 11), por sua vez, entende que haja outras cláusulas pétreas, implícitas, tais como a proibição da alteração do próprio procedimento rígido para aprovar as emendas, assim como a vedação de redução do rol de matérias imodificáveis.

É importante destacar que não somente as emendas que expressamente declarem abolida a forma federativa de Estado, a Separação dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais são inconstitucionais, aquelas que tendam a abolir as cláusulas pétreas também o serão.

Exemplifica José Afonso da Silva (1997, p. 69) que “a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de auto-governo e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado”.

Toda desobediência a qualquer ordem de limitação constitucional pela competência reformadora da Constituição implica vício irremissível de inconstitucionalidade, formal ou material, sujeito a controle de constitucionalidade, inclusive violação à forma federativa de Estado.

4. Federação

“Federação”, de *foedus*, *foederis*, significa aliança, pacto, união. O Estado Federal nasce, pois, da união, pacto, aliança entre Estados.

Compreende-se o fenômeno federal apenas a partir da análise histórica do Direito Constitucional, que aponta o constitucionalismo americano como modelo para vários outros Estados que se constituíram posteriormente.

Dali surgiu a idéia de não se poder legislar para o Estado Federal sem a participação da vontade de cada Estado federado.

Ou ainda, passou-se a entender como federal o Estado em que a Constituição repartia as competências entre pessoas distintas (União e Estados ou Províncias), mantendo, estas, representantes no órgão legislativo nacional (Senado).

Os Estados que iniciaram o regime federativo e que serviriam de base para a elaboração das diversas teorias sobre a natureza jurídica do Estado Federal são os únicos que nunca têm contestada sua estrutura federal. Os Estados Unidos da América são tomados como exemplo consumado de Federação.

Kelsen distingue o estado Federal dos demais pela existência, nele, de três ordens jurídicas: duas parciais (a União e as unidades federadas) e uma global (a da Constituição, que as domina, delimitando-lhes a competência e encarregando um órgão de fazê-la cumprir).

Federação, de qualquer modo,

“é uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado (o Estado Federal), diverso dos que dele participam (Estados-membros). Nela, os Estados federados, sem perderem suas personalidades, despem-se de algumas tantas prerrogativas, em benefício da União de Estados. A mais relevante delas é a soberania”(CARRAZA, 2000, p. 89).

Conforme a Professora Misabel Derzi (p. 197), “o federalismo é uma questão de grau, e cada país, em um campo de tensão entre forças centrífugas, desintegradoras e de diversidade, que se opõem a forças centrípetas, integradoras e unificadoras, encontra pontos distintos de equilíbrio”.

Analisando sistemas constitucionais diversos no tempo e no espaço, o Professor Luiz Alberto David Araujo (1995) arrola características comuns de todo Estado Federal, quais sejam:

a) o Estado Federal pressupõe, no mínimo, duas ordens jurídicas, uma central e outra parcial;

b) as ordens jurídicas parciais são dotadas de autonomia, que se revela por competências próprias, possibilidade de auto-organização e de escolha de seus governantes e dos membros do Poder Legislativo, que terão competência para legislar sobre as matérias fixadas na Constituição Federal;

c) a Constituição Federal, que trará a repartição constitucional de competências, deve ser rígida e escrita, trazendo cláusula que proteja a forma federativa de pretensões de alteração desse sistema;

d) o Estado Federal tem como instrumento jurídico uma constituição e tem na indissolubilidade do pacto federativo traço essencial;

e) as vontades parciais se fazem representar na elaboração da vontade geral por meio do Senado Federal, que deve guardar a isonomia entre as vontades parciais;

f) deve haver guardião da Constituição zelando pelo cumprimento da repartição das competências;

g) em casos extremos, a União Federal decretará a intervenção federal, agindo em nome de todas as vontades parciais em que existir motivo ensejador da medida, situação que se fundamenta na necessidade de se evitar a desagregação da Federação.

A doutrina constitucional, especialmente a alemã, trazida à colação pela Professora Misabel Derzi (p. 198), reconhece que ao Estado Federal não cumpre apenas a função histórica tradicional de preservação das diferenças sociológicas, culturais, éticas e econômicas regionais ou locais. Em países como o Brasil, em que ele resultou menos da pressão da realidade como um fato sociológico anteposto e mais de uma decisão político-jurídica, passou a desempenhar um importante papel adicional: o de configurar uma evasão do poder vertical e uma preservação da democracia, já que a independência e autonomia dos Entes Federados dilui o poder no território, com efeito protetor das minorias políticas regionais e das liberdades individuais.

A Constituição de 1988 instituiu e organizou o Estado brasileiro sob a forma fede-

rativa. Nela encontram-se os elementos caracterizadores da Federação, bem assim aqueles que se destinam a preservá-la, no dizer do Professor Michel Temer (1999, p. 65-), quais sejam:

a) a descentralização política fixada na Constituição, ou seja, repartição constitucional de competências: a União e os Estados titularizam competências expressas e enumeradas, assim como residuais, inclusive tributárias, em face dos art. 21, 25, §1º, 153, 155 e 154 da Constituição;

b) a participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional: os Estados, representados paritariamente no Senado, participam da formação da vontade nacional expressa na lei, que para ser criada demanda a participação de ambas as Casas do Congresso Nacional;

c) a possibilidade de autoconstituição, existência de Constituições locais: os Estados brasileiros têm a possibilidade de autoconstituição, tendo em vista o art. 25, CF, devendo observar somente os princípios estabelecidos na Constituição Federal;

d) a rigidez constitucional e imutabilidade no tocante à Federação: o processo de emenda à Constituição é mais dificultoso do que o da lei ordinária, além do que a forma federativa de Estado brasileira é “cláusula pétrea”;

e) o controle da constitucionalidade dos atos normativos, inclusive emendas à Constituição: o Supremo Tribunal Federal, por força do art. 102, I, a, III, a, b e c, §2º, CF, é o órgão incumbido de tal função.

Particularidade brasileira é a questão da participação ou não dos Municípios no pacto federativo. Embora a própria Carta Magna os declare membros da Federação, confira a essas pessoas políticas competências exclusivas, capacidade de autoconstituição, não previu sua participação na formação da vontade central, como ocorre com os Estados e o Distrito Federal por meio do Senado Federal. Falta, assim, um dos requisitos que a doutrina arrola na caracterização do ente federativo.

Todavia, importa destacar que a presença dos Municípios na organização política brasileira representa um *plus* à Federação pátria, uma vez que, dotados de autonomia político-jurídica, administrativa, tributária e financeira, propiciam ainda mais a diluição do poder vertical, contribuindo assim para o aprimoramento da democracia brasileira.

A Constituição de 1988 elenca e distribui, rígida e exaustivamente, as várias competências, legislativas, administrativas e jurisdicionais, de cada uma das pessoas políticas. Em prestígio ao princípio federativo, a nenhuma delas cabe ignorar a autonomia das demais nem invadir-lhes as esferas competenciais, sob pena de inconstitucionalidade.

Nem mesmo emenda constitucional é instrumento hábil para modificar as competências originariamente distribuídas, quando em desfavor da forma federativa de Estado. É mais do que sabido que são vedadas propostas de emenda tendentes a abolir a (art. 60, §4º, I, CF). Em outras palavras, propostas de emenda que pretendam transferir competências dos Estados-membros para o campo da União estarão flagrantemente tendendo a abolir a Federação, porquanto objetivarão centralizar o poder.

No Estado Federal brasileiro, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico, devendo, por conseguinte, gozar de tratamento jurídico-formal isonômico. Suas diferenças moram nas competências distintas que receberam diretamente da própria Constituição Federal.

As leis nacionais (do Estado brasileiro), as leis federais (da União) e as leis estaduais e distritais (dos Estados-membros ou do Distrito Federal) ocupam o mesmo nível, umas não preferem às outras. Todas encontram seu fundamento de validade na própria Carta Magna, apresentando campos de atuação exclusivos e bem discriminados.

No Brasil, acentuaram-se, ao longo do tempo, as tendências do federalismo coope-

rativo e financeiro, propício a uma interdependência política entre os Entes Federados. Do modelo europeu, impregnado pela democracia social, a ordem jurídica pátria colocou o federalismo financeiro a serviço da erradicação da pobreza e da redução das grandes desigualdades entre Estados, por meio de uma redistribuição da receita arrecadada em fundos de participação. Do modelo americano restou uma efetiva área de exercício da competência legislativa própria para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, eliminada, contudo, a competência concorrente e outorgada residual à União. A Constituição brasileira conferiu aos Estados e ao Distrito Federal não só as competências que expressamente enunciou, como, também, as que não atribuiu à União, aos Municípios ou ao Distrito Federal. São as chamadas competências residuais. Ao lado delas, o Estado ainda é senhor de competências expressas, comuns, concorrentes e suplementares.

O princípio federativo está presente inclusive na distribuição constitucional das competências tributárias (legislativas por excelência). Não é dado a nenhum dos entes federativos tentar invadir a esfera potencial tributária alheia sob pena de inconstitucionalidade.

5. Sistema constitucional tributário brasileiro

A Professora Diva Malerbi³ preleciona que

“o poder de tributar, atributo próprio da soberania da qual é investido o Estado, tem, no Brasil, o seu exercício inteiramente disciplinado pela Constituição. Esta define o Brasil como uma Federação e a consequência deste regime é a peculiar repartição de competências entre os quatro tipos de pessoas com capacidade política que compõem a federação brasileira: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estas não exercem poder,

apenas fatias de poder, denominadas competências”.

A Constituição brasileira preza por disciplinar rígida e exaustivamente a matéria tributária, estabelecendo mesmo um verdadeiro sistema constitucional tributário.

Segundo preleciona Geraldo Ataliba (1968, p. 16-), os sistemas constitucionais tributários podem ser classificados, conforme a liberdade por eles concedida ao legislador ordinário, como: rígidos ou flexíveis, ou então em simples ou complexos, consoante afirmem, respectivamente, um ou dois princípios fundamentais a orientar a ação legislativa instituidora dos tributos, ou se desdobrem na colocação de múltiplos e variados princípios positivos ou negativos contendo diretrizes vinculantes para o legislador e medidas de garantia e proteção aos contribuintes.

Diferentemente de outros países, tais como Estados Unidos, Argentina, México, França, Alemanha e Itália, por exemplo, onde o legislador ordinário tem ampla liberdade para delimitar o próprio sistema tributário, o sistema constitucional tributário brasileiro é o mais além de complexo e extenso. Em matéria tributária, o constituinte foi exaustivo, cabe ao legislador ordinário somente regulamentar e obedecer o sistema posto (ATALIBA, 1968, p. 21).

Em outras palavras, a Lei Maior brasileira, ao contrário das estrangeiras, é a única que dedica espaço importante para o trato da matéria tributária. Em geral, as Cartas alienígenas se restringem a prescrever princípios cardeais genéricos, deixando ao talante do legislador ordinário pautar o exercício da própria competência tributária.

A Constituição Federal, no Brasil, é a lei tributária fundamental, pois contém as diretrizes básicas aplicáveis a todos os tributos, alberga normas que tratam das competências tributárias, os limites do seu exercício.

Entre os preceitos constitucionais que, diretamente endereçados à tributação, delineiam os confins da competência tributária de cada ente político estão: a) aqueles que

veiculam os princípios – genéricos ou especificamente tributários – que regem a tributação; b) aqueles que albergam as imunidades tributárias, como no art. 150, VI; e c) aqueles que descrevem e repartem as materialidades tributáveis.

O sistema constitucional tributário brasileiro estabelece proibições peremptórias às pessoas políticas no exercício da competência tributária, que constituem direitos e garantias individuais dos contribuintes. São elas: a legalidade, a irretroatividade, a anterioridade, a igualdade, a capacidade contributiva, a não-confiscatoriedade, o respeito às imunidades tributárias, entre outras.

Ademais, a tributação, no Brasil, sofre a influência de muitos princípios constitucionais genéricos, isto é, que se irradiam por toda a ordem jurídica, tais como o princípio da justiça, da certeza do direito, da segurança jurídica, o princípio federativo, o princípio republicano, da igualdade, da legalidade, da irretroatividade das leis, da isonomia das pessoas constitucionais, do que afirma o direito de propriedade, entre muitos outros.

A competência tributária, no ordenamento jurídico brasileiro, já nasce limitada. Cada norma jurídica tributária deve respeitar as limitações fixadas na Constituição, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, enquanto disciplina outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional etc.

Além da imposição de inúmeros princípios constitucionais a orientar o exercício da competência tributária, a Constituição de 1988 partilhou entre as pessoas políticas as materialidades passíveis de tributação, sempre em prol do princípio federativo. Por outro giro verbal, as competências tributárias foram repartidas entre os entes da Federação em função das materialidades susceptíveis de serem gravadas com tributos, a fim de evitar invasões nas esferas de competên-

cias alheias e de preservar o pacto federativo brasileiro.

Assim, a União⁴ é competente para instituir impostos sobre a importação de produtos estrangeiros, a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados, a renda e proventos de qualquer natureza, os produtos industrializados, a propriedade territorial rural, as grandes fortunas, taxas sobre serviços públicos ou atos de polícia de sua competência administrativa, contribuições de melhoria sobre obras públicas por ela realizadas, empréstimos compulsórios, para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas, impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa e, ainda, os não-previstos na sua competência expressa.

Os Estados⁵, por sua vez, receberam competência para instituir impostos sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a propriedade de veículos automotores, taxas sobre serviços públicos ou atos de polícia de sua competência administrativa, contribuições de melhoria sobre obras públicas por eles realizadas e contribuição para custeio de sistema de previdência e assistência social de seus servidores.

Os Municípios⁶ são competentes para criar impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, taxas sobre serviços públicos ou atos de polícia de sua competência administrativa, contribuições de melhoria sobre

obras públicas por eles realizadas e contribuição para custeio de sistema de previdência e assistência social de seus servidores.

O Distrito Federal⁷ tem competência para instituir os mesmos tributos dos Estados e dos Municípios.

Como foi dito, a partilha das materialidades susceptíveis de tributação entre as pessoas políticas é providência constitucional destinada a garantir o princípio federativo brasileiro. Por conseguinte, qualquer tentativa de modificá-la em seu desfavor, até mesmo por emenda constitucional, conterà vício irremediável de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, propostas de emenda que pretendam transferir competência legislativa tributária dos Estados para a União deve ser considerada inconstitucional por visar centralizar a tributação e tender a abolir a Federação brasileira.

Em contrapartida, não está em desacordo ao princípio federativo a transferência, por emenda, de competência tributária da União para os Estados, uma vez que estaria sendo privilegiada a descentralização política, fortalecendo a Federação e, por conseguinte, preservando a democracia nacional.

Apesar de estabelecer vedações que configuram verdadeiros princípios constitucionais tributários e de partilhar entre os entes federativos as materialidades passíveis de tributação, a Constituição Federal ainda prescreve minuciosamente a repartição entre os entes políticos do produto de sua arrecadação de impostos, configurando aquilo que a doutrina chama de Federalismo cooperativo ou financeiro. Essa repartição consta dos arts. 158 e 159 do Diploma Máximo. Ademais, a Lei Maior determina que 20% do produto da arrecadação de todos os novos impostos criados sejam atribuídos aos Estados-membros⁸.

6. Projeto de reforma constitucional tributária – PEC nº 175-A/95

Discute-se no Congresso Nacional proposta de emenda à Constituição Federal de

1988 que pretende alterar o Sistema Tributário Nacional. Trata-se de tentativa de reforma constitucional tributária.

Várias razões extrajurídicas motivaram o Presidente da República a elaborar a conhecida PEC nº 175 de 1995, entre elas a diminuição da carga tributária, a desoneração das exportações, o fim da guerra fiscal etc.

Para sua análise, foi criada na Câmara dos Deputados a Comissão Especial da Reforma Tributária, que já ofereceu proposta de emenda substitutiva ainda não levada à votação. É a PEC 175-A/95, objeto deste estudo.

Em linhas gerais, esta proposta de emenda substitutiva pretende modificar o regime jurídico dos empréstimos compulsórios, que poderão ser instituídos mediante lei ordinária; constitucionalizar a faculdade de se editar medida provisória em matéria tributária quanto aos impostos sobre importação, exportação e operações financeiras; extinguir a competência para instituir o imposto sobre produtos industrializados, transferir para os Estados e o Distrito Federal a competência para criar o imposto sobre propriedade territorial rural, com alíquotas máxima e mínima fixadas pelo Senado Federal; atribuir, compartilhadamente, à União e aos Estados e Distrito Federal a competência para instituir imposto sobre operações relativas à circulação de combustíveis automotivos; atribuir aos Municípios competência de criar imposto sobre venda a varejo de mercadorias, que não será seletivo, nem objeto de isenção, benefício ou incentivo fiscal; conferir-lhes ainda competência para instituir contribuição para suplementação dos serviços de segurança pública prestados pelos Estados, execução de obra de pavimentação e saneamento de obras urbanas, custeio de coleta de lixo e iluminação pública.

Afora essas alterações e outras que não serão, propositadamente, abordadas nesta oportunidade, o objeto do presente estudo volta-se mais precisamente à análise da modificação do atual imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação (ICMS), de competência dos Estados e do Distrito Federal e sua maior fonte de renda.

A referida exação passará, se aprovada a proposta de emenda nº 175-A/95, a recair sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, ainda que iniciadas no exterior. Ademais, será instituído por lei complementar da União, comportará uma alíquota federal, passível de modificação pelo Poder Executivo, e uma alíquota estadual e distrital, fixada pelo Senado Federal, além de outras modificações.

O que é importante frisar, em face do princípio federativo, é que a proposta de emenda objetiva transferir para a União competência legislativa sobre imposto hoje da esfera dos Estados e do Distrito Federal e, mais, aquele mais representativo nos seus orçamentos.

Embora fique ressalvada a existência de alíquotas estaduais sobre a materialidade que será compartilhada, não se pode conceber tal tentativa de centralização na tributação diante do ordenamento jurídico pátrio, em que é vedada qualquer proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

Se a Federação é caracterizada pela descentralização político-jurídica, administrativa e financeira dos Estados-membros, qualquer intenção de reduzi-las considera-se tendente a aboli-la.

A competência tributária é a expressão mais significativa da autonomia financeira e meio garantidor da autonomia administrativa. Por mais que se argumente a continuidade de arrecadação estadual por meio da aplicação da alíquota estadual do pretendido ICMS prevista para atuar paralelamente à federal, a competência legislativa acerca do tipo tributário, expressão da autonomia jurídica, será totalmente transferida à União, em flagrante afronta à primeira cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Logo, em face da Lei Máxima brasileira, que erige o princípio federativo ao patamar de cláusula pétrea, insusceptível de propos-

tas de emenda sequer tendentes a aboli-lo, é natural concluir que a referida proposta de emenda constitucional, por pretender transferir para a União competência legislativa tributária atualmente pertencente aos Estados e ao Distrito Federal, deve ser considerada, ao menos nesse aspecto, inconstitucional.

Conclui-se, por conseguinte, que a PEC 175-A/95, no tocante à tentativa de transferir competência dos Estados para a União, inobstante outros pontos aqui propositadamente não abordados, é inconstitucional por tender a abolir a forma federativa de Estado, cláusula pétreia, uma vez que tende a concentrar na esfera da União a competência legislativa tributária, enfraquecendo a autonomia política, jurídica e financeira dos Estados-membros.

Assim, a Proposta de Emenda à Constituição nº 175-A/95 não deve passar pelo controle preventivo nem pelo repressivo de constitucionalidade previstos na Constituição Federal de 1988.

Certamente preocupados com problemas brasileiros, os parlamentares pátrios não podem dar-lhes melhor solução que a obediência à Lei Maior.

Notas

¹ Art. 60, *caput*, § 2º, 3º, 5º, todos da Constituição de 1988.

² Art. 60, § 1º, da Constituição de 1988.

³ Imunidade tributária, *Imunidade tributária*, p. 69.

⁴ Art. 145, 148, 149, *caput*, 153, 154, da Constituição de 1988.

⁵ Art. 145, 149, parágrafo único, 155, da Constituição Federal.

⁶ Art. 145, 149, parágrafo único, 156, da Constituição Federal.

⁷ Art. 32, § 1º, da Constituição Federal.

⁸ Art. 157, II, da CF/88.

Bibliografia

AMARO, Luciano. As cláusulas pétreas e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. [S.l.: s.n.], n. 21, p. 71-78, [19--].

ARAUJO, Luiz Alberto D; NUNES JÚNIOR, Vidal S. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Característicos comuns do federalismo. *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, José Souto M. Princípio da segurança jurídica a criação e aplicação do tributo. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: [s.n.], n. 63, p. 206-210, [19--].

CAMPOS, Dejalma de. As cláusulas pétreas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*. [S.l.: s.n.], n. 9, p. 28-40, [19--].

CARRAZZA, Roque A. *Curso de direito constitucional tributário*. 14. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A reforma tributária e as cláusulas pétreas. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: n. 67, p. 252-257, 1997.

CARVALHO, Paulo de B. Sobre os princípios constitucionais tributários. *Revista de Direito Tributário*. [S.l.: s.n.], n. 55, p. 143-155, [19--].

CLÈVE, Clémerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Sacha C. N. Princípios constitucionais tributários e reforma fiscal. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: [s.n.], n. 61, p. 123-128, [19--].

DERZI, Misabel. Federalismo, estado democrático de direito e imposto sobre o consumo. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: [s.n.], n. 75, p. 197-218, [19--].

FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GONÇALVES, José Artur L. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

HORVATH, Estevão. Reforma tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: [s.n.], n. 69, p. 313-325, [19--].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SEVERINO, Antônio J. *Metodologia do trabalho científico*. 20. ed. São Paulo: Cortez, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. *Revista de Direito Tributário*. [S.l.: s.n.], n. 69, p. 208-228, [19--].

Justiça do Trabalho – Procedimento Sumaríssimo

Modernização e alguns dos requisitos necessários para atingir a celeridade com efetividade na prestação jurisdicional sem prejuízo do devido processo legal

Bruno Luiz Weiler Siqueira

“O juiz deve colaborar no processo de mudança, mudança para melhor, é claro, mudança no campo social, no campo legislativo, mudança de costumes, combate à corrupção, etc. O juiz deve ser um ativista, principalmente no campo das mudanças legislativas. Ele deve fazer valer a lei, buscando em Cícero, na velha Roma, o mote: se a lei é o magistrado mudo, o magistrado é a lei que fala.” (Ministro Carlos Velloso, presidente do Supremo Tribunal Federal).

A Justiça do Trabalho recebeu nova responsabilidade, no caso, solucionar as Reclamações Trabalhistas, em primeiro grau, no prazo máximo de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias.

As alterações apresentadas pela Lei nº 9.957/2000, DOU 13-1-2000, a qual estabeleceu o Procedimento Sumaríssimo na Justiça do Trabalho, representou avanço para a conciliação, considerando-se o fato de que a apresentação da petição inicial com valores pecuniários dos pedidos trouxe como consequência a maior facilidade na realização de conciliação, uma vez que, em regra, a parte Autora, dentro da realidade, não pedirá valores irrealistas para composição e a parte Reclamada, quando notificada da audiência, saberá o valor pretendido pelo Reclamante, possibilitando a apresentação de propostas conciliatórias mais coerentes, contribuindo para a celeridade processual.

A maior restrição à possibilidade de interposição de Recurso de Revista também deverá contribuir para a celeridade proces-

Bruno Luiz Weiler Siqueira é Juiz do Trabalho Presidente da Segunda Vara do Trabalho de Cuiabá-MT, Tribunal Regional do Trabalho da 23ª região, Pós-graduado e Mestrando em direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, conveniada à UNESP/SP.

sual, uma vez que possibilitará o trânsito em julgado da decisão em tempo menor.

Importantes, não se pode negar, foram as alterações decorrentes da instituição do Procedimento Sumaríssimo na Justiça do Trabalho, cujo projeto de lei, de autoria do Poder Executivo, por proposta do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sofreu emendas no Poder Legislativo e vetos do Poder Executivo.

A Lei nº 9.957/2000 deu um novo impulso à Justiça do Trabalho, uma nova roupagem, embora composta por muitas partes da roupagem já existente, trazendo, entretanto, um novo desafio. Como tornar mais célere a Justiça mais célere do País?

A Justiça do Trabalho sempre foi a mais célere do Brasil, com a solução de milhares de processos por ano.

Os Juízes do Trabalho sempre trabalharam no limite das suas forças, realizando pautas individuais diárias com 20 (vinte) ou mais processos, sem folgas aos sábados, domingos e feriados, tudo em nome da responsabilidade do cargo e da melhor e mais célere prestação jurisdicional.

Os Juízes do Trabalho honram o juramento que fizeram: “Prometo exercer o cargo com dignidade, responsabilidade e competência, cumprindo fielmente os deveres e atribuições, respeitando a Constituição e as Leis da República.”

A renovação, por meio da Lei nº 9.957/2000, de 13-1-2000, de que a Justiça do Trabalho deve ser célere, nada mais representa do que o interesse dos Juízes do Trabalho.

Não adianta, contudo, determinar que os Juízes cumpram o que já está na lei, o que, reafirma-se, sempre procuraram cumprir, inclusive, em detrimento da sua família, do seu lazer e de quaisquer outras atividades garantidas a todos os trabalhadores.

A redução do número de testemunhas de 03 (três) para 02 (duas) não representa alteração significativa, uma vez que a parte poderá, diante da necessidade de provar determinados fatos referentes a períodos e locais distintos, ajuizar mais de uma Reclamação Trabalhista.

Os Juízes do Trabalho, com a convicção de que as relações sociais irão melhorar e a satisfação do dever cumprido, é que encontram forças para o prosseguimento da árdua e incompreendida atribuição de julgar.

O Poder Judiciário representa a segurança para os cidadãos. As decisões proferidas poderão, eventualmente, desagradar interesses, contudo, representam a interpretação da legislação vigente.

A celeridade cobrada por todos, inclusive, e principalmente pelos próprios juízes, não depende apenas do Poder Judiciário, como muitas vezes, de forma equivocada ou proposital, é noticiado pelos meios de comunicação.

Para se cobrar celeridade na prestação jurisdicional é necessário o mínimo de conhecimento sobre a legislação vigente e, ainda, sobre a situação e condições de trabalho dos juízes.

O processo, na definição de João Uchôa Cavalcanti Netto, é conceituado da seguinte forma:

“Há, assim, três perspectivas sob as quais se podem visualizar o processo. *Para o Estado*, o processo é o meio de o juiz se informar a fim de compor um litígio. *Para quem tem direito*, é o meio, se bem que inconveniente, de vê-lo reconhecido. *Para quem não tem absolutamente razão e o sabe*, é o meio, ou de obter vantagem indevida, pela criação do erro judiciário, ou de assegurar por algum tempo vantajosa situação ilícita” (CAVALCANTI NETTO, 19- -, p. 33).

Na lição de Moacyr Amaral dos Santos, temos que

“Para que possa servir de instrumento idôneo da jurisdição, o processo deverá informar-se e desenvolver-se regularmente. E, que assim o seja, o Estado tem tanto ou mais interesse que as partes. Por isso ao juiz cumpre policiar o processo, desde o seu início, de modo a atingir a sua meta, não só isento de vícios, defeitos ou irregula-

ridades, como também em condições de se proferir sentença com justiça” (SANTOS, 1990, p. 241).

A Justiça é acionada, em regra, para solucionar litígios, sendo que os juízes não possuem o poder de adivinhar qual das partes está com a razão, o que, com certeza, aceleraria a prestação jurisdicional.

Tratando-se, dessa forma, os juízes de cidadãos comuns, não há como ser considerado o devido processo legal, por meio do qual cada uma das partes apresentará os seus argumentos, pedidos e provas. E, após, formado o convencimento do Juízo, o processo será julgado.

A decisão proferida poderá ser aceita ou não pelas partes, podendo utilizarem-se de recursos, quando possíveis e entenderem necessários.

Transitada em julgado a sentença, em breve síntese, iniciar-se-á a execução, com citação do devedor para pagamento dos valores devidos, ou nomeação de bens, com penhora e prosseguimento da execução até a satisfação dos créditos em execução, com liberação ao exequente e quitação dos demais encargos pelo devedor (custas processuais, honorários contábeis e/ou periciais, Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária).

O processo não pode ser comparado a uma linha de montagem de veículos automotores, na qual se tem conhecimento prévio dos materiais necessários para a fabricação de um veículo e o tempo necessário para tal procedimento, ocasionando certa facilidade na redução ou alteração dos materiais e do tempo.

Cada processo representa uma realidade, uma vez que todo ser humano traz consigo a expectativa de ver realizada a Justiça. As provas a serem produzidas em cada processo variam de acordo com as necessidades do caso e, ainda, da diligência dos advogados.

O Juiz possui o dever de velar pela celeridade do processo, bem como indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias,

as, sem, contudo, retirar das partes o direito ao devido processo legal.

J. J. Gomes Canotilho ressalta que

“A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva ‘resposta’ plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). O controle judicial deve, pelo menos, em sede de primeira instância, fixar as chamadas ‘matérias ou questões de facto’, não se devendo configurar como um ‘tribunal de revista’ limitado à apreciação das ‘questões’ e ‘vícios de direito’. Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de caso julgado – ‘a justiça tardia equívale a uma denegação da justiça’. Note-se que a exigência de um processo sem *dilações indevidas*, ou seja, de uma prestação judicial em tempo adequado, não significa necessariamente ‘justiça acelerada’. A ‘aceleração’ da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta” (CANOTILHO, 1999, p. 466-467).

É necessário dar condições à Justiça do Trabalho para que seja mais célere, para que a prestação jurisdicional seja realizada de forma eficaz em todos os rincões da nossa pátria.

A celeridade da Justiça está vinculada a duas preocupações básicas: como ser célere sem estrutura de apoio? Sem que os Juízes

do Trabalho continuem trabalhando mais de 12h por dia, sem folgas aos sábados, domingos e feriados, uma vez que na maioria dos casos respondem por Varas do Trabalho com número de processos muito superior ao limite legal para criação de nova Vara do Trabalho, no caso, 1.500 processos por ano? E sem ferir os dispositivos legais vigentes, no caso, o devido processo legal?

A resposta existe, é complexa e depende de alterações mais consideráveis na legislação vigente. Não basta a renovação de dispositivos legais em vigência.

O primeiro passo a caminho da maior celeridade é a criação de novas Varas do Trabalho em todo o Brasil, possibilitando, assim, maior facilidade para que as partes interessadas busquem a satisfação dos seus direitos e/ou a liberação das suas obrigações.

A criação de novas Varas do Trabalho além de atender as necessidades da sociedade, possibilitará a redução dos prazos no cumprimento da prestação jurisdicional, uma vez que representará aumento no número de Juízes e de servidores, colocando o Poder Judiciário mais próximo da sociedade, sendo que a imediata observância da criação e instalação de novas Varas do Trabalho para adequação ao limite legal de 1.500 processos por Vara já auxiliaria.

Frise-se que a criação de novas Varas é atribuição do Poder Legislativo.

O segundo passo seria a realização de alterações na fase de conhecimento, com a possibilidade da fixação de multa, na sentença, pela não-quituação imediata do débito (citação após o trânsito em julgado da sentença liquidada).

Há possibilidade de ser fixada multa em valor superior ao percentual de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nas hipóteses de litigância de má-fé. Tal procedimento auxiliaria na celeridade processual, bem como, auxiliaria na diminuição dos pedidos infundados.

O terceiro passo seria a implantação de um processo de execução na Justiça do Tra-

balho, com procedimentos que aumentassem o interesse dos devedores em quitarem os seus débitos, no caso, alteração dos requisitos necessários para apresentação de Embargos à Execução e de Agravo de Petição.

Os embargos à execução, para os devedores solventes, deveriam ser condicionados ao depósito em dinheiro do valor em execução ou à nomeação de bens pelo executado.

A observância rígida da penhora em dinheiro com bloqueio de contas-correntes seriam alternativas de aplicação mais imediata.

Bem assim a alteração do valor dos juros a serem quitados, uma vez que 1% (um por cento) ao mês representa incentivo aos maus devedores que têm interesse em procrastinar o andamento do feito. Os rendimentos em aplicações financeiras normalmente superam o referido percentual.

Na execução a multa pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça deveria sofrer alteração no seu percentual, com autorização para ser fixada além dos 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, no caso, limitá-la ao percentual máximo de 100% (cem por cento).

Há necessidade de alterações quanto aos precatórios, com extinção total ou, pelo menos, parcial, observando-se, na segunda hipótese, os créditos de pequeno valor.

A extinção da Representação Classista resultou em avanço para a Justiça do Trabalho, trazendo como consequência a necessidade de que as vagas originadas nos Tribunais sejam ocupadas por Juízes Togados, evitando-se o acúmulo de processos decorrentes da eliminação dos Juízes Classistas.

A referida investidura seria representada apenas pela substituição dos Juízes Classistas dos Tribunais, pois nas Varas do Trabalho, local no qual os Juízes Classistas se encontravam em maior quantidade, os Juízes Togados não terão qualquer dificuldade em prosseguir as suas atividades, uma vez que a ausência daqueles não representou alteração no volume de trabalho.

Existem exemplos de iniciativas importantes e relevantes que demonstram o espírito dos Juízes do Trabalho de realizarem a prestação jurisdicional de forma mais célere, sem prejuízo do devido processo legal. Cita-se a iniciativa do Juiz do Trabalho Togado Guilherme Augusto Caputo Bastos, que na presidência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região implantou o sistema de Juntas de Conciliação e Julgamento Itinerantes, no caso, o deslocamento da Justiça do Trabalho a localidades distantes até 995 (novecentos e noventa e cinco) quilômetros das sedes de Varas do Trabalho, caso de Cuiabá/MT até Juína/MT, com realização de audiências, facilitando às partes o acesso à Justiça, uma vez que elimina a necessidade do deslocamento das partes, advogados e testemunhas. É a Justiça que se desloca até os jurisdicionados. A implantação do sistema integrado de execução, também de iniciativa do ilustre Juiz, seguindo em parte o modelo já adotado por outros Regionais, veio a garantir maior celeridade na execução, com a centralização e, na medida do possível, uniformização de procedimentos. Menciona-se, ainda, entre outras realizações, a informatização das Secretarias e das Salas de audiências, agilizando os trabalhos e possibilitando às partes o acesso direto ao andamento dos seus processos.

Os referidos procedimentos foram mantidos e estão sendo aprimorados pelo atual Juiz do Trabalho Presidente do mencionado Regional, doutor José Simioni.

Soluções existem, os Juízes do Trabalho estão fazendo a sua parte, cabe ao Poder Legislativo fornecer os meios necessários para uma maior celeridade da prestação jurisdicional, no caso, dispositivos legais que incentivem os devedores a quitarem os seus débitos, bem como possibilitem à Justiça do Trabalho colocar-se cada vez mais próxima dos jurisdicionados por meio da criação e implantação de novas Varas do Trabalho, uma execução mais rápida e eficaz, satisfazendo, assim, as expectativas e necessida-

des dos trabalhadores, sem ofensa ao devido processo legal.

As alterações na legislação devem ser feitas com a colaboração de juristas, juízes, procuradores e advogados, os quais, com as experiências e conhecimentos que possuem, com certeza, poderão contribuir para a melhora do sistema legal vigente. A sociedade agradecerá.

Bibliografia

ATAVILA, Jayme de. *Origens dos direitos dos povos*. 3. ed. [S.l.]: Melhoramentos, [19- -].

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAVALCANTI NETTO, João Uchôa. *Como se advoga no cível*. Rio de Janeiro: Rio, [19- -].

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. V. 2.

Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico

Cesar Caldeira

Sumário

1. Introdução. 2. O roubo em coletivos como problema social. 3. Mapeamento de uma divergência jurisprudencial: como os Tribunais do Rio vêm decidindo nos casos de reparação de danos por assaltos a passageiros de ônibus. 3.1. Mapeamento do Tribunal de Alçada: 1975-2000. 3.2. Mapeamento das decisões do Tribunal de Justiça: 1975-2000. 4. Conclusões. 4.1. A divergência jurisprudencial: existe uma resposta judicial correta para a controvérsia? 4.2. O papel das ações indenizatórias na regulação jurídica.

“A análise crítica do que existe assenta no pressuposto de que a existência não esgota as possibilidades da existência e que portanto há alternativas susceptíveis de superar o que é criticável no que existe. O desconforto, o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso para teorizar a sua superação”.

Boaventura de Souza Santos¹

1. Introdução

A crescente violência nas relações sociais exige uma reavaliação da sua regulação jurídica. O reconhecimento público desse problema tem sido, até agora, predominantemente nas áreas criminal² e cultural³. Este artigo aponta para a necessidade de reexaminar a prática judicial na reparação de danos nos casos que envolvem violência contra a integridade física e moral⁴ de passageiros do transporte coletivo realizado por ônibus⁵.

A violência efetivada por assaltos e roubos de passageiros de ônibus no *Estado do*

Cesar Caldeira é professor de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (UNI-Rio) e da Universidade Candido Mendes - Ipanema (UCAM - Ipanema) e Mestre em Direito pela Yale University.

Rio de Janeiro será abordada como um problema específico e setorial, dentro do campo da prática judicial em matéria de responsabilidade civil. Na primeira seção, o artigo evidencia que a violência cometida contra os usuários de ônibus aumentou de forma significativa ao ponto de fazer com que o reconhecimento público do problema fosse alterado qualitativamente: os assaltos em ônibus passaram a ser um risco cotidiano e inerente ao uso desse transporte coletivo. Essa mudança na percepção social dos riscos⁶ no transporte coletivo e a crescente tentativa de buscar indenizações judiciais pelos danos sofridos demandam uma nova abordagem para a resolução do problema jurídico. Ocorre uma construção social da realidade que faz possível ascender as demandas singulares e atomizadas de responsabilização por danos ao plano de um “problema social”.

A segunda seção aborda a prática judicial no Rio de Janeiro nas ações indenizatórias por assaltos a passageiros no Tribunal de Justiça e no extinto Tribunal de Alçada no período de 1975 até o primeiro semestre de 2000. Duas conclusões são apresentadas. Primeiro, a prática judicial dominante é de não responsabilizar nem o Estado nem a empresa transportadora pelos danos causados às vítimas dos assaltos em ônibus. Essa tendência jurisprudencial dominante encontra-se na contramão das expectativas sociais da resolução judicial de um problema que é cada vez mais visto como um “problema social”. No entanto, os Tribunais continuam a vê-lo como episódios singulares e julgá-lo a partir de uma abordagem jurídica que não considera nem as mudanças constitucionais e legislativas – como o Código de Defesa do Consumidor – nem a nova dimensão de risco que emerge com a crescente violência. Segundo, o artigo focaliza a divergência jurisprudencial que foi ao longo dos anos se formando em torno do problema. A posição dos desembargadores que responsabilizaram as empresas transportadoras pelos danos causados às vítimas de assaltos em ônibus é analisada. Essa tendência

ainda minoritária, mas em ascensão, será apontada como mais conforme a uma interpretação e aplicação da Constituição e da legislação. Será indicado, porém, que os desembargadores vêm efetuando um “ajuste equitativo” socialmente desejado.

Na terceira seção, serão apresentadas as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, que vêm responsabilizando as empresas transportadoras pelos danos causados às vítimas de assaltos em ônibus.

Na conclusão, argumenta-se que a questão da reparação de danos na problemática setorial e específica do transporte coletivo precisa ser reapreciada devido às mudanças ocorridas nas relações sociais sob o impacto da violência. A regulação jurídica e a prática judicial precisam dar respostas socialmente adequadas ao novo patamar de conflitualidade existente e aos riscos e danos decorrentes dessa situação prática. A responsabilidade do transportador não se origina exclusivamente dos eventos comumente verificados no exercício de sua atividade, mas de todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro de um leque amplo de variáveis inerentes ao meio, interno e externo, em que trafega o coletivo. Em certas localidades, o assalto e o roubo de passageiros de ônibus deve ser incluído como uma das hipóteses de risco do negócio.

O direito precisa ser interpretado e aplicado a partir dos princípios⁷ que se encontram, de maneira expressa ou latente, no ordenamento jurídico. A inviolabilidade da vida, a integridade física e moral da pessoa humana, a incolumidade do passageiro são princípios que devem nortear, no transporte coletivo, a reparação de danos orientada pela ética e pelo interesse público. Nesse sentido, sugere-se que análises jurídicas sejam realizadas tendo em vista detectar os setores e os problemas que, sob o impacto da sociabilidade violenta, imponham “responsabilidades especiais”, que precisam ser ponderadas dentro do campo da responsabilidade civil.

2. O roubo em coletivos como problema social

“O assalto, hoje, insere-se nos riscos próprios do deslocamento. É mais provável o passageiro ser assaltado do que sofrer danos decorrentes do próprio transporte”.

Des. Mello Tavares, na Apelação Cível nº 3.913/99⁸.

Assaltos a passageiros de ônibus são frequentes, e as estatísticas indicam que é um problema crescente no transporte urbano, intermunicipal e interestadual. No Estado

do Rio de Janeiro, o risco de o passageiro ser vitimado por roubo em coletivo é maior que o de ser acidentado. Segundo as estatísticas do Detran, em 1998, 828 ônibus estiveram envolvidos em acidentes de trânsito com vítimas; em 1999, as estatísticas indicam um total de 3.449 acidentes de trânsito com ônibus no Estado do Rio de Janeiro. As estatísticas oficiais sobre roubos em ônibus são mais altas. Em 1998, foram registradas 6.774 ocorrências de assaltos em ônibus; em 1999, a estatística oficial se eleva para 7.683 ocorrências no Estado do Rio de Janeiro.

Ônibus envolvidos em acidentes de trânsito com vítimas no Estado do Rio de Janeiro					
	Capital	Interior	Rodovia Estadual	Rodovia Federal	Total
1998	464	243	121	—	828
1999	1.901	895	372	281	3.449

Fonte: DETRAN/Rio, Secretaria de Segurança Pública.

Estatísticas oficiais de assaltos a ônibus são extremamente precárias. Os números oficiais não revelam a “criminalidade real” – o número de assaltos efetivamente ocorridos –, mas apenas a “criminalização” – o conjunto de ocorrências que foram registradas nas delegacias de polícia. O que o sistema penal institucionalizado capta é um percentual muito pequeno do que de fato acontece. Um número muito alto de assaltos ocor-

re sem que as vítimas notifiquem a polícia, pois estimam, com grande dose de realismo, que os assaltantes não serão presos, os objetos roubados não serão recuperados e não será possível obter ressarcimento pelas suas perdas patrimoniais e pelos seus danos físicos e morais. Ainda assim, as estatísticas oficiais revelam que os assaltos a ônibus são um *risco diário* nas principais capitais brasileiras.

Tabela 1 - Assaltos em ônibus em capitais brasileiras, 1998		
Cidades	Ocorrências	% Mil hab.
São Paulo	12.905	1,3
Rio de Janeiro	6.774	1,2
Salvador	3.407*	1,5
Recife	2.754	2,0
Vitória	1.170	4,3
Belo Horizonte	712	0,3

Fonte: Revista CNT, 1999.

* Essa cifra é apenas da delegacia especializada em assaltos a ônibus em Salvador. Quando se agregam as ocorrências de outras delegacias de Salvador, o número sobe para 4.745 assaltos em ônibus.

As estatísticas oficiais de roubo em ônibus no Estado do Rio de Janeiro de 1991 até 1999 evidenciam que esta prática delituosa está em notável ascensão.

Ano	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Número de ocorrências	4.249	4.810	4.722	4.759	5.126	5.480	6.574	6.774	7.683
TOTAL (1991-99): 50.177 ASSALTOS									

Fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP, Subsecretaria de Planejamento Operacional, SsPOp. Números compilados do Anuário Estatístico do Estado do Rio de Janeiro.

Nos primeiros cinco meses do ano 2000, a polícia registrou 3.832 ocorrências de roubos em ônibus - em média 766 por mês ou 25 por dia. Nesse ritmo, o Rio chegaria ao fim do ano com aproximadamente 10.000 roubos em coletivos⁹.

É possível se verificar na tabela 3 a incidência territorial dos assaltos em ônibus no período 1997-98.

A tabela 4 indica quais foram os locais de maior incidência de assaltos em ônibus no Estado do Rio de Janeiro no ano de 1997, ilustrando que a distribuição da vitimização dos passageiros é bastante desigual.

Essa prática criminosa vulnera preponderantemente usuários de transporte intermunicipal e suburbano, que são trabalhadores de baixa renda, carentes de outras alternativas de transporte. Usando o ano de 1997 como referência, constata-se que a zona sul da cidade do Rio – mais policiada devido à sua importância como área de turismo e por ter moradores de maior poder aquisitivo – é menos atingida por esse delito. Assaltos a passageiros de coletivos constituem uma prática delituosa particularmente odiosa e injusta, porque atinge os setores de trabalhadores empobrecidos por um sistema de economia privada, que irá usar de suas regras e instituições jurídicas para impossibilitá-los ao menos de obter o ressarcimento por suas perdas e danos. O ônus da vitimização é todo do usuário. A empresa

transportadora, conforme será analisado adiante, é exonerada de responsabilidade por suas atividades que criam riscos e vulnerabilidades à segurança dos passageiros.

A análise da efetiva situação dos roubos em coletivos poderia ser feita se as autoridades públicas exigissem que os fiscais das empresas – os ostensivos e os secretos – revelassem o número de assaltos que ocorrem em cada linha e descrevessem onde, como e com quantos delinquentes foram praticados. A vitimização precisaria também ser acuradamente relatada: se houve somente perda de patrimônio do usuário ou se o passageiro também sofreu dano físico além de moral.

Nada disso é atualmente exigido pelas autoridades públicas. O encobrimento da vulnerabilidade do passageiro se propaga e políticas governamentais de caráter preventivo aos assaltos não são efetivadas. Ao contrário, o que se revela em entrevistas feitas e depoimentos obtidos¹⁰ é que no Rio de Janeiro existe um conluio crescente entre empresas de transporte e redes criminosas, notavelmente de narcotraficantes. Em regra, as associações de moradores são os mediadores entre os “donos do morro” (os traficantes de drogas) e as empresas de ônibus. Os acordos são feitos para evitar que os motoristas e trocadores sejam assaltados, e principalmente agredidos. Dessa maneira, as empresas reduzem as suas perdas financeiras, que aliás são geralmente repassadas aos

Tabela 3 - Assaltos em ônibus em 1997-99 no Estado do Rio de Janeiro Ocorrências registradas pela Polícia Civil Distribuição espacial									
1997					1998				
	Total	Capital	Baixada	Interior	Total	Capital	Baixada	Interior	Niterói
Número de ocorrências	6.754	3.553	1.203	1.818	6.774	3.779	1.186	350	1.422

Fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP, Subsecretaria de Planejamento Operacional, SsPOp.

Tabela 4 - Roubos em coletivos em 1997 - locais de maior incidência	
Niterói, Icarai	874
Duque de Caxias	756
Madureira, Marechal Hermes, Rocha Miranda	718
São Gonçalo, Alcantara	614
Nova Iguaçu, Belfort Roxo e Nilópolis	403
Méier e Engenho de Dentro	359
Bangu, Realengo e Vila Kennedy	348
Tijuca, Vila Isabel e Grajaú	323
Bonsucesso, Benfica	256
Zona da Leopoldina	251

Fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública – SESP, Subsecretaria de Planejamento Operacional, SsPOp.

seus empregados por meio de descontos, se forem além de um determinado montante. Em troca, as empresas de ônibus prestam alguns serviços para a “comunidade”, como levar o pessoal do “movimento” e seus amigos à praia ou tornar disponível um ônibus, supostamente “fretado”, para que o pessoal do morro possa ir ao enterro de algum traficante.

No que concerne aos assaltos a passageiros, duas regras geralmente são fixadas nos acordos informais: 1. Não se permitir a concentração de assaltos em uma só linha quando há competição entre elas. Ou seja, os assaltos devem ser divididos de maneira mais ou menos equilibrada para que uma linha não seja tida pelos usuários como “mais visada” pelos assaltantes. Tal linha seria evitada pelos passageiros e diminuiria os lucros das empresas de transporte. 2. Os

empregados da transportadora – motorista e trocador, principalmente – não devem-se envolver na situação do assalto aos passageiros. Se violência excessiva for usada pelos assaltantes – o que ocorre mais frequentemente com assaltos praticados por “pivetes” –, a punição virá por meio dos “soldados” do tráfico de drogas.

O objetivo mais notável desses acordos entre empresas transportadoras e redes criminosas é assegurar que os assaltos e roubos em ônibus não configurarão riscos financeiros substanciais para as empresas e que seus empregados não estarão muito vulneráveis com esta criminalidade crescente. O risco e as perdas são deslocadas para o usuário, que passa a conviver quase diariamente com a incerteza quanto à sua incolumidade física e moral. O quadro é ainda mais odioso quando se verifica que muitos desses passa-

geiros não têm qualquer alternativa de transporte adequada devido a sua baixa renda.

Um debate público sobre a situação das vítimas de assaltos em coletivos, por outro lado, raramente consegue romper a barreira da indiferença dos empresários da mídia com o tema. Apenas em situações dramáticas, como o seqüestro ocorrido com o ônibus 174, no dia 12 de junho de 2000, a trezentos metros da Rede Globo, no Jardim Botânico, e durante uma reunião internacional de jornalistas na cidade, é que a imprensa cobre mais intensamente esses problemas. Além de notícias sobre esses episódios extraordinários, existem várias matérias jornalísticas sobre os perigos que estão presentes nas vias de acesso ao Rio¹¹, mas são voltadas para o avanço da barbárie sobre os setores de classe média que estão cada vez mais vulneráveis à violência e criminalidade. Mesmo os pesquisadores raramente voltam suas pesquisas¹² para esses assuntos que revelam a mais grosseira violação do direito à incolumidade da pessoa humana, em seu patrimônio e integridade física e moral.

É, por fim, raro encontrar uma reportagem na grande imprensa que venha resumir o perfil do lucrativo negócio dos ônibus na cidade do Rio de Janeiro, como fez a revista VEJA na matéria “Os Barões do Transporte Urbano”:

“O transporte urbano no Rio é negócio de mais de 1 bilhão de reais por ano. Quase 80% da população carioca depende dos ônibus para se locomover. O poder político dos empresários é enorme. ‘Os políticos sempre querem ganhar com o lançamento de novas linhas de ônibus’, reconhece Barata (...) Cinquenta e cinco empresas controlam os ônibus da cidade. A maioria está nas mãos de apenas seis empresários que, nas décadas de 60 e 70, receberam as linhas de graça da prefeitura e ainda ganharam o direito de explorá-las sem pagar impostos (...)”¹³.

Em suma, a violência cometida contra os usuários de ônibus aumentou de forma

significativa a ponto de fazer com que o reconhecimento público do problema fosse alterado qualitativamente: os roubos em ônibus passaram a ser percebidos como *um risco cotidiano e inerente ao uso desse transporte coletivo*. Essa mudança na avaliação social dos riscos no transporte coletivo e a crescente tentativa de buscar indenizações judiciais pelos danos sofridos demandam uma nova abordagem para a resolução do problema jurídico.

No Estado do Rio de Janeiro, ocorre uma construção social da realidade que faz possível ascender as demandas singulares e atomizadas de responsabilização por danos ao plano de um “problema social”¹⁴. Em face dessa modificação, que se dá nas relações sociais submetidas a um novo patamar de predação criminosa, as demandas sociais de regulação através de políticas governamentais de segurança pública aumentaram. Exige-se que haja mais prevenção e repressão aos assaltantes de ônibus pela polícia. Mas essa é apenas uma das importantes dimensões da questão que se apresenta na esfera pública. Neste artigo, dedicamos atenção à indagação: quem repara os danos causados às vítimas dos roubos em ônibus no Rio?

A tese sustentada, no plano sociológico, neste texto é a seguinte: devido ao crescente reconhecimento público dos danos diariamente causados aos passageiros de ônibus pelos assaltantes no Rio, ocorre uma “repolitização dos riscos”¹⁵. Em decorrência dessa percepção social do risco de violência durante a execução do contrato de transporte coletivo, torna-se indispensável rediscutir politicamente a responsabilidade da empresa transportadora pelos danos sofridos pelos roubos em ônibus. Eventualmente, a responsabilização da empresa transportadora pelos danos originados por assaltos precisará ser expressamente estipulada, por meio de regulamentação detalhada, pelo Estado. Enquanto essa regulamentação especial não triunfar politicamente em defesa da cidadania, o Judiciário terá um número crescente de “casos difíceis” (*hard cases*, na

expressão usada por Ronald Dworkin) para adjudicar. Este artigo celebra o avanço que essas decisões judiciais constituem no Rio de Janeiro e analisa criticamente as mudanças na fundamentação dessas decisões.

3. Mapeamento de uma divergência jurisprudencial: como os Tribunais do Rio vêm decidindo nos casos de reparação de danos por assaltos a passageiros de ônibus

As estatísticas oficiais informam que 50.177 assaltos a ônibus ocorreram no Estado do Rio de Janeiro entre 1991 e 1999. Conforme mencionado anteriormente, esses registros expressam uma parcela muito pequena da vitimização efetivamente sofrida pelos passageiros de ônibus. Além disso, cada assalto pode envolver várias vítimas. Mesmo assim, o número de ocorrências registradas serve como uma referência, ainda que precária, da situação em que se encontram os usuários desse meio de transporte.

As vítimas desse delito deveriam, num Estado Democrático de Direito, buscar no Judiciário o ressarcimento pelo dano sofrido, principalmente nos casos em que sua integridade psicofísica fosse atingida. Um exame do número de casos de reparação de danos que foram decididos pelo Tribunal de Alçada e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sugere que pouquíssimas vítimas de assaltos tentaram obter justiça por meio dessas instituições. Contando-se todos os casos decididos no período 1991-1999, so-

mando-se inclusive os embargos infringentes às apelações cíveis, foram encontradas 77 decisões judiciais em que se tentava obter ressarcimento de danos causados em assaltos a passageiros de ônibus. Dessas 77 decisões, 76 buscavam responsabilizar a empresa transportadora e uma tentava obter a indenização do Estado.

3.1. Mapeamento do Tribunal de Alçada: 1975-2000

A tabela abaixo elenca um total de 37 decisões do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Desse número, 21 decisões foram favoráveis à exoneração da responsabilidade da empresa transportadora por unanimidade e 7, por maioria. Das 7 decisões por maioria, 2 foram revertidas em condenações das empresas transportadoras nos embargos infringentes: uma por unanimidade (Apelação Cível nº 4.912/93) e a outra por maioria (Apelação Cível nº 4.918/94).

Por outro lado, o Tribunal de Alçada se decidiu 9 vezes por condenar a empresa transportadora a pagar indenizações pelos assaltos. Desse total, 4 decisões foram por unanimidade. Entre as 5 decisões tomadas por maioria, 3 apelações foram revertidas a favor da empresa transportadora por ocasião dos embargos infringentes (Apelação Cível nº 9.083/94; Apelação Cível nº 9.197/96 e Apelação Cível nº 10.221/96).

Em resumo, *existem 5 condenações importantes – sendo 4 por unanimidade – das empresas transportadoras no Tribunal de Alçada, no período 1975-97.*

Decisão a favor da empresa?	Câmaras Cíveis								Grupos de Câmaras			Total
	1 ^a	2 ^a	3 ^a	4 ^a	5 ^a	6 ^a	7 ^a	8 ^a	I	II	IV	
UN a favor	3	3	5	1	3	3	1	1	x	x	1	21
Por maioria a favor	x	x	x	1	1	2	x	1	x	1	1	7
Por maioria contra	x	x	x	x	x	3	1	x	1	x	x	5
UN contra	1	x	x	1	x	x	x	1	1	x	x	4
TOTAL	4	3	5	3	4	8	2	3	2	1	2	37 casos

Obs.: UN indica decisão por unanimidade.

3.2. Mapeamento das decisões do Tribunal de Justiça: 1975-2000

Foram documentadas 40 decisões em ações indenizatórias contra empresas transportadoras por assaltos a passageiros entre 1975 e o primeiro semestre de 2000 no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Desse total, 28 decisões foram tomadas entre fevereiro de 1998 e abril de 2000. Não foram encontradas ações antes de 1991. O crescimento de litigiosidade em torno desse problema é, portanto, rápido e muito recente. Provavelmente, esse crescente número de ações nos Tribunais acompanha a tendência ascendente na prática desse delito. Porém, pode-se especular que a maior parte das ações nessa matéria foram encaminhadas para, primeiro, os Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, para os Juizados Especiais Cíveis. Lamentavelmente, não se encontrou qualquer estatística relevante que pudesse comprovar, ou não, essa hipótese¹⁶.

A divergência de interpretação já se evidencia nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça. De 34 casos julgados, em cerca de um terço houve pelo menos um voto de desembargador contrário à exoneração da responsabilidade da empresa transportadora por assalto a passageiro. Mas nenhuma empresa foi condenada unanimemente a indenizar. Nos Grupos de Câmaras Cíveis dos seis Embargos Infringentes, apenas um foi decidido por unanimidade a favor da empresa transportadora; e um foi julgado por maioria contra a transportadora.

4. Conclusões

“How can we grasp an established institutional and ideological settlement in a manner that acknowledges its transformative possibilities, giving us power to make the future and freeing us superstition about the present?”

Roberto Mangabeira Unger¹⁷

Duas questões distintas são abordadas nessas conclusões. A primeira refere-se à divergência jurisprudencial mapeada no

extinto Tribunal de Alçada e no atual Tribunal de Justiça, e entre ambos e os Juizados Especiais Cíveis¹⁸. A segunda versa sobre o papel das ações indenizatórias em face do reconhecido *problema social* dos assaltos a passageiros de ônibus dentro de uma perspectiva de regulação jurídica da matéria¹⁹.

4.1. A divergência jurisprudencial: existe uma resposta judicial correta para a controvérsia?

A divergência jurisprudencial evidenciada neste artigo, na seção 3, suscita a indagação seguinte: existe uma resposta judicial correta para a controvérsia encontrada? *O cerne da questão está na aplicação da doutrina que afirma que o “caso fortuito externo” se equipara a caso fortuito e exonera a responsabilidade da empresa transportadora por assalto ou roubo a passageiros de ônibus.*

Este estudo tentou demonstrar que *essa doutrina não deve ser aplicada na situação atual do Rio de Janeiro no âmbito do transporte coletivo de ônibus*. Mais ainda, que as decisões que expressam o crescente repúdio dos juízes e desembargadores – do extinto Tribunal de Alçada e atualmente do Tribunal de Justiça – a esse *formalismo doutrinário* constituem respostas juridicamente adequadas e razoáveis ao efetivo problema apresentado ao Judiciário.

O direito precisa ser interpretado e aplicado como um conjunto de normas orientadas por princípios jurídicos. A controvérsia focalizada neste estudo solicita uma análise sistemática que propicie *a reconstrução dessa área temática* – transporte coletivo –, do ponto de vista da doutrina, principalmente, devido à crescente violência e criminalidade que põem em risco a integridade física e moral dos passageiros.

O valor fundamental que rege o nosso ordenamento jurídico é o da *dignidade humana*, alicerce do Estado Democrático de Direito. Amplo em suas repercussões, esse valor se espalha por meio de princípios que estruturam as relações jurídicas a partir da Constituição. A inviolabilidade do direito à vida e a proteção constitucional à integri-

dade física e moral do indivíduo têm amplas repercussões na conformação de todo o ordenamento jurídico. Direitos e deveres são previstos em inúmeros setores do ordenamento a partir do objetivo de prevenir riscos, reparar lesões e reprimir delitos às pessoas e seus bens.

A Constituição afirma como diretriz programática que a segurança pública é dever do Estado e, também, direito e responsabilidade de todos. As atividades e medidas tomadas nessa área visam a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Cabe à atividade do Estado, por meio das polícias, a missão preponderante na efetivação desses objetivos. Mas é previsto que os cidadãos participarão da manutenção e colaboração com as autoridades na prevenção e repressão de delitos. Sem esse esforço partilhado entre as autoridades e os cidadãos é inexecutável a ordem numa sociedade democrática.

Numa complexa sociedade-mercado, os espaços semipúblicos (como os *shoppings*, cinemas, caixas de saque eletrônico e outros) crescem e impõem novos desafios à regulação jurídica, especialmente quando a violência e a criminalidade estão atingindo freqüentemente esses espaços. O monopólio do controle da violência do Estado, nessas circunstâncias, deixa de ser exercido paulatinamente. É notável a partilha de responsabilidades na manutenção da segurança nesses espaços semipúblicos, por meio de seguranças particulares cujo contingente efetivo é várias vezes maior que o das forças de segurança pública. Essa tendência à partilha de responsabilidades na área de segurança pública também será estendida aos transportes coletivos, com o objetivo de assegurar a incolumidade dos usuários e de seus bens.

No entanto, a regulação jurídica específica desses espaços semipúblicos, e dos transportes coletivos que estão presentes na controvérsia jurisprudencial, ainda precisa ser feita. Enquanto não for, uma parte dos problemas sociais que emergem nesses es-

paços terá de ser solucionada pelo Judiciário. Este é o momento em que “casos difíceis” são apresentados aos juízes e desembargadores.

O problema ostensivo que se apresenta é a necessidade social de se repudiar – na controvérsia jurisprudencial em tela – uma doutrina (há excludente de responsabilidade da empresa transportadora quando ocorre “fortuito externo”, ou seja, assalto) que não concretiza adequadamente os valores constitucionais. Para assegurar a incolumidade dos passageiros e de seus bens, torna-se socialmente necessário que a empresa seja atuante, implementando medidas de segurança, devido à previsibilidade dos assaltos e roubos. Essa exigência social que vem sendo indicada pelos juízes e desembargadores nas decisões examinadas é constitucionalmente legítima e não vulnera a lei. Há, inclusive, recente respaldo de duas importantes decisões, por unanimidade, do Superior Tribunal de Justiça²⁰ que firmam posição, em dois casos em que se discute diretamente – na fundamentação do recurso e na decisão do Tribunal – a aplicação da doutrina da excludente do “fortuito externo” da responsabilidade civil da empresa transportadora. Eis as duas ementas:

“Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora.

O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de freqüentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro.

Precedente desta Quarta Turma (Resp nº 50.129/RJ, Rel. Ministro Torreão Braz).

Recurso exclusivamente pela alínea a não conhecido²¹.

“Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora.

Responde pelo resultado danoso a

empresa cujo motorista pratica a ação em estado de necessidade, sob coação do assaltante, deixando a porta aberta do veículo que mantém em movimento, do que decorre a queda do passageiro. Precedentes.

Recurso não conhecido”²².

Em síntese, na divergência jurisprudencial sobre a responsabilidade civil do transportador, por danos resultantes de crimes praticados no interior dos veículos, encontram-se os elementos seguintes. Primeiro, o encaminhamento e processamento de problemas e conflitos sociais – que ainda não foram regulamentados adequadamente por lei – para o Judiciário. Em face desse desafio, os juízes e desembargadores são chamados a reavaliar modelos jurídicos legais e modelos jurisdicionais²³ recebidos e a investir em esforços de crítica e superação da doutrina dominante, que não responde mais adequadamente às circunstâncias e fatos sociais. Nas divergências interpretativas sobre esses “casos difíceis” se revelam as controvérsias sociais sobre concretização de valores fundamentais e se descobre o viés redistributivo da reparação, ou não, dos danos causados. A alforria do transportador de sua obrigação de indenizar, por meio da aplicação mecânica da doutrina do “fortuito externo”, gera um *dano injusto e não ressarcido*, por um lado, e uma exoneração da responsabilidade em um empreendimento gerador de riscos e eventuais ônus para o usuário, e, por outro lado, somente proveito para o empresário.

Segundo, nessas controvérsias judiciais evidencia-se o *problema institucional latente* na discussão política: a *juridificação* das relações sociais está sendo efetivada pelo Judiciário, ao invés de pelo Legislativo e pelo Executivo.

Terceiro, o estudo crítico realizado aponta para a adequação constitucional do paradigma jurisprudencial que vem sendo construído pela corrente ainda minoritária de desembargadores no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Esse grupo se filia à doutrina que inclui o assalto a passageiro de

ônibus entre os casos de “fortuito interno”, que é risco inerente à atividade do transportador, devido à sua enorme frequência, fato esse que retirou sua imprevisibilidade.

Quarto, a responsabilidade da empresa transportadora é objetiva e regida pelo risco proveito. Não se discute, portanto, se o seu preposto age com culpa.

Quinto, compete ao Estado a tarefa preponderante de preservar a integridade física e moral dos cidadãos. Mas isso não exonera o fornecedor de serviços, como o transporte coletivo de ônibus, de adotar medidas preventivas de preservação de risco.

4.2. O papel das ações indenizatórias na regulação jurídica

Apesar dos avanços recentes nas decisões do Tribunal de Justiça, impõe-se reconhecer que a prática judicial dominante é de exonerar inteiramente a empresa transportadora de indenizações nos casos de assaltos a passageiros. A mudança jurisprudencial e doutrinária é por demais lenta para responder, em tempo socialmente adequado, aos reclamos de redirecionamento regulatório na matéria. De fato, por meio da *doutrina do “fortuito externo”*, a prática judicial assegura a imunidade das poderosas empresas transportadoras à pressão por mudança até mesmo em estabelecimento de medidas de segurança. Esse direito aplicado, de caráter corporativo-empresarial, não será rapidamente repudiado pelo próprio Judiciário que lentamente o ajudou a se consolidar.

É nesse contexto histórico que se indaga: qual o papel das ações indenizatórias na regulação jurídica?

A responsabilidade civil é parte do direito privado. A regulação, fiscalização e supervisão do transporte coletivo com o objetivo de reduzir danos é do âmbito do direito público. Como se pode relacionar ambos num Estado Regulamentador em que se reconhece como problema social a falta de regulação de espaços quase-públicos?

O ponto de partida está no reconhecimento de que tanto ações cíveis de ressarcimento

mento de danos quanto a legislação têm efeitos regulatórios. As ações indenizatórias regulam conduta indireta e, comumente, por meio do ônus financeiro da condenação. De maneira similar, a legislação pode regular a conduta, por um lado, ao estabelecer padrões e diretrizes e, por outro, por meio de multas, subsídios e demais controles administrativos. As diferenças mais significativas estão, no entanto, em outra esfera: procedimentos de resolução de conflitos. A regulação administrativa usa fiscais para decidir os casos que estão previstos em regras genéricas; usa procedimentos técnicos – não judiciais – para avaliar informações; tenta evitar que o dano ocorra, ao invés de reparar o dano causado. O Judiciário trata cada ação indenizatória como um caso individual e, devido à multiplicidade das lides, possibilita a desigualdade de indenizações, a qual tende a ser minimizada nas multas administrativas. Em resumo, as diferenças principais referem-se a quem decide, quando, com que informação, de acordo com que procedimento e com que alcance. Em tese, um esquema regulatório adequado pode usar as ações indenizatórias com um complemento a mecanismos de fiscalização administrativa. As ações constituiriam fundamentalmente um sistema de compensação movido pelas demandas dos particulares por meio do Judiciário.

Os problemas na regulação jurídica dos transportes coletivos (e talvez de outros espaços quase-públicos) são, pelo menos, dois. Primeiro, os mecanismos de controle e fiscalização administrativa são ineficazes ou inexistentes. Segundo, ações indenizatórias não têm impacto agregado suficiente para resultar num controle efetivo sobre as atividades e espaços. Isso ocorre devido às tendências doutrinárias e jurisprudenciais que não incorporaram apropriadamente a *dimensão constitucional de ética social e de interesse público na reparação de danos*.

Enfim, é indispensável se abrir um debate amplo sobre o que já se constitui como controvérsia nos Tribunais e nos Juizados.

Numa época em que a política se contraiu, e se dissimula em controvérsias envoltas em discursos profissionais, cabe aos juristas se engajarem como assistentes técnicos do cidadão. Uma de suas tarefas mais importantes é a de *repolitizar os novos riscos sociais* – para que a controvérsia se abra ao debate público no qual os interesses corporativo-empresariais talvez não prevaleçam mais.

Notas

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 23.

² Para um balanço recente da produção acadêmica nessa área, ler: ZALUAR, Alba. Violência e crime. MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1979-1995)*, São Paulo: Editora Sumaré, v. 1, 1999. p. 13-107.

³ Ler, por exemplo, a coletânea recente: PEREIRA, Carlos Alberto Messeder et al. (Orgs.). *Linguagens da violência*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

⁴ Para um estudo anterior que desenvolve essa linha de pesquisa sobre responsabilidade civil, ler: CALDEIRA, Cesar. Caso do Carandiru: um estudo sóciojurídico. 2ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 30, p. 143-188, abr./jun. 2000.

⁵ O setor de transporte coletivo no Rio é dominado pelo ônibus. Nas décadas de 50 e 60, 70% dos deslocamentos urbanos eram feitos sobre trilhos (bondes e trens). Hoje, a população é totalmente dependente dos ônibus, responsáveis por 90% das 8 milhões de viagens diárias realizadas na região metropolitana do Rio de Janeiro. No Rio circulam 245 linhas intermunicipais, que se somam às outras 446 que circulam só no município. A qualidade do serviço oferecido pelas empresas de ônibus é ruim. Engarrafamentos e poluição são causados pelos ônibus. O trânsito também é demorado: a velocidade média dos ônibus é de 16 km/h, metade da alcançada pelos trens. Segundo os especialistas, trens e metrô deveriam ser os principais meios de transporte no Rio. O papel dos ônibus seria o de alimentar a rede sobre trilhos. Sobre o debate eleitoral a respeito do transporte coletivo, ler: No Rio, interligação dos sistemas de transporte une candidatos a prefeito: principal problema é que ônibus transportam 90% dos passageiros. *O Globo*, 3. ed. 20 ago. 2000. O País, p. 4.

⁶ Sobre a percepção de riscos, ler: DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the Social Sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1985. Para um balanço bibliográfico sobre a temática do risco

nas Ciências Sociais, ler: GUIVANT, Julia S. A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, n. 46, p. 3-38, 2º sem. 1998.

⁷ Segundo Ronald Dworkin, o processo hermenêutico se fundamenta na concepção de “integridade” do direito. Ao justificar a importância desse ideal político – segundo o qual o Estado ou a comunidade devem atuar enquanto agentes morais, no sentido de que suas atividades precisam ser compatíveis com um conjunto de princípios –, Dworkin escreve: “*Integrity becomes a political ideal when we make the same demand of the state or community taken to be a moral agent, when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are. We assume, in both the individual and the political cases, that we can recognize other people’s acts as expressing a conception of fairness or justice or decency even when we do not endorse that conception ourselves. This ability is an important part of our more general ability to treat others with respect, and it is therefore an prerequisite of civilization.*” DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University, 1986. p. 166.

⁸ Ementa completa: “Responsabilidade civil. Assalto em ônibus. Dano ao passageiro. Responsabilidade da transportadora. Constituição Federal art. 37, § 6º Súmula 187 do STF. Ação de indenização proposta por passageira, quando viajava em ônibus de propriedade da transportadora, por ter sido assaltada e baleada na cabeça. A responsabilidade contratual do transportador não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (súmula 187 do STF). O assalto, hoje, insere-se nos riscos próprios do deslocamento. É mais provável o passageiro ser assaltado, do que sofrer danos decorrentes do próprio transporte. Afastada a hipótese de caso fortuito, posto que só é admissível quando se trata de eventos imprevisíveis, o que não é o caso. Recurso conhecido e provido”. Apelação Cível nº 3.913/99. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator designado: Des. Mello Tavares. Decisão: por maioria. Voto vencido: Des. Mário Rangel. Julgamento: 15/4/1999. Registrado em: 1. set. 1999.

⁹ Cf. *Revista da CNT*, jul. 2000. Disponível em: <http://cnt.org.br>. Após o caso do seqüestro no ônibus 174, no dia 12 de junho de 2000, as autoridades de segurança pública do Rio iniciaram uma intensa atuação de rua por meio de “blitzes” policiais. Além de constituírem um transtorno e um cerceamento de locomoção nas vias públicas, as “blitzes” policiais são criticadas por serem pouco eficazes. Cf.: Seqüestrado diz ter passado por 4 blitzes, *O Globo*, 14 ago. 2000. p. 1. Porém, o clamor público recente contra os assaltos a passageiros de

ônibus, com divulgação na mídia, mobilizou recursos policiais para esse problema. Talvez em consequência dessa atenção concentrada nesse problema houve uma redução nas “estatísticas oficiais” da Secretaria de Segurança Pública do Rio. Os roubos a coletivos foram reduzidos de 807, em junho, para 662, em julho de 2000. Cf. Cresce roubo a residências: Barra da Tijuca e Jacarepaguá lideram estatísticas da Secretaria de Segurança. *Jornal do Brasil*, 11 ago. 2000. Caderno Cidade, p. 22.

¹⁰ Estudos abrangentes e sistemáticos ainda não foram feitos ou, pelo menos, não foram suficientemente divulgados sobre esse tema. O Autor conduziu várias entrevistas com autoridades da área de segurança pública, rodoviários, usuários vitimados, jornalistas e empresários de transporte para obter informações sobre o tema dos roubos em coletivos no Rio.

¹¹ Ler, por exemplo: Perigo ronda as vias de acesso ao Rio: assaltos, saques, balas perdidas e pedradas apavoram motoristas em mais de 60 pontos. *O Globo*, 2. ed., 28 fev.1999. caderno Rio, p. 12. “Pelo menos 60 pontos de violência estão no caminho de cerca de 500 mil motoristas que trafegam diariamente por quatro principais vias de acesso ao Rio – Linha Vermelha, Avenida Brasil, e rodovias Presidente Dutra (Rio-São Paulo) e Washington Luís (Rio-Petrópolis) – e uma importante via da cidade, a Linha Amarela”.

¹² Existe um trabalho recente e importante sobre o impacto dos assaltos sobre os rodoviários: MACHADO, Eduardo Paes; LEVENSTEIN, Charles. Assaltantes a bordo: violência ocupacional, tensão racial e (in) segurança no transporte coletivo de Salvador, Brasil, Caracas, 2000. Este trabalho foi apresentado na primeira reunião do Grupo Violencia y Sociedad, do CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales), realizada em Caracas, Venezuela, entre 17 e 21 de janeiro de 2000.

¹³ Essa transcrição da matéria publicada na revista *Veja*, n. 1.531, 28 jan. 1998, p. 64 encontra-se no voto vencido do Juiz Ademir Paulo Pimentel, na Apelação Cível 8.972/97, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, julgada em 18 de fevereiro de 1998. Observação: esse caso não foi incluído no presente artigo pois versa sobre lesão em passageiro decorrente de pedra arremessada contra ônibus em via urbana.

¹⁴ Sobre essa dinâmica sociológica, ler: GUILLEMERD, Anne-Marie. Vues Rétrospectives sur le social et le juridique. CHAZEL. F; COMMAILLE, J. (Orgs.). *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991. p. 225-229.

¹⁵ A expressão é de Raffaele de Giorgi. “Para afrontar as situações caracterizadas pelo risco, os sistemas sociais singulares são constrangidos a reestruturar os dispositivos que possuem, de mane-

ra a sempre poder imputar um dano a uma decisão. E visto que o processo de imputação é sempre uma contínua repolitização dos riscos, é como se sabe, para a política arriscada tanto a situação que se decide, como a situação em que não se decide.” GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. In: _____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 198-199.

¹⁶ Na próxima seção deste artigo, serão indicadas as principais decisões das Turmas Recursais dos Juizados.

¹⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become*. Londres: Verso, 1996. p. 1. Numa tradução livre: “Como nós podemos compreender um acordo institucional e ideológico de uma maneira que reconheça suas possibilidades transformadoras, dando-nos poder para construir o futuro e livrando-nos da superstição sobre o presente?”

¹⁸ Os Juizados poderiam ser a instituição que maior acesso dariam às demandas de ressarcimento por assaltos a passageiros de ônibus. Infelizmente, é atualmente impossível conduzir um levantamento abrangente sobre a tendência decisória nos Juizados. O que foi possível obter foram algumas decisões das Turmas Recursais, que podem indicar a tendência das decisões, ao menos precariamente.

No extinto Juizado de Pequenas Causas, foi encontrado apenas um acórdão da 1ª Turma Recursal, Ementa 8: “Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Roubo a mão armada do veículo configura caso fortuito ou força maior. Exclusão da responsabilidade” (Proc. nº 5.579/93. Juíza: Cláudia P.S. F. Arrábida). Ementário de Jurisprudência. Turmas Recursais. Juizados Especiais de Pequenas Causas e do Consumidor nº 03/94.

Na pesquisa realizada, foram encontradas duas decisões de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis na comarca da capital do Rio de Janeiro. Ao contrário do que foi encontrado na época dos Juizados de Pequenas Causas, as duas decisões dos Juizados Especiais *condenaram as empresas transportadoras*.

¹⁹ *Todo esse trecho final do artigo* foi acolhido pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro *como fundamentação da decisão, por unanimi-*

dade, na Apelação 4.013/00, julgada em 12 de setembro de 2000, relator: Des. Paulo Cesar Salomão. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FATO DE TERCEIRO. FORTUITO EXTERNO – INOCORRÊNCIA. MORTE NO INTERIOR DE COLETIVO DURANTE ASSALTO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No Rio de Janeiro, não se pode mais considerar fato imprevisível a ocorrência de assaltos nos coletivos, em virtude da sua prática rotineira. Fatos lamentáveis que poderiam ser evitados se as empresas, que auferem grandes lucros, colocassem dispositivos de segurança, fizessem seguro e dessem treinamento adequado aos seus funcionários, bem como exigissem das administrações públicas medidas concretas para impedir esses danos. Inocorre fortuito externo nesses fatos causados por terceiros durante o contrato de transporte, onde a Transportadora se obriga a transportar incólume o passageiro até o destino pelo qual pagou o preço da passagem. Sendo concessionária de serviço público, aplica-se o art. 37, §6º, da Constituição da República, que encampou a teoria do risco administrativo. Ademais, por força do disposto no art. 175, Parágrafo Único, IV, da Constituição Federal c.c. o art. 14, da Lei 8.078/90 (CDC) a Transportadora responde independente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores quando da prestação de seus serviços. Provimento do recurso.

²⁰ As duas decisões foram publicadas no Diário da Justiça no mês de fevereiro de 2000.

²¹ Recurso Especial nº 175.794-SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Decisão: por unanimidade. Recte Empresa de Transportes Andorinha S/A. Recdo: Maria Eugênia Zagato. Data do julgamento: 5/11/1998.

²² Recurso Especial nº 234.263 – Rio de Janeiro (1999/0092711-7). Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Decisão: por unanimidade. Recte: Transportes Santo Antonio Ltda. Recdo. Luiz Henrique Lopes da Silva. Data do julgamento: 2/12/1999.

²³ A respeito dessas expressões, ler: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 68-72.

Processo econômico da América Latina e o Mercosul

Marli Aparecida da Silva Siqueira

Sumário

1. Considerações gerais. 2. A industrialização na América Latina. 3. A integração na América Latina. 4. Associação latino-ameicana de livre comércio – ALALC e outros. 5. Mercosul : objetivos e dificuldades. 6. Conclusão.

1. Considerações gerais

Compreende-se por América Latina a porção da América colonizada pelos portugueses e espanhóis, a qual ainda possui como resquícios do brusco processo colonizador a economia de dependência com os grandes centros capitalistas desenvolvidos.

A América Latina possui algumas características típicas: elevado crescimento demográfico; subdesenvolvimento; acentuadas desigualdades sociais, seja rural ou urbana; marginalização da maioria da população, referente ao nível de consumo e economia vulnerável em face da dependência econômica.

2. A industrialização na América Latina

Após a crise de 1929, ocorreu uma crise no setor de exportação, dando origem às importações. Observa-se, entretanto, que a América Latina foi beneficiada, pois, como não dispunha de condições econômicas para importar produtos industrializados, passou a produzi-los, dando início à industrialização, com diversas fábricas, principalmente de máquinas e peças de reposições.

Marli Aparecida da Silva Siqueira é professora, advogada e mestranda em Direito pela UNIC/UNESP.

O mercado interno cresce, essencialmente após a eclosão da II Guerra Mundial, quando as fábricas passam a produzir equipamentos e outros materiais bélicos, como é o caso do Chile, México, Argentina e Brasil. Outro aspecto que favorece esse aceleração produtivo da industrialização latino-americana deveu-se aos escassos e caros produtos estrangeiros, representando apenas uma pequena concorrência.

José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti, ao analisarem a industrialização na América Latina, constataram a existência, de maneira global, de três principais grupos:

“O *primeiro grupo*, constituído pela Argentina, Chile, México e Brasil, produz mais de 2/3 do produto interno da área. São países que tiveram seus processos de industrialização iniciados mais cedo e, com o passar do tempo, atingiram um maior grau de maturidade industrial.

O *segundo grupo* é constituído por países como o Peru e a Venezuela, que, na década de 60, apresentaram aumento significativo de suas exportações de matérias-primas, o que lhes permitiu dinamizar o setor industrial. Os países desse grupo diferem dos países do primeiro grupo pelo caráter tardio de sua industrialização, bem como pelo fato de essa industrialização, ocorrida por substituição de importações, ser realizada predominantemente por empresas estrangeiras. Por isso, a indústria de bem de consumo nesses países é dominada pelas empresas estrangeiras com maior intensidade do que nos países do primeiro grupo.

O *terceiro grupo* é formado por pequenas repúblicas centro-americanas ou andinas. Nos países desse grupo, 50% da produção industrial é constituída pelo ramo têxtil e alimentar. O pequeno mercado interno limita a capacidade de expansão (1997,p.384).

Verifica-se que o processo de industrialização da América Latina trouxe significa-

tivas modificações no setor econômico dos países, entretanto, não gerou mudanças estruturais, pois não era um processo homogêneo nos países latino-americanos; as empresas estavam situadas apenas em algumas regiões dos citados países e sofriam influência e controle externos, mediante empréstimos e investimentos.

Outro aspecto com relação à industrialização é estar direcionada para a substituição das importações, representando, dessa forma, um empecilho no processo industrial.

O aumento da população ativa, nesse período significou aumento da oferta de trabalho. O setor agrário não absorvia essa mão-de-obra disponível, gerando um excedente de trabalhadores, enquanto o setor industriário não acompanhou o crescimento populacional, colaborando para a elevação do Exército de Reserva de mão-de-obra, diminuindo, assim, os níveis salariais e conseqüentemente as condições de vida da classe trabalhadora, sendo que a tecnologia utilizada colaborou e colabora na redução dessa absorção de mão-de-obra disponível.

Assim, apesar do crescimento econômico, confirmam-se as características coloniais, pois mantém-se uma relação de dependência com os centros capitalistas desenvolvidos (mercado externo), onde os países latino-americanos permanecem como produtores de matérias-primas e gêneros tropicais para tais centros e compradores de seus produtos manufaturados.

Por volta de 1950, a fase da industrialização voltada para a *substituição de importações* entra em declínio e os países latino-americanos voltam seu setor industriário para a indústria pesada (máquinas, ferro, petroquímica, aço, exploração e refino de petróleo), porém a dependência externa era imensa, porque, apesar de terem empresas produtoras de bens de consumo, dependiam externamente das maquinarias pesadas, sem falar que, para saldar suas obrigações para com as importações, necessitavam das exportações de matérias-primas e alimen-

tos, tendo em consequência uma balança comercial desequilibrada.

3. A integração na América Latina

Diante do papel secundário em relação ao comércio mundial, países da América Latina unem-se objetivando criar condições e possibilidades para superarem os problemas comuns, através de uma integração interna, por meio de acordos e instituições internacionais latino-americanas, criando entre si mecanismos comerciais.

Elza Nadai e Joana Neves distinguem dois grupos:

“Na América Central, a partir de 1951, diversos países assinaram acordos bilaterais de livre comércio. Em 1958, foi assinado o *Tratado Multilateral de Livre Comércio e Integração Econômica*, que fundiu todos os acordos anteriores. As relações entre os países centro-americanos prosseguiram num sentido integracionista cada vez mais acentuado, com a assinatura de diversos tratados e convênios que tinham por objetivo não apenas organizar as relações comerciais, mas também transformar a região numa autêntica *Comunidade Econômica*.

Para atender a esses objetivos, diversos mecanismos e instituições foram criados:

- ESAPAC – Escola de Administração Pública da América Central, criada em 1945 com sede em São José da Costa Rica;
- ICAPTI – Instituto Centro-Americano de Pesquisa e Tecnologia Industrial, criado em 1946 e situado na Guatemala;
- Banco Centro-Americano de Integração Econômica; Conselho Econômico Centro-Americano; Conselho Executivo e a SIECA – Secretaria Permanente de Integração Econômica Centro-Americana – todos criados em 1967;
- Escola Centro-Americana de Capacitação Têxtil – criada em 1967.

Além disso, procedeu-se a um esforço no sentido de interligar a região através de uma rede básica de estradas e dos sistemas de transmissão de energia elétrica (contou com forte oposição dos Estados Unidos).

Os países meridionais da América Latina – Argentina, Brasil, Chile e Uruguai – mantiveram entre si, tradicionalmente, um importante intercâmbio, constituído de produtos primários. No decorrer da Segunda Guerra Mundial, as dificuldades de abastecimento externo deram um grande impulso a esse intercâmbio. Essas relações foram ainda intensificadas a partir de 1948, devido às dificuldades da balança de pagamento” (1987,p.163).

4. Associação latino-americana de livre comércio – ALALC e outros

A ALALC foi criada em 1960, por meio do *Tratado de Montevideu*, reunindo Argentina, Brasil, Chile, Uruguai, México, Peru e Paraguai, juntando-se posteriormente a eles, Colômbia e Equador, sendo que em 1968, integram-se a eles, a Venezuela e a Bolívia, estando reunida na ALALC toda a América do Sul e o México, objetivando um intercâmbio comercial na América Latina.

Nota-se que seus resultados são singelos, não correspondendo ao esperado, apesar da expansão comercial, visto não alterarem significativamente suas economias regionais, resultando dessa forma em nova reunião: Punta del Este, em 1967, em que os Governos dos países latino-americanos lutariam pela integração das economias nacionais em um *Mercado Comum*, estabelecendo claramente suas relações com os pólos centralizados do mundo, especialmente os Estados Unidos.

Apesar da integração dos países latino-americanos, a evolução no plano nacional é lenta, conservando-os numa posição secundária e periférica com relação ao comércio mundial.

Celso Furtado, ao analisar o Tratado de Montevideu, destaca: “o referido Tratado constitui muito mais uma resposta a problemas limitados surgidos, no decênio passado, em torno do comércio dos países meridionais, do que propriamente numa abertura no sentido de estruturar em bases novas as relações econômicas entre os países da região” (1969,p.285).

Operação Pan-Americana, Aliança para o Progresso, Aladi e Pacto Andino

Os problemas dos países latino-americanos só serão percebidos pelos Estados Unidos quando da vitória da revolução socialista em Cuba, pois receiam que outros países da América Latina façam o mesmo. Empréstimos norte-americanos são liberados para os mesmos, além da reativação da Organização dos Estados Americanos (OEA) para que promova reformas urgentes em tais países, dando origem a algumas alianças: *Operação Pan-Americana*, procurando neutralizar a política dos Estados Unidos (idéia do Presidente Juscelino Kubitschek), a qual foi adotada pela *Aliança para o Progresso* de John Kennedy, sendo estabelecido por esta um auxílio de 2 bilhões de dólares anuais, no transcurso de dez anos, além de outros investimentos privados, com o objetivo de garantir a hegemonia econômica e política norte-americana nos países latino-americanos.

Esse plano só cessou com a morte de John Kennedy, em 1963, quando o governo sucessor passou a desenvolver uma política repressiva aos movimentos revolucionários.

Em 1980, é criada a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração) em face do fracasso da ALALC, com a finalidade de formar áreas comerciais com tarifas reduzidas para determinados produtos, o qual formaria gradualmente um *Mercado Comum*, sem barreiras alfandegárias. A ALADI era composta pela Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Peru, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

A tentativa de integração da América Latina, com seus planos globais, referentes

à ALALC, Operação Pan-Americana, Aliança para o Progresso, como também a ALADI, apresentaram-se ineficazes em seus objetivos.

O *Pacto Andino* foi constituído em 1969, buscando a integração econômica da Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, entretanto os resultados foram insignificantes.

5. Mercosul: objetivos e dificuldades

O *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL) representa outro processo de integração econômico-comercial, firmado entre Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai, com a meta de criar uma área livre de comércio entre eles, definindo uma política única de comércio exterior e eliminando fronteiras alfandegárias entre si.

O processo de integração referente ao Mercado Comum do Sul, do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, prioriza cinco setores: zona de tarifas preferenciais (com reduções); zona de livre comércio, eliminando barreiras comerciais; união aduaneira, buscando adoção de alíquota zero entre os países do Mercosul e estabelecimento uniforme de tarifas relativas a terceiros países; união monetária e econômica, com uma moeda única, almejando uma política econômica única; mercado comum, com livre circulação de pessoas (em especial trabalhadores), mercadorias e capitais no espaço comunitário.

O Mercosul entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995, quando aproximadamente 7.600 produtos são comercializados entre os países integrantes do Mercado Comum, sendo os mesmos isentos de impostos ao ultrapassarem os limites fronteiriços entre os países aliados.

José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti citam alguns pontos estabelecidos pelo acordo:

- “a TEC (Tarifa Externa Comum) é a referência básica das regras do Mercosul, ela estipula tarifas iguais para os produtos importados de países de fora do Mercosul;

- 900 itens do setor de bens de capital (máquinas e equipamentos) terão sua tarifa reduzida gradualmente até 2001, ocasião em que fica definida a Tarifa Externa Comum relativa a esses produtos;

- 200 itens de informática obedecem ao mesmo critério, devendo a alíquota chegar a zero;

- cada país tem direito a uma lista de exceções à TEC, isto é, pode importar certos produtos pelas tarifas vigentes na época do acordo;

- o setor automobilístico será renegociado à parte” (1997,p.385–386).

Da revolução industrial até nossos dias, o mundo vem atravessando transformações em todos os setores e principalmente no mundo do trabalho, ou seja, no sistema produtivo das sociedades.

A revolução tecnológica precisa cada vez menos de trabalhadores, enquanto o mercado exige cada vez mais mão-de-obra melhor qualificada. É a busca por mais produção em menos tempo e menor gasto fazendo surgir, no mundo do trabalho, novas relações, como forma de *garantir a subsistência*. São os contratos atípicos originários da flexibilização dessas novas relações de trabalho.

A luta pela permanência no mercado não é apenas dos trabalhadores que têm e precisam vender sua força de trabalho, é também a dos países que precisam manter-se no mercado, em que a economia passa a ser aberta e dependente dos fluxos internacionais de trocas em face das suas desigualdades: reservas não-reprodutivas; solo; clima; disponibilidades estruturais de capitais e trabalho e o grau de desenvolvimento tecnológico.

Comunidades unem-se diante dos grandes concorrentes e dominadores; a exemplo disso, tem-se o Mercosul, em que os países associados procuram importar tecnologia e exportar matéria-prima; entretanto, para concretizar-se, necessita de alguns pressupostos: zona de livre comércio; união aduaneira, em que as tarifas alfandegárias sejam

comuns; mercado comum, com a livre circulação de pessoas, serviços, capitais e mercadorias, além de uma União Econômica. Outro aspecto fundamental é a *Educação profissionalizante* para quem não dispõe de graduação.

Observam-se alguns problemas, como por exemplo: o Brasil possui um grande índice de analfabetos e mão-de-obra semi-analfabeta para acompanhar uma alta tecnologia, carecendo de formação e treinamento para ser compatível. Não existe consenso sobre os produtos com taxas unificadas e não se dispõe de uma Legislação do Mercosul, tornando difícil a concretização do Mercosul.

No Brasil, verifica-se um aumento da economia informal; crescimento dos subempregados (“bicos”), seja para satisfazer as necessidades temporárias da empresa ou do trabalhador desempregado; diminuição do trabalho permanente, gerando o trabalho precário, como estratégias para fraudar encargos sociais e previdenciários; a qualificação de parte da mão-de-obra e a desqualificação da outra fração, diante da informatização e a *aliança de empresas e sindicatos para flexibilizar o direito do trabalho*.

Cabe salientar que a flexibilização refere-se à rigidez no ordenamento jurídico, que passa a ter mais maleabilidade e elasticidade. As formas de flexibilização são perceptíveis na remuneração, tempo de trabalho e nas relações de trabalho.

Geralda Pedroso, juíza togada do TRT da 24ª Região, afirma que, para o povo, interesse imediato

“não é apenas o comércio, mas o livre fluxo da mão-de-obra à procura ou do trabalho ou de melhores condições de trabalho.

Cada país tem seu percentual de desempregados e sua legislação própria, sendo esta, na maioria das vezes, profundamente diferente, tanto na área do Direito do Trabalho como na da Previdência Social. A unificação dessas legislações é impossível, porém

a harmonização é imprescindível. Isto demanda um processo longo. Desde 1970, o Mercado Comum Europeu, que é o melhor exemplo dessa integração transnacional, está a passo lento nesta área” (1994,p.32).

O Mercado Comum do Sul objetiva ampla circulação dos trabalhadores nos Estados-membros, os quais pretendem transformar seus mercados em um só, compartilhado. É a supranacionalidade dando origem a um novo Direito: o da integração ou Comunitário.

Esse processo de integração e formação de blocos econômicos deve procurar solução para os conflitos individuais e coletivos, garantindo condições dignas de trabalho e conseqüentemente de vida, entretanto, sabe-se da difícil unificação de Legislação Trabalhista ou Laboral entre os Estados-membros do Mercosul para suavizar as desigualdades existentes, apesar de a Constituição Brasileira de 1988 determinar em seu art. 4º, parágrafo único: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Elcio Trujillo, Juiz de Direito do Estado de São Paulo, diz que, para a efetiva concretização do Mercosul,

“além de vários acordos, convênios e regulamentos celebrados pelos Estados integrantes, é ingentemente necessária uma produção científica que lhe dê suporte e sustentação, discutindo os vários aspectos relacionados com a efetiva integração desse bloco regional” (1997,p.91).

José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti ensinam que

“no início de 1977 o Mercosul compreendia uma população de 227 milhões de habitantes e somava um Produto Interno Bruto de 912 bilhões de dólares. De 1991 a 1996, o comércio regional mais que triplicou, atingin-

do cerca de 16 bilhões de dólares. A previsão é que alcance cerca de 80 bilhões de dólares por volta do ano 2005” (1997,p.386).

A princípio, o Mercosul ateu-se apenas às relações diplomáticas e comerciais, mas com o decorrer do tempo passou a preocupar-se também com as questões sociais e sindicais, como ocorreu em maio de 1991, dois meses após sua criação, em Montevidéu, uma reunião para criar *Subgrupo de Trabalho*, objetivando harmonizar os sistemas jurídicos dos países formadores do Mercosul.

Aprovou-se posteriormente, em dezembro de 1994, o *Protocolo de Ouro Preto*, criando-se o Fórum Consultivo Econômico Social (FCES), substituindo-se em parte o subgrupo de trabalho, o qual foi aprovado, em Assunção, em 3 de agosto de 1995, pelas delegações parlamentares do bloco do Mercosul, estabelecendo no seu art. 27: “favorecer as condições de vida e emprego, criando condições para um desenvolvimento auto-sustentável que preserve nosso entorno e que se construa em harmonia com a natureza”.

O interesse das *Centrais Sindicais* no tangível à integração regional surge por volta de 1992 e 1993, reivindicando aos Estados formadores do Mercosul melhores condições de trabalho e sociais. A *Carta de Direitos Fundamentais do Mercosul*, com 80 artigos, surge em dezembro de 1993*.

Nota-se que o caminho para o processo de integração ocorre gradualmente, procurando uma harmonização (flexibilização) das regras a serem obedecidas e um equilíbrio, em que todos os países integrantes do bloco tenham direitos e obrigações, inexistindo a sobremaneira de um sobre os outros.

O Mercosul tem produzido uma *nova realidade econômica e jurídica*; um crescimento no comércio intra-regional com outras áreas; atraindo investimentos internacionais consideráveis e seus acordos de livre comércio, atraiu junto o Chile e a Bolívia. O Mercosul, entretanto, existe enquanto acordo empresarial, porém, não existe enquanto

integração, inexistindo também vontade política e uma unificação legislativa capaz de harmonizar suas deficiências (países membros).

Vê-se o desemprego crescente, crise no mercado de trabalho, tecnologia avançada, novas formas de relações de trabalho, privatizações, flexibilização e desregulamentação das Leis do Trabalho, os quais dificultam a integração regional dos países latino-americanos.

O Mercosul vai além da união aduaneira, representando a circulação do capital e trabalho (fatores de produção), do livre estabelecimento e livre prestação laboral. Atualmente o Mercosul expressa-se como um organismo internacional, pois, entre outros atos, negocia e firma acordos com terceiros países.

6. Conclusão

A América Latina apresenta-se como um conjunto cultural com diferentes tendências e resquícios do processo colonizador. Após as Guerras Mundiais, sofreu acentuada e constante influência estrangeira, principalmente dos Estados Unidos e alguns países europeus.

Diante do desenvolvimento de tais países por meio da industrialização, os países latino-americanos foram pressionados e tornaram-se seus fornecedores de matérias-primas e consumidores de seus produtos industrializados.

A participação da América Latina no mercado capitalista internacional é periférica e secundária, sem esquecer das *dívidas externas*. Os empréstimos estrangeiros feitos aos países latino-americanos significaram e significam uma forma segura de controle econômico, político e social dos investidores dentro dos citados países.

Outras maneiras de influência norteamericana ocorrem através dos meios de comunicação, filmes, músicas, shows, tecnologia, moda, enfim, exportando seu modelo de vida.

Nesse contexto, países da América Latina procuram integrar-se com a finalidade de criar condições e possibilidades para superarem os problemas comuns, por meio de acordos, instituições internacionais e mecanismos comerciais.

Surgem a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC); Operação Pan-Americana; Aliança para o Progresso; Aladi; Pacto Andino e outros, porém seus resultados não geram efeitos significantes na integração econômica dos países latino-americanos entre si e na participação do mercado internacional.

A partir de 1991, cria-se o Mercosul, outro processo de integração econômica a princípio entre Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai, com o objetivo de criar uma área de livre comércio entre eles, com uma política única de comércio exterior e eliminação das fronteiras alfandegárias entre os mesmos.

É o desejo de um *Mercado Comum*, compartilhado. É a supranacionalidade originando um novo Direito de Integração, porém, depara-se com muitas dificuldades como a unificação de uma legislação do Mercosul e em especial da legislação trabalhista, fazendo com que o Mercosul seja apenas um desenvolvimento empresarial, inexistindo a integração econômica (ficção).

Os países latino-americanos possuem aspectos comuns, apresentam acentuadas diferenças no desenvolvimento cultural, econômico e político, as quais emperram a integração regional, tornando a uniformização das legislações praticamente impossível; entretanto, é possível a harmonização, apesar de complexa, juntamente com a superação das dificuldades transnacionais, depende apenas de vontade política.

Nota

* Ver documentações básicas do Mercosul na obra: BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998. p. 177 - .

Bibliografia

- ARRUDA, José Jobson de A. ; PILETTI, Nelson. *Toda a história*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *O mercosul, suas instituições e ordenamentos jurídicos*. São Paulo: LTr, 1998.
- BOMFIM, Benedito Calheiros. Relações trabalhistas no mercosul. *Síntese Trabalhista*. [S.l.], a. 11, n. 129, p. 33-36, mar. 2000.
- _____. Da flexibilização à desregulamentação. *Trabalho e Doutrina*. São Paulo: Saraiva, n. 19, p. 29-32, dez. 1998.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (CF/88). LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica da América Latina*. Rio de Janeiro: Lia, 1969.
- NADAI, Elza; NEVES, Joana. *História da América*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- PEDROSO, Geralda. O mercosul em uma visão prática. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 24ª Região*. Campo Grande, v. 1, p. 32-43, 1994.
- PONT, Juarez Varallo. Aspectos trabalhistas do mercosul. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho* 9ª Região. Curitiba, v. 22, n. 1, jan./jun. p. 133-157, 1997.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Constituição, soberania e mercosul. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, ano 35, n. 139, p. 283-304. jul./set. 1980.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e a organização internacional do trabalho. *Trabalho e Doutrina*. São Paulo, n. 21. p. 79-84, jun. 1999.
- TRUJILLO, Elcio. O mercosul e a documentação eletrônica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 34, n. 135, p. 191. jul./set. 1997.

Prestação de tutela jurisdicional coletiva

Geraldo Magela e Silva Meneses

“O fim do processo não é teórico, mas prático.”
(Adolf Wach)

Desalentador é admitir que, no limiar do século XXI, ainda vicejam atitudes contrárias aos progressos científicos alcançados pela modernidade. Procede a pertinência dessa assertiva de uma constatação no trato do Direito na área processual.

Adquire notoriedade a relutância que muitos opõem em adotar novos métodos de solução dos conflitos de interesses. Verificam-se, com preocupante frequência, práticas contraproducentes e incompatíveis com a utilidade dos atos processuais. Deveras, muitos técnicos da processualística (magistrados e advogados, especialmente) não se compenetraram da imperiosa necessidade de mudanças.

No passado, não despertara a sociedade para os interesses que transcendem o âmbito individual dos direitos das pessoas. Contemporaneamente, contudo, emergem conflitos que envolvem toda a coletividade.

Mecanismos adequados foram concebidos visando a uma eficaz intervenção estatal para *dizer o direito* nos casos em que se perpetraram *lesões de massa*. Plasma-se uma nova concepção social do processo com o surgimento dos litígios de índole coletiva.

De fato, como se reporta Mauro Cappelletti, antigamente “o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que

Geraldo Magela e Silva Meneses é Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de Minas Gerais e ex-Juiz do Trabalho (1991 a 1999) em Pernambuco.

se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”¹. No entanto, aduz o insigne professor da Universidade de Florença que “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente”².

Bem leciona Nelson Nery Junior que “os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX”³.

Assevera, então, que “deixar de conceder legitimação para que alguém ou alguma entidade ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos, é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação judicial”⁴.

Discorre Cândido Rangel Dinamarco: “A visão instrumental do processo, com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados pela ordem político-constitucional e jurídico-material (a introspecção não favorece a percepção dos valores externos e consciência dos rumos a tomar)”⁵.

Observa Ada Pellegrini Grinover que a providência jurisdicional coletiva “exige uma superação do modelo tradicional do processo com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais”⁶.

Pondera José de Albuquerque Rocha que “a legitimação dos entes coletivos apresenta perfil singular. Por isso, exige rupturas com os critérios classificatórios clássicos, ancorados nos dogmas do liberalismo, que vê o conflito

social como choque de interesses interindividuais, visão insuficiente para explicar a atual realidade sócio-jurídica, caracterizada pelo surgimento dos conflitos coletivos e difusos”⁷.

Articula Marcus Orione Gonçalves Correia:

“O caráter político das ações de natureza coletiva salta aos olhos, em face do próprio contingente de pessoas por elas abrangidas. Logo, as noções tradicionais de ação, processo e jurisdição revelam-se insuficientes diante desses fenômenos. Além de atingidos estes, que são os conceitos basilares da ciência processual, também em elevado grau serão afetados os procedimentos judiciais – que devem adequar-se ao fenômeno coletivo”⁸.

Insere-se o Brasil entre os países cuja legislação, amodernada, dispõe de normas peculiares para a tutela jurisdicional coletiva. Proclama-se, no preâmbulo da vigente Constituição República, a *Justiça* como valor supremo da sociedade. Em nível constitucional, invocam-se os institutos da representação pelas entidades associativas (art. 5º XXI), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF/88), a ação popular (LX-XIII), a substituição processual pelos sindicatos (art. 8º, III) e a ação civil pública (art. 129, III). No plano infraconstitucional, destacam-se as leis números 4.717/65 (ação popular), 7.347/85 (ação civil pública) e 8.078/90 (código de defesa do consumidor). Além desses diplomas legais, cabe uma remissão às leis números 7.853/89 (lei de apoio às pessoas portadoras de deficiência física)⁹ e 8.069/90 (estatuto da criança e do adolescente)¹⁰.

Efetivamente, no sistema legal brasileiro há instrumentos normativos que regulam a defesa em juízo de interesses coletivos e difusos. Em 1965, foi editada a Lei nº 4.717, que rege a ação popular. Por meio dessa demanda, o cidadão pode nulificar atos lesivos ao patrimônio público ou ao meio ambiente, assim como restaurar os bens afetados.

Em 1985, a Lei nº 7.347 conferiu legitimidade concorrente ampla para a *ação civil*

pública, prestante à tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, turístico, artístico, estético e paisagístico).

Promulgou-se, em 1990, a importante Lei nº 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), cujo artigo 81 preceitua *a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*, definindo categorias jurídicas¹¹.

Em que pese todo esse apoio normativo, a atividade jurisdicional se desenvolve frustrando expectativas. Cite-se, à guisa de exemplo, o caso das demandas coletivas aforadas por associações. Entidades associativas podem, representando seus filiados, ajuizar ações judiciais. Por esse meio, têm legitimidade para defender interesses coletivos diversos. Milhares de pessoas (*consumidoras* ou *portadoras de deficiência física*, exemplificando) podem ser representadas em juízo por aqueles entes associativos. Todavia, decisões judiciais forcejam por restringir a uma dezena (ou menos) o número de representados. Trata-se de desacertada assimilação do fenômeno do litisconsórcio múltiplo, em flagrante contrariedade à Lei e manifesto prejuízo aos jurisdicionados.

Na praxe forense, encontram-se juízes e tribunais que rendem homenagem ao formalismo. Traga-se a notícia de um decisório do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “Aplicam-se à demanda coletiva os arts. 46, parágrafo único, e 125, II, do Código de Processo Civil porque, embora o autor *seja apenas um*, a defesa e a execução da sentença serão feitas em relação a *todos os representados ou substituídos*, impedindo o elevado número destes a rápida solução do litígio”¹².

Certo é que a limitação do litisconsórcio ativo múltiplo convém por uma questão de agilização processual. Entrementes, não há espaço legal para a limitação de representados ou substituídos processuais.

Felizmente, nova compreensão sobre a matéria vem sendo sufragada pela referida Corte de Justiça. É o que se depreende da ementa seguinte:

“Nas ações coletivas não há, em princípio, cúmulo ativo, absolutamente desinfluyente o número de substituídos ou representados, não tendo a menor razoabilidade a alegação de prevenir ou evitar ‘eventual’ tumulto na possível futura execução do julgado, cujas dificuldades terão solução a seu tempo e modo próprios”¹³.

Advogados, tecnicamente habilitados no manejo dos ritos (mas de questionável compromisso ético), conseguem protrair a eficácia dos julgados, que resvalam nos escaninhos do processo, subvertendo-se o labiríntico encadeamento processual. Outros causídicos, dotados de sofrível formação técnica, contribuem para o retardo processual. Algumas petições de ingresso nem sequer elencam os substituídos processuais, quando é necessário. Ora, é palmar que “a ausência de rol dos substituídos alavancaria a indefinição dos limites subjetivos da coisa julgada, travando o processo executório”¹⁴.

Provida de ressonância a lição do douto Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“O Direito Processual Civil, sob o influxo de marcantes mutações, busca desligar-se de fetichismo e ortodoxias incompatíveis com a dinâmica da realidade social, com a natureza teleológica do processo, instrumento a serviço da jurisdição e que deve ter por escopo primordial a realização da Justiça, essa vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”¹⁵.

Apreciável número de demandas coletivas são aforadas no Judiciário brasileiro. Reconhece o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro que isso demonstra “a grande receptividade que vêm alcançando na sociedade e sua grande utilidade para a população e para a defesa do interesse público”¹⁶.

Nova postura do *modo de agir* devem adotar os protagonistas técnicos do processo – intérpretes e aplicadores da norma jurídica – , para que façam prevalecer o *direito material*, em vez de “prestigiar as leis de *sua majestade o processo*”¹⁷.

Traço atávico de considerável parcela dos juristas, avulta-se a reverência ao processualismo. Afigura-se extremamente perniciosa a conduta dos aficcionados pelas tradicionais formas de desenvolvimento do processo.

Não se pode apartar-se da dimensão social do processo. Ao largo dessa perspectiva, todo instrumento processual revela-se um fim em si mesmo, e não um meio de alcance de um objetivo verdadeiramente colimado, que é a Justiça.

Numa sociedade de massa, como a atual *era da tecnologia e da informação*, o desafio dos novos tempos é ampliar o processo para obter um resultado mais útil com o menor dispêndio.

Inspirado em altaneira visão sociopolítica, preconiza o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através delas, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o Judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia”¹⁸.

Devem, então, os operadores do Direito maximizar a eficácia das normas que resguardam bens do interesse de um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, ao conferir a certos entes da sociedade o poder de mobilizar a máquina judiciária em demandas coletivas.

Notas

¹ *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49-50.

² *Idem*, *ibidem*. p. 51.

³ *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 114.

⁴ *Idem*, *ibidem*. p. 115.

⁵ *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 311.

⁶ *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2, p. 97.

⁷ *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 204.

⁸ *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22.

⁹ Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.” (Lei nº 7.853/89 – Apoio às pessoas portadoras de deficiência física – artigo 3º).

¹⁰ “Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimadas as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária” (Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 210, inciso III).

¹¹ “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

¹² TRF-1ª R., 1ª T., AG 1999.01.00.004098-8/DF, m.v., rel. Juiz Catão Alves, j. em 29-11-99, publ. no DJU 2 de 17-4-00, p. 35.

¹³ TRF-1ª R., 1ª T., AC 1998.01.00.063663-2/DF, v. unân., rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, j. em 03-5-2000, publ. no DJU 2 de 26-6-00, p. 10.

¹⁴ TRT-2ª R., 5ª T., RO 02.990.049.414, v.unân., rel. Juiz Francisco de Oliveira, j. em 11-01-2000.

¹⁵ Acórdão das Câmaras Reunidas do TJ-MG de 02-10-85, em embargos na AR nº 681; *Revista Forense*, v. 292, p. 281.

¹⁶ As novas tendências do direito processual civil. *Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 4, p. 9, mar./abr. 2000.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. O processualismo e o desempenho do poder judiciário. *Desafios do século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 179.

¹⁸ STJ, 1ª Seção, MS 5.187-DF, v. unân., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 24-9-97, publ. no DJU de 29-6-98.

Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Introdução. 2. Tributo e serviço público como conceitos do direito positivo. 3. Considerações sobre a teoria da regra-matriz de incidência tributária. 4. Hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Um dos temas que passou a chamar a nossa atenção foi o problema dos instrumentos jurídicos empregados para a remuneração pela prestação de serviços públicos. Não se pode negar a importância da questão para o exercício da cidadania¹.

O cidadão é consumidor necessário desses benefícios gerados pelo Estado ou por quem atue como delegado deste. Afinal, a prestação de serviços públicos destina-se, como toda e qualquer atividade estatal, à materialização dos interesses públicos, ou seja, dos interesses consagrados na Constituição Federal.

Como consumidor, o administrado precisa saber identificar o conjunto de preceitos jurídicos que regulam a prestação que usufrui, permitindo-lhe conhecer os seus direitos e garantias e, também, a reivindicação de uma atividade estatal o menos danosa possível aos seus interesses privados. O Estado, por sua vez, necessita empregar corretamente os instrumentos jurídicos que o direito positivo lhe investe, para o melhor logro do interesse da coletividade.

Vladimir da Rocha França é Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP.

Mecanismo interessante é referido no art. 145 da Lei Maior:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – *taxas*, em razão do exercício do poder de polícia ou *pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos ou divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição*”.

O que procuraremos fazer é, numa perspectiva jurídica², analisar um dos meios que o direito positivo brasileiro determina para a prestação remunerada de serviço público, partindo do enunciado acima transcrito.

Inicialmente, procuraremos elucidar os conceitos de tributo e de serviço público, referidos nesse dispositivo constitucional para, logo após, tentar identificar o alcance das proposições que podemos dele construir. O direito positivo brasileiro constitui a base empírica do trabalho em vossas mãos.

2. Tributo e serviço público como conceitos do direito positivo

2.1. Conceitos do direito positivo e conceitos da ciência do direito

O conceito de serviço público representa um dos focos constantes de convergência de parcela considerável da doutrina. Embora não seja mais apontado como praticamente o sinônimo de toda a atividade desempenhada pelo Estado³, nunca deixou de ser um conceito discutido pela dogmática jurídica que se dedica ao direito público.

Todo o conceito (ou definição) é composto por duas partes: uma, o *definiendum*, a palavra a ser definida; e a outra, o *definens*, a enunciação de seu significado (Cf. SANTI, 1998, p. 135). Os conceitos instrumentalizam o discurso, sejam eles frutos da liberdade de estipulação, sejam eles edificadores de uma realidade dentro do mesmo discurso.

O direito positivo – enquanto sistema de normas jurídicas válidas (postas ou assim

reconhecidas pelo Estado) orientadas à regulação da conduta humana intersubjetiva em determinadas coordenadas de espaço e de tempo – emprega os conceitos para selecionar os dados da realidade social que lhe serão relevantes para a sua concreção. Embora não seja possível admitir que os elementos sociais referidos pelos conceitos do direito positivo “ingressem”, em sua totalidade, no sistema, a sua influência na composição da realidade do direito positivo não pode ser ignorada. Aliás, o direito positivo constrói sua própria realidade, com base na realidade social que visa influir e segundo o padrão ideológico que lhe serve de norte. Se no meio físico é alterado pelo homem pelo trabalho, a intervenção humana na realidade social exige a linguagem normativa (Cf. VILANOVA, 1997, p. 40).

Na perspectiva da dogmática jurídica, constitui o objeto da ciência do direito a descrição do direito positivo. Por meio de proposições descritivas⁴, busca o jurista identificar e compreender a estática e a dinâmica desse sistema prescritivo, empregando também conceitos.

Mas qual seria a diferença essencial entre os conceitos da ciência do direito e os conceitos do direito positivo? (Cf. SANTI, 1998, p. 130-133). Os conceitos são postos no discurso mediante proposições e, por conseguinte, recebem a qualificação própria de seus veículos de introdução.

As proposições do direito positivo são qualificadas como válidas ou inválidas, consoante sua pertinência ao ordenamento jurídico posto ou reconhecido pelo Estado. Por sua vez, as proposições da ciência do direito recebem o epíteto de verdadeira ou falsa segundo sua capacidade de descrever ou não o fenômeno normativo. São injunções necessárias da dissociação metódica entre os mundos do ser e do dever-ser.

Portanto, os conceitos do direito positivo têm natureza prescritiva e vinculam a conduta daqueles responsáveis pela inserção e concretização das normas jurídicas no sistema. Tal conceito será válido ou não,

consoante sua pertinência com o direito positivo.

Padecerão de falsidade, seguindo esse raciocínio, todos os conceitos da ciência do direito que forem de encontro aos conceitos do direito positivo.

Após esses esclarecimentos, vejamos o conceito de serviço público.

2.2. O conceito jurídico-positivo de serviço público

O conceito de serviço público tem especial relevância para o direito tributário positivo – as normas jurídicas válidas orientadas à regulação do fenômeno tributário (Cf. CARVALHO, 1997, p. 11. Cf. também ATALIBA, 1996, p. 47) – quando o Estado institui tributos⁵ para a direta manutenção das atividades que deve desempenhar em prol do interesse social qualificado pela Constituição como interesse público.

O direito positivo pátrio não nos oferece um *definiens* para “serviço público”, obrigando o jurista a realizar um intenso labor para identificar, por meio dos enunciados desse sistema, o conceito jurídico-positivo de serviço público. Tarefa, aliás, que a doutrina administrativista não almejou lograr com unanimidade (Cf. NOVAIS, 1996, p. 127-137).

Voltemos novamente para o texto constitucional (grifamos), no seu art. 175, *caput*:

“Art. 175. *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

Pelo que depreende desse enunciado, a prestação de serviço público constitui uma atividade privativa do Estado. Somente mediante sua regular concessão ou permissão, é juridicamente permitido o desempenho dessa atividade pelo particular. E, mesmo assim, não perde o Estado a titularidade de tal atribuição.

Mas não basta apenas identificar quem desenvolve a atividade para qualificá-la juridicamente. É preciso ainda investigar no que consiste “prestação de serviço público”⁶.

A prestação de serviço público constitui o objeto de uma relação jurídica entre o Estado (ou o particular que ele delegou) e o cidadão. Afinal, *somente a conduta humana é passível de regulação jurídica, ou seja, de ser qualificada como obrigatória, proibida ou permitida pelo direito positivo* (Cf. ATALIBA, 1996, p. 22).

O serviço público, enquanto objeto da prestação, representa uma comodidade ou utilidade material para o cidadão (ou mesmo outro ente estatal na posição de seu consumidor), cuja fruição é direta e depende necessariamente de seu oferecimento. São necessidades constitucional ou legalmente fixadas como bens (num sentido lato) relevantes para a coletividade. Como, por exemplo, os serviços de telecomunicações (Ver CF art. 21, XI).

Contudo, o serviço somente merecerá o adjetivo “público” quando *se tratar de objeto de uma prestação somente realizável pelo Estado ou por quem tenha recebido delegação hábil para tanto*. Mas outro elemento ainda se faz necessário para configurar o benefício como serviço público: o regime jurídico administrativo.

A distinção entre direito público e direito privado, ao nosso ver, não é meramente doutrinária. Por meio dos princípios jurídicos, o direito positivo fixa os pontos de convergência das demais normas jurídicas, visando racionalizar a regulação da conduta social. No caso do direito público, há um conjunto de princípios que torna peculiar a formação e o desenvolvimento de considerável parte das relações jurídicas entre Estado e o particular, se comparadas com suas congêneres entre os particulares. O direito positivo não deixa de ser um só quando se reparte em público e privado, havendo aqui, tão-somente, o metódico agrupamento de seus preceitos em prol dos interesses que deve concretizar.

Constitui o regime jurídico administrativo o conjunto de normas jurídicas válidas que regulam o desenvolvimento da função administrativa, centradas em dois cânones

básicos: a prevalência do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público (Ver MELLO, 1999, p. 477- 481. Ver também FRANÇA, 2000, p. 24). Através da função administrativa, o Estado (ou quem esteja no exercício de prerrogativas públicas) estabelece a expedição de normas jurídicas complementares às normas veiculadas pela Constituição e pelas leis, para dar cumprimento a estas, bem como o desenvolvimento das atividades materiais que se fizerem necessárias para tanto (Cf. FRANÇA, 2000, p. 24).

Embora o regime jurídico seja um elemento “externo” ao objeto da prestação, influi aquele decisivamente para o regramento da relação jurídica que este mediatamente integra⁷. Todo serviço público deve ser prestado consoante o regime jurídico de direito público, mas nem todo benefício prestado sob esse conjunto normativo pode ser enquadrado como serviço público.

Já podemos aqui fixar o que entendemos como o conceito constitucional de serviço público: *serviço público consiste na comodidade ou utilidade material prestada pelo Estado (ou por concessionário ou permissionário), de fruição direta pelas pessoas⁸, sob o regime jurídico de direito público.*

Dúvida poderia remanescer quanto aos serviços de educação e saúde. Como não são privativos do Estado, sendo permitida sua prestação pelo particular, independentemente de delegação (embora sob forte regulação estatal), não podem ser enquadrados como serviços públicos⁹. Ao nosso ver, quando o Estado os presta ao cidadão, deve ser empregado o regime jurídico administrativo.

No caso de atividade econômica desempenhada pelo Estado, há a utilização do regime jurídico de direito privado naquilo que não atentar contra os cânones do regime jurídico de direito público¹⁰. Deve ainda ser lembrado que a atividade econômica é de titularidade própria dos particulares, dada a positividade constitucional da livre iniciativa, sendo a intervenção estatal de natureza excepcional, e somente admitida conso-

ante os requisitos fixados pela própria lei maior¹¹.

2.3. O conceito jurídico-constitucional de tributo no art. 145, caput, da Constituição Federal

Ao contrário do serviço público, o conceito de tributo encontra um *definiens* no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 3º Tributo é toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Como foi veiculada por diploma legislativo anterior à ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988, é preciso aferir se esse conceito jurídico-positivo foi ou não recepcionado, ou seja, se ainda remanesce válido ou não no sistema do direito positivo.

Diversas acepções são possíveis para “tributo”: quantia em dinheiro, prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo (Cf. CARVALHO, 1999, p. 77-78 e 1997, p. 20); sinônimo de relação jurídica tributária (Cf. CARRAZA, 1998, p. 255. Cf. também ATALIBA, 1996, p. 32); norma jurídica tributária; complexo norma, fato e relação jurídica¹²; processo de positividade, em sua integralidade.

Mas em que acepção emprega-se “tributo” no *caput* do art. 145 do texto constitucional? Explica Paulo de Barros Carvalho:

“Que representa *instituir, criar, decretar* um tributo? Nesse instante, a fraseologia jurídica não admite digressões ou equivocações: instituir um tributo é tarefa legislativa que se contém na edição de normas jurídicas, determinadas e peculiares, cuja estrutura ante-supõe a descrição de um fato a que o legislador associa o surgimento de um vínculo jurídico. Aliás, sendo o tributo uma instituição jurídica,

e tomando-se o direito como um sistema de normas, dificilmente poderíamos demonstrar que aquela realidade escapa da configuração normativa (...)" (1997, p. 18. No mesmo sentido MARRQUES, 2000, p. 87):

E lembra Roque Antônio Carrazza:

"(...) a Lei das Leis ainda classificou os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria (...) desenhando a *regra-matriz* (o *arquétipo genérico*, a *norma-padrão de incidência*) de cada uma destas figuras jurídicas e discriminando competências para que as pessoas políticas, querendo, viessem a instituí-las (sempre, como vimos, por meio de lei)" (1998, p. 255. Cf. ATALIBA, 1996, p. 48).

O legislador dispõe de liberdade de estipulação dos conceitos que deverão ser empregados no processo de concretização das normas que expede para a comunidade, observados os preceitos constitucionais. O conceito de tributo no art. 145, *caput*, da Constituição Federal, pode não guardar o mesmo significado que o conceito de tributo no art. 3º do CTN e nem estava o constituinte obrigado a mantê-lo. Contudo, ambos os conceitos jurídico-positivos são válidos e de modo algum tornam inviável a aplicação das normas jurídicas constitucionais e legais.

E de modo algum o conceito jurídico-constitucional de tributo, nesse enunciado da Lei Maior, retira a validade do conceito infraconstitucional de tributo veiculado pelo CTN. Refere-se o art. 3º do CTN a todo o fenômeno jurídico da incidência: a instituição legal de uma norma jurídica que descreve um fato lícito o qual, caso relatado mediante linguagem competente, enseja a instauração de uma relação jurídica de natureza obrigacional entre o Estado-administração ("Fisco") e o cidadão.

Mas como a fonte principal de nossas preocupações é justamente um enunciado constitucional, fiquemos com o conceito de tributo como norma jurídica, tal como veiculado pelo art. 145, *caput*, do CTN. O tribu-

to significa a regra-matriz de incidência tributária, uma das diversas modalidades de norma jurídica.

3. Considerações sobre a teoria da regra-matriz de incidência tributária

3.1. Sobre as normas jurídicas

As normas jurídicas são proposições prescritivas, construídas por enunciados do direito positivo. É somente por meio da interpretação, ou seja, mediante a atribuição de significados a esses sinais, que o jurista pode identificar a mensagem normativa.

Mas somente é possível constatar a norma jurídica completa quando se alcança uma unidade integral de significação deôntica¹³, sendo, para tanto, necessário: identificar os enunciados do direito positivo; aferir as proposições que estão veiculadas por esses enunciados; e, por fim, conjugá-las para se obter a norma jurídica completa (Cf. CARVALHO, 1999, p. 57-76).

Todas as proposições do direito positivo são normas jurídicas, mas numa acepção lata. Isoladamente, elas são insuficientes para a regulação efetiva da conduta, ou seja, qualificá-la como obrigatória, proibida ou permitida. É pela junção dessas proposições que se torna viável atingir essa finalidade.

O que caracteriza a norma jurídica, numa acepção estrita, "é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*" (REALE, 1990, p. 95). Como inexistente uma forma padrão para o revestimento verbal das proposições jurídicas, faz-se necessário o emprego da formalização, ou seja, da busca das estruturas lógicas que as sustentam (Cf. VILANOVA, 1997, p. 95. Cf. também SANTI, 1996, p. 33-34).

As normas jurídicas em sentido estrito podem ser normas jurídicas de organização ou normas jurídicas de conduta (Cf. CARVALHO, 1999, p. 35-37. Cf. também SANTI, 1996, p. 54-55 e REALE, 1990, p. 95-97).

As normas jurídicas de conduta possuem uma estrutura bimembre, prescrita pelo próprio sistema do Direito Positivo, constituída por duas proposições hipotético-condicionais (Cf. VILANOVA, 1989, p. 123-125 e 1997, p. 111-112). Elas têm por objeto a conduta humana intersubjetiva, regulando-a consoante os padrões sociais incorporados ao sistema do Direito Positivo por meio de sua qualificação como obrigatória, permitida ou proibida.

No primeiro membro, a norma primária, sua hipótese compreende a descrição de um evento ou eventos de possível ocorrência na realidade¹⁴, cuja constatação implica um conseqüente, prescritor de um dado efeito: uma relação de direitos e deveres entre dois sujeitos de direito. O segundo membro, a norma secundária, possui na hipótese a descrição da inobservância dos deveres prescritos na norma primária, implicando uma relação angular entre os sujeitos de direito e o Estado, no exercício da função jurisdicional¹⁵.

A norma jurídica de conduta caracteriza-se pela disjuntividade. O sujeito da relação tem a opção de seguir a conduta lícita (prescrita na norma primária) ou a conduta ilícita (definida na norma secundária), suportando as conseqüências de sua escolha.

Cabe às normas jurídicas de estrutura ou de organização regular a produção das demais normas jurídicas. São compostas por uma estrutura implicacional, mas não bimembre como as normas de conduta, disciplinando a conduta de introduzir, modificar ou extinguir as normas jurídicas e seus efeitos.

Entre as várias áreas de intervenção das normas jurídicas, encontra-se o fenômeno da tributação.

3.2. As normas jurídicas tributárias e a regra-matriz de incidência tributária

O fenômeno da instituição, arrecadação e fiscalização das prestações destinadas ao Fisco disciplina-se pelas normas jurídicas tributárias. São elas: as normas jurídicas que

regulam o exercício da função legislativa em matéria tributária; as normas jurídicas que estipulam os elementos dos eventos de possível ocorrência e das relações jurídicas tributárias; e, por fim, as normas que fixam as providências administrativas necessárias para a materialização desses vínculos jurídicos (Cf. CARVALHO, 1996, p. 79).

Entre as normas jurídicas tributárias, destaca-se a regra-matriz de incidência tributária. Ela é denominada pela doutrina como a norma jurídica tributária em sentido estrito (Idem).

A regra-matriz de incidência tributária consiste em uma norma primária, que associa a uma classe de eventos distantes do ilícito, uma relação jurídica que obriga o sujeito passivo a recolher uma quantia em dinheiro aos cofres públicos, a relação jurídica tributária (Cf. CARVALHO, 1996, p. 80-84. Cf. também SANTI, 1996, p. 110-112 e ATALIBA, 1996, p. 21).

Leciona Paulo de Barros Carvalho

“Os modernos cientistas do Direito Tributário têm insistido na circunstância de que, tanto no descritor (hipótese) quanto no prescritor (conseqüente), existem diferenças a critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos. Na hipótese (descritor), haveremos de encontrar um critério material (comportamento da pessoa), condicionado no tempo (critério material) e no espaço (critério espacial). Já na conseqüência (prescritor), deparemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo estrutural da norma-padrão de incidência tributária” (1997, p. 151-152).

São esses os elementos que serão agrupados na regra-matriz de incidência tributária para viabilizar a efetiva vinculação da conduta do contribuinte aos interesses fiscais assegurados pela Constituição.

3.3. A instituição da regra-matriz de incidência tributária e o princípio constitucional da legalidade tributária

Entre essas normas jurídicas de estrutura, temos o princípio constitucional da legalidade tributária¹⁶. Trata-se de uma norma jurídica de posição privilegiada no direito positivo pátrio, determinando limites objetivos para a ação do Estado (CARVALHO, 1997, p. 93) e, de certo modo, para o próprio cidadão.

O art. 5º, II, da Constituição Federal tem o seguinte enunciado:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Conforme o princípio da legalidade, o Estado somente pode intervir na esfera jurídica do cidadão, imputando-lhe direitos ou deveres, diante de permissivo legal que autorize tal atividade e mediante norma jurídica legal conforme os preceitos constitucionais (Cf. SUNDFELD, 1993, p. 156). Dada a ausência de norma jurídica veiculada por lei, fica o Estado impedido de exigir qualquer prestação por parte do cidadão (Cf. ATALIBA, 1998, p. 123-124. Cf. também TÁCITO, 1997, p. 329).

Como bem ensina Roque Antônio Carrazza:

“(…) Bastaria este dispositivo constitucional para que tranqüilamente pudéssemos afirmar que, no Brasil, ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio de lei, da pessoa política competente, é óbvio. Dito de outro modo, do princípio expresso da legalidade poderíamos extrair o princípio implícito da legalidade tributária” (1998, p. 167. Cf. FRANÇA, 1999, p. 126).

Optou o constituinte por colocar um enunciado explícito para o princípio da legalidade tributária, constante no art. 150, I, da Lei Maior (grifamos):

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

E lembra Hugo de Brito Machado:

“O princípio da legalidade pode ser entendido em dois sentidos, a saber: (a) o de que o tributo deve ser cobrado mediante o consentimento daqueles que o pagam, e (b) o de que o tributo deve ser cobrado segundo normas objetivamente postas, de sorte a garantir plena segurança nas relações entre o fisco e os contribuintes” ([1994 ?], p. 17. Cf. CARRAZA, 1998, p. 167-168).

Para criar o tributo, por conseguinte, inovar originariamente a ordem jurídica, é preciso haver competência legislativa (MACHADO, [1994 ?], p. 25). Somente enunciados veiculados por lei podem ser empregados pelo jurista para composição da regra-matriz de incidência tributária, uma vez que a relação jurídica tributária tem por objeto uma obrigação de dar (CARVALHO, 1999, p. 73-74). Sem dispor de proposições jurídicas legais sobre os critérios que informam a hipótese e o conseqüente tributários, fica impedida qualquer atividade administrativa fiscal que vise a exigência do implemento de relação jurídica tributária (Cf. CARVALHO, 1997, p. 98. Cf. também CARRAZA, 1998, p. 169-176 e MACHADO, [1994?], p. 26).

Daí afirmar a doutrina majoritária que a legalidade tributária indica uma legalidade estrita, associando-lhe o princípio da tipicidade fechada, que vedaria, entre outras técnicas legislativas, o emprego dos chamados “conceitos indeterminados”¹⁷.

É a lei ordinária o veículo adequado para a introdução de regra-matriz de incidência tributária, podendo haver excepcionalmente o recurso à lei complementar quando expressamente previsto na Constituição¹⁸. Recorde-se ainda que, quando o texto constitucional emprega “lei”, esta deve ser como um produto do Poder Legislativo resultante

do processo legislativo prescrito pela própria Constituição¹⁹. E, recorrendo mais uma vez às lições de Roque Antônio Carrazza:

“A lei ordinária (inclusive e principalmente a que cria ou aumenta tributos) tem uma força própria: *a força de lei*. A *força de lei* consiste na possibilidade que ela tem de inovar na ordem legislativa não-constitucional (conjunto de normas de nível legal) preexistente (*força de lei ativa*) e, ao mesmo tempo, de não ser afetada por normas de inferior hierarquia (*força de lei passiva*)” (1998, p. 202).

3.4. Regra-matriz de incidência tributária e a competência para sua expedição

No sistema do direito positivo brasileiro, há todo um conjunto de normas jurídicas de estrutura veiculadas pela Constituição Federal, vinculando decisivamente o exercício da função legislativa em matéria tributária, ou seja, a competência tributária²⁰. Exercitada tal prerrogativa, ela se esgota, permitindo o surgimento da capacidade tributária ativa, outra prerrogativa do Estado consistente na atividade da arrecadação da prestação tributária (Cf. CARVALHO, 1997, p. 140. Cf também CARRAZA 1998, p. 305).

A Constituição Federal estabelece os limites para o exercício da competência tributária, atribuindo aos contribuintes direitos fundamentais, tais como o direito à segurança jurídica, o direito à propriedade e o direito à igualdade²¹. Esses e outros direitos constitucionais, ao lado dos demais preceitos que, direta ou indiretamente, dizem respeito à regulação jurídica do fenômeno tributário, formam o “estatuto do contribuinte” (Cf. CARRAZA, 1998, p. 278, 306-307). Somente por meio de sua observância, a tributação fica conciliada com os fundamentos e diretrizes constitucionais²².

Somente as pessoas políticas podem instituir tributos, por serem as únicas dotadas de Poder Legislativo e, por conseguinte, de competência tributária (CARRAZA, 1998, p. 307-308). Os espaços da competência tribu-

tária de cada uma das pessoas políticas é delimitado por normas constitucionais de estrutura, que apontam previamente os tributos cuja criação lhes é permitida, preservando, assim, o princípio federativo.

Adverte-se que não houve criação de tributos pela Constituição Federal, mas tão-somente discriminação das competências tributárias e fixação dos limites para o seu exercício (Idem, *ibidem*. p. 308-309. Cf. CARVALHO, 1997, p. 42-442. MARQUES, 2000, p. 154-155), ainda que oferte enunciados cujas proposições vinculam as pessoas políticas na confecção dos enunciados que servirão de ponto de partida para a identificação da regra-matriz de incidência tributária.

Noutros termos: a Constituição fixou o arquétipo de toda e qualquer regra-matriz de incidência tributária, determinando os espaços semânticos a serem observados pelas pessoas políticas quando a institui (Cf. CARRAZA, 1998, p. 311-312 e ATALIBA, 1996, p. 32-33 e 48). E, portanto, da taxa pela prestação de serviços públicos.

Centraremos nossa atenção em uma das partes da taxa pela prestação de serviços públicos: sua hipótese tributária.

4. Hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público

4.1. Taxa pela prestação de serviço público como espécie constitucional de tributo

Voltemos ao enunciado do art. 145, II, da Carta Magna (grifamos)²³:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – *taxas*, em razão do exercício do poder de polícia ou *pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos ou divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição*”.

A competência tributária para a instituição dessa espécie de tributo foi, portanto,

repartida entre as pessoas políticas (Cf. MARQUES, 2000, p. 167-168).

Dois aspectos, constantes no tributo, servem para distingui-los das demais espécies constitucionais. São a hipótese tributária e um dos aspectos do conseqüente tributário, a base de cálculo²⁴. Não há unanimidade na doutrina quanto ao número de espécies constitucionais de tributos ou, quanto ao modo como os mesmos devem ser agrupados nas classificações da ciência do direito. Entretanto, a taxa é tributo que sempre se faz presente nas proposições jurídico-científicas que consultamos.

O que tentaremos a seguir é, seguindo a estrutura da regra-matriz de incidência tributária, identificar quais as proposições constitucionais que influem no desenho legal da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público.

4.2. *Hipótese tributária e fato jurídico tributário*

A hipótese tributária é composta por uma proposição que descreve algo passível de ser fato jurídico tributário (CARVALHO, 1999, p. 24). Apesar de estruturada no modo lingüístico descritivo, ela não é sujeita a verificação empírica para que o seu relato pelo agente competente (fato jurídico tributário) faça surgir a relação jurídica tributária prescrita em seu conseqüente.

Com melhor precisão, o magistério de Lourival Vilanova (1997, p. 95-96) sobre a hipótese da norma jurídica:

“(...) É descritiva, mas sem valor veritativo. Quer dizer, verificado o fato jurídico, no suporte fáctico, ou não verificado, a hipótese não adquire valor-de-verdade. Mas a hipótese da proposição normativa do Direito tem um *valer* específico: vale, tem validade jurídica, foi posta consoante o processo previsto no interior do sistema jurídico. A mesma hipótese contida no projeto de lei apresenta o mesmo conteúdo de significação, mas não vale ainda, enquanto não se transforma em

lei. Diremos: o deôntico não reside na hipótese como tal, mas no vínculo entre a hipótese e a tese. *Deve-ser o vínculo implicacional*. Em outro giro: *deve-ser a implicação entre hipótese e tese*” (Cf. também CARVALHO, 1999, p. 24-25).

O que determina a identidade da regra-matriz de incidência tributária – em relação às demais normas jurídicas – não é o seu conseqüente normativo, mas sim sua hipótese, como leciona Geraldo Ataliba (1996, p. 48). Os textos do direito positivo empregam, todavia, “fato gerador” para designá-la.

Essa expressão tem sido profundamente criticada (Cf. CARVALHO, 1997, p. 154-156 e ATALIBA, 1996, p. 51-52), por designar duas realidades distintas: a descrição legal de um evento ou de uma classe de eventos que pode ser referido por fato jurídico tributário; e o próprio fato jurídico tributário.

Na hipótese tributária, há a descrição de um evento (ou uma classe de eventos) que pode *ocorrer* na realidade circundante do homem. Para tanto, é preciso que haja a fixação dos critérios material (no que consiste), espacial (onde deve ocorrer) e temporal (quando deve ocorrer) do evento tributário, que devem estar presentes no evento constatado por quem detiver a atribuição de constituir o fato jurídico tributário.

O fato jurídico tributário também constitui uma descrição, mas, por sua vez, de um evento *ocorrido* no mundo das percepções dos sentidos humanos. O fato jurídico não é simplesmente fato social, mas sim o enunciado proferido pela linguagem competente do direito positivo e articulado com a teoria das provas²⁵.

Tal como a hipótese tributária, o fato jurídico tributário fixa os elementos material (o que consistiu), espacial (onde ocorreu) e temporal (quando ocorreu) do evento tributado.

A relação jurídica tributária não surge da sua prescrição geral no conseqüente da regra-matriz de incidência tributária, ou da configuração do evento descrito, em termos

abstratos, pela hipótese dessa norma jurídica²⁶. Nasce simultaneamente com o fato jurídico tributário, compondo o conseqüente de norma jurídica individual e concreta. Tanto o fato jurídico tributário como a relação jurídica tributária, por conseguinte, são proposições do direito positivo, não se confundindo, respectivamente, com o evento descrito e a conduta individual que se deseja diante deste.

Os elementos da realidade social que servirão de suporte fático para a hipótese tributária são necessariamente valorados pelo órgão legislativo responsável por seu delineamento lingüístico e constatados pelo órgão administrativo responsável pela confecção do fato jurídico tributário (VILANOVA, 1997, p. 98); contudo, observadas as normas constitucionais de estrutura que vinculam o desempenho da instituição do tributo, como já vimos.

Três critérios se fazem presentes na hipótese tributária: o critério material, o critério espacial e o critério temporal, como vimos²⁷. Vejamos como a Constituição delineou esses aspectos para a taxa pela prestação de serviço público.

4.3. Critério material da hipótese tributária da taxa pela prestação por serviço público

4.3.1. Noções gerais

O critério material da hipótese tributária refere-se ao comportamento de pessoa, física ou jurídica, não qualificado como ilícito pelo direito positivo. Sua identificação se faz por meio do verbo e complemento empregados para representar a conduta no plano da linguagem jurídica.

A Constituição Federal permite às pessoas políticas a instituição de taxas pela “utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (Ver CF, art. 145, II).

As taxas são classificadas por Geraldo Ataliba²⁸ (1996, p. 129) como tributos vinculados, haja vista o critério material da hipó-

tese tributária referir-se a uma atividade estatal. Para diferenciá-las das contribuições, explica que a atuação estatal descrita tem direta e imediata relação com o contribuinte (Idem, *ibidem*).

A prestação de serviço público, como vimos, constitui uma atribuição privativa do Estado, podendo ser desempenhada por particular quando há sua regular delegação e, ainda assim, precedida de licitação. Mas, para haver a taxa pela prestação de serviço público, faz-se imprescindível que essa atividade estatal esteja devidamente prevista em lei.

A legalidade administrativa determina que a administração pública somente pode fazer aquilo que a lei lhe autorizar. Na ausência de norma jurídica legal que determine o serviço público a ser prestado, tal atividade fica impossibilitada.

A Constituição estabelece um amplo rol de serviços públicos, discriminando as competências legislativas para sua instituição e, por conseguinte, as competências administrativas para sua prestação. Seguindo a lição de Geraldo Ataliba:

“Não há necessidade de a Constituição discriminar competências para exigência de taxas (como há, pelo contrário, no que respeita impostos), porque a h.i. da taxa é sempre uma atuação estatal (atividade de polícia, prestação de serviço público). A pessoa pública competente para desempenhar a atuação, e só ela, é competente para legislar sobre sua atividade e colocar essa atuação no núcleo da h.i. de taxa sua”.

A hipótese das normas jurídicas pode selecionar eventos que já foram objeto de consideração por outras normas jurídicas ou, mesmo, condutas já qualificadas pelo direito positivo. O que a hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público realiza é a descrição de um comportamento do contribuinte que tem direta referência com uma outra relação jurídica, entre o mesmo e o Estado: a relação jurídica de serviço público.

Tal como a relação jurídica tributária, a relação jurídica de serviço público surge quando configurado um fato jurídico. Como esse vínculo jurídico integra o critério material da taxa pela prestação de serviço público, a instituição do tributo sob análise fica prejudicada caso ausente a norma jurídica que viabilize essa atuação estatal (LEITE, 1999, p. 182).

Seguindo a lição de Geraldo Ataliba²⁹:

“(…) No caso da taxa a Constituição está impondo duas exigências: uma que haja o exercício do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos, primeira exigência; segunda exigência, que haja uma lei dizendo que essas atividades do Estado ensejam a incidência de tributos. Então, duas leis, uma administrativa de polícia ou de serviços públicos e uma tributária, qualificando esses fatos para o efeito de fazerem nascer obrigações tributárias. Também aqui é perfeita a fidelidade do texto constitucional às melhores propostas da ciência jurídica” (1989, p. 143-144).

A competência para instituir a taxa será da pessoa política a qual foi constitucionalmente designado o desempenho da atividade estatal, configurada no critério material da hipótese tributária da norma sob análise (Cf. MARQUES, 2000, p. 167-169).

4.3.2. *O que vem a ser “serviço público específico e divisível”?*

Entre os conceitos infraconstitucionais válidos, temos os referidos no art. 79 do CTN³⁰:

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

(…)

II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas, de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública;

III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários”.

O estudo do direito positivo deve partir da Constituição Federal, mas não se restringe somente à Constituição Federal. Se a legislação, recepcionada ou posterior à ordem constitucional posta, oferece-nos conceitos, devemos verificar seu grau de compatibilidade com as proposições jurídicas da Lei Maior.

O serviço público, como todo e qualquer conceito jurídico, pode ser recortado pela hipótese normativa e não ingressar, em toda sua totalidade semântica, na composição do fato jurídico que ensejará a relação jurídica prescrita no consequente normativo. Como também pode a hipótese normativa selecionar apenas uma espécie entre o gênero referido mediante o conceito. É o que acontece com a hipótese tributária da taxa pela prestação por serviço público.

No foco de nossas preocupações, o art. 145, II, da Lei Maior, há o emprego de “serviços públicos específicos e divisíveis”³¹. Portanto, é evidente que nem toda a espécie de serviço público pode servir como elemento para o pressuposto da taxa pela prestação de serviço público.

A especificidade da prestação do serviço público advém da existência de órgãos administrativos diretamente vinculados a essa atribuição, se seguirmos as lições de Aliomar Baleeiro³² (1996, p. 353). Mas, fica difícil imaginar a prestação de um serviço público sem que seja designado um órgão como competente para realizá-lo.

Outra proposta doutrinária é identificar os “serviços públicos específicos” como serviços *uti singuli*, por se referirem a uma pessoa ou a número determinado (ou determinável) de pessoas, distintos dos “serviços públicos gerais” (serviços *uti universi*), que seriam prestados indistintamente a todos os cidadãos (Cf. CARRAZA, 1998, p. 327 e GOMES, 1996, p. 182). Seria uma decorrência natural da natureza vinculada do tributo sob análise (LEITE, 1999, p. 196).

Já a divisibilidade da prestação do serviço público, por sua vez, decorre do caráter exclusivo e direto dos efeitos práticos que o benefício pode assumir na esfera do cida-

dão que a solicitou. Sem a possibilidade da delimitação de uma classe de indivíduos que possa fruir separadamente a prestação do serviço público, fica impedida a instituição da taxa.

Na prestação divisível de serviço público, o administrado pode fruir individual e exclusivamente do benefício³³. Quando se trata, porém, da prestação de um serviço público carente dessa natureza, os efeitos benéficos se irradiam para toda a coletividade, indistintamente, impossibilitando a sua fruição estritamente individual. A noção de serviço *uti singuli* é bem mais compatível com a de serviço divisível, ao nosso ver.

A divisibilidade da prestação do serviço público é condição indispensável para a mensuração econômica da prestação e, portanto, para a instituição de contribuições pecuniárias dos contribuintes para sua manutenção (ATALIBA, 1989, p. 152. Cf. NOGUEIRA, [19- -], p. 100-101).

E, aqui, seguindo a lição de Hugo de Brito Machado:

“Não é fácil definir o que seja um serviço público *específico e divisível*. Diz o Código que os serviços são *específicos* quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas, e *divisíveis* quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários (art. 79, itens I e II). Não obstante estejam tais definições contidas em dispositivos separados, *cuida-se de duas definições inseparáveis, no sentido de que um serviço não pode ser DIVISÍVEL se não for ESPECÍFICO. Não tem sentido prático, portanto, separar tais definições, como a indicar que a taxa pode ter como fato gerador a prestação de um serviço público ESPECÍFICO, ou de um serviço público DIVISÍVEL. Aliás, isto decorre do próprio dispositivo constitucional, que se refere a serviço específico e divisível*” (1995, p. 325).

4.3.3. E “utilização efetiva” e “utilização potencial”?

Visitemos novamente o art. 79 do CTN, mas em outros pontos:

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I – Utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento (...)”

E retornemos ao enunciado do art. 145, II, da CF (grifamos):

“II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia *ou pela utilização, efetiva ou potencial*, de serviços públicos específicos e divisíveis, *prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição*”.

Há a “utilização efetiva” da prestação de serviço público quando o contribuinte usufrui direta e imediatamente do benefício gerado pela atuação estatal. Entretanto, a “utilização potencial” somente se configura quando: o serviço público é de utilização compulsória e o mesmo se encontra acessível aos seus consumidores. Mas como conciliar essas proposições infraconstitucionais com o art. 145, II, da CF?

Em três momentos, há emprego do conectivo “ou”:

a) “...em razão do exercício do poder de polícia *ou* pela utilização...”;

b) “...efetiva *ou* potencial...”;

c) “...prestados ao contribuinte *ou* postos a sua disposição...”.

O conectivo “ou” pode ter dois sentidos (Cf. VILANOVA, 1997, p. 122-123). Como “includente”, permite a convivência entre termos de mesmo valor; como “excludente”, afasta tal possibilidade.

No primeiro momento, o “ou” tem o sentido de includente. Nosso direito positivo permite a coexistência entre uma taxa pelo exercício do poder de polícia e outra, pela

prestação de serviço público. Embora ambas sejam atividades estatais, possuem conteúdo bastante diverso³⁴.

Os outros dois momentos mencionados referem-se ao cerne da taxa pela prestação de serviço público.

No segundo momento, o “ou” assume a acepção de excludente. Haveria como o indivíduo, ao mesmo tempo, utilizar efetiva e “utilizar potencialmente” um mesmo recurso material? A própria expressão “utilização potencial” é bastante contraditória (há ou não há utilização de algo). Outras considerações são desnecessárias para indicar a infelicidade desta.

O mais razoável é interpretar “utilização potencial” como a iminência da utilização de algo, que não deixa de refletir com melhor precisão o que se pretendeu dizer por meio dos enunciados constitucional e legal transcritos, ao nosso ver.

No terceiro e último momento, o “ou” também fica com o significado de excludente.

Um serviço prestado ao contribuinte é um serviço efetivamente utilizado, ainda que sua qualidade possa deixar a desejar. E, se houve recurso ao serviço, é porque ele esteve à sua disposição.

Outra pergunta: haveria respeito ao princípio constitucionalidade da proporcionalidade ao se tributar o contribuinte pela simples razão de o Estado ter posto à sua disposição um serviço público cuja utilização não seja obrigatória³⁵?

O que se quer indicar com “posto a sua disposição”, no art. 145, II, é o caráter compulsório que a prestação de serviço público deve ter para que a simples acessibilidade ao benefício possa ser validamente posta como pressuposto de uma obrigação tributária (Cf. ATALIBA, 1996, p. 138). Determina o princípio da legalidade que o cidadão somente pode ser obrigado a uma prestação se norma jurídica veiculada por lei assim determinar. E, como já ressaltamos, a instituição da taxa pela prestação de serviço público somente pode advir se houver norma jurídica anterior que institua e assegure essa ação estatal.

Portanto, houve plena recepção, na ordem constitucional vigente, das proposições construídas a partir do art. 79, I, do CTN. Mesmo que retirados do sistema esses enunciados infraconstitucionais, remanescem no sistema do direito positivo os conceitos que enunciaram.

4.3.4. Os serviços públicos concedidos ou permitidos podem compor o critério material da hipótese tributária da taxa?

Conforme a Lei Maior (Ver CF, art. 175, *caput*), ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos, de modo direto ou por meio de sua delegação, ao particular, mediante concessão ou permissão precedida de licitação. Faz ainda menção à disciplina em lei da “política tarifária” dos serviços públicos concedidos ou permitidos (Ver CF, art. 175, § único, III).

A delegação da prestação de serviço público ao particular não descaracteriza a titularidade dessa atuação, dado o caráter de *res extra commercium* a esta inerente, havendo apenas a transferência de seu exercício (MELLO, 1999, p. 507). O aspecto contratual reside no dever do Poder Público em manter o equilíbrio econômico-financeiro que assegura o legítimo interesse do lucro do concessionário ou permissionário³⁶.

Mas dúvida remanesce na doutrina quanto à admissibilidade da instituição de tributo em virtude da prestação de serviço público delegado.

Uma corrente doutrinária entende que a Constituição Federal veda a discricionariedade legislativa na opção entre remunerar a prestação do serviço público por meio de taxa (tributo) ou tarifa (preço público)³⁷. A prestação de serviço público seria incompatível com uma relação de índole contratual, que pressupõe a igualdade entre as partes que compõem esse tipo de vínculo jurídico e a disponibilidade do objeto da prestação (Cf. SOUZA; GRECO, [19- -], p. 114. Cf. também VIEIRA, p. 140 e CARRAZA 1998, p. 333-335). O preço público se restringiria àquelas atividades estatais submetidas ao regi-

me jurídico de direito privado (Ver CF art. 173, *caput*, e § § 1º, II e 2º). E o emprego da expressão “política tarifária” não seria um empecilho à proposta, uma vez que esta seria fixada unilateralmente pelo Estado (CARRAZA, 1998, p. 336).

Também não seria obstáculo a natureza de direito privado da prestadora do serviço público delegado, haja vista haver necessária distinção entre a competência tributária – instituição de tributos – e a capacidade ativa tributária – aptidão para ser sujeito ativo de prestação tributária (LEITE, 1999, p. 210). Aliás, seria um exemplo próprio do fenômeno da parafiscalidade³⁸.

Portanto, seria irrelevante para a configuração da hipótese tributária o caráter direto ou indireto da prestação do serviço público, haja vista ser a instituição de taxa a única via constitucional para a remuneração dessa atuação estatal. E, por conseguinte, ensejar-se-ia a sujeição da matéria ao regime jurídico tributário.

Entretanto, para outra parcela da doutrina, a remuneração da prestação de serviço público delegado deve ser realizada mediante “preço público”, cobrado pelo concessionário ou permissionário pela utilização efetiva do benefício pelo administrado³⁹. O regime jurídico do “preço público” também seria o regime jurídico administrativo, com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro ajustado entre o concedente (ou permitente) e o concessionário (ou permissionário) da prestação do serviço público num contrato administrativo.

A dificuldade da questão se agiganta com a indefinição doutrinária quanto ao que consistiria “preço público” (Cf. GOMES, 1996, p. 145-152 e OLIVEIRA, 1994, p. 91-98).

A Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal, editada sob a ordem constitucional imediatamente pretérita, propõe o seguinte critério para distingui-lo da taxa:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicio-

nada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Como o princípio da anualidade não foi recepcionado ou prescrito pela ordem constitucional vigente, torna, de imediato, irrelevante a necessidade de prévia autorização orçamentária para a cobrança da prestação tributária.

A compulsoriedade também constitui um critério precário. Mesmo na hipótese tributária dos serviços públicos “específicos e divisíveis, cuja efetiva disposição para o administrado pode ensejar a cobrança de taxa pela sua prestação, a obrigatoriedade exigida é a do dever administrativo do contribuinte em empregá-la, não se confundindo com o dever tributário de pagar, ao Fisco, a quantia fixada no conseqüente tributário⁴⁰.

E, ao se afirmar que a prestação de pagar o “preço público” é objeto de uma obrigação *ex voluntate*, fica a advertência de Eurico Marcos Diniz de Santi:

“(…) a classificação das obrigações *ex voluntate/ex lege* não se sustenta, primeiro porque não traz qualquer oposição entre os critérios que a definem (a obrigação de entregar o bem, num contrato de compra e venda, é *ex voluntate* e *ex lege* ao mesmo tempo); e segundo, dizer que o tributo é obrigação *ex lege* é uma tautologia, pois todas as obrigações em nosso direito o são” (1998, p. 136).

Não cabe aqui a pretensão de criar uma teoria para os preços públicos – fuga completa do tema ao qual nos propomos. Mas, se o *definiens* de “preço público” nos é incerto, resta apenas a saída de aferir se a utilização ou a disposição da prestação de serviço público concedido (ou permitido) pode ser tributada. Tentemos buscar uma resposta por meio da Constituição Federal.

Temos no art. 150, VI, *a*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(…)

VI – Instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”

E, pouco mais adiante, no § 3º do mesmo art. 150:

“§ 3º As vedações do inciso VI, *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja *contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

O dispositivo refere-se, sem dúvida, às empresas públicas e sociedades de economia mista. Essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Estado em razão de um processo de descentralização administrativa (Cf. MELLO, 1999, p. 98). Elas podem explorar atividade econômica ou prestar serviço público, consoante a destinação que lhes tiver sido dada pela lei que permite sua instituição.

Fiquemos apenas com os entes dessa natureza que prestam serviço público.

Caso a empresa pública prestadora de serviço público atue sob a órbita da pessoa política que a instituiu e tem a titularidade do serviço, inexistente concessão, se o seu capital for exclusivamente formado por recursos exclusivamente oriundos dessa mesma esfera da Federação, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) Com efeito, em hipóteses deste jaez, não faria sentido considerar presente, na relação entre a criatura e seu sujeito criador (que pode até mesmo extingui-la, a seu talante), o específico plexo de direitos oponíveis pelo concessionário ao concedente. De outro lado, os poderes da entidade criadora em relação à criatura também não teriam por que se delinear na conformidade dos específicos poderes que se reconhecem a um concedente. Logo,

considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões” (1999, p. 122-123).

Em se tratando de empresa pública formada por capitais oriundos de mais de uma esfera da federação, ela será concessionária (1999, p. 123).

As sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, por conjugarem capitais públicos e privados, sempre atuaram como concessionárias.

Voltemos, um pouco, para o direito tributário. A imunidade tributária consiste no conjunto de normas constitucionais de estrutura que prescrevem a incompetência das pessoas políticas para instituir tributos que alcancem situações determinadas nas respectivas hipóteses normativas (Cf. CARVALHO, 1997, p. 115-118 e CARRAZA, 1998, p. 418). No caso do art. 150, VI, *a*, da Lei Maior, temos a imunidade recíproca entre as pessoas políticas que integram a Federação.

O que a norma construída a partir do § 3º do art. 150 prescreve é a sujeição tributária do patrimônio, renda e serviços estatais que estejam vinculados ao exercício de atividade econômica ou (excludente) a *prestação remunerada de serviço público*.

“Contraprestação” e “pagamento” podem ser vistos como sinônimos, como repetições desnecessárias de uma mesma realidade e colocando o “ou” no sentido do conectivo “e”⁴¹. Contudo, ao constar “preços” e “tarifas”, e levarmos em consideração as lições doutrinárias atinentes às pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público, induz-nos a ver o *definiendum* de um distinto do outro – e, portanto, o “ou” tem o sentido de excludente aqui.

Identificamos, a partir dessas considerações, preço e tarifa como conceitos jurídico-constitucionais distintos, que se voltam para realidades distintas do direito positivo pátrio. Lembre-se sempre que esse sistema cria suas próprias realidades.

Preço – no art. 150, § 3º, da Lei Maior – consiste na remuneração cobrada pelo Estado (ou pessoa jurídica de direito privado por ele instituída) pela prestação de bem ou serviço de cunho mercantil, ou seja, no exercício de atividade econômica⁴². Sua fixação e cobrança estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado, naquilo que não se contrapor aos princípios do regime jurídico administrativo (Ver CF, art. 173, § 1º).

Já a tarifa é a remuneração devida pela utilização efetiva da prestação de serviço público concedido ou permitido. Como o serviço público é *res extra commercium*, insuscetível de transação mercantil, estabelece a Constituição um meio próprio para a manutenção de sua regular oferta pelo particular investido nessa atividade de interesse público.

Foi o caminho, dito de outra maneira, determinado pelo direito positivo para a conciliação do interesse público presente na prestação de serviços dessa natureza e o legítimo interesse de lucro do particular quando exerce tal atividade.

O equilíbrio econômico-financeiro constitui um direito constitucional daqueles que celebram com o Estado os contratos administrativos (Ver CF, art. 37, XXI). A incompatibilidade do regime jurídico tributário com esse direito subjetivo dos concessionários da prestação de serviços públicos é flagrante.

A política tarifária não deixa de integrar o aspecto regulamentar do instituto da concessão, podendo o concedente determiná-la unilateralmente, em consonância com as demandas do interesse público (Cf. MELLO, 1999, p. 509-521 e CF, art. 175, § único, III). Contudo, sujeitá-la ao regime jurídico tributário significaria tornar sem qualquer efeito o direito constitucional do concessionário à preservação da equação financeira. Como conciliar, de modo efetivo, esse ditame da Lei Maior com princípios como o da anterioridade? Ou ao princípio da legalidade tributária, de natureza bem mais estrita do que a legalidade administrativa, que impediria a remessa de uma recomposição mais ur-

gente da equação financeira ferida mediante o exercício do poder regulamentar?

Outro aspecto que tornaria inviável a colocação do pagamento de tarifa como prestação tributária é o interesse privado na prestação do serviço público concedido. A tributação consiste numa restrição ao direito constitucional à propriedade; a instituição de tarifa, por sua vez, num meio para que o particular aufera renda em consonância com o interesse público, quando presta serviço público.

Afinal, a tributação existe para garantir recursos para a estrita manutenção das atividades estatais ou para assegurar lucro ao sujeito ativo da relação jurídica tributária?

Lembrando a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Para o concessionário, a prestação de serviço é um *meio* através do qual se obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é *meio* por cuja via busca sua *finalidade*, que é a boa prestação do serviço” (1999, p. 508).

Admitida a tarifa como “tributo”, como explicar a “possibilidade” de se instituir tributo (imposto) sobre a receita decorrente do recolhimento de tributo (taxa)? Ficaria o art. 150, § 2º, da Constituição Federal inteiramente sem sentido. Como concessionárias da prestação de serviços públicos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são possíveis contribuintes para efeitos de imposto.

A remuneração dos serviços públicos concedidos ou permitidos não está sujeita a um regime jurídico de direito privado ou ao regime jurídico tributário, mas sim ao regime jurídico administrativo que está orientado para a prestação dos serviços públicos.

Portanto, está vedado, constitucionalmente, que serviços públicos cuja prestação é realizada por pessoa jurídica de direito privado e sob o regime de concessão (ou de permissão) componham o critério material da hipótese tributária da taxa pela presta-

ção de serviço público. O lucro auferido com o recolhimento das tarifas constitui, então, uma renda plenamente tributável.

Em se tratando de empresa pública dotada de capital exclusivamente originário da esfera da pessoa política detentora da competência sobre o serviço público prestado por aquela, a atividade que desempenha pode compor o critério material da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público. Constitui uma mesma esfera federativa de patrimônio público, ficando a receita auferida pela taxa naturalmente imune à tributação, ao nosso ver.

No caso dos contratos de prestação de serviços a pessoas jurídicas de direito público, em que atua o particular como mero executor material de uma atividade e por remuneração direta do contratante, não há que se falar em concessão ou permissão (Cf. MELLO, 1999, p. 501). Nesse caso, não há também óbice para que a atividade, se configurar a prestação de serviço público “específico e divisível”, integre o critério material da taxa sob análise.

4.3.5. Critérios materiais possíveis para a taxa pela prestação de serviço público

Diante das considerações acima tecidas, é possível identificar dois critérios materiais, que podem ser empregados pela pessoa política para a instituição de tributo para o financiamento da prestação de serviço público de sua competência.

São eles⁴³:

a) utilizar a prestação “específica e divisível” de serviço público, realizada por pessoa jurídica de direito público⁴⁴ ou por empresa pública formada por capital cuja origem é exclusiva da esfera federativa daquela;

b) ter acesso a prestação “específica e divisível” de serviço público, cuja utilização é compulsória, e realizada por pessoa jurídica de direito público ou por empresa pública formada por capital cuja origem é exclusiva da esfera federativa daquela.

4.4. Os critérios espacial e temporal da hipótese tributária da taxa pela prestação por serviço público

O critério espacial da hipótese tributária demarca o local onde o evento, a ser relatado no fato jurídico tributário deve surgir para a deflagração dos efeitos prescritos no conseqüente tributário (Ver CARVALHO, 1997, p. 166).

No critério temporal, a hipótese tributária indica o momento no qual o evento deve ocorrer (CARVALHO, 1997, p. 169).

No caso das taxas cujo critério material configure a utilização da prestação “específica e divisível” de serviço público, o critério espacial compreende o local no qual deve ser realizada. Já o critério temporal, o momento possível da prestação.

Em se tratando das taxas de critério material consistente na acessibilidade a prestação “específica e divisível” de serviço público, cuja utilização é compulsória, trata o critério espacial da abrangência territorial da atividade estatal; o critério temporal, do momento a partir do qual a prestação do serviço passa a ser colocada à disposição dos contribuintes.

4.5. A base de cálculo da taxa pela prestação de serviço público e a questão do princípio da retribuição

A base de cálculo – junto à alíquota – integra o critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária.

Por meio do critério quantitativo, torna-se possível a fixação concreta do valor pecuniário do objeto da prestação tributária, ou seja, da quantia que passará a ser devida pelo contribuinte ao Estado, caso o fato jurídico tributário se configure.

Serve a base de cálculo para a mensuração do possível evento tributário – determinado consoante a hipótese tributária – e para viabilizar a determinação do débito tributário. E confirma, infirma ou afirma o verdadeiro critério material da hipótese tributária, como bem leciona Paulo de Barros Carvalho:

“Demasiadas razões existem, portanto, para que o pesquisador, cinto de cautelas diante dos freqüentes defeitos da redação legal, procure comparar a medida estipulada como base de cálculo com a indicação do critério material, explícito na regra de incidência. A grandeza haverá de ser mensuradora adequada da materialidade do evento, constituindo-se, obrigatoriamente, de uma característica peculiar ao fato jurídico tributário. Eis a base de cálculo, na sua função comparativa, confirmando, infirmando ou afirmando o verdadeiro critério material da hipótese tributária. Confirmando, toda vez que houver perfeita sintonia entre o padrão de medida e o núcleo do fato dimensionado. Infirmando, quando for manifesta a incompatibilidade entre a grandeza eleita e o acontecimento que o legislador declara como a medula da previsão fática. Por fim, afirmando, na eventualidade de ser obscura a formulação legal, prevalecendo, então, como critério material da hipótese, a ação-tipo que está sendo avaliada” (1997, p. 222).

Nas taxas, ensina Geraldo Ataliba (1996, p. 133, 173. Cf. MARQUES, 2000, p. 175), é a atuação estatal que deve ser dimensionada, buscando-se o custo, valor ou outra grandeza que lhe seja intrínseca. Por força do princípio da isonomia, o custo do serviço deve ser repartido entre todos os usuários, obrigando-se, então, o seu utente a pagar pela manutenção da atividade na medida em que a provoque (1996, p. 134). As taxas são regidas pelo princípio da retribuição (1996, p. 73) e caracterizadas pelo caráter sinalagmático⁴⁵.

Deve ser advertido que essa retribuição tem por finalidade a estrita manutenção da atividade estatal tributada, e não a geração de lucro para quem a desempenha. Como bem recorda Márcio Severo Marques:

“(…) assegura o texto constitucional que a atividade administrativa imposta ao Estado (concernente aos servi-

ços públicos e ao poder de polícia) possa ser devidamente implementada e custeada pelo produto da arrecadação das taxas, finalidade para qual autoriza sua instituição: custear a atividade estatal, referida ao contribuinte. Deveras, se se reconhece que há finalidade específica para o tributo, tal finalidade há de estar vinculada à destinação do produto de arrecadação” (2000, p. 176. Cf. ATALIBA, 1996, p. 175).

Recorde-se que não é o serviço público – na acepção que empregamos – o objeto da tributação, mas sim sua prestação (Cf. VIEIRA, 1997, p. 140). É com esta que a base de cálculo deve manter a estrita pertinência.

Veda a Constituição que as taxas tenham a base de cálculo própria dos impostos. Do contrário, o critério constante na base de cálculo é próprio da vida do contribuinte, e não da ação estatal⁴⁶.

5. Considerações finais

Tanto o tributo como o serviço público são conceitos do direito positivo, com sentidos determinados implicitamente pela Constituição Federal.

O conceito de serviço público é redimensionado, para fins de tributação, selecionando a Lei Maior algumas espécies do gênero que aquele representa; ou melhor, que podem ser apreciadas para a instituição de tributo.

Tomando-se o tributo como norma jurídica – tal como se apresenta no art. 145 da Lei Maior –, verificamos que a hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público também é delineada constitucionalmente, vinculando o titular da competência tributária quando exerce suas prerrogativas.

A taxa pela prestação de serviço público tem a finalidade de ressarcir o Estado pelos custos da manutenção da atividade de oferecer aos cidadãos utilidades ou comodidades materiais *extra commercium*, cuja titularidade é atribuída ao mesmo pela

Constituição. Como tributo, sujeita-se ao regime jurídico tributário.

A referida taxa não se confunde com a tarifa, remuneração devida pelo consumidor da prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão. O regime jurídico aplicável a esta é também um regime jurídico de direito público, mas distinto do regime jurídico tributário: o regime jurídico do serviço público.

Duas hipóteses tributárias podem integrar a regra-matriz de incidência tributária conhecida por taxa pela prestação de serviço público:

a) utilizar a prestação “específica e divisível” de serviço público, realizada por pessoa jurídica de direito público ou por empresa pública formada por capital cuja origem é exclusiva da esfera federativa daquela, no local e momento nos quais pode a atividade ocorrer;

b) ter acesso a prestação “específica e divisível” de serviço público, cuja utilização é compulsória, e realizada por pessoa jurídica de direito público ou por empresa pública formada por capital cuja origem é exclusiva da esfera federativa daquela, no local e momento a partir do qual a prestação do serviço passa a ser colocada à disposição dos contribuintes.

Esperando, de algum modo, ter contribuído para a discussão do tema, aqui encerremos.

Notas

¹ Fundamento do Estado Brasileiro que determina a efetiva participação do cidadão na formação e exercício das prerrogativas que foram atribuídas ao Estado pelo direito positivo. Ver CF, art. 1º, parágrafo único, II.

² Na acepção que a dogmática jurídica lhe confere, esclarecida adiante.

³ Como o fazia a chamada “Escola do Serviço Público” (Cf. DUGUIT, 1975, p. 37-41. Cf também JÈZE, 1928, p. 283-284).

⁴ Para os fins de nosso ensaio, empregamos proposição como o significado construído a partir dos enunciados, ou seja, dos sinais empregados pelo

homem para se comunicar. As normas jurídicas são, por exemplo, os significados edificados por meio da interpretação dos enunciados postos ou reconhecidos pelo Estado como pertinentes ao direito positivo.

⁵ Elucidaremos mais adiante o conceito de tributo adotado.

⁶ Nossa proposta tem forte lastro teórico nas proposições científicas de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 477-481) e Lúcia Valle Figueiredo (2000, p. 72-75). Em face da relevância sócio-econômica dos serviços públicos, é possível, numa perspectiva mais ampla de ciência jurídica, classificá-los como uma espécie de atividade econômica (Cf. FRANÇA, 2000, p. 27-28). Contudo, a exigência metodológica da dogmática jurídica demanda tratar serviço público e atividade econômica como fenômenos juridicamente distintos, reconheçamos.

⁷ Quando conceituamos, podemos buscar elementos internos ao objeto ou elementos – “externos” – que lhe são relacionados em virtude de sua inserção dentro de uma realidade (Cf. SANTI, 1998, p. 129-130).

⁸ Vale advertir que empregamos “pessoa” no sentido de ente dotado de personalidade jurídica, da capacidade de ser sujeito de direitos e deveres no ordenamento jurídico. Podem fruir dos serviços públicos pessoas físicas ou jurídicas, tanto as de direito público como as de direito privado.

⁹ Ver CF, arts. 205 e 209, sobre a educação; e arts. 196 e 199, também da Lei Maior, sobre a saúde.

¹⁰ Ver CF, art. 173, *caput*, §§ 1º, II e III, e 2º.

¹¹ Ver CF, arts. 1º, parágrafo único, IV, 170, *caput*, 173, *caput*, e 174. Cf. Vladimir da Rocha França (2000, p. 27-28).

¹² Acepção que reflete o art. 3º do CTN, segundo Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 19).

¹³ Em outros termos, permitir ao destinatário das prescrições do direito positivo discernir qual o comportamento devido e, de certo modo, a razão do mandamento.

¹⁴ Passaremos a nos referir a essas ocorrências pelo termo “suporte fático”.

¹⁵ Lourival Vilanova, (1989, p. 125). As normas primárias são as normas qualificadas como de “direito material, enquanto as normas secundárias, de “direito processual”. Os membros das normas de conduta não deixam de ser, isoladamente, normas jurídicas.

¹⁶ Os princípios jurídicos são normas jurídicas de estrutura que asseguram a coerência, objetividade e concreção do ordenamento jurídico-positivo, prescrevendo os valores (fundamentos constitucionais) e finalidades (diretrizes constitucionais) que devem ser observados pelo Estado e pelo cidadão na sua vida jurídica (Cf. Vladimir da Rocha França, 1999, p. 117-118).

¹⁷ Cf. Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 98). Roque Antônio Carrazza (1998, p. 283). José Juan Ferreiro Lapatzá (1993, p. 10). Em prol de uma “tipicidade aberta” ver José Marcos Domingues Oliveira (1998, p. 109-114).

¹⁸ Roque Antônio Carrazza (1998, p. 185-186). Cf. Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 44-46). Ver CF, arts. 148, *caput*, e 154, I.

¹⁹ Ver CF, arts. 59 e ss. A legalidade tributária não deixa de ser uma proteção constitucional à instituição da propriedade, assegurada no art. 5º, XXII e XXIII, da Lei Maior.

²⁰ Cf. Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 140); e Roque Antônio Carrazza (1998, p. 255). Função legislativa compreende a expedição de normas jurídicas complementares à Constituição ou que inovam originariamente a ordem jurídica, estabelecendo novas classes de fatos e relações jurídicas, para a efetivação dos interesses constitucionalmente consagrados. Mas ela pode ser tomada num sentido mais amplo. Cf. Vladimir da Rocha França (2000, p. 19-20).

²¹ Ver CF, art. 5º, *caput*.

²² Esses valores e finalidades estão elencados nos arts. 1º, parágrafo único, e 3º, todos da CF.

²³ Interessante notar que a redação desse dispositivo constitucional guarda similaridade com o constante no art. 77 do CTN: “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico ou divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (grifamos).

²⁴ Ver CF, arts. 145, § 2º, e 154, I. Cf. Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 23) e Roque Antônio Carrazza (1998, p. 173). Leciona Paulo de Barros Carvalho, que padecem do vício de inconstitucionalidade os tributos fixos, ou seja, desprovidos de base de cálculo e de alíquota, por quebra desses preceitos da Lei Maior (1999, p. 70).

²⁵ Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 89). O que justifica essa lição, explica esse jusfilósofo, é a distinção que existe entre fato e evento (*idem*, p. 85-89): o evento compreende o percebido pelo homem (v.g., o frio), enquanto o fato, o relato que este emprega para comunicar o que percebeu (v.g., “sinto frio”). “(...) para o ponto de vista do direito, os fatos da chamada realidade social serão simples eventos, enquanto não forem constituídos em linguagem jurídica própria”, lembra ainda (*ibidem*, p. 89).

²⁶ A norma é geral quando se limita a indicar os critérios que devem estar presentes nos aspectos intrínsecos ao vínculo relacional (os sujeitos ativo e passivo, a prestação e o objeto da prestação) que deve ser instaurado, caso materializada e devidamente relacionada a sua hipótese. Já na norma indivi-

dual, há a especificação dos sujeitos ativo e passivo, bem como da prestação e seu respectivo objeto, consoante a subsunção dos elementos pessoais do caso concreto ao prescrito no conseqüente daquela outra norma. Mas não adentraremos aqui, como já advertimos no estudo dos conseqüentes tributários.

²⁷ Deve-se ressaltar que tanto a hipótese como o conseqüente tributários são unidades de significação, somente podendo seus elementos serem separados para os estritos fins do estudo científico.

²⁸ Ver também Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 30); e Roque Antônio Carrazza (1998, p. 326). Diferenciando-as, assim, dos impostos, tributos não-vinculados por não conterem na hipótese tributária a descrição de evento diverso de atuação estatal e relacionado com a esfera jurídica do contribuinte (*idem, ibidem*, p. 121).

²⁹ É possível ainda, lembra Fábio Barbalho Leite (1999, p. 182), ambas as normas jurídicas, a norma jurídica que determina a prestação do serviço público e a norma jurídica instituidora da taxa, sejam veiculadas numa mesma lei.

³⁰ Válidos por ainda não terem sido retirados do direito positivo os enunciados que lhe servem de suporte. E sua recepção, pela ordem constitucional vigente, não nos parece contestável, como veremos.

³¹ Cabe advertir que “serviço público”, no art. 79 do CTN, tem, ao nosso ver, a acepção de prestação do objeto “serviço público”, tal como o conceituamos. Não é o serviço público, enquanto objeto de prestação jurídica, que deve ser “específico e divisível”, mas sim a própria prestação, dentro de uma interpretação sistêmica do direito positivo brasileiro.

³² O exemplo dado pelo autor para explicar o art. 79, II, do CTN nos induziu essa interpretação: a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo.

³³ Os serviços divisíveis, uma vez implantados, “geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares” Hely Lopes Meirelles (1995, p. 296-297).

³⁴ Sobre a diferença entre o exercício do poder de polícia e a prestação de serviço público, ver Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.482-485).

³⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade, ver Vladimir da Rocha França (2000, p. 65-68).

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 508. Isso é bastante claro na concessão, mas fica bem nebuloso quando se trata da permissão da prestação de serviço público. Não adentraremos aqui quanto à admissibilidade de aspectos contratuais nesse instituto jurídico, certamente afirmativa no caso de “permissão” que enseja direitos ao missionário incompatíveis com a idéia de “precariedade” (*idem, ibidem*, p. 543-553).

³⁷ Cf. Geraldo Ataliba (1998, p. 154), Fábio Barbalho Leite (1999, p. 207) e Roque Antônio Carrazza (1998, p. 332-333). A discricção legislativa se restringiria a opção entre a prestação gratuita ou onerosa do serviço público.

³⁸ Sobre a parafiscalidade, ver Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 148) e Geraldo Ataliba (1996, p. 76-77).

³⁹ Cf. Antônio Carlos Cintra do Amaral (1995, p. 10), Toshio Mukai (1997, p. 29), Hely Lopes Meirelles (1995, p. 346), Carlos Roberto de Miranda Gomes (1996, p. 185-188). E, mesmo nesse conjunto, os doutrinadores elencados não compartilham integralmente as mesmas premissas, embora atinjam conclusões similares.

⁴⁰ Cf. Flávio Bauer Novelli (1993, 111-113). E o dever administrativo de empregar a prestação do serviço público, ressalte-se, é apenas referido, e, portanto, não prescrito na hipótese tributária mencionada.

⁴¹ Nem sempre o suporte físico do enunciado corresponde ao sentido que lhe é atribuído.

⁴² Poderia, perfeitamente, receber o adjetivo “público”, para diferenciar dos fixados pela iniciativa privada. Mas trata-se apenas de uma sugestão, dada a inconveniência de adentrarmos no tema dos “preços públicos” mais do que já fizemos, conforme os objetivos deste trabalho.

⁴³ Empregamos “específica e divisível” na falta de outra melhor. Sugestões são bem vindas.

⁴⁴ Abrangendo tanto a prestação de serviço público pelas pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) como a efetuada pelas pessoas administrativas (autarquias).

⁴⁵ Paulo de Barros Carvalho (1997, p. 31-32). Em sentido diverso, ver Gian Antonio Micheli (1978, p. 79-83), Flávio Bauer Novelli (1993, p. 117) e Hugo de Brito Machado (1997, p. 321-322).

⁴⁶ Hugo de Brito Machado (1995, p. 326). Os impostos são regidos pelo princípio da capacidade contributiva, prescrito no art. 145, § 1º, da CF. Cf. Elizabeth Nazar Carrazza (2000, p. 54). Geraldo Ataliba (1996, p. 73) e Hugo Brito Machado (1994, p. 67-68).

Bibliografia

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação para concessão do serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *República e constituição*. 2. ed. Atualizado por Rósolea M. Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Taxas e preços no novo texto constitucional*. *Revista do Direito Tributário*. São Paulo, n. 47, p.143-144, 1989.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *Progressividade e IPTU*. Curitiba: Juruá, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Paulo Barros. *Curso de direito tributário*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho: público y privado*. Tradução de Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Meliasta, 1975.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. Norma jurídica y seguridad jurídica. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 61, p. 10, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na constituição de 1998*. *RTJE*, v. 168, p. 111-118, jan/fev. 1999.

GOMES, Carlos Roberto de Miranda. *Manual de direito financeiro e finanças*. Natal: Nossa editora, 1996.

JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Carlos Garcia Ovudo. Madri: Reus, 1928.

LEITE, Fábio Barbalho. O conceito de serviço público para o direito tributário. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.). *Direito tributário constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Princípios jurídicos da tributação na constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos tribunais, [1994?].

MARQUES, Marcos Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MICHELI, Gian Antonio. *Curso de direito tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: R.T., 1978.
- MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à lei n. 8.947 de 13 de janeiro de 1995, e à lei n. 9.074/95, das concessões do setor elétrico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço público: conceito e delimitação constitucional. *Estudo de direito administrativo: em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- NOVELLI, Flávio Bauer. Taxas: apontamento sobre o seu conceito jurídico. *Revista de direito tributário*. São Paulo, n. 59, p. 117, 1993.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Legalidade tributária: o princípio da proporcionalidade e a tipicidade aberta. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 70, p. 109-114, 1998.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In:_____. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Lançamento tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SOUZA, Hamilton Dias de; GRECO, Marco Aurélio. Distinção entre taxa e preço público. *Cadernos de Pesquisas Tributárias*. São Paulo, n. 10, p. 114, [19--].
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. In:_____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- VIEIRA, Eugênio Doin. Taxas: algumas considerações propedêuticas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

Visão panorâmica do Direito Alternativo

Cristiano Carrilho S. de Medeiros

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Dificuldades de modernização do Direito. 3. A crise do Direito Estatal. 4. Antecedentes históricos do Direito Alternativo. 5. A alternatividade do Direito na Europa e no Brasil. 6. Desmitificando o Direito alternativo. 7. Direito Natural e Direito Alternativo. 8. A proposta do Direito alternativo. 9. Planos conceituais do Direito Alternativo. 10. Conclusões.

1. Considerações iniciais

Na lição do mestre Otacílio de Paula Silva, “a realidade jurídica é fruto, obviamente, de um conjunto de fatores de natureza econômica, social, política e ética” (SILVA, 1994, p. 295). O mundo ocidental moderno adota a conceituação dogmática do Direito em juízos de “dever ser”. O Direito oficial, carente de uma moldura flexível para sua evolução e concretização da justiça, tem apresentado lacunas e contradições. A ineficiência estatal em criar, aplicar e monopolizar normas deixa transparecer a crise do Direito Dogmático.

Nessa realidade social, em que o Estado tem deixado um verdadeiro vazio na solução dos conflitos, prejudicando a distribuição da justiça entre as diferentes camadas sociais, o Direito Alternativo surge como tentativa de suprir essas lacunas.

Analisando aspectos do Direito Alternativo, Rinez Trindade afirmou que esse Direito não constitui um programa efetivamente

Cristiano Carrilho S. de Medeiros é Advogado Trabalhista Especialista (Pós Graduação *Latu Sensu*/UFPE) e Mestrando em Direito Privado/UFPE.

te orgânico e organizado (articulado). Tem em comum a negação do Direito Positivo, embora alguns defensores de tal Direito digam o contrário, assim como a insatisfação com as formulações do Direito Natural, re colocando até mesmo os argumentos marxistas sob diferentes pontos de vista ou propondo um viver solipsista, transgressor e anárquico, cuja filosofia, em que pese a riqueza e a sedução que provoca, esquece que a satisfação dos desejos pressupõe o assentimento do outro e, freqüentemente, os desejos não são coincidentes (TRINDADE, 1992, p. 180).

O presente estudo tem por objetivo analisar e desmitificar a proposta do Direito Alternativo no cenário da insuficiência do Estado na solução das lacunas e contradições, presentes na atual realidade jurídica.

2. Dificuldades de modernização do Direito

O Direito evolui permanentemente e vivemos no espírito de uma época que preconiza a moderna concepção do Direito como aquele que atingiu determinado nível de complexidade e organização.

A ordem sociocultural ocidental é sustentada em paradigmas teóricos em que a dogmática é o referencial do estudo, interpretação e aplicação do Direito.

O processo para que uma sociedade venha a dogmatizar seu Direito pode ser considerado lento. João Maurício Adeodato cita pressupostos sociológicos para que o Direito em dada sociedade se torne dogmático: a pretensão estatal do monopólio na produção das normas jurídicas, a ascensão das fontes estatais em prejuízo de outras fontes do Direito e a emancipação do subsistema jurídico dos demais subsistemas normativos éticos (ADEODATO, 1997, p. 258).

Os juízos prescritivos do “dever ser” repousam no chamado dogma jurídico. Os dogmas sociais, morais e religiosos estariam no mundo do “ser”, nos juízos descritivos. Assim, o Direito Dogmático derivando

sua legitimidade pelo império do Estado na sua criação e aplicação implicaria, num primeiro momento, o acatamento inquestionável das disposições normativas do ordenamento jurídico estatal, colocando as camadas sociais em posição de submissão.

O Direito dogmaticamente organizado apresenta faces e graus de diversidade fixando textos normativos, dando significação aos termos que o compõem, argumentando com referência a eles, decidindo com base neles e justificando decisões concretas.

Fica ilustrado, portanto, o quadro de dificuldades de modernização do Direito diante das diferentes realidades sociais e das tentativas de “desdogmatização” de ordenamentos jurídicos de certos locais.

Uma realidade jurídica que tem por escopo a pacificação social deveria acompanhar o uso de fontes do Direito não apenas dogmáticas, socorrendo-se de diferentes campos de conhecimento e fontes “não-oficiais”. Por ser um sistema social, o Direito está relacionado com outros sistemas, sendo preciso se estabelecer relações de intercomunicação.

A interferência dos demais subsistemas normativos, principalmente os éticos, pode ser considerada como benéfica ao desenvolvimento do Direito. Na lição de José Carlos Vieira, o Direito, sendo produto condicionado mas que também condiciona o comportamento social, deve ter em seu estudo o conhecimento dos fatores sociais que dão substrato a sua existência (VIEIRA, 1998, p. 46).

Seria algo essencial para a boa interpretação e aplicação das normas jurídicas, que os operadores do Direito aceitem o fenômeno jurídico como fato social, facilitando a intercomunicação de outros subsistemas na facilitação de se constituir uma ordem normativa mais ética e menos dogmática.

3. A crise do Direito Estatal

Em decorrência da inibição do processo de mudança em função da experiência, exis-

te uma tendência em afirmar a “desdogmatização” do pensamento jurídico.

O Estado demonstra dificuldades em monopolizar o Direito deixando transparecer uma verdadeira crise. Quando analisamos o Direito Estatal nos países desenvolvidos e nos países subdesenvolvidos, observamos o crescente surgimento de novos grupos sociais, criando situações não-previsitas no ordenamento jurídico oficial. Nesse cenário, em que o Estado não consegue suprir certas lacunas, novas esferas normativas são criadas paralelamente ao Direito Oficial.

A multiplicidade dessas esferas normativas, que possuem efetividade no plano social, mas que não são prescritas oficialmente no ordenamento jurídico estatal, originam o chamado pluralismo jurídico.

Esse contexto expressa a fragilidade de certas teorias, a exemplo da visão kelseana, na explicação da legitimidade do Direito. Em síntese, Hans Kelsen reduzia o Direito a norma jurídica formalmente válida, derivada de uma norma anterior também formalmente válida, numa estrutura escalonada que teria como ponto de partida uma norma fundamental.

Lembrando as palavras de José Carlos Vieira, “a pureza metodológica, proposta por Kelsen, leva a que se considere o Direito, visto a partir da norma, que decorre de uma norma fundamental, como justo, produto da vontade estatal” (VIEIRA, 1998, p. 47).

Contudo, tal concepção “piramidal” é questionável quando observamos a realidade social que muitas vezes considera “Direito” certos comandos que não derivam sua legitimidade da referida “pirâmide kelseniana” e possuem eficácia, mesmo estando divorciados de uma norma jurídica preexistente formalmente válida.

Nos países subdesenvolvidos, o Estado se mostra inerte em deter a produção e a aplicação do Direito. Nesses países, a crise do Direito Estatal vincula-se na interferência do subsistema econômico, tornando o Direito o instrumento de privilégios das eli-

tes abastadas, onerando os desprivilegiados na ótica econômica.

O Direito Dogmático, nessa realidade, significa um mecanismo de controle social em crise quando se percebe sua incapacidade de deter o monopólio de aplicação e criação de normas. Exemplo dessa crise é a interferência e até a sobreposição de outros sistemas normativos éticos sobre o Direito.

4. Antecedentes históricos do Direito Alternativo

As origens do Direito Alternativo se encontram na atitude de juristas insatisfeitos com a vigência de normas jurídicas, criando métodos modernos de interpretação e aplicação.

Seja qual for a opinião que se tenha sobre as origens históricas do chamado Direito Alternativo, é inegável registrar como antecessores históricos desse movimento a Escola Histórico-Evolutiva de Salleilles ao lado da Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz.

Os debates doutrinários da Escola do Direito Livre destacavam o princípio da ampla liberdade do juiz na solução dos litígios, permitindo que o julgador decidisse a lide sem estar limitado à lei.

Kantorowicz salientava que num primeiro momento o aplicador da lei buscasse o “justo” e num segundo momento utilizasse a lei.

Kantorowicz entendia que a autorização para que o juiz decidisse *contra legem* teria fundamento na idéia de que a realização da justiça estaria num plano superior à lei.

A doutrina audaciosa que posterga a própria lei (*contra legem*) despertou largo exame e brilhante polêmica. Difundiuse logo seu conhecimento, graças à edição italiana e autorizada do juiz Majetti, na qual, entretanto, houve alguns retoques, ligeiro recuo no sentido da escola de Ehrlich. Ainda Stampe e Schmitt palmilharam a trilha de Kantorowicz e tiraram largo proveito das apóstrofes de Bülow, aliás, contrário ape-

nas à jurisprudência meramente casuística e formalista, cultora exclusiva de preceitos e brocardos, pandectológica, indiferente ao exame dos fatores sociais dos fenômenos jurídicos (MAXIMILIANO, 1999, p. 74).

5. A alternatividade do Direito na Europa e no Brasil

Em interessante estudo, o mestre Alexandre da Maia salienta as peculiaridades do Movimento do Direito Alternativo na Europa. Segundo a tradição europeia, a alternatividade estaria nos limites da esfera estatal da solução dos litígios, inexistindo o chamado “Direito Alternativo”, mas, sim, um “uso alternativo do Direito” (MAIA, 1997, p. 44).

Esse “uso alternativo do Direito”, buscando a concretização de certas normas – em princípio pouco aplicadas no ordenamento –, atenderia a uma lógica interpretativa de prioridades a princípios gerais.

Otacílio de Paula Silva, analisando a realidade brasileira, observou que “o brasileiro não ostenta, em regra, convicta disposição no sentido de normal cumprimento da lei, o que leva alguns a denominar esse caráter como ‘crise de ética’” (SILVA, 1994, p. 296).

No presente exame, confrontando-se a realidade brasileira com a europeia, percebem-se nítidas diferenças. Existe no Brasil o Direito Alternativo propriamente dito, como uma tendência de desburocratizar o sistema estatal (MAIA, 1997, p. 46).

No Brasil, o Direito Alternativo começa a ser organizado a partir da década de 90, consagrando uma prática diferente para o Direito, que atualmente é aceita pela sociedade e pela comunidade jurídica.

Em nosso país, o marco inicial desse movimento foi a criação de um grupo de estudos organizado por magistrados do Rio Grande do Sul. Preocupados em libertar o Direito das estreitezias da dogmática, investiram-se nas prerrogativas de melhorar o alcance da lei por meio dos princípios ge-

rais. Esse processo seria guiado pela finalidade humana, atendendo-se aos fatores sociológicos do fenômeno jurídico.

Edmundo Lima de Arruda Júnior e Clèmerson Merlin Clève são exemplos de juristas que já falavam na viabilidade da criação de um verdadeiro Direito Alternativo. Em 1991, frustrada a tentativa da imprensa em desmoralizar o movimento do Direito Alternativo no nosso país, realizou-se em Florianópolis-SC o I Encontro Internacional de Direito Alternativo.

Finalmente, o Direito Alternativo encontrado no Brasil é verificável pela busca da sociedade civil pelos seus direitos tendo em vista a intercomunicação social no Direito Positivo.

6. Desmitificando o Direito Alternativo

Freqüentes ataques ao Direito Alternativo criam mitos negativos a esse movimento prejudicando a efetivação de sua aplicação no plano jurídico, deixando a sociedade temerária a essa nova forma do Direito.

O mito mais freqüente está contido na idéia que caracteriza o Direito Alternativo pela negação da lei. Essa alternatividade, buscando a realização dos anseios da população, luta na verdade pelo surgimento de leis mais justas, em sintonia com a dignidade dos indivíduos.

Numa perspectiva sociológica, o Direito não pode ficar identificado apenas com a lei nem se pode conceber o Estado como único responsável pela produção normativa.

Outra ficção preconiza que o Direito Alternativo põe em risco a segurança jurídica, autorizando excessivos poderes ao órgão julgador, que poderia decidir arbitrariamente. Na verdade, o que os alternativistas procuram é a superação do legalismo estreito, mas dentro de determinados limites.

Tais limites orientadores da postura do órgão julgador são os princípios gerais do Direito que garantiriam o critério de julgamento. Os princípios guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sanciona-

das e seriam instrumento do julgador no compromisso da realização da justiça.

É necessário desmitificar o Direito Alternativo, pois a oposição às idéias alternativas surge a partir de falsas concepções desse movimento. Não se cogita de operadores do Direito Alternativo combatendo a lei em si. Na verdade, a solução alternativa dos litígios encontra respaldo dentro do próprio ordenamento jurídico, por meio principalmente dos princípios gerais de Direito.

7. Direito Natural e Direito Alternativo

As relações intrínsecas entre Direito Alternativo e Direito Natural apontam esse como o antecessor fundamental daquele (SOUTO, 1997, p. 95).

O jusnaturalismo ainda influencia o Direito nos tempos atuais. Sua forma imprecisa se deve às variações no tempo e na sociedade, segundo as épocas que se apresentam.

O fulcro do jusnaturalismo é a existência de uma lei acima da norma jurídica positiva que deve orientar o Direito Positivo. Nesse sentido, o verdadeiro Direito não é apenas o ordenamento jurídico positivo.

A idéia de justiça social se faz presente no Direito Alternativo e no Direito Natural; ambos combatem o estrito legalismo buscando soluções para a crise estatal no Direito.

8. A proposta do Direito Alternativo

Devido à inércia estatal na solução eficiente dos conflitos sociais, não conseguindo monopolizar a produção das normas jurídicas, inúmeros sistemas normativos se sobrepõem ao Direito, deixando transparecer a decadência do Direito Dogmático.

Diante dessa incapacidade do Estado, a proposta do Direito Alternativo representa uma saída em meio a essa crise. O Direito Oficial, próximo da exclusão e opressão, fica ao lado de um Direito paralelo, inoficial.

Não se pode afirmar que esse movimento possua uma carga ideológica própria,

mas sim pontos comuns entre as diversas posições doutrinárias de seus adeptos.

Normalmente a proposta do Direito Alternativo tende a rejeitar o modelo capitalista e o liberalismo burguês como sistema sócio-político, combatendo a miséria e lutando pela ordem democrática, realizando as igualdades.

Entre as críticas dos alternativistas ao positivismo jurídico está a proposta de se romper os limites do estrito legalismo formal de apego total à lei. O excessivo rigor formal proporciona certas contradições e lacunas, como é denunciado pelos juristas alternativos.

Outra proposta do Direito Alternativo está na mobilização de classes menos favorecidas abrindo espaços sociais inéditos, revelando novos agentes políticos criadores de direitos.

Segundo Cláudio Souto, o Direito Alternativo seria a norma desviante em relação à legalidade estatal, na medida em que esta última lhe é desviante. Não coincide com a legalidade do Estado, só sendo tal pelo desvio, pela não-identificação, pela dessemelhança em relação ao conteúdo da legislação estatal (SOUTO, 1997, p. 96).

A redução do Direito Alternativo a simples modo de expressão da vontade popular deve ser desconsiderada, pois tal prática pode estar viciada por uma noção de dominação, prejudicando a própria comunidade.

9. Planos conceituais do Direito Alternativo

Uma concepção de Direito deve ser decididamente sociológica. O Direito existe para os homens que vivem em sociedade e não se pode conceber uma sociedade humana sem uma ordem jurídica, até mesmo nas formas mais rudimentares de estado. O Direito deve espelhar a consciência do grupo, o que esse grupo social entende por certo.

As regras de Direito devem conter um mínimo de precisão indispensável à segu-

rança das relações sociais. A maior parte da doutrina aponta o Direito Alternativo como sendo um procedimento extradogmático.

Em interessante estudo jurídico, Amilton Bueno de Carvalho coloca o Direito Alternativo em três planos: o uso alternativo do Direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito (CARVALHO, 1998, p. 3-5).

O referencial histórico do chamado “uso alternativo do Direito” seria o final da década de 60, na Itália. Utilizando as contradições e lacunas presentes no próprio sistema jurídico, as decisões eram emanadas em sintonia com as necessidades sociais, num conteúdo mais democrático. Correspondia a uma releitura das instituições jurídicas de modo diverso da forma tradicional.

A “positividade combativa”, por seu turno, seria a concretização de princípios considerados como conquista, a eficácia de direitos individuais e sociais que não seriam estranhos ao Direito positivado. Na medida em que a concretização das conquistas democráticas já tomaram condição de lei, em termos estritos, não poderia ser considerado como “alternativo”.

O “Direito Alternativo em sentido estrito” seria a alternativa ao Direito Estatal na esfera do pluralismo jurídico, preocupando-se com o atendimento das necessidades das camadas populares excluídas. Esse direito paralelo emergente e insurgente seria empiricamente verificado na sociedade, principalmente na América Latina.

10. Conclusões

1. O mundo ocidental ampara o conceito dogmático de Direito em juízos de “dever ser”. O Direito Oficial apresenta lacunas e contra-sensos, deixando um vazio na solução dos conflitos.

2. Por ser um sistema social, o Direito possui uma relação de intercomunicação com outros sistemas. Entretanto, a ordem

sociocultural ocidental se sustenta em paradigmas teóricos em que a dogmática é o referencial de estudo, interpretação e aplicação do Direito.

3. O Estado tem demonstrado não conseguir monopolizar o Direito, principalmente nos países subdesenvolvidos. Nessa realidade, o Direito Dogmático deixa transparecer sua crise, sendo sobreposto por outros sistemas normativos.

4. Os antecedentes históricos do Direito Alternativo têm referencial na Escola Histórico-Evolutiva de Salleilles, ao lado da Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz.

5. Enquanto na Europa sobressai o “uso alternativo do Direito”, no Brasil existiria o “Direito Alternativo propriamente dito”, como tentativa de desburocratização do sistema estatal, começando a ser organizado a partir da década de 90.

6. As concepções equivocadas mais frequentes sobre o Direito Alternativo são o mito da negação da lei e a ficção do risco da outorga de excessivos poderes ao julgador.

7. Jusnaturalismo é o antecessor fundamental do Direito Alternativo e seus princípios ainda influenciam o movimento, a exemplo da idéia de justiça social, presente no Direito Alternativo e no Direito Natural.

8. Entre as propostas do Direito Alternativo, o rompimento do estrito legalismo e a mobilização de classes menos favorecidas representam uma saída diante da crise do Direito Dogmático.

9. Podemos situar o Direito Alternativo em três planos conceituais: o uso alternativo do Direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito.

10. O Direito Alternativo encontra-se inserido no próprio ordenamento: quando se busca uma maior efetividade a certas normas ou uma melhor interpretação; e, também, paralelo ao Direito Oficial: quando verificado empiricamente nas relações sociais, surgindo espontaneamente diante da ineficiência Estatal na solução das lides.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e direito. *Revista da Esmape*: Recife. v. 2, n. 6, p. 256-262, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo: uma revista conceitual*. Disponível em: <http://www.uerj.br/~direito/rqi/07/070402.htm>. 14 out. 1998.

MAIA, Alexandre da. O movimento do direito alternativo e sua influência na comarca do Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*. Recife, n. 24, p. 41–46. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Otacílio de Paula. Sociedade e direitos alternativos. *Revista LTR*, p. 295-297, maio, 1994.

SOUTO, Cláudio. *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TRINDADE, Rinez. A problemática da justiça e aspectos do chamado direito alternativo. *Ajuris*. Ano 12, n. 56, p. 179-190, nov. 1992.

VIEIRA, José Carlos. O direito como fato social. *Semina*, v. 1, n. 9, p. 45–50, 1998.

Proposta de intervenção no processo pedagógico de formação profissional da polícia militar

Luiz Henrique Manoel da Costa

Sumário

Introdução. Proposta. 1. Mudança de paradigma. 2. Coordenação das ações específicas. 2.1. Da Direção do ensino (análise crítica e situação almejada). 2.2. Do currículo e suas bases. 3. Da metodologia de ensino. 3.1. Campo de ação profissional. 3.2. Esfera de atuação profissional. 3.3. Elementos do processo pedagógico profissional – 2ª lei da didática – contradições fundamentais. 3.4. O método de ensino e os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3.5. Relações entre os sistemas – influências recíprocas. 3.6. Esquema didático para o ensino de disciplinas baseado na formulação e solução de problemas profissionais. 4. Conclusão.

Introdução

As polícias militares estaduais herdaram posição jurídico-legal que as vincula diretamente ao exército nacional, assim na condição de força reserva das tropas federais.

Desde antes, a atribuição legal para investigar os crimes e auxiliar nos trabalhos judiciários esteve vinculada à polícia civil, o que concorreu para a manutenção do quadro acima, restando para a polícia militar a condição de polícia ostensiva, fardada, submetida a estrutura funcional e administrativa vertical, símile estadual do exército nacional. Não por outro motivo esteve vinculada ao exército nacional em mais de um incidente político institucional, especialmente depois da proclamação da república, e durante os períodos da velha e nova repú-

Luiz Henrique Manoel da Costa é Promotor de Justiça, Professor da UFOP, especialista em Direito Penal pela UGF-RJ.

blica (1930/1932/1945), de forma incisiva a partir do golpe militar de 1964, e período seguinte de quebra das garantias constitucionais e recrudescimento da repressão política aos inimigos do regime implantado.

O processo de abertura política, inaugurado com a anistia geral, propiciou o retorno ao Brasil de uma legião de exilados e eleições diretas para Governadores Estaduais a partir de 1982, concretizando-se com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e, após, com eleições livres em todos os níveis de governo.

O retorno aos quartéis decorrente da normalidade institucional; o conseqüente e aparente afastamento do exército dos centros de decisão política, efeito obviamente abrangente de sua força reserva, deixou no tocante a esta um enorme vácuo, uma indefinição mesmo quanto ao papel que deverá cumprir já agora em face do que restou definido a partir da nova ordem constitucional.

O Texto Constitucional vigente, já alterado dezenas de vezes desde sua promulgação, mantém, contudo, como atribuição da polícia militar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º), o que demanda esforço por uma delimitação conceitual, especialmente quanto ao conteúdo jurídico ideal de “ordem pública”, assim objetivando igualmente delimitar o campo de atuação profissional da polícia militar. Coloca-se portanto como problema central do trabalho de pesquisa a incoerência entre o cumprimento das funções atribuídas à polícia militar e o conteúdo jurídico constitucional do princípio da ordem pública, como condicionante de sua formação profissional; d’onde deflui como objetivo apontar sugestões que possam reduzir a aludida incoerência, numa proposta de intervenção a partir do processo de formação profissional da polícia militar.

Parte-se, portanto, do pressuposto de que a incoerência apontada poderá ser reduzida mediante a aplicação de um novo paradigma para a formação profissional das polícias militares, tendo por fundamento a

delimitação conceitual do princípio constitucional da ordem pública.

Proposta

A preservação da ordem pública, tal qual cometida na Constituição à polícia militar, corresponde à preservação da ordem jurídica estabelecida na mesma Constituição, assim considerada especialmente no tocante à manutenção dos princípios relativos aos direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais e a sistemática do processo penal.

A garantia dos direitos humanos, assim compreendida como fundamento da manutenção da ordem pública, deve servir de fio condutor de toda a atividade docente, informando de forma sistemática os componentes dos conteúdos das disciplinas: os conhecimentos, as experiências e comportamentos humanos desejados do policial militar.

Para o bom desenvolvimento do processo pedagógico profissional dentro do sistema examinado, imprescindível a existência de condições favoráveis dentro da Academia e na comunidade. Na academia, é relevante o papel da direção, que deve propiciar condições para coesão, organização e preparação do coletivo escolar, a planificação estratégica e o trabalho metodológico; sensibilidade do universo acadêmico para a necessidade de solução dos problemas emergentes da comunidade e a importância da função policial militar na resolução dos mesmos; a abertura interna para receber as sugestões e influências dos setores organizados da sociedade; domínio por parte da academia dos problemas reais vividos em cada setor da comunidade abrangido por sua atuação; preparação e permanente superação do corpo docente. Na comunidade, fundamental o envolvimento com os problemas da opinião pública por meio de grupos de pressão destinados a cobrar mudanças e adaptações às necessidades sociais.

O curso de formação de oficiais da polícia militar de Minas Gerais, não sendo um curso

de bacharelado em direito, deve ter as matérias jurídicas voltadas especificamente para instrumentalizar o exercício das atividades típicas da polícia militar.

No processo de ensino-aprendizagem, deve-se dar especial importância à utilização de métodos produtivos, de forma a habilitar o policial militar para a solução de problemas profissionais, por meio do estudo de casos.

Assim, por etapas, teríamos os seguintes passos necessários à implementação das mudanças propostas:

1. Mudança do paradigma

Vislumbro como etapa preliminar no processo de mudanças pretendido o reconhecimento da necessidade de troca, no caso, a substituição, em termos de planificação estratégica, da concepção de polícia militar como força reserva do exército, pela de polícia de preservação da ordem pública, assim compreendida como de preservação da ordem jurídica e por conseguinte dos direitos e garantias individuais e coletivos.

Absolutamente conveniente, portanto, o detalhamento legal (infraconstitucional) da atribuição constitucional conferida à polícia militar que coincide com a manutenção da ordem jurídica, como decorrência lógica da interpretação sistemática do princípio da “ordem pública”. Tal delimitação conceitual legal permitiria desde logo, sem grandes questionamentos, a opção por um modelo de polícia militar destinado à garantia dos direitos humanos.

Todavia, a ausência de definição legal, infraconstitucional, não inviabiliza por si mesma a implementação da proposta, assim posto que o novo paradigma já se encontra definido na Constituição Federal; defluindo

do sistema jurídico pátrio a prevalência das normas de natureza constitucional sobre aquelas de natureza legal; pelo que a adoção do novo paradigma pode também decorrer de opção política institucional (interna) da corporação policial militar estadual. Neste momento, jogam papel determinante como importantes vetores de influência sobre a conscientização acadêmica: a opinião pública; os meios de comunicação de massa e setores organizados da comunidade.

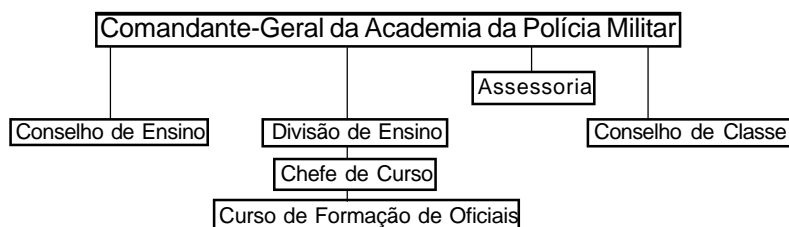
2. Coordenação das ações específicas

Após o reconhecimento (legal ou institucional) da necessidade de mudanças, feita a opção necessária e obtido o consenso do meio social e a autorização institucional, inicia-se a montagem de estratégia por etapas, sendo sugestiva a criação e capacitação de um grupo destinado à coordenação das ações específicas, elaboração de um diagnóstico geral quanto às condições da academia, sua organização, direção, professores e estudantes, determinação de problemas e causas, assim objetivando a elaboração de um plano transformador, sujeito a controle, avaliação e correção periódicas.

As atenções de tal grupo (coletivo de professores) deverão concentrar-se sobre a direção do ensino e as bases curriculares sobre as quais se desenvolverá o processo pedagógico profissional, conforme abaixo sugerido.

2.1. Da Direção do ensino (análise crítica e situação almejada)

Tomando por referência específica a situação do Curso de Formação de Oficiais – CFO (examinado na pesquisa), podemos esboçar o seguinte organograma da situação atual:



Se é certo que as funções principais de direção são a planificação, organização, execução e controle, não menos certo no tocante ao Curso de Formação de Oficiais da APM, que as funções de planificação, organização, coordenação e controle se concentram exclusivamente nas atribuições de um só dirigente, qual seja, o Chefe da Divisão de Ensino, por expressa delegação do Comandante-Geral; aos docentes resta exclusivamente a função de execução: “preparar convenientemente as aulas de acordo com o previsto no plano de curso correspondente a sua disciplina”.

Do organograma acima se verifica claramente a verticalização na gestão do ensino, com uma conseqüente concentração de poder na pessoa do Comandante-Geral da APM, reduzidas as relações de coordenação entre os demais setores dirigentes à participação nos Conselhos de Ensino e de Classe; órgãos de assessoria, opinativos, portanto sem qualquer poder decisório.

Conforme anteriormente afirmei, a escolha de um modelo de formação profissional da polícia militar, que tenha por objetivo fundamental a garantia dos direitos humanos, antes de estratégia pedagógica, deve-se constituir em opção política das classes dirigentes, aquelas efetivamente responsáveis pela direção do processo pedagógico profissional, sem o que qualquer mudança pretendida ficará apenas no altiplano filosófico das idéias.

O que se espera com a operacionalização do aludido fio condutor (a garantia dos direitos humanos) é estabelecer um novo modo de formação profissional, voltado especificamente para a defesa da ordem pública, como expressão real da ordem jurídica constitucional; dela está encarregado todo policial militar, de soldado a oficial.

Não obstante, qualquer processo efetivo de mudanças está marcado pelo caráter sistêmico, deve ser escalonado, progressivo e não corrido, exigindo especialmente a participação de todos que nele interferem, e por isso, em uma instituição educativa, a for-

mação de coletivos pedagógicos se reveste de importância fundamental.

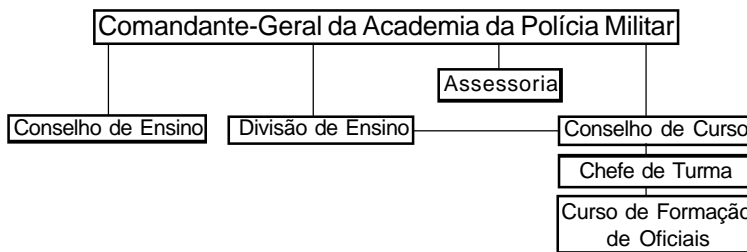
A opção por um modelo de polícia militar de garantia dos direitos humanos exige não somente uma revisão dos conteúdos programáticos das disciplinas jurídicas e a adaptação destas e demais (módulos fundamental, de administração, de segurança pública, etc.) ao paradigma escolhido, como também a formação de grupos de professores com o fim de redirecionar o ensino, assim com base em premissas estabelecidas a partir de trabalho metodológico destinado a assegurar a harmonia e coerência para que os objetivos propostos sejam alcançados.

Aos coletivos pedagógicos, formados pelos grupos de professores representantes dos diversos módulos de ensino, caberá traçar planos de ação, levando em consideração as diversas direções do processo pedagógico profissional: vertical ou sucessiva; horizontal ou simultânea e transversal ou educativa. Mister portanto a participação efetiva do coletivo de docentes, professores regentes das disciplinas curriculares, no planejamento, organização, execução e controle do processo de direção do ensino.

Assim, no modelo de direção do ensino almejado para o Curso de Formação de Oficiais, as funções hoje atribuídas ao Chefe da Divisão de Ensino caberiam ao Presidente do Conselho de Curso, órgão coletivo que viria em substituição ao atual Conselho de Classe, todavia com alteração em suas atribuições específicas conforme proposto. À Divisão de Ensino caberiam as funções de apoio administrativo e operacional.

A proposta de mudança nas atribuições objetiva também propiciar o desenvolvimento dos docentes, enquanto dirigentes do processo pedagógico profissional, por meio da delegação de funções, outorgando-lhes a autonomia e liberdades necessárias para a seleção dos meios e caminhos a seguir.

As mudanças pretendidas podem ser resumidas no esquema a seguir, contraposto ao esboço inicialmente apresentado (acima):



2.2. Do currículo e suas bases

A propósito dos fundamentos curriculares, conforme Alejandra Fernández :

“si las bases conforman la realidad social, los fundamentos se formulan como una explicación de esa realidad en los planos filosóficos, políticos, social, económicos, históricos, pedagógicos.”

Na tentativa de uma aproximação conceitual entre o que estabelecem as Diretrizes para o Planejamento do Ensino Profissional – DPEP (documento básico expedido pelo Comandante-Geral da Polícia Militar) e a proposta apresentada ao debate, verifica-se sem maiores dificuldades um discurso asséptico, assim porque fundado no exame superficial de métodos, técnicas e formas de organização do ensino profissional ministrado na Academia da Polícia Militar, sem um comprometimento maior com o entorno social e requerimentos atuais deste.

A julgar pelo que apresentam as aludidas diretrizes, as bases invocadas se fundamentam exclusivamente nas “políticas do Comandante Geral para o Ensino Profissional na Corporação”, evidentemente insuficientes para embasar uma proposta curricular coerente com o contexto histórico e social atual.

Noutro ponto fundamental, aquele pertinente ao perfil que se espera do egressado, o documento se limita a proposições simplórias porque desprovidas de conteúdo explicativo e valorativo dos conhecimentos e habilidades específicos exigidos pela demanda social. Assim, quando se refere ao Curso de Formação de Oficiais (CFO), proflixa que o mesmo se destina “à formação

técnico-profissional e humanística necessárias ao exercício de cargos inerentes ao Quadro de Oficiais Policiais-Militares.”; todavia cabe questionar: a que tipo de formação técnica-profissional e humanística se reporta o documento? Ou, mais, o que se espera do profissional ao final “habilitado” para o exercício de cargos inerentes ao Quadro de Oficiais?

No tocante à grade curricular do aludido Curso de Formação de Oficiais, não se observa qualquer indicador de articulação dos níveis horizontal, vertical e transversal, nem tampouco referências ao conteúdo programático das disciplinas, o que leva a crer que tal tarefa se encontra entregue, com exclusividade, ao instrutor ou professor da disciplina.

Quanto ao módulo de direito, a pretendida mudança exige uma postura diferenciada por parte do docente; não se tratando de um curso de bacharelado, os conteúdos programáticos devem ser trabalhados em função da formação profissional do policial militar e das exigências típicas a suas atribuições específicas. Definido como Módulo Instrumental pelas revogadas NPCE-96/99, é certo que o atual módulo de Direito continua conceituado como aquele que “contém as disciplinas da área de direito que propiciam ao militar conhecimentos e técnicas auxiliares para a realização de tarefas típicas das atividades meio e fim da Corporação” DPEP/98 .

Assim, os conteúdos a serem trabalhados no módulo de direito devem ser capazes de instrumentalizar a ação policial militar, de maneira a conformá-la aos limites estabelecidos nas leis. Cabe ao coletivo de

professores, por conseguinte, estabelecer os pontos sensíveis de contato entre as funções típicas à atividade policial militar, trabalhadas por exemplo nas disciplinas de Técnica Policial Militar, Segurança Integrada, Policiamento Ostensivo, Segurança Física de Instalações e Dignitários, Defesa Pessoal, e as matérias de direito. Ilustrativamente: é dever do Policial Militar efetuar a prisão em flagrante, todavia esta somente atingirá seus legais efeitos quando a ação estiver justificada pelas normas penais, processuais penais (e constitucionais) aplicáveis à espécie.

Ao coletivo de professores caberia portanto a tarefa, num primeiro e crucial momento, de revelar os fundamentos da carreira policial militar, assim com base na análise sistemática dos dispositivos constitucionais pertinentes.

No particular, há que se considerar como bases curriculares o conjunto de forças políticas, sociais, econômicas e culturais confluente para a elaboração do texto constitucional vigente, este portanto devendo ser tomado como fundamento central do currículo.

3. Da metodologia do ensino

As modificações propostas na estrutura organizacional da academia, bem assim no currículo e suas bases, devem ser necessariamente complementadas pela utilização de métodos didáticos apropriados aos objetivos buscados.

3.1. Campo de ação profissional

Conforme estabelecido na Constituição Federal, compete à polícia militar a manutenção da ordem pública, assim compreendida como o estado de bem-estar social caracterizado pela preservação da ordem jurídica.

3.2. Esfera de atuação profissional

A delimitação conceitual acima proposta importa ainda uma segunda redução, posto que, na manutenção da ordem jurídica,

a intervenção da polícia militar somente se justifica ante a existência de risco para a incolumidade das pessoas e preservação do patrimônio público ou privado, excluídas *a priori*, para o fim desta pesquisa, outras hipóteses em que a intervenção policial militar dar-se-ia como reserva das forças armadas (Exército, Marinha, Aeronáutica).

Não se considera igualmente o desempenho de atividades administrativas na gestão dos recursos humanos e materiais da corporação, senão o exercício próprio da intervenção policial na solução de conflitos, atividade-fim, esfera visível do poder de polícia; ressalvada a importância da Academia da Polícia Militar e outros órgãos diretos do processo pedagógico profissional.

Esferas específicas:

- a) policiamento ostensivo;
- b) bombeiro militar (combate a incêndio, busca e salvamento).

3.3. Elementos do processo pedagógico profissional – 2ª lei da didática – contradições fundamentais

A didática estuda as formas como se relacionam os elementos do processo pedagógico profissional, tendo por objetivo o que se estabelece como necessário para a formação de determinado profissional.

Na relação existente entre o objetivo, conteúdo e método (a educação por meio da instrução), estabelecem-se as maiores contradições do processo pedagógico profissional, sendo ademais onde se manifesta a força motriz, a essência do processo.

1ª contradição: objetivo ↔ conteúdo

Os conteúdos das disciplinas jurídicas lecionadas no Curso de Oficiais da polícia militar, não se tratando de bacharelado em direito, devem ser estabelecidos tendo em conta sua utilidade para a solução de problemas típicos de tal atividade profissional.

2ª contradição: conteúdo ↔ método

Os objetivos, contudo, não ficam definidos tão-somente com a apresentação do conteúdo, senão quando esclarecido o que fazer com tais conteúdos, qual a sua necessidade

e utilidade e como identificá-los e aplicá-los na prática profissional, tarefa reservada ao método, como elemento dinamizador do processo pedagógico. O ensino de disciplinas jurídicas é dedicado a transmitir ao aluno a estrutura do sistema dominante em cada matéria, não havendo, via de regra, interesse geral na solução de problemas.

3.4. O método de ensino e os grandes sistemas do direito contemporâneo

Considerados seus elementos mais fundamentais e estáveis, regularidades especialmente encontradas nos modos de raciocínio usados para descobrir, interpretar e determinar o valor das regras de direito, é possível agrupar os diferentes direitos em “famílias”, da mesma maneira que nas outras ciências.

No mundo contemporâneo, três grupos de direitos ocupam situação proeminente:

a) *Família romano-germânica*: as regras de direito são concebidas como sendo regras de conduta, ligadas a preocupações de justiça e moral. Determinar essas regras é a tarefa essencial da ciência do direito, daí o especial valor atribuído à lei.

b) *Família da ‘common law’*: a regra de direito visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar bases da sociedade, daí a importância atribuída à função dos juízes e tribunais, a força vinculante dos precedentes.

c) *Família dos direitos socialistas*: historicamente pertencentes à família romano-germânica, ao lado das semelhanças existentes com esse sistema, nos países do campo socialista constituiu-se um sistema próprio, posto que as regras do direito socialista fundam-se na obra do legislador, que exprime uma vontade popular estreitamente guiada pelo partido comunista, em que o direito privado perdeu sua proeminência em benefício do direito público.

A estrutura desses sistemas importa em reconhecer:

a) que nos países da *common law* a aplicação do direito segue o método indutivo, caracterizado pelo movimento que vai de uma ou várias verdades singulares a uma verdade universal. O juiz formula a regra a ser aplicada ao caso *sub judice* por meio da análise de casos anteriores sobre a mesma matéria (suficientemente semelhantes àquele que ele tem de solucionar); da análise dos fatos e das soluções encontradas nas decisões anteriores o juiz chegará à regra concreta.

b) nos sistemas romano-germânicos, sendo a lei a fonte primária e principal do direito, a aplicação deste segue o movimento do raciocínio dedutivo que parte de uma verdade universal a uma verdade menos universal (ou singular). O juiz formula a regra a ser aplicada ao caso *sub judice*, mediante a dedução feita em torno da norma geral e abstrata da lei ou do Código.

Tais condicionamentos e regularidades são refletidos de forma importante no processo de formação profissional, quando entre os objetivos propostos está o domínio, por parte do estudante, de hábitos, habilidades e conhecimentos exigidos do profissional, que o habilitam a resolver problemas na esfera de sua atuação. Os sistemas romanos em geral preferem o método dedutivo, em que o professor apresenta o sistema doutrinário aos alunos, sem a preocupação com a solução de casos concretos; diferente dos países da *common law*, onde a maior parte do ensino concentra-se em analisar, entender e saber de cor os casos mais importantes em cada matéria.

3.5. Relações entre os sistemas – influências recíprocas

A procura de estabelecer grandes “famílias” de direito, embora encontre justificativa na existência de modos próprios de fazer atuar a regra jurídica, atende mais a uma necessidade didática, como meio destinado a apresentar de forma sistemática os diversos direitos do mundo contemporâneo, facilitando também a sua compreensão.

As duas grandes famílias, do *common law* e a romano-germânica, sofreram e sofrem influências recíprocas; por razões históricas fundadas especialmente nos modos de expansão capitalista, numerosos contatos se estabeleceram entre os países de direito costumeiro e direito escrito (por colonização ou recepção), fazendo nascer diversos subsistemas de direito. Embora a *common law* conserve a sua estrutura fundada no *precedent*, a lei vem assumindo um papel cada vez mais importante neste sistema, observando que nos países de tradição romano-germânica se opera movimento inverso, o de emprestar força vinculativa às decisões dos tribunais.

Essa descoberta de um macrosistema de direito ocidental, pejorativamente alcunhado de “direitos burgueses” pelos socialistas, corresponde a igual atitude no campo didático pedagógico de formação profissional.

É geralmente aceito que o “método da jurisprudência”, “estudo de casos”, “método socrático” ou “solução de problemas” (*common law*), propiciando ao estudante apreciar, analisar e comparar situações de fato concretas, utilizando conhecimentos e habilidades próprios da atividade profissional, contribuem para formar o pensamento criador, assim logrando o desenvolvimento das faculdades críticas do estudante, a possibilidade de formular problemas e apontar soluções, sua independência cognoscitiva, alçando-o à posição de sujeito de seu próprio conhecimento.

Não obstante, reconhece-se que o direito não pode ser apreendido somente por meio dos casos julgados ou da formulação de problemas, sendo também preciso admitir que tal método importa um consumo exagerado e desordenado de tempo, se o objetivo que se busca é a apropriação de conteúdo geral, assim pertinente a todo o direito vigente em determinado tempo e em determinado espaço físico, ou mesmo de uma parte substancial do mesmo.

A utilização dos métodos por solução de casos ou problemas, inclusos na classi-

ficação de métodos produtivos, não importa em abandonar os métodos tradicionais das preleções, conferências, aulas expositivas, certo que os métodos produtivos requerem a aplicação de métodos reprodutivos, pois há que se criar a base cultural necessária; vale dizer: a) nenhum método é por si mesmo suficiente a solucionar as contradições apontadas na 2ª lei da didática; b) o método não deve ser utilizado mecanicamente, senão em função dos objetivos e do conteúdo.

Contudo, a atividade policial militar se caracteriza pela necessidade de pronta atuação em face de situações críticas que exigem do profissional firmeza e discernimento; trata-se outrossim de atividade profissional de permanente risco, tanto para o policial, quanto para terceiros presentes no teatro da operação; a propósito, vale transcrever o seguinte posicionamento:

“existem profissões, que por suas características, sujeitam as pessoas que as exercem ao cometimento de delitos. Conseqüentemente, paira sempre sobre essas pessoas a possibilidade de um processo e temor de uma condenação judicial. O maior exemplo dessas profissões é a policial: quando, num tiroteio após um assalto, o marginal morre ou, quando uma casa é arrombada para prender um marido truculento que espancava a esposa, pondo em risco a vida desta, em cada um dos casos o policial comete crime previsto em lei, homicídio e invasão de domicílio. Agiu, entretanto, levado por um sentimento de defesa da sociedade e de terceiros, e ainda baseado numa excludente de criminalidade, que é o estrito cumprimento do dever legal, previsto no art. 23, III, do Código Penal. Tênué é a linha que separa a legalidade da arbitrariedade na atividade policial”.

Daí por que extremar essa “tênué linha que separa a legalidade da arbitrariedade” constitui problema enfrentado de forma per-

manente na atividade policial militar para cuja solução a “ensenãza problémica” pode constituir importante aporte teórico e metodológico .

Aplicada no curso regular do processo acadêmico de aprendizagem, permite ao aspirante desenvolver a capacidade de prever situações de risco pessoal e de terceiros e o habilita ao planejamento de uma atuação que possibilite a solução do problema, dentro dos limites constitucionais de sua atuação; usada em etapa posterior, já no exercício profissional peculiar, permite a revisão de conceitos e desenvolve o senso crítico e o autocontrole, num processo de aprendizagem permanente e continuada.

3.6. Esquema didático para o ensino de disciplinas jurídicas baseado na formulação e solução de problemas profissionais

1º) Formula a questão em preposição o mais objetiva e simples possível:

“Conhecido o local de venda de drogas, policial a paisano, dizendosse usuário, propõe ao ‘traficante’ a aquisição de determinada quantidade de ‘maconha’, aquiescendo com o pedido lhe é entregue o entorpecente, momento em que os policiais fardados se aproximam efetuando a prisão do vendedor”.

2º) Em seguida apresentam-se as normas legais pertinentes ao assunto especialmente os arts. 4º e 14 do CP, 301 a 310 do CPP e art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVII, da Constituição Federal.

3º) Logo após, apresenta-se a solução seguida pelo Tribunal, no caso o Supremo Tribunal Federal, entendimento sumulado no verbete nº 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

4º) Neste passo, discute-se o entendimento do Tribunal, decompondo a assertiva e examinando separadamente seus principais elementos: crime consumado e flagrante, tendo considerações sobre as várias espécies de flagrante: próprio (propriamente dito,

real ou verdadeiro); flagrante impróprio (irreal, quase flagrante); flagrante presumido (ficto, assimilado, ou flagrante por equiparação legal); flagrante prorrogado ou retardado; flagrante preparado ou provocado (delito de ensaio, delito de experiência, delito putativo por obra do agente provocador).

5º) Por último introduz-se uma variante da solução apresentada pelo Tribunal, apresentando o conceito de flagrante esperado em confronto com flagrante preparado e o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente:

“Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador” (RSTJ, v. 10, p. 389).

Advertência: o esquema apresentado não é um pacote fechado que deva necessariamente seguir os passos, senão que se propõe como dinamizador do processo de ensino-aprendizagem, podendo desde o primeiro momento derivar para a proposição de variados problemas e busca de soluções parciais, bem assim suscitar o aprofundamento da discussão a propósito das soluções apresentadas e reformulação das mesmas, propiciando mesmo ao estudante se apropriar dos meios e conhecimentos necessários à investigação científica.

4. Conclusão

A delimitação do conteúdo jurídico constitucional da expressão ordem pública deve servir como novo paradigma para o processo de formação profissional da polícia militar, de forma a contribuir para uma definição do papel a ser desempenhado pela mesma de conformidade com sua nova vocação constitucional e considerando especialmente o regime de estabilidade das instituições democráticas.

Adotado o novo paradigma, sobre ele deve ser construída a proposta de intervenção, por meio de um grupo de professores

que, agindo dialogicamente, por etapas, possam introduzi-lo no processo pedagógico-profissional, mediante mudanças na estrutura organizacional e na direção do ensino ministrado na academia, reformulação do currículo e suas bases e introdução de métodos produtivos de ensino.

Bibliografia

(pela ordem dos temas abordados)

- 1) DEMONER, Sonia Maria. *História da polícia militar do Espírito Santo: 1835/1985*. Vitória: Imprensa Oficial, 1985.
- 2) LIMA JÚNIOR, Augusto de. *Crônica militar*. 2. ed. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1969.
- 3) ALMEIDA, Klinger Sobreira de. Organização policial brasileira: o alferes. *Revista da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais*. Belo Horizonte. n. 7, p. 63-93, 1985.
- 4) DOTTI, René Ariel. *O ministério público e a polícia judiciária: relações formais e desencontros materiais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- 5) Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. *Quadro comparativo*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1991.
- 6) SANTO, José do Espírito. Polícias militares competentes para atuar como polícia preventiva: o alferes. *Revista da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais*. Belo Horizonte. n. 16, p. 59-78, 1988.
- 7) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do ministério público*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- 8) SABELLA, Walter Paulo. Atividade policial: controle externo do ministério público. *Justitia*. São Paulo, 53, 154, p. 9-17, 1991.
- 9) GUASQUE, Luiz Fabião. O ministério público e o controle externo da atividade policial. *Revista de Direito do Ministério Público*. Rio de Janeiro, p. 139-141, 1996.
- 10) CINTRA, Dyrceu. O controle da atividade policial. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 7 de nov. 1996. p. 1-3.
- 11) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- 12) MACHADO, Marcello Lavenére. *História de um massacre*. São Paulo: Cortez, 1993.
- 13) BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: UnB, 1993. V.2.
- 14) COSTA, Luiz Henrique Manoel da. Introdução ao Estudo do Controle Externo da Atividade Policial Militar. *AMMP em Notícias*. Órgão Oficial da Associação Mineira do Ministério Público, n. 4, maio/ago. 1998.
- 15) SANTOS, Oswaldo Helodoro dos et al. *Memória viva: crônicas*. Belo Horizonte: O Lutador, 1991.
- 16) ANDRADE, Cel. Paulo René de. Origens históricas da polícia militar de Minas Gerais: 1709/181. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1981.
- 17) MARCO FILHO, Luís de. *História militar da PMMG*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1988.
- 18) SILVA, Carlos Alberto da. *A história da academia de polícia militar: uma breve abordagem através de seus vários comandos*. Academia da Polícia Militar, 1998.
- 19) COMANDO GERAL DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. *Normas para o planejamento e conduta do ensino* – Belo Horizonte: Quadriênio 1996/1999, nov. 1995.
- 20) MORRIS, Raquel Mermúdez; MARTIN, Lorenzo M. Pérez. *Concepciones del aprendizaje en la psicología*. Escola Técnica Federal de Ouro Preto, 1998.
- 21) PEREIRA RODRÍGUES, Justo Luis. *Calidad del aprendizaje y ordenamiento del proceso pedagógico problemático*. Ouro Preto: UFOP/ETFOP, 1998.
- 22) GUANCHE MARTÍNEZ, Adania S. *Ensenar las ciencias naturales por enseñanza problemática: una solución eficaz*. Desafio Escolar. [19_ _].
- 23) ASSIS, Jorge Cesar de. Lições de direito para a atividade policial militar. Curitiba: Juruá, 1995.
- 24) SANTOS, Pedro Paulo Cristóvam dos. *A segurança pública*. Texto elaborado como contribuição da Divisão de Consolidação Legislativa do Ministério da Justiça, aos estudos que antecederam a elaboração da Constituição Federal de 1988. [19_ _].
- 25) PASSOS, Nicanor Senna et al. Violência urbana. *Consulex*, Brasília, n. 4, 30 abr. 1997.
- 26) HERNÁNDEZ CIRIANO, Ida María. *Problemas fundamentales de la pedagogia: reflexiones para una practica crítica*. Ouro Preto: ISPETP, 1998.
- 27) PATIÑO RODRIGUES, Maria del Rosario et al. *El modelo de escuela politécnica*. Ouro Preto: ETFOP, 1998.
- 28) HERNANDEZ CIRIANO, Ida María. *Educacion y sociedad: temas para una polémica*. Ouro Preto: ETFOP, 1998.

- 29) SILVA, José Afonso da. Entrevista. *Folha de São Paulo*, 31 jan. 1999, Seção Cotidiano, p. 4.
- 30) Polícia Militar do Estado de São Paulo. Perfil. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público* a. 2, n. 17, abr. 1998.
- 31) FRAGA RODRIGUES, Rafael; HERRERA PADRÓN, Caridad. *Dirección pedagógica profesional*. Habana, 1999.
- 32) CASTRO PIMIENTA, Orestes D; ALVAREZ ROCHE, Zenaida. *Evaluación educativa*. Ouro Preto: ETFOP, 1999.
- 33) CUEVAS CASAS, Carlos et al. *Formación básica del directivo educacional*. Ouro Preto: ETFOP, 1999.
- 34) LOPES, Jorge E. G. Sistemas organizacionais. *Ensaio*, v. 6, n. 19, p. 191-200, abr./jun. 1998.
- 35) DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 36) FRANSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- 37) FRÓMETA, Isael Popa. *Notas de aula no curso de metodologia para áreas profissionais*. Ouro Preto: ETFOP, mar./abr. 2000.
- 38) ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- 39) RAMOS, Antônio Augusto Porto. *Los medios en la tecnología educativa*. Ouro Preto: ETFOP, 2000.

A ressemantização da autonomia municipal em face dos desafios contemporâneos

Maria Coeli Simões Pires

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Pontos de reflexão para a ressemantização do conceito de autonomia. 2.1. O princípio da subsidiariedade. 2.2. O princípio democrático e os múltiplos vetores do poder local. 2.3. A crise do Estado e a globalização: complexificação social e da trama urbana. 3. Breve visão comparativa do modelo de autonomia do Município brasileiro. 4. Releitura dos elementos da autonomia municipal. Conclusões.

1. Considerações preliminares

Se, internamente, projeta-se a ruptura do pacto federativo pela onipotência da União, que ameaça a autonomia de Estados e Municípios, razões quase universais apontam para a necessidade de que se retomem esses entes sob novo prisma.

A realidade contemporânea, sensivelmente impactada, por um lado, pelo marcante fenômeno de complexificação social, em muito ditado pelos avanços tecnológicos a impor a densificação de demandas e relações, e, por outro, pela tendência globalizante da economia de traço capitalista e da cultura, está a invocar forte trama de proteção das comunidades contra a perda de identidade desses núcleos de vivência coletiva. O Município, especialmente, há de se afirmar como contraponto da tendência universalizante, como espaço de expressão do homem-sujeito, de significação do dado ou estatística e, ainda, há de ser visto como o *locus* de

Maria Coeli Simões Pires é Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG, doutoranda e professora junto à mesma Faculdade.

apropriação dos benefícios da civilização e de revelação de seus efeitos perversos e, portanto, como a base física que sustenta os efeitos das diversas políticas. Assim, o Município, tradicional objeto de investigação nos campos do Direito, da Administração Pública e do Urbanismo, emerge como desafio em outras áreas do conhecimento, colocando-se, sobretudo, como categoria funcional estratégica de garantia de referência e de identidade dos cidadãos e de superação da crise contemporânea.

Nessas circunstâncias, o próprio Direito, na tentativa de articular respostas satisfatórias para as perplexidades atuais, há de desenvolver ânimo criador de nova reflexão acerca dos conteúdos desse núcleo de estudos, na busca da releitura e da ressemantização de seus elementos, a partir de considerações outras, que, classicamente, refugiam ao plano comum de análise ou ao rigor da cogitação estritamente jurídica.

A autonomia municipal, tema estruturante das construções jurídicas nesse campo, há, pois, de ser retomada tendo em vista a nova contextualização e a contribuição multidisciplinar que se adensa no estudo de estratégias de gestão contemporânea e de compreensão da trama urbana e dos diversos atores que a tecem.

Sob esse aspecto, as questões relacionadas com as tendências internas, quanto à organização local e à composição de forças nas arenas de consenso, e com o comportamento social, os reflexos do cenário externo e as perspectivas do direito comunitário, em especial, assumem um papel fundamental na ressemantização do conceito da autonomia municipal no Brasil, o que está a demandar estudo específico.

2. Pontos de reflexão para a ressemantização do conceito de autonomia

Do aporte feito por Horta sobre o tema, a partir de abalizados autores, especialmente da doutrina italiana, extrai-se rigoroso tra-

tamento jurídico do princípio posto como essencialidade da organização federal, cuja revelação se dá pela capacidade de edição de normas que estruturam o ordenamento dos entes da referida organização. Sustenta o constitucionalista que a *relação necessária entre autonomia e a criação de normas próprias, para construir ordenamento típico, é suficiente para justificar a noção jurídica de autonomia* (1995, p. 426).

Percebe-se, contudo, que a noção tradicional de autonomia é hoje insuficiente para sintetizar a compreensão de todos os vetores do poder local. Sua aplicação, circunstanciada por múltiplas variantes contemporâneas, deve estar informada por novos princípios e estratégias que lhe permitam uma adequada conformação ao contexto. Nesse caso, devem aportar nessa análise o princípio da subsidiariedade aplicado no contraste Estado–Sociedade e no próprio federalismo; o princípio democrático, que invoca a participação do cidadão nos planos de concepção, execução e controle de políticas públicas, impondo uma versão mais completa de poder local, sem exclusão da face atinente aos atores não-integrantes do poder oficial; a perspectiva da globalização, a ameaçar a permanência da individualidade, alçada à responsabilidade da esfera municipal; o desafio contemporâneo do ente local de se pôr como efetivo agente do processo internacional e de arrojarse em criatividade para superação da crise contemporânea.

É certo que várias dessas considerações perpassam searas metajurídicas, contra o que se coloca alguma reserva por parte de estudiosos. Horta, por exemplo, citando Francisco Campos, acena para a necessária depuração das influências dessa ordem para o tratamento jurídico da autonomia:

“o conceito de autonomia ingressou no campo publicístico ‘pela porta escura da política, como um título de reivindicação das comunidades locais contra o absolutismo do poder central’, e essa origem obstava o tratamento jurídico da autonomia.” (1995, p. 422)

Percebe-se, porém, que a sobrevivência dos Municípios e a construção da defesa das referências da cidadania estão a demandar a cogitação de elementos que, embora se apartem da esfera estritamente jurídica, possam interferir na releitura do princípio. Escusas são as pressões que avançam sobre o campo autônomo dos municípios em especial, fortes os impactos do macrocenário sobre a esfera de atuação do ente local, e renovadas são as inspirações de ordem democrática que impulsionam novas relações da cidadania no âmbito da vivência coletiva.

2.1. O princípio da subsidiariedade

O princípio enunciado, sob um ângulo, postula o respeito, por parte do Estado, às liberdades dos indivíduos e dos grupos, a pressupor a construção do plano de bem-estar em processo natural, a partir das ordens enucleadas no cenário de convivência coletiva. Requer, assim, a presença do Estado quando e onde necessária para subsidiar a ação dos indivíduos e grupos.

Vista assim, a autoridade estatal é, em última análise, desprovida de valor em si mesma, pelo que se dimensionam suas atribuições a partir da necessidade de atuação, que, por sua vez, deriva de outra instância, sendo, portanto, supletiva – para suprir as deficiências da sociedade – e subsidiária, capaz de sustentar medidas positivas.

Sob a perspectiva de aplicação às relações internas, sinaliza o princípio da subsidiariedade no sentido de que as ações evoluam dos cidadãos para as famílias, passando pelos grupos intermediários, até chegar ao plano mais coletivo, só admitindo a inversão da lógica em função da necessidade de suplência ou em caráter subsidiário e prospectivo.

Tendo em vista a aplicação ao federalismo, a subsidiariedade pressupõe o respeito às ordens federativas mais simples. Assentado na unidade federativa, o princípio invoca a ação paulatina e sucessiva das esferas locais, regionais e nacionais, tendo como referências básicas a necessidade ou a de-

manda de ação do poder público na sua localização primária e a capacidade de resposta do centro de poder envolvido. Igualmente, só se abrem ensanchas à inversão dessa sucessão quando se verifica a necessidade de suplência, vale dizer, o Município é o primeiro núcleo de poder que deve ser acionado e, na medida de suas condições, cabe-lhe desenvolver a ação correspondente. Transcendendo a demanda a referida esfera ou verificada a impossibilidade de atendimento naquele nível, o espaço abre-se à esfera intermediária até chegar ao plano nacional. Sob esse aspecto, o plano de competência formal se relativiza, e a indevida intervenção só restaria configurada em situações em que a instância mais complexa se arrogasse o espaço de ação do ente nela circunscrito, sem ocorrência da necessidade real de suplência ou de medidas positivas indicadas pela visão prospectiva de caráter mais transcendente.

Entre nós, a doutrina tem-se ocupado acanhadamente dessa matéria, valendo destacar a contribuição de Baracho, especialmente representada por sua obra *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*.

Mostra o constitucionalista que o princípio da subsidiariedade, conquanto tenha inserida sua doutrina no Direito Administrativo, no Econômico e no Constitucional, é tributário do Direito Canônico:

“A doutrina aponta antecedentes do princípio da subsidiariedade como na Encíclica Quadragésimo Ano, de 15 de maio de 1931, na qual o Papa Pio XI declarou que seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticada a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior e conferir a uma coletividade bem mais vasta e elevada funções que eles próprios poderiam exercer. Posteriormente, o princípio é regularmente reafirmado em outra Encíclica, sendo assim formulada: as relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os corpos in-

intermediários, devem ser regidas e equilibradas pelo princípio da subsidiariedade.” (BARACHO, 1995, p. 45)

Dissertando sobre o tema, destaca o publicista a tônica do princípio a partir da apreensão de seu papel na relação público-privado, sociedade-Estado. Alerta, contudo, para as repercussões da idéia de subsidiariedade no condomínio dos diversos entes da Federação. Nesse sentido, sustenta:

“Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que ele cumpre, também, a limitação de intervenção de órgão ou coletividade superior e pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado.” (Op. cit., p. 45)

Deve-se realçar que o princípio da subsidiariedade está profundamente enraizada na cultura política européia contemporânea.

2.2. O princípio democrático e os múltiplos vetores do poder local

A noção de poder local, notadamente informada pelo princípio democrático, deve ser apercebida sob uma nova perspectiva que permita a compreensão da articulação das diversas facetas com as quais aquele se apresenta e dos atores coletivos que se inter-relacionam na vivência das cidades.

Bava, mestre em Ciências Políticas e Presidente do Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais – Polis –, inova na conceituação dessa categoria de poder:

“Poderíamos entender o poder local não estritamente como o poder da administração pública, mas o poder originário da consertação da negociação entre os atores coletivos que disputam os interesses na cidade e que produzem a cidade nas suas duas dimensões, no que diz respeito à qualidade de vida dos cidadãos e no que diz respeito à condição da cidadania.” (p. 81– 82)

Esse o conceito que se deve contrapor à idéia estruturada e excludente de poder local no quadro político brasileiro, a qual, consoante lembra aquele cientista político, sustenta *uma estrutura hierárquica vertical de comando nas prefeituras, de defesa de uma ideologia meio tecnocrática, que de alguma maneira exclui o cidadão da competência de discutir os destinos da administração pública.* (p. 84)

Busca-se um quadro renovado de forças do poder local, no qual seja possível conformarem-se novos pactos e novas negociações. Essa combinação de esforços de construção de um novo conceito de poder local é bem delineada por Bava, cuja compreensão aponta para uma nova interpretação do poder local, pressupondo

“... a iniciativa da administração pública na abertura do espaço público de negociação e (...), de outro lado, a presença ativa desses cidadãos que se organizam por interesses plurais nesse espaço de negociação, para fazer valer seus interesses.” (p. 83)

Dessa forma, o espaço político de âmbito local deve ser acessível aos distintos setores da sociedade para que possa efetivamente viabilizar a negociação, a regulação do conflito, podendo intervir o cidadão de forma propositiva na gestão da coisa pública, fazendo valer a advertência mexicana, a *concilia* traduzida nas seguintes palavras de ordem: *Protestar com propostas.*

Somam-se a esses pressupostos os mecanismos de controle social, como forma de dar consistência e fazer conseqüente a filosofia participativa. Tais mecanismos devem assentar-se na transparência das ações públicas, na garantia de adequado fluxo de informações e, portanto, no próprio espaço da cena pública, no qual se explicitem as decisões, as circunstâncias, os eventuais fatores facilitadores e dificultadores, as responsabilidades e, ainda, na garantia de integração de representantes da sociedade aos centros decisoriais atuantes em todas as fases das políticas – concepção ou planejamento, execução e controle propriamente dito.

Adverte Borja para a insuficiência dos modelos tradicionais de organização e de gestão da instância local:

“Parece evidente que as atuais estruturas políticas locais, seus esquemas organizacionais e meios de gestão não são os mais adequados para construir essa liderança local e assumir as novas competências e funções propostas.”(1996, p. 95-96)

E completa:

“...um governo local promotor não pode funcionar segundo as formas de gestão e de contratação próprias da administração tradicional.”(1996, p. 95-96)

Com efeito, deve-se romper com a ditadura das simetrias e dos modelos de gestão. Como as cidades, pela realidade que lhes é imanente, invocam o princípio de diversidade, o poder local há de tomar conformação e teor próprio, em cada espaço, pois diferentes são as cidades, as populações, e diferentes devem ser seus atores e interlocutores e suas formas de atuação e de compreensão das vivências que nela têm lugar.

O poder local, portanto, revela-se também por meio dos diversos instrumentos de democracia semidireta postos expressamente pela Constituição à disposição do Município ou do cidadão, ou como simples decorrência da autonomia e do princípio democrático. Nesse sentido, enumeram-se: a consulta prévia mediante plebiscito, consoante o disposto no § 4º do art. 18 da CR e no art. 2º do ADCT, alterado pela Emenda Constitucional nº 2/92; a iniciativa popular para apresentação de projetos de lei, nos termos do art. 29, XI, da CR; o controle de contas, conforme o disposto no § 3º do art. 31 da mesma Carta; a ação popular, potente instrumento de controle jurisdicional posto à disposição do cidadão; outros meios por opção do Município, como o referendo popular, mecanismo de confirmação dos projetos ou de veto popular; o *Ombudsman*, instrumento de afirmação democrática; as formas de participação no planejamento, na

execução e no controle das políticas públicas; o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da CR e o controle popular deferido ao cidadão pelo art. 74, § 2º, daquele documento.

Já se verifica, na prática, uma nova tendência com vistas à densificação do poder local. As administrações democráticas, por um lado, têm buscado o reconhecimento de novos interlocutores, viabilizando espaço sócio-político para a representação coletiva, para a defesa de interesses e negociação das ações pelos diversos atores; por outro, a própria sociedade civil vem-se organizando em torno de interesses plurais das comunidades, o que ganha expressão fática por meio dos milhares de conselhos de saúde voltados para o acompanhamento da gestão dos serviços nessa seara, de conselhos de cultura que partilham entre segmentos nele representados a responsabilidade pela construção e proteção da memória coletiva, dos colegiados de política de proteção e apoio à criança e ao adolescente, entre outros.

Nota-se, também, uma acentuada mudança com o objetivo de acolher representações dos diversos movimentos sociais, nos órgãos do Poder Executivo e nas Câmaras Municipais, quebrando a lógica da política tradicional e da intermediação de índole clientelista. Desse modo, a própria relação do Poder Público, especialmente do parlamentar, com a sociedade civil organizada passa a se estabelecer sobre novas referências. Sob esse aspecto, o espaço legislativo já se abre à participação popular – mais de uma maneira fetichizada e emblemática, é verdade – para subsidiar técnica e politicamente o concerto formal da instituição na produção legislativa, na intermediação de conflitos e na concepção de políticas públicas. Ainda não se conseguiu, contudo, evoluir na direção da densificação social do poder fiscalizador. Entre nós, esses mecanismos apenas se esboçam, remanescendo o controle como um campo de acanhada eficácia da participação popular.

Dessa forma, o poder local não institucionalizado em Câmaras ou em Prefeituras, ou seja, o poder local de índole social e econômica, deve ganhar relevância nos diversos momentos da manifestação das ações de interesse coletivo por meio dos mecanismos disponíveis. A sintonia entre as forças componentes oficiais, sociais e privadas há de ser encontrada na experiência construtiva e projetiva de uma verdadeira cultura democrática que conjugue instâncias de governo inspiradas em adequada base principiológica e forças econômicas e sociais organizadas, conseqüentes e instrumentalizadas. Esse o desafio na estruturação do novo poder local.

A despeito da tendência democrática, persiste enorme distância entre a concepção ideal de poder local e sua conformação real, restrito que se encontra, na maioria dos Municípios, aos centros oficializados de competências, o que vulnera os próprios Municípios pela ausência da trama forte de proteção que se faz pelos laços da cidadania.

2.3. A crise do Estado e a globalização: complexificação social e da trama urbana

Os indicadores econômicos e sociais decorrentes da crescente ameaça dos conflitos civilizacionais, das sociedades hipercomplexas, da emergência de interesses difusos, da persistência de um quadro de desigualdades inaceitáveis, da progressiva mundialização da economia, da mídia, da cultura e das relações, bem assim da revolução tecnológica evidenciam um grave estágio da Civilização e o desequilíbrio do Estado como um todo, desenhando uma crise multifacetada do setor público, resultante da convergência de vários fatores de pressão, internos e externos.

Esse cenário de dificuldades tão abrangentes joga reflexos sobre a trama urbana de uma forma geral, imediatamente alcançada pelos efeitos perversos daqueles fenômenos e processos. Tudo, efetivamente, acontece ou repercute nas cidades, impondo-lhes,

em especial às megacidades, desafios inenunciáveis de superação da crise e das disfunções da política mundial.

Huntington, professor da Universidade de Harvard, ex-diretor de Planejamento do Conselho de Segurança Nacional do Governo Carter, autoridade em assuntos internacionais, desenvolvendo várias análises sobre a política mundial, assinala o conflito entre civilizações como a virtual ameaça para a paz mundial, projetando a estratégia de uma ordem internacional baseada nas civilizações, ou seja, na própria cultura, como salvaguarda contra a guerra. A partir dessa análise, aponta para um mundo multicivilizacional, assentado numa ordem internacional complexa, na qual figura, também, o ente local:

“Conquanto os Estados continuem sendo os atores principais nos assuntos mundiais, eles também estão sofrendo perdas de soberania, funções e poder. As instituições internacionais agora afirmam seu direito de julgar e de impor limitações ao que os Estados fazem em seus próprios territórios. Em alguns casos, sobretudo na Europa, as instituições internacionais assumiram funções importantes que anteriormente eram desempenhadas pelos Estados, e foram criadas poderosas burocracias que operam diretamente sobre os cidadãos num plano individual. De forma global, vem se verificando uma tendência para que os governos dos Estados também percam poder através da devolução de poder para entidades políticas abaixo do nível de Estado, nos âmbitos regionais, provinciais e locais. Em muitos Estados, inclusive nos do mundo desenvolvido, há movimentos regionais que estão promovendo uma autonomia substancial ou a secessão. Em grau considerável, os governos dos Estados perderam a capacidade de controlar o fluxo do dinheiro que entra em seus países e deles sai, e estão

tendo dificuldade cada vez maior para controlar o fluxo de idéias, de tecnologia, de bens e de pessoas. Em resumo, as fronteiras dos Estados se tornaram cada vez mais permeáveis. Todos esses desdobramentos levaram muitos a ver o fim progressivo do Estado sólido, tipo “bola de bilhar”, que supostamente foi a regra desde o Tratado de Westfália de 1648, e o surgimento de uma ordem internacional complexa, de múltiplos níveis, que se parece mais com a da Idade Média.” (1997, p. 36–37)

Destacando o professor a presença das entidades políticas de âmbito local nessa ordem multicivilizacional, nelas reconhece o *locus* verdadeiro de coexistência das pessoas, mostrando que em seu território se faz aparente a crise dos Estados fracassados e da anarquia crescente representada por

“... uma onda global de criminalidade, máfias transnacionais e cartéis de drogas, crescente número de viciados em drogas em muitas sociedades, um debilitamento generalizado da família, um declínio na confiança e na solidariedade social em muitos países, violência étnica, religiosa e civilizacional e a lei do revólver que predominam em grande parte do mundo. Numa cidade atrás da outra – Moscou, Rio de Janeiro, Bangcoc, Xangai, Londres, Roma, Varsóvia, Tóquio, Johannesburgo, Délhi, Karachi, Cairo, Bogotá, Washington –, a criminalidade parece estar subindo vertiginosamente, e os elementos básicos da civilização estão se esvanecendo. Fala-se de uma crise global de governabilidade.”(1997, p. 409)

Esse quadro de violência urbana, de ampla criminalidade é preocupante também para o Brasil, uma vez que pelo menos duas cidades brasileiras integram o rol das megacidades do mundo, no chamado *Mega Cities Project*: Tóquio, Cidade do México, Calcutá, Nova Iorque, Cairo, Nova Delhi,

Bombaim, Jacarta, Buenos Aires, Los Angeles, Londres, Moscou, São Paulo e Rio de Janeiro (*Jornal do Brasil*, 13 jul. 1992).

Mas se os problemas são mais contundentes para as cidades, se nelas ganham expressão, têm também nesse espaço a perspectiva mais aberta de solução mediante processos criativos.

As considerações registradas no tópico precedente denotam a importância do ente local como referência de cidadania e como espaço estratégico de enfrentamento da crise atual. A eminência das cidades é, por isso mesmo, enfatizada em diversas experiências de abordagem internacional e de tratamento de situações de crise.

Sob esse enfoque, eventos como a Conferência de Cidades Européias (Roterdã, 1986), inaugurando o movimento das eurocidades, consolidado na Conferência de Barcelona, de 1989; a criação do Comitê de Regiões (Maastricht, 1993), reconhecendo os governos locais como integrantes de sua rede institucional; a Conferência sobre População da ONU (Cairo, 1994); a Conferência de Prefeitos, em preparação para a reunião da Cúpula Social (Copenhague, 1995) e a Conferência sobre o Habitat (Istambul, 1996), a chamada “La Cumbre de las Cidades”, entre outras, destacaram o papel das autoridades subestatais e a necessidade de tratamento das questões sociais (emprego, pobreza, integração sócio-cultural) em nível local.

Borja, analisando esses eventos, mostra serem eles sinais do papel assumido pelas cidades em face das novas tendências mundiais:

“Os processos sociais, econômicos, culturais e populacionais tendem a globalizar-se, mas seus efeitos concentram-se nas aglomerações urbanas e requerem soluções integradas.” (1996, p. 79)

Relata o autor as estratégias dos governos locais especialmente em momentos de crise. Aponta, na Europa, a reação dos governos locais em conjunto com os diver-

atos econômicos e sociais urbanos à recessão dos anos 70, traduzida aquela em um desmedido esforço para atrair investimentos, gerar empregos e incrementar a base produtiva da cidade. Em continentes como a Ásia, evidencia-se o papel da cidade representado por uma forte complementariedade às ações do conjunto dos atores urbanos voltados para o mercado externo inserido na economia global. Entre as cidades asiáticas, dá realce a Seul, Taipé, Hong Kong, Cingapura, Bangcoc, Xangai, Hanói (1996, p. 79).

Adverte, no entanto, para os riscos do modelo asiático:

“... o poder político urbano, ao contrário do europeu, desenvolve um modelo de baixos custos gerais, mas de altos custos sociais. Não parece que esse modelo seja suportável por muito tempo; sua permanência introduz fatores que diminuem a atração pela cidade e não qualifica suficientemente os recursos humanos.”(1996, p. 80)

Relativamente às cidades americanas, realça o mesmo analista o seu importante papel na mudança política e na economia, relatando a reação local ao neoliberalismo das gestões Reagan e Bush por meio de ambiciosos projetos estratégicos:

“Cidades como Los Angeles, São Francisco, Detroit, Seattle etc. (assim como os estados da Flórida e Wisconsin), através do planejamento estratégico e da cooperação público-privada, demonstraram ao mesmo tempo a negatividade da aberrante política neoliberal e a capacidade de resposta das cidades.” (1996, p. 80)

Igualmente, relata Borja a importância política das cidades do Leste europeu nos processos de queda dos sistemas comunistas estatais e de reconstrução da organização democrática e da economia competitiva, com expressão evidente em Berlim, Budapeste, Praga, Varsóvia, entre outras (1996, p. 81).

Por fim, desenvolve o analista uma reflexão acerca do papel das cidades na Améri-

ca Latina, cuja síntese aqui se registra pela pertinência do caso brasileiro a esse contexto:

“Na América Latina, na década passada, os processos de democratização política e de descentralização do Estado revalorizaram o papel das cidades e os governos locais. No entanto, as limitações desses mesmos processos; os efeitos sociais das políticas de ajuste, que se somaram às desigualdades e marginalidades herdadas; a fragilidade do tecido sócio-cultural das cidades e os graves déficits de infra-estrutura e serviços públicos têm atrasado a emergência das cidades como protagonistas. Esta situação vem mudando na década de 90. Por um lado, a reativação econômica tem estimulado a implementação de projetos urbanos de grande escala (em alguns casos favorecidos pelas privatizações) e dinamizado o setor da construção. Por outro lado, aguçam-se as contradições e as carências herdadas: infra-estrutura física e de comunicações, insuficiência de recursos públicos e da capacidade de atuação dos governos locais, fraca integração social da cidade e escassa *cooperação público-privada*. Acrescentem-se ainda a consolidação dos processos democráticos internos e a crescente abertura econômica externa, que tem multiplicado as demandas sociais e acentuado a sensação de crise funcional nas grandes cidades.”(1996, p. 81)

Assimilando a importância das cidades, os organismos internacionais têm incorporado o esforço daquelas em seus planos de ação. Nessa linha, por exemplo, a filosofia da Organização das Nações Unidas. A ONU, criada logo após a Segunda Guerra Mundial com o objetivo de manter a paz e propugnar pelos direitos humanos, teve como estratégia de ação, desde meados da década de 60 até o final dos anos 80, a constituição de organismos e agências especializadas e a adoção de Convenções e Trata-

dos Internacionais. Contudo, grandes mudanças no contexto mundial, tais como a queda do muro de Berlim, a queda das economias planificadas, a globalização da economia capitalista, a intensificação do poder das corporações econômicas e financeiras transnacionais em prejuízo do espaço dos Estados nacionais, a crise fiscal dos Estados e a complexificação dos temas, a revolução tecnológica e o fim do regime de discriminação na África do Sul têm levado à redefinição do papel e da estratégia dos órgãos de cooperação internacional. Daí, a constatação de especialistas em reflexões desenvolvidas acerca do modelo de referência da ONU, que apontam no sentido da inadequação da abordagem em programas internacionais apoiados na suficiência dos Estados Nacionais:

“As noções de pleno emprego, de desenvolvimento econômico e de protagonismo total do Estado na resolução dos problemas sociais, que constituíam o modelo de referência da atuação da organização, não têm hoje mais vigência nem correspondência com a realidade das nações.” (RONULK; SAULI JÚNIOR, 1996, p. 14)

Essa mudança levou a ONU à realização de conferências relacionadas com temas globais emergentes segundo novos padrões de cooperação, incorporando, aos órgãos governamentais, setores mais amplos da sociedade, as Organizações Não-Governamentais, movimentos e associações comunitárias.

Sob essa nova inspiração, realizou-se, por exemplo, a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – HABITAT II –, em Istambul, em 1996, voltada para as questões da habitação num mundo em urbanização, que tem seus precedentes em 1976, quando a preocupação ainda se dirigia para as situações críticas e emergenciais de moradia ocasionadas por desastres naturais, guerras e conflitos urbanos.

A Conferência, segundo os mesmos especialistas, enfrentou para a multiplicidade das questões urbanas, em especial:

“...a irregularidade e precariedade dos assentamentos populares em todo o mundo pobre, a necessidade de expansão das infra-estruturas e dos serviços urbanos, a nova escalada dos problemas de transportes e acessibilidades, o armazenamento, abastecimento e utilização de energia e água, o controle e tratamento de resíduos, a poluição ambiental atmosférica e sonora, a degradação ambiental decorrente da própria expansão urbana, o crescimento da pobreza, da falta de empregos e de renda, o aumento de violência, o acirramento dos conflitos de terra e despejos ilegais.”(RONULK; SAULI JÚNIOR, 1996, p. 15)

O grande avanço da Conferência no tratamento das questões, segundo reconhecem os especialistas, é representado pela integração de novos atores na formulação de propostas e no processo de solução de problemas internacionais, de setores governamentais e não-governamentais, público e privado, locais e internacionais, tensionando as posições:

“HABITAT II, ou a Cúpula das Cidades, é o produto desta evolução: pela primeira vez se definem e reconhecem os ‘parceiros’ – autoridades locais, ONGs e CBOs, academias e o setor privado – como interlocutores oficiais, admitindo que estes compunham as próprias delegações oficiais.” (RONULK; SAULI JÚNIOR, 1996, p. 15)

As iniciativas no âmbito da Conferência, incorporando temas urbanos de forma cada vez mais ampla, propiciaram a interlocução da agência internacional com as cidades como entes políticos. Volta-se o organismo para o investimento na capacidade de gestão municipal, ao mesmo tempo em que estimula a criatividade dos governos locais, promovendo a seleção das *Best Practices*, experiências inovadoras e exitosas, para possível aproveitamento por outras comunidades. Do acervo de cem experiências selecionadas pelo Comitê Internacional, qua-

tro são brasileiras: o Orçamento Participativo de Porto Alegre; o Programa CEARA Periferia de Fortaleza; o Programa de Atendimento à Criança de Santos e o Saneamento Ambiental de Jaboatão. Entre as quarenta selecionadas para apresentação em Istambul, tiveram lugar a de Porto Alegre e a de Fortaleza.

De toda a experiência, emergem com clareza novos papéis dos poderes locais, a importância das parcerias, a preocupação com novos modelos de cooperação, a perspectiva das relações horizontais nas cidades, a participação popular e a necessidade de um novo enfoque para o tema de infra-estruturas urbanas assentado numa nova lógica integrativa que associa a gestão urbana e a política ambiental. Isso leva a um redirecionamento do Direito Internacional para o reconhecimento do poder local como sujeito dessas relações cogitadas por aquele ramo, ao lado dos Estados Nacionais e dos cidadãos.

Dessa forma, a Declaração de Istambul, integrando a Agenda HABITAT, propõe a descentralização da política urbana para governos locais democráticos, propugna pela parceria e participação, pelo fortalecimento da capacidade financeira e institucional dos municípios. Sem desconsiderar a importância dos Estados Nacionais nas relações internacionais, aponta os governos locais como elementos determinantes do êxito das relações naquele plano. Embora reconhecendo que as causas estruturais dos problemas urbanos tenham sede em plano nacional ou internacional, vislumbra a solução dos efeitos perversos a partir do Município, espaço de convergência das questões urbanas, de exteriorização da relação Estado-cidade na formulação e implementação de políticas urbanas, de formação de alianças, de compartilhamento de conhecimento e de aplicação de adequadas tecnologias. (RONULK; SAULI JÚNIOR, 1996, p. 16-17)

Essas anotações, por si, invocam uma reflexão mais profunda acerca do papel da

cidade no enfrentamento da crise contemporânea.

3. Breve visão comparativa do modelo da autonomia do Município brasileiro

Hoje, a Doutrina e a Jurisprudência assinalam, com realce, avanço na conformação do modelo da autonomia municipal no Brasil. Quadripartida, pressupõe um poder local autônomo em termos político, administrativo, financeiro e auto-organizatório. Sob esse último aspecto, assimila prática excepcional, originariamente prevista na Constituição do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1891, e absorve a Constituição Brasileira o modelo de Cartas Próprias do Sistema Americano (*Charter*), em que se assegura poder auto-organizatório ao ente local, unidade político-administrativa com alguma correspondência com o Município brasileiro.

A partir dos suplementos da clássica obra de Meirelles (1996, p. 41-61), podemos traçar ligeiro quadro comparativo da autonomia do Município brasileiro – tributário da comuna portuguesa cujo modelo se densifica por força da incorporação de traços bastante peculiares a partir da própria experiência comunitária brasileira ou de influências externas – em face dos principais modelos de organização do ente local, na tentativa de situar os principais pontos de identificação e de distanciamento.

Conquanto a Inglaterra tenha estruturado o sistema de Cartas Próprias, ela não influencia a organização local brasileira. Assim é que, por exemplo, o Constituinte de 1988 rejeita o traço de sujeição e unidade do modelo inglês, em que os burgos se submetem à autoridade controladora ou à censura do *Local Government Board*, órgão central vinculado à Coroa, com jurisdição sobre todas as municipalidades.

O modelo brasileiro de autonomia, incorporando alguns dos traços relativos a entidades locais de outros países, com nenhum se identifica. Não tem sua moldura nos *coun-*

try, cities ou *Township* americanos, apesar da tradição descentralizadora registrada nos Estados Unidos. A entidade local, sem ser objeto de qualquer alusão na Carta Política dos EUA, recebe sua autonomia do Estado-membro, com o que se coloca com acentuado nível de eficácia no plano de execução de serviços públicos, num País em que a tônica ou o desafio da administração local, sem o arrojo e a organização da burocracia de outros países, é a condição do poder público para proporcionar conforto material aos municípios. Preocupação que levou à otimização da figura do *manager*, administrador municipal, registrando-se na Universidade de Harvard, a mais notável evolução direcionada ao treinamento e à preparação para os encargos de gerência de serviços públicos em âmbito local.

Não se filia tampouco ao modelo do *Gemeinde* alemão, com o qual não se reparte a competência legislativa, que fica adstrita à Federação e aos Estados-membros. E dele também se aparta, ao rechaçar o forte controle dos Estados sobre a atividade municipal, tão recorrente naquele país.

Não tem seu parâmetro na França, Estado Unitário, onde só se reconhece às comunas uma autonomia acanhada, em contraposição aos Departamentos, com descentralização das coletividades locais em caráter meramente administrativo, conquanto se verifique, na realidade francesa, completa identidade dos cidadãos com as respectivas comunas.

Do cotejo dos arranjos de autonomia prevalentes em diversos países, chega-se à conclusão de que, no Brasil, o modelo de autonomia, no plano de concepção, é arrojado e, com certeza, o mais completo para a instrumentalização dos governos locais.

De fato, o Brasil, um país de vocação municipalista, superando a política contraditória da Coroa, que criava Vilas e distribuía sesmarias e que buscava proporcionar o aparecimento do ambiente urbano e estimulava a vocação autárquica dos grandes proprietários, consolidou, principalmente, com

o apoio da Igreja, um regime municipal, paulatinamente aperfeiçoado, desenvolvendo, pelo menos no plano nominal, um lato campo de autonomia.

Essa tendência levou o Brasil a estruturar uma complexa base municipal, e Minas, mais intensamente que qualquer dos demais Estados da Federação, implementou essa vocação. Os números confirmam a preeminência desse Estado no cenário municipalista, detendo cerca de um quinto das municipalidades.

Tendo como referência os dados de 1993, do Banco de Dados do IBAM-Rio, num total de 4.972, Minas contava com 756, o que representava a participação mais expressiva nesse campo, posição seguida, à distância, por São Paulo, com 625, pelo Rio Grande do Sul, com 427, pela Bahia, com 415, e pelo Paraná, com 371.

O número de municípios brasileiros foi, recentemente, à larga, ampliado, como decorrência da disciplina da Constituição de 1988 sobre a matéria, que flexibilizou as exigências para a elevação das comunidades ao estágio da maioria. Assim é que o quadro mineiro exhibe, só em 1995, 97 novos municípios (Lei nº 12.030, de 21 de dezembro de 1995), dado que projeta a posição do Brasil nesse particular.

Contudo, deve-se registrar que, contra essa escalada emancipacionista no Brasil, houve forte reação do Congresso Nacional por meio da Emenda Constitucional nº 15/96, que definiu parâmetros mais rigorosos para a emancipação de comunidades.

Esses dados são relevantes, principalmente se se toma em conta o teor da autonomia municipal brasileira em confronto com o dos modelos estrangeiros, uma vez que a multiplicação de comunas em outros países é recorrente, mas naqueles não se atribuem às administrações locais os graus de poder que se deferem aos municípios brasileiros.

Na Alemanha, há também uma tendência de ampliação da base comunitária. Observa-se a criação de novos municípios,

numa inversão da anterior tendência fusional, que acabou rejeitada pela persistência das relações com as originárias comunidades fusionadas. Tem-se, aí, a preocupação com o fortalecimento dos laços de pertinência dos cidadãos à sua comunidade como fator de equilíbrio no ambiente nacional e a defesa da identidade dos grupos e da cidadania.

Já no Brasil, não se pode dizer que haja uma relação direta entre a prática emancipacionista e a efetiva valorização da esfera local.

A posição de relevância há de ser conseqüente, retratando-se, não apenas no plano nominal, mas no plano fático, pois os municípios, antes de simples arranjo de burocracias administrativas e organização política, constituem-se na personalização de valores e interesses maiores. Assim, reserve-se-lhes o papel de imprimir vigor real às diversas facetas de sua autonomia, para que os grupos territoriais sejam capazes de transcender os estreitos limites das relações primárias, na busca, seja no âmbito interno, seja no externo, de soluções para os complexos problemas da coletividade, de padrões de qualidade de vida compatíveis com a dignidade humana e, sobretudo, possam colocar-se com tramas de proteção e autodefesa contra injunções da União e do Estado sobre o campo autônomo dos Municípios.

Os Municípios poderão, assim, exercer uma autonomia material, de linha não isolacionista e excludente, mas integrativa das diversas facetas e cooperativa das diversas esferas de poder formal, econômico e social, buscando imprimir ao poder local um sentido novo, e usar a autonomia segundo os seus diversos desdobramentos, mas agora ressemantizados em razão dos múltiplos fatores que conformam o poder municipal.

4. Releitura dos elementos da autonomia municipal. Conclusões

Relativamente aos quadrantes que pluralizam as manifestações da autonomia e

destrinçam o referido princípio, pode ser registrado, em apertada síntese:

1 - No que toca ao seu aspecto político, o Município deve usar em toda a extensão o seu poder político, de modo a garantir posição equilibrada em face das entidades federativas, sem subserviência, sem hierarquização, sem sujeição. A maioria do Município não se garante pela simples escolha de seus representantes e dirigentes, mas pela efetiva capacidade do ente local de assumir a condução de seu destino, fugindo ao autoritarismo e às manipulações que escravizam a comunidade e catalizando os diversos vetores do poder local. As prescrições da representatividade não de ser entendidas na perspectiva do coletivo, na qual a autonomia foge, cada vez mais, ao controle das demais esferas da Federação, para se sujeitar ao controle social, à vontade do conjunto. Por outro lado, o Município há de desenvolver capacidade reativa, para que possa garantir posição de equilíbrio no contexto federativo.

2 - Quanto à autonomia organizatória, deve o Município exercê-la, para conceber, de acordo com as matrizes de preordenação, uma instituição municipal conformada aos paradigmas do Estado Democrático de Direito. É preciso que cada Município se descubra em suas peculiaridades, que a sua Lei Orgânica se consubstancie em instrumento conjunto do poder público e da sociedade, incorporando os avanços de um tempo que rejeita a relação autoritária do poder público e sinalize para a participação, e que se traduza em verdadeira Carta Constitucional da comunidade, traçada em observância à Constituição da República e aos princípios da Constituição do Estado, mas, também, segundo os imperativos e rumos da realidade local. Ela há de ser capaz de ditar diretrizes de modernização da vida da comunidade e projetar-lhe mudanças positivas, sem perder de vista o macrocenário no qual se insere o Município.

3 - Em relação ao teor financeiro da autonomia, lembramos que o Município não

pode ficar à mercê de transferências de recursos de outras esferas e que só lhe será assegurada sua dimensão autônômica pela propulsão de sua base econômica e pela adequada preparação do Município para o exercício de sua capacidade tributária de modo a garantir receitas próprias. Para tanto, deve investir na organização de base cadastral e na melhoria da capacidade institucional para que possa atingir a probabilidade máxima de renda e de produtividade. O Município terá de fugir aos “quadros mentais de conformismo providencialista”. Com efeito, hoje, rejeita-se o espírito conservador, que alimenta a dependência, e acredita-se no valor científico do planejamento do progresso municipal e da participação da comunidade como elementos do desenvolvimento. Por outro lado, a autonomia financeira pressupõe o avanço da entidade local na estruturação das bases de interlocução com setores públicos, com os organismos internacionais de financiamento e com os agentes econômicos privados internos e externos.

4 - No que diz respeito ao campo administrativo, assinalamos que não se pode perder de vista a perspectiva finalística da entidade municipal, de assegurar adequada prestação de serviços; a de variabilidade da organização, que se há de conduzir pelos princípios da razoabilidade, da moralidade e da instrumentalidade, porque a pior ditadura que se impõe ao Município é a de disfunção de sua máquina, situação em que este e a comunidade se tornam escravos de uma burocracia que absorve todo o recurso em processo voltado para ela própria, e, por isso mesmo, autofágico e egoístico. Ainda, em razão das tendências globalizantes, a Administração deve estar atenta aos padrões internacionais de racionalidade, buscando apropriar os avanços da tecnologia e as alternativas mais adequadas à realidade, acreditando no Município como instância de superação da crise contemporânea e barreira de proteção contra a ameaça dos valores de referência que constroem a identidade coletiva.

Não é exagerado afirmar que a reversão do quadro de crise que emoldura a realidade brasileira depende necessariamente da rearticulação das esferas federativas, com a clara redefinição dos papéis de cada uma e da assunção, pelo Município, de seu campo autônômico e, pela comunidade, das potencialidades de sua força transformadora.

Finalizando, a autonomia municipal, antes privilégio, é o desafio que se apresenta a todas as municipalidades, que a devem estruturar no plano da realidade, sob pena, aí sim, de se tornarem os cidadãos, cada vez mais, reféns das burocracias estatais, em nítido processo de desrespeito ao verdadeiro interesse público e às coletividades, cada vez menos autônomas e sem referência.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

_____. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. In: STUFTING, Konrad Adenauer. *Debates sobre subsidiariedade e fortalecimento do poder local*. [19_ _].

BAVA, Sílvio Caccia. Participação popular e democracia representativa no fortalecimento do poder local. In: STIFTUNG. Konrad Adenauer, *Debates sobre subsidiariedade e fortalecimento do poder local*.

BORJA, Jordi. As cidades de planejamento estratégico: uma reflexão européia e latino-americano. In: FISCHER, Tânia (Org.). *Gestão contemporânea cidades estratégicas e organizações locais*. Rio de Janeiro, 1996.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROLNUK, Raquel; SAULI JÚNIOR, Nelson. As práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente gestão urbana nas cidades brasileiras. In: BANDUKI, Nabil (Org.). *Habitat*. São Paulo: Studio Nobel, 1996.

Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei nº 9.784/99

Marília Lourido dos Santos

Sumário

1. Processo e procedimento. 1.1. Características do processo. 1.2. Distinção entre jurisdição e administração. 1.3. Do contencioso administrativo. 1.4. Do ato complexo. 1.5. Requisitos do processo administrativo. 2. Disciplina constitucional – obrigatoriedade do processo administrativo. 3. Finalidade e importância. 4. Regulamentação do processo administrativo.

O processo administrativo chega a ser um tema relativamente recente no estudo do Direito Administrativo, de modo que importa, particularmente, observar questões preliminares que o tema sugere, tais quais o que se entende por processo administrativo, isto é, sua definição doutrinária, seus requisitos básicos e as situações em que sua adoção é obrigatória. Assim sendo, de tais noções basilares cuida-se a seguir.

1. Processo e procedimento

O tema da caracterização do processo e de sua distinção dos institutos afins, como o procedimento, é objeto da Teoria Geral do Processo. Esta, a partir da noção do monopólio da jurisdição (pressuposto do Estado de Direito), durante um certo período, considerou interdependentes as noções de jurisdição e processo, pelo que não concebia jurisdição sem processo e vice-versa. Com isso, tinha-se como conclusão necessária a idéia de que fora do exercício da função jurisdicio-

Marília Lourido dos Santos é Juíza de Direito e mestranda pela UFPa.

nal, ou seja, do Poder Judiciário, não poderia haver processo, apenas procedimentos.

Odete Medauar menciona essa concepção como a idéia de “monopólio jurisdicional do processo” (1993, p. 11), que se justificou pela própria antecedência histórica dos estudos do processo no âmbito do Poder Judicial, aliada ao predomínio da noção privatista do processo e da busca pela afirmação de seu caráter científico. No entanto, a noção de processo vinculada à função jurisdicional também encontrou guarida no Direito Administrativo. Isso porque neste, inicialmente, a noção de discricionariedade administrativa mostrava-se incompatível com a regulação estrita do processo. Ademais, o ato, a decisão administrativa era o foco dos estudos e não o processo que o antecedia. O ato administrativo era concebido como a manifestação da autoridade, presumivelmente legal, cujo controle seria feito a *posteriori* pelo Judiciário.

A concepção publicista do processo, em que a ação é tida como direito independente do direito material, permitiu o deslocamento da preocupação científica com foco na jurisdição para a preocupação político-social centrada na função estatal. De outro lado, a noção de processo como relação jurídica, em que são exercidos poderes, ônus, deveres e faculdades, libertou-o da perspectiva estreita de simples sucessão ordenada de fatos. Essa nova postura teve acolhida no Direito Administrativo, pois este, já liberto da visão dicotômica: Administração x Administrado, passou a atentar para a necessidade de aproximação entre sociedade e Estado. Também percebeu que é necessário controlar o processo de realização dos atos administrativos, para que estes respeitem efetivamente as garantias e direitos dos cidadãos.

O processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público. Noção essa presente também na doutrina alienígena, pois, segundo observa Roberto Dromi, “*Proceso importa una unidad teleológica,*

hacia a un fin y el procedimiento una unidad formal, como un medio” (1996, p. 32). Logo,

“Processo é um conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações...)” (CINTRA; et al. 1996, p. 280).

Sob tais moldes sustenta-se a noção de processualidade ampla, pela qual o processo está presente em todas as funções estatais, tendo em vista a necessidade e conveniência da exposição de idéias opostas e o próprio do diálogo entre a Administração e os demais atores sociais.

Tratando-se de termo não unívoco, não há apenas uma definição de processo, daí por que Maria Sylvia Zanella Di Pietro escreve:

“Pode-se falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição” (1992, p. 343).

Esse é o sentido que lhe confere a Teoria Geral do Processo e, por isso mesmo, é o que deve ser levado em conta pelas demais áreas da técnica jurídica. Pois, é importante que exista no meio jurídico rigor conceitual. Até porque muitas são as impropriedades do uso do termo “processo”, tanto pela legislação, como pela própria doutrina, um exemplo é seu uso referindo-se aos autos processuais.

1.1 Características do processo

Para maior precisão conceitual, é fundamental localizar a nota que qualifica o procedimento como processo. Para distinguir processo de procedimento, foram propostos

diversos critérios, entre outros: a) o da amplitude, pelo qual processo é o todo e o procedimento as partes; b) o da complexidade, em que procedimento é o meio imediato de dar forma ao ato e processo é o conjunto desses procedimentos coordenados; c) o do interesse, segundo o qual o procedimento busca satisfazer apenas os interesses do autor enquanto o processo busca os interesses do destinatário do ato; d) o que diz que processo é noção abstrata e o procedimento sua forma concreta; e) o da lide, que sustenta não haver lide no procedimento; f) o teleológico, pelo qual procedimento é mera ordenação de atos e o processo contém um objetivo, uma finalidade; e g) o da colaboração dos interessados, pelo qual tal colaboração só existe no processo. Porém, cada um desses critérios ou apresenta exceções ou não é suficiente para a distinção.

Portanto, é necessário identificar um núcleo ou critério básico, o qual, pela doutrina hodierna, emerge da própria compreensão do processo como relação jurídica. Pois isso significa que aqueles que dele fazem parte exercem poderes, faculdades, ônus e deveres de modo paritário ou igualitário, com o que participam na formação da decisão final. Sem essa participação, aqueles que serão afetados pelas decisões estatais (administrativa ou judicial) não poderão defender seus interesses a contento. Tal participação consiste no chamado contraditório, que é por isso a nota característica do processo e não apenas um critério de legalidade do processo.

Participar implica a disponibilidade ampla de informação atual e precisa, que irá ser a base de qualquer possível reação. O binômio informação-reação é, portanto, o cerne do chamado contraditório, cuja marca está na colaboração dos interessados na formação da decisão do agente público. A presença do contraditório com seu caráter dialético, em que se alternam em condições de igualdade as atividades dos interessados, é que qualifica o procedimento como processo.

De tal sorte, o processo é conceituado como “o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre sujeitos, presente o contraditório” (CINTRA; et al. 1996, p. 288). É essa abertura à participação, garantida constitucionalmente, que imprime legitimidade ao exercício da função estatal, que confere maior poder de controle sobre ela, tanto de modo formal (pelo procedimento), como material (pelos fins).

Pelo contraditório as faculdades, ônus, direitos e deveres dos interessados lhes são atribuídas de acordo com suas posições, a fim de que suas reações e escolhas lhes permitam tanto a plena defesa de seus direitos, quanto o controle da legalidade da atuação daquele que possui interesse oposto e da própria Administração. Embora o atendimento dos interesses de cada cidadão se complemente com o atendimento do interesse público, ambos podem entrar em choque. Isso configura uma lide no âmbito da Administração, que pode haver também quando entram em choque os interesses dos administrados entre si, como no caso de concursos ou licitações.

Nesses casos, a Administração não pode ignorar ou impedir a atuação dos interessados, sendo que o mecanismo estabelecido para que isso não ocorra é justamente o processo. A paridade de armas colocadas à disposição daqueles que podem ser atingidos em seus direitos por uma decisão estatal é exigida também no âmbito da Administração. Essa é uma exigência do contraditório.

De outra parte, procedimento é uma noção puramente formal, circunscrita à ordenação de atos que se sucedem logicamente, isto é, é o meio pelo qual se materializam as fórmulas e atos legais do processo. Por conseguinte, este pressupõe um procedimento, mas não vice-versa. Segundo Hely Lopes, procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual (1998, p. 559). Nota-se, pois, que a diferença entre processo e procedimento não é meramente terminológica, mas substancial.

Nunca se pode, porém, olvidar o fato de que processo e procedimento são “faces da mesma moeda”, ou seja, não são noções estanques, mas complementares dentro do estudo do direito. O procedimento, como unidade formal, reflete a coerência de estrutura que deve haver na atuação estatal e o processo, como unidade teleológica, demonstra a necessidade de coerência de função e finalidade dessa mesma atuação.

1.2. Distinção entre Jurisdição e Administração

Visto que o processo está presente em todos os poderes do Estado, não está nele a nota distintiva entre as funções estatais, mas nas próprias peculiaridades de cada função. Desse modo, cabe ao Direito Administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, que se mostram na função administrativa, não no processo. A distinção da mesma com relação à função legislativa é pacífica, pois a esta cabe editar leis e àquela cabe sua execução.

No entanto, com relação ao Judiciário e à Administração, existem algumas dificuldades, pois se diz que ambos cumprem a lei. Inclusive, diz-se que a Administração cumpre a lei de ofício e o Judiciário mediante o processo. Mas, se ambos atuam por meio deste, não está nele, como visto, a nota distintiva.

Para a distinção entre função administrativa e jurisdicional, igualmente foram propostos vários critérios: a) do fim, pelo qual a jurisdição busca satisfazer o interesse das partes, enquanto a Administração o interesse público. Porém o caráter público da primeira demonstra que este também é seu fim; b) orgânico, pelo qual jurisdição é a atividade do Judiciário e administração do Executivo. Todavia, não existe separação absoluta entre as funções dos três Poderes; c) da unilateralidade, que existe na Administração, aliada à desigualdade dos sujeitos, enquanto na jurisdição há bilateralidade e igualdade entre os mesmos. Entretanto a Administração também pode figurar como parte interessada, quando terá tratamento

paritário com relação ao particular, tendo ônus e deveres no processo; e d) o da inércia, que diz atuar a Administração de ofício e a jurisdição não. Porém, aquela também atua por provocação.

Presentemente, considera-se que a distinção reside em dois pontos básicos, que caracterizam a função jurisdicional, quais sejam: o caráter substitutivo da mesma e seu escopo jurídico de atuação do direito, os quais não estão presentes na Administração. De tal sorte, pode a jurisdição ser conceituada como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA, et al. 1996, p. 129).

A relação processual estabelecida no exercício da jurisdição é de natureza triangular, pois nela atuam as partes e o juiz. Aquelas em condição de igualdade entre si, mas não com relação ao juiz, que é estranho aos interesses das partes. O juiz atua sempre com poder de sujeição sobre as partes, que é legitimado pelas garantias do devido processo legal, especialmente as do juiz natural, de independência e imparcialidade. Porém, o caráter público da jurisdição aponta a existência de um interesse público no seu exercício e esse é o escopo de atuação do direito, de conferir eficácia e obrigatoriedade ao ordenamento jurídico do Estado. Isso especificamente para que os conflitos sejam pacificados de modo justo, pois sem justiça não se sustenta a paz.

Na Administração, a pacificação de conflitos não é uma questão central, o é a prestação de serviços, a ordenação de atividades privadas mediante o poder de polícia, o fomento de atividades que realizem o interesse público e outras, mas não de forma a pacificação de conflitos. Por isso a Administração não é imparcial como o juiz, é gestora do interesse público e atua na defesa deste, embora obedeça ao princípio da igualdade ou isonomia. Desse modo, maior é a importância da adoção do processo no campo administrativo.

Dessa noção segue-se a de que partes são aqueles que estão em estado de sujeição perante o juiz. Por isso, tem-se evitado usar no processo administrativo o termo “parte”. De forma específica utilizam-se termos como licitantes, candidatos e contribuintes e, de modo genérico, empregam-se as expressões sujeitos ou interessados. Como o primeiro vocábulo remete à noção de sujeito de direito subjetivo, preferiu-se o segundo, que, aliás, foi adotado pela lei federal de 1999.

1.3. Do contencioso administrativo

No Brasil, vigora a unidade da jurisdição, que significa que “a jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV)” (SILVA, 1999, p. 552), embora o processo não o seja. De tal sorte, a Administração atua mediante o processo, mas não exerce jurisdição, conquanto se fale em coisa julgada administrativa, expressão presente tanto na doutrina, quanto na legislação. Entretanto, a imutabilidade dentro da função administrativa difere em essência daquela constante na jurisdição. Pois naquela existe a possibilidade de invalidação de seus próprios atos, bem como a de revisão judicial dos mesmos, conforme a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

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

A possibilidade de revogação dos atos administrativos encontra limites no direito adquirido, mas a de anulação não. Destarte, pode-se dizer que a utilidade da adoção da expressão “coisa julgada” com o qualificativo de “administrativa” estaria em sua referência às hipóteses de impossibilidade de invalidação dos atos administrativos pela própria Administração e pelo Judiciário.

Presentemente, a doutrina e mesmo a jurisprudência apontam dois casos em que é

vedado à Administração invalidar seus atos: a) expiração do prazo decadencial e b) consumação do ato, noção baseada na concepção de “situação estabilizada pelo direito”¹ utilizada por Celso Antônio (2000, p. 407). Contudo, tais hipóteses poderiam apenas ser identificadas como casos de impossibilidade de invalidação de seus atos pela Administração, o que geraria menores equívocos que a aplicação da expressão “coisa julgada administrativa”.

De outra feita, se houvesse casos em que o ato administrativo não estaria passível de apreciação judicial, ter-se-ia um sentido uno de coisa julgada, o que não se admite em face do princípio da unidade da Jurisdição. A justificativa baseia-se na idéia de que, “Provocada ou não pelo particular, a Administração atua no interesse da própria Administração e para atender a fins que lhe são específicos” (DI PIETRO, 1992, p. 344). Logo, não se mostra legítima a atuação na condição cumulativa de interessado e juiz.

Na Administração Pública, o órgão ou agente não se substitui às partes para decidir acerca de um conflito, não age como terceiro estranho à controvérsia, pois pode a Administração, inclusive, ser parte interessada. Ademais, seu escopo é satisfazer o interesse público, prestar serviços e fomentar atividades e não, de forma específica e restrita, obter a pacificação dos conflitos sociais. Porém, há países, como França e Portugal, onde existe dualidade de jurisdição. Neles há o chamado contencioso administrativo, que implica o exercício da jurisdição pela Administração, mediante órgãos específicos, denominados inclusive de tribunais.

Tal postura nasceu da idéia de que a independência entre os poderes significa separação absoluta, não sendo legítima a intervenção do Judiciário no Executivo. Mas as desvantagens são significativas, pois a jurisdição administrativa é exercida por servidores da Administração, sem as garantias de independência e imparcialidade da magistratura. Ademais, embora apenas parte da matéria administrativa seja sujeita ao

contencioso, acabam existindo dois critérios de Justiça, um da jurisdição administrativa e outro da jurisdição comum, consoante nota Hely Lopes Meirelles (1998, p. 54).

A Constituição Federal Brasileira de 1967 chegou a prever o contencioso administrativo em caso de relações de trabalho entre a União e seus servidores e para questões financeiras, previdenciárias e relativas a acidentes do trabalho. Todavia, esse contencioso não chegou a ser instituído, pois a própria Constituição de 1967 já adotava o princípio da unidade de jurisdição.

Destarte, não se identificam processo administrativo e contencioso administrativo. No ordenamento pátrio, não há rigorismo conceitual ao se falar em coisa julgada no âmbito da Administração, pois as decisões desta não têm a característica de imutabilidade material e mesmo formal, em face da anulabilidade dos atos administrativos pela própria Administração. Vigora, pois, como visto, o princípio da unidade ou universalidade da jurisdição. Roberto Dromi, nesse ponto em sintonia com a doutrina pátria, ensina:

“En ningún caso la Administración puede reunir las cualidades de juzgador imparcial e independiente. La autoridad administrativa se presenta siempre como parte interesada en las relaciones y situaciones jurídicas en las cuales desarrolla la propia actividad” (1996, p. 85-86).

1.4. Do ato complexo

Faz-se, ainda, necessária outra distinção, que diferencia procedimento e processo de ato complexo. Nestes, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“Vontades provenientes de órgãos diferentes consorciavam-se em um ato único. Para dizê-lo com rigor técnico: há manifestações provindas de órgãos distintos que se fundem em uma só expressão, em um só ato, porquanto as vontades não cumprem funções distintas, tipificadas por objetos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, de per si, identidade

funcional autônoma na composição do ato.” (2000, p. 422).

Por outro lado, no processo administrativo “há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles” (MELLO, 2000, p. 423). Celso Antônio dá como exemplo de ato complexo o decreto presidencial, cuja existência depende de ato do Presidente e do Ministro ou Ministros correspondentes (assinatura).

Odete Medauar acrescenta que, “enquanto o ato complexo é necessariamente composto por declarações de vontades simples, o processo administrativo pode abranger além de ato, fatos jurídicos, como o tempo” (1993, p. 56). Em suma, no ato complexo há fusão de vontades, uma manifestação complexa de vontades e, na realidade, um só ato. Não há, portanto, propriamente um encadeamento ou complexo de atos como no processo.

1.5. Requisitos do processo administrativo

Sendo um conjunto ordenado de atos, para que os mesmos configurem um processo e não mero procedimento, importa que existam certos requisitos. Na lição de Celso Antônio, estes seriam: a) que cada ato possua autonomia relativa, que significa uma finalidade específica como a defesa no caso de um depoimento; b) que todos os atos possuam conexão entre si, tendo em vista os fins do processo; e c) que haja relação de causalidade entre os atos, pelo que sua seqüência não pode ser alterada, pois constituiu expressão da lógica finalística do processo. Presentes no âmbito da Administração, portanto, tais requisitos em conjugação com o caráter contraditório do procedimento, ter-se-ia o processo.

2. Disciplina constitucional – obrigatoriedade do processo administrativo

O reconhecimento de que a função administrativa se exerce sempre por meio de

um *iter* leva à percepção de que um procedimento sempre haverá. Acerca de quando tal procedimento constituir-se-á em processo, Celso Antônio cita ensinamento esclarecedor de Merkel, o qual diz que o fenômeno processual existe quando:

“O caminho que se percorre para se chegar a um ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual” (2000, p. 419).

De acordo com tal assertiva, há processo quando existe lei que o regulamente. Poder-se-ia, então, notar que apenas em 1999 foi editada uma lei (federal) geral a respeito, de modo que, antes disso, só poderiam ser considerados como processo aqueles disciplinados por leis específicas, como o disciplinar. No entanto, assim como os demais temas da doutrina administrativista, o processo administrativo depois de 1988 passou a ter tratamento geral na Constituição Federal. Portanto, para se identificar quando a Administração deverá atuar mediante o processo administrativo, deve-se buscar a disciplina constitucional.

A presença do processo administrativo nas constituições é recente, sendo que a atual Constituição Brasileira é uma das mais ricas nesse tema. Nas anteriores constituições do Brasil, havia apenas referências específicas sobre o disciplinar. A Constituição de 1988 trouxe orientações gerais acerca do processo administrativo, utilizando da expressão processo administrativo em diversos dispositivos: Arts. 5º, LV; 37, XXI, e 41, § 1º, II². Neste último dispositivo, garantiu a ampla defesa no processo administrativo para perda do cargo do servidor estável. No penúltimo, refere-se à licitação como processo. Porém o dispositivo chave é o art. 5º, inciso LV, que assim dispõe:

Art. 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são asse-

gurados o *contraditório* e a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes” (grifo nosso).

A utilização do termo processo em tais dispositivos jamais pode ser considerada uma impropriedade ou descuido do legislador. Com efeito, além de a boa hermenêutica rezer que não há termos inúteis na lei, a Constituição menciona o termo processo e enfatiza sua nota característica, que é o *contraditório*. Com isso, filiou-se, inegavelmente, à tendência doutrinária contemporânea da processualidade ampla.

O art. 5º figura no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, pelo que o *contraditório* e a ampla defesa no âmbito administrativo possuem o *status* destas, com a aplicabilidade imediata que garante o parágrafo 1º do mesmo artigo. A distinção mais precisa entre direitos fundamentais e suas garantias ainda continua sendo a pioneira, da lavra de Ruy Barbosa, para quem:

“As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (1978, p. 124).

Vê-se que o inciso LV do art. 5º cuida de uma garantia fundamental, um instrumento a serviço dos direitos dos cidadãos e não um fim em si mesmo. José Afonso, que também cita Ruy Barbosa, nomina de “plenitude de defesa” a prescrição do inciso referido, que é noção indissociável do devido processo legal, previsto no inciso anterior. Essas concepções aplicam-se ao âmbito administrativo, instrumentalizando a defesa dos cidadãos na atuação administrativa não só de direitos individuais, mas inclusive de direitos coletivos, como no licenciamento ambiental.

Assim o princípio do devido processo legal está também presente na Administra-

ção, visto que é inerente ao Estado Democrático de Direito e ao exercício da cidadania. Significa para os sujeitos “o conjunto de garantias que lhe são propiciadas para a tutela de posições jurídicas ante a Administração. Sob o ângulo do poder público consiste na obrigatoriedade de atuar mediante processo em determinadas situações” (MEDAUAR, 1993, p. 83).

O citado inciso LV usa do termo litigantes, que existem sempre que há conflito de interesses ou controvérsia, que, no campo da Administração há entre dois ou mais administrados em face de uma decisão administrativa (licitações e concursos) ou entre a Administração e seus servidores ou particulares (licenças e recursos em geral). Também utiliza, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, o termo acusado, que, para Odete Medauar, “designa as pessoas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui determinadas condutas das quais decorrerão conseqüências punitivas” (1993, p. 78).

A partir do que acima ficou dito, dois casos de obrigatoriedade da adoção do processo administrativo ficam claros: a) a existência de litígio e b) a probabilidade de aplicação de sanção administrativa (art. 5º, LV). Um terceiro caso emerge como exigência do devido processo legal, obrigatório para as situações de possibilidade da privação de bens ou direitos dos administrados, consoante o art. 5º, LIV, salvo ocasião de exceção constitucional, como o Estado de Defesa. Celso Antônio ainda acrescenta o caso em que o interessado provoca a manifestação administrativa; isso tendo em vista o direito de petição (inciso XXXIV do art. 5º), que implica a necessidade de análise do pedido, de instrução informativa e probatória a respeito, o que vai construir as bases da motivação da decisão final. Essa provocação pode-se dar antes ou depois de um ato administrativo; neste último caso, corresponderá a um pedido de revisão (2000, p. 441).

Por fim, Celso Antônio observa que, obviamente, será obrigatória a adoção do pro-

cesso administrativo quando assim o determinar a Constituição – como no caso de concessões ou permissões (art. 175) ou de concursos públicos (art. 37,II) –, as leis ou for previsto no próprio ato administrativo.

3. Finalidade e importância

Após tudo que ficou dito, percebe-se que o processo administrativo possui finalidades de garantia. Celso Antônio atribui-lhe duplo objetivo: “a) resguardar os administrados; e b) concorrer para uma atuação administrativa mais clarividente” (2000, p. 427). Porém, os fins do processo administrativo não se restringem a esses, e mesmo esses carecem de uma compreensão ampliada.

Mediante o processo, a Administração atua pautada por parâmetros determinados, fora dos quais seus atos são ilegítimos e passíveis de revisão judicial. Desta feita, o devido processo legal representa uma garantia anterior à edição do ato, a qual evita que o mesmo venha a lesar direitos. Caso apenas houvesse o controle processual do Judiciário, essa garantia seria somente posterior à decisão administrativa.

Pelo processo administrativo supera-se a idéia de imperatividade da Administração. O cidadão deixa de ser visto súdito para ser colaborador, inclusive, o vocábulo administrado vem sendo evitado por indicar estado de sujeição. Afinal, o cidadão deve ser considerado como titular do poder, pois na democracia o poder pertence ao povo. É esse reconhecimento que promove a legitimação do poder.

Mas não é só para os cidadãos que o processo se apresenta como garantia, pois entre suas finalidades está a obtenção do melhor conteúdo das decisões administrativas. No processo, os interessados participam sendo ouvidos, apresentando argumentos e provas e oferecendo informações, ou seja, trazendo subsídios para a decisão. Com isso as decisões tornam-se mais suscetíveis de aceitação e cumprimento e, portanto, mais eficazes, o que se coaduna com a idéia de

eficiência da Administração, bem como com o correto desempenho da função administrativa. Esse é obtido pelo processo, buscado mediante a restrição do arbítrio e pela sistematização da atuação.

O contraditório e a ampla defesa corroboram com o ideal de justiça na Administração, que passa a considerar o ângulo do indivíduo e sopesar seus interesses. Assim, cidadãos e Administração se aproximam, pelo aumento democrático do contato entre ambos. Com a aplicabilidade sistemática de princípios claros, o controle é facilitado, tanto internamente, como pelo Judiciário e cidadãos.

Por tudo isso, a adoção e sistematização do processo administrativo, com os princípios a ele afetos, não pode deixar de existir no Estado de Direito, visto que é vital ao controle da legalidade. E, mais ainda, é essencial ao Estado Democrático, porque demanda participação ativa e exercício da cidadania, fazendo com que o interesse público seja em sua exata medida atendido. É, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º de nossa Carta Constitucional. É também inerente à soberania e à cidadania, estabelecidas como fundamentos do Estado nos incisos I e II do mesmo artigo. Em última análise, o processo administrativo é uma garantia dos direitos fundamentais, dos valores e anseios de justiça, liberdade e igualdade entre os homens, bem como de eficiência real do Estado e de desenvolvimento.

4. Regulamentação do processo administrativo

Diante da importância do tema, é intrigante perceber que, nem mesmo um ano após a edição da Lei Federal nº 9.784, os doutrinadores pátrios passaram a destinar maior importância ao tema do processo administrativo. Toshio Mukai manifestou-se resumindo os pontos principais da lei, mencionando noções da processualidade ampla e do critério fundamental de distinção entre jurisdição e Administração, que seria

a ausência nesta do poder de fazer coisa julgada (1999, p. 375).

Odete Medauar, ainda em 1992, sustentou a necessidade de uma lei geral explicitadora do tema, aplicável a todos os processos administrativos em todos os níveis da federação. Tal autora menciona Themístocles Brandão Cavalcanti, autor do projeto pioneiro de “Código de Processo Administrativo”, e Manoel de Oliveira Sobrinho como defensores de posição similar à sua. Como argumento levanta o fato de já haver uma base constitucional geral para a disciplina do processo administrativo. Com isso, segundo a autora, os princípios constitucionais seriam melhor expostos, além do fato de que uma lei geral representaria um fio condutor entre as diversas leis específicas para certos tipos de processo administrativo.

Odete Medauar (1992, p. 156) também menciona a posição de Hely Lopes, para quem a unificação legislativa do processo administrativo esbarra na autonomia administrativa dos estados da Federação Brasileira, de modo que tal tarefa caberia à doutrina e não a uma lei federal. O saudoso Hely Lopes sustentava que “certo é que o processo administrativo não pode ser unificado pela legislação federal para todas as entidades estatais, em respeito à autonomia de seus serviços” (1988, p. 560).

Neste ponto é interessante observar os arts. 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal, pois o primeiro prescreve como competência privativa da União legislar sobre direito processual, enquanto o segundo dispõe que é competência concorrente a legislação sobre procedimento em matéria processual. Caso se compreenda que o processo administrativo está incluso na disciplina do direito processual, conclui-se que os Estados e Municípios não podem legislar sobre o tema, mas apenas sobre o procedimento ou rito processual. No entanto, existem diversas leis estaduais disciplinando tipos específicos de processo administrativo, sem que fossem declaradas inconstitucionais.

Em princípio, se há possibilidade de regulação específica, deve haver de regulação geral. De acordo com o princípio do federalismo, apenas a própria Constituição Federal pode excepcionar esse entendimento, como no caso de reservar determinada disciplina ou mesmo regras gerais apenas para a União. Isso ocorre, por exemplo, no caso do processo de licitação, sobre o qual há prescrição específica no art. 22, XXVII.

Não existe dispositivo constitucional que limite a competência dos entes federados acerca da regulamentação em caráter geral do processo administrativo e, segundo o entendimento de Hely Lopes, não poderia haver sem que fosse ferido o Princípio Federativo, que se baseia na autonomia administrativa das Unidades Federadas. Isso porque ressaltar privativamente à União a disciplina do exercício da função administrativa dos Estados e Municípios, por meio da disciplina do processo administrativo, anula a autonomia dos mesmos.

A própria Lei nº 9.784/99, que estabelece normas gerais acerca do processo administrativo, ao tratar de seu âmbito espacial de aplicação, dispõe em seu art. 1º que: “Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta...”. Declara, ainda, o parágrafo 1º do mesmo artigo que se aplica também aos órgãos do Legislativo e do Judiciário da União quando no exercício da função administrativa. Com relação aos processos administrativos específicos, que são regidos por leis próprias, aplica-se apenas subsidiariamente (art. 69).

Nota-se, portanto, que não se trata de uma lei que define normas gerais aplicáveis em todos os níveis da Federação, mas tão-somente no âmbito Federal dos poderes da União; o que corrobora com o entendimento de que o art. 22, I, da Constituição Federal não pode levar à compreensão de que os outros entes da Federação restem impossibilitados de possuir uma disciplina legal geral acerca do processo administrativo, sob a alegação de que tal tema seria de compe-

tência privativa da União. Antes demonstra que os outros entes federados permanecem com ampla liberdade para disciplinar sobre o tema, desde que nos limites da disciplina constitucional mencionados supra, como é óbvio.

Isso porque a expressão direito processual constante do art. 22, I, da CF não é sinônimo de processo no sentido que lhe dá a Teoria Geral do Processo. Inclusive, o trecho de início transcrito, oriundo da respeitada obra de Ada Grinover, Araújo Cintra e Cândido Dinamarco, revela claramente essa distinção. Dizem os autores que “processo é um conceito que transcende ao direito processual” (1996, p. 280).

O processo é um instituto que transcende ao direito processual porque encerra noção mais ampla, que abrange até mesmo a atuação de entes não estatais como partidos políticos e associações. Os mesmos autores ainda esclarecem:

“O objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los e, às partes, de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz” (1996, p. 89).

Não é objeto de normas processuais, e, portanto, do direito processual, a disciplina da função administrativa (ou legislativa). Dela cuida o direito administrativo, cuja base reside na constituição e no qual a maioria dos temas é de competência legislativa de todos os membros da Federação, inclusive como pressuposto da autonomia destes. Nesse sentido Grinover, Cintra e Dinamarco ainda arrematam:

“A própria Constituição Federal, discriminando a competência legislativa da União e dos Estados (concorrente), refere-se ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o direito processual civil e

o direito processual penal (Arts. 22, inc. I e 24, inc. XI)” (1996, p. 48).

Vê-se que o direito processual divide-se em penal e civil, sem incluir o processo administrativo ou legislativo, pois este não tem pertinência com o exercício da Jurisdição. Assim, os citados dispositivos constitucionais (arts. 22, I, e 24, XI) não abrangem a disciplina legal do processo administrativo, mas apenas o processo jurisdicional.

Desse modo, percebe-se que a atual configuração da ordem constitucional não se coaduna com a idéia de que a disciplina legislativa do processo administrativo seja de competência privativa da União. Como se disse, o entendimento, oriundo da Teoria Geral do Processo, de que o direito processual limita-se à disciplina do processo no exercício da jurisdição está em harmonia com o Federalismo adotado em nossa Carta Magna.

Imagine-se as inconveniências da existência de uma lei federal que definisse o modo de atuar das administrações estadual e municipal. A primeira delas seria contribuir para que o Brasil se torne um federalismo meramente nominal. Pois, consoante leciona José Afonso da Silva, a Constituição Federal, como pressuposto do federalismo, assegura autonomia aos Estados-Federados, autonomia essa que “se consubstancia na capacidade de auto-organização, de auto-legislação, de auto-governo e de auto-administração” (1999, p. 590), sendo que esta última pressupõe que:

“A estrutura administrativa dos Estados-membros é por eles fixada livremente, no exercício de sua autonomia constitucional de auto-administração, sujeitando-se a certos princípios que são inerentes à administração em geral (...) que se impõem a todas as esferas governamentais” (SILVA, 1999, p. 603).

Coordenar a aplicação de leis de cunho material específicas dos estados, como o estatuto de seus servidores, com uma lei processual federal seria tarefa espinhosa. Igual-

mente seria harmonizar a atuação dos órgãos administrativos regidos por leis estaduais próprias com as normas processuais federais, pois os conflitos normativos seriam inevitáveis. Com a regulação do processo administrativo em todos os níveis da Federação pela União poderia haver invasão de competência, que não é vício tão raro em nosso sistema jurídico.

A tradição unitarista brasileira enfraqueceria ainda mais o princípio do federalismo e com ele nossa frágil democracia, pois o centralismo do poder suscita o autoritarismo e o arbítrio. Com efeito, uma regulamentação geral da atividade administrativa por meio do processo administrativo é despicienda, em face da rica disciplina constitucional principiológica da Administração Pública, que se aplica naturalmente ao processo administrativo, a qual é, ainda, complementada pelas disposições específicas em relação a este. Não se pode olvidar que tais princípios e regras constitucionais possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena, independentemente, por conseguinte, de regulamentação infra-constitucional, aplicando-se *in totum* a todos os entes federados.

Até por isso, raras foram as novidades trazidas pela Lei nº 9.784 no campo das garantias dos cidadãos. Nota-se que tal diploma legal tratou, basicamente, de explicitar e detalhar questões relativamente já passificadas na doutrina e jurisprudência nacionais, como é o caso das hipóteses de desatenção dos princípios constitucionais da Administração Pública. Aliás, seu mérito está, justamente, em ser fiel aos princípios constitucionais, sendo que seus pontos questionáveis residem exatamente nos momentos em que dá margens a interpretações restritivas das garantias constitucionais.

Notas

¹ Para Celso Antônio, a situação gerada pelo ato viciado torna-se estabilizada pelo direito quando ocorre a decadência e quando a desconstituição do ato geraria mais agravos aos interesses protegi-

dos na ordem jurídica que os produzidos pelo ato censurável. Isso se daria quando o ato administrativo fosse ampliativo da esfera de direitos dos administrados (como no caso de licenciamento irregular no qual os colonos já construíram suas casas ou da conclusão de um curso universitário cujo ingresso foi irregular), desde que não se trate de ato inexistente, isto é, que constitua crime.

² Art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública...”. Art. 41, § 1º: “O servidor público estável só perderá o cargo: I – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

Bibliografia

CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 1987.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

DROMI, Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. A lei do procedimento administrativo federal (Lei n. 9.784/99). *Boletim de Direito Administrativo*, v. 15, n. 6, p. 375-377, jun. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Desilusão jurídica em Monteiro Lobato

Arnaldo Moraes Godoy

Monteiro Lobato nasceu em Taubaté, São Paulo, em 18 de abril de 1882. Registrado como José Renato Monteiro Lobato, mais tarde mudou para José Bento Monteiro Lobato, ao que consta para valer-se das iniciais JBML e usar uma bengala deixada pelo pai, cujo nome era José Bento. A mãe do escritor chamava-se Olímpia Augusta Monteiro Lobato.

Por imposição do avô, ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1900. Como apontaremos, o desinteresse de Monteiro Lobato pelo curso de Direito era total. Parece que Lobato admirou apenas um professor, Pedro Lessa, que lecionava Filosofia do Direito.

Durante os anos de faculdade, Monteiro Lobato aprofundou amizades com as quais o interesse comum era a Literatura. Nasceu um grupo, o Minarete, e aí sua amizade com Godofredo Rangel, com quem trocou cartas a vida toda. Essas cartas foram mais tarde publicadas em livro chamado *A Barca de Gleyre*.

Concluído o curso, retornou a Taubaté, onde foi festivamente recebido como Bacharel. Nomeado promotor, mudou-se para Areias, no interior paulista. A vida forense o deprimia, desanimava, desgostava. Casou-se em 1908 e no ano seguinte herdou a fazenda do avô, Visconde de Tremembé. Deixou o Ministério Público e tornou-se fazendeiro. Em meados da década de 1910, começa a publicar contos, crônicas, um pouco de crítica.

Arnaldo Moraes Godoy é Procurador da Fazenda Nacional, Mestre e doutorando em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC - São Paulo.

Após vender a fazenda, mudou-se para São Paulo, onde fundou uma editora em 1918. Faliu sete anos depois e foi para o Rio de Janeiro, onde colaborou na imprensa, com certo destaque. Em 1926, seguiu para Nova Iorque e lá morou até 1931. Na cidade norte-americana, foi adido comercial brasileiro. Impressionado com o crescimento econômico dos Estados Unidos, dedicou-se a fazer proselitismo em torno da exploração do petróleo e do ferro, quando retornou ao Brasil.

As referências que Lobato faz do curso de direito são irônicas, sarcásticas, zombeteiras, mordazes. Escrevendo a um amigo:

“Gracias mil. Se é verdade que daqui há meses oito me saio bacharel do venerando laboratório em que o Estado faz doutores por 500\$ em 5 pretações anuais (...)” (MONTEIRO LOBATO, 1956, p. 67).

A oratória da Academia o deplorava. Lobato sentia que a loquacidade bacharelesca era inútil, desnecessária, escusada. Escrevia:

“(...) Mais do que você eu detesto a canalha das idéias e mais do que tu admiro os entes felizes a quem a soberba oratória concede os seus favores” (MONTEIRO LOBATO, 1959, p. 68).

Em carta a Godofredo Rangel, Lobato queixava-se da aridez dos temas que a faculdade se propunha ensinar:

“E por que escrevo em momento assim impróprio? Porque amanhã, sábado, entro-me em exame oral e estou com os minutos contados, a recordar definições e textos desta horrível seca que é a matéria” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 27).

Os temas de direito lhe eram indigestos, a julgarmos o teor de suas cartas. Ainda para Godofredo Rangel:

“Ainda com os dedos tropegos dum interminável ponto de Direito de Falências que acabo de copiar, venho responder à tua carta” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 33).

Lobato projetou esse mal-estar à formatura e ao que sucedeu após colar grau. É assim que narrou sua volta a Taubaté:

“Logo que cheguei (que cheguei formado!) mimosearam-me com uma manifestação; foguetes (Taubaté não faz nada sem foguetes), a banda de música, molecada atrás e oito discursos, nos quais se falou em ‘raro brilhantismo’, ‘um dos mais’, ‘as veneradas arcadas’ e outras macuquices que tive de agüentar de pé firme em casa de meu avô. Eu percebia o jogo: a manifestação era mais dirigida a ele do que a mim (...).

Não respondi macucalmente como era esperado. Declarei que não havia razão para homenagens, porque se tratava dum bacharel mais pelo Largo do Rosário do que pela Academia, no qual as ciências do Triângulo superavam as do *Corpus Juris*. Disse ainda que um novo advogado não passa mais de uma filoxera social que sai do casulo – e por aí além. Os manifestantes entreolharam-se. A língua era nova e desconhecida na terra, mas a cerveja que o avô mandou servir (e creio que era ao que realmente vinham) reconciliou-se com o neto” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 85-86).

Eis o que Lobato imputava a um advogado: uma filoxera social. A filoxera é um inseto que ataca as raízes e faz secar as folhas das plantas. A imagem é absolutamente contundente na proporção em que nos revela o juízo de Lobato a propósito da advocacia. Para o escritor, o advogado era um inseto que ataca raízes e faz secar as folhas das plantas.

Sua indignação era com o bacharelismo vazio e vazio que marcava sua situação. É sua a seguinte passagem:

“Persiste a lagarta rosada do bacharelismo. O estudante não estuda, ‘cava’ a carta, o funesto diploma. Senhor dele, toca depois a ‘cavar’ a vida. Em matéria do ensino superior, além

do megatério fóssil do ‘sagrado mosteiro’ onde Lobão emperra os espíritos e onde, numa modorra de cinco anos, se seitam promotores públicos, requeredores de *habeas-corpus* e mais a parasitalha inteira de Têmis (...)” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 218).

O excerto é de uma desilusão comovente, tocante. O bacharelismo é elevado (ou reduzido) à condição de *lagarta rosada*. O estudo é o espaço cliométrico em que o estudante *cava* o diploma, que Lobato classifica de *funesto*. As Arcadas são chamadas de *megatério fóssil do sagrado mosteiro*. Lobão, o grande processualista, tão pranteado, festejado, *emperra os espíritos*. O curso torna-se uma *modorra de cinco anos*. Promotores públicos são *gestados* para a finalidade de serem *requeredores de habeas corpus*. Por fim, chama toda a comunidade jurídica de *parasitalha inteira de Têmis*. Vê-se que Monteiro Lobato não modera a linguagem, não se permite exceções, não faz salamaleques. Vai direto, criticando o mundo jurídico, sem papas na língua.

Os bacharéis recém-formados são vistos com muita acidez e é esclarecedora a passagem seguinte, também de autoria de Lobato:

“Ora, no dia em que um homem de governo possua um guia, uma verdadeira obra de ciência que lhe dê idéias claras e justas, fará como os bacharéis recém formados, que dão a ilusão de saber alguma coisa a custa dos ‘*vademecuns*’ e ‘*assessores forenses*’. Estarão dispensados de pensar com suas próprias cabeças e nos vitimar com as lamentáveis idéias que elas partejam” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 153).

E veio a formatura do próprio Lobato:

“A solene sessão de formatura reunia o que São Paulo possuía de mais brilhante. A congregação em peso; representantes das principais autoridades; o alto clero; fazendeiros e doutores, a sociedade paulista em suma” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 153).

Lobato embarcou para Taubaté no dia seguinte. Tinha vinte e dois anos de idade. Conseguirá uma promotoria interina, em Taubaté mesmo. Começará a luta por uma promotoria efetiva. Sonhava com Ribeirão Preto ou cidade equivalente. Era o orgulho do avô, o único neto do Visconde que era bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Terminara o curso. Segundo Edgard Cavalheiro:

“Costumava dizer que nos primeiros tempos de faculdade, quando enjô dos estudos jurídicos se tornara muito forte, tomara-se de coragem e resolvera mandar às favas o Direito (...)” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 273).

Depois de rápida passagem por Taubaté, terra do avô, fora designado promotor em Areias. À época, virada do século, o Ministério Público não tinha o perfil que tem na contemporaneidade.

A Constituição de 1891 não contemplava o Ministério Público como a Constituição de 1988, que reservou aos membros do *Parquet* os artigos 127 a 130. Lobato promoveria a ação penal pública, porém estava livre, por exemplo, de promover ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e Estados. Além do que, Areias era uma cidade pequena, decadente mesmo, acreditamos que a falta de serviço contribuía para o desencanto com o Direito. Ademais, as horas foram preenchidas com extensas leituras, nunca jurídicas, o que propiciava o devaneio, o distanciamento.

O desencanto já se verificava, no entanto, desde Taubaté, de onde Lobato escrevera a Godofredo Rangel:

“Estou promotor interino. Visito a cadeia no fim do mês, converso com os presos, mando um *memorandum* ao governo dizendo que a paz reina em Varsóvia – e tudo desliza sobre mancais de bolinhas. Tenho no júri de acusar nove desgraçados...” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 145).

O tom irônico da nota não esconde (pelo contrário, potencializa) o desconforto com

a profissão. A vida pacata, no interior, aguçava a ansiedade e, em carta a Rangel, Lobato hostilizava a profissão:

“Burro até os fundamentos, infiltrado de incapacidades; com as idéias açucaradas, o senso de nuance embotado, os dedos incapazes de tatear, as narinas só sensíveis aos cheiros mais violentos (...) de náuseas, da coisa forense, do tabelião, do auto, do juiz, da quadrilha inteira da justiça de olhos vendados – uma lástima” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 157).

A posição privilegiada de Promotor não o seduzia, pelo contrário, ele gracejava:

“Fiquei o bicho raro da terra o *Fait Divers* sensacional, a coisa importante, o escândalo do dia. O promotor! Juntava gente nas janelas e esquinas quando eu saía a desembolar” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 9).

Com pavor de falar em público, temia o júri. Ainda é Edgard Cavalheiro:

“Tem horror aos discursos. Os poucos que fez ao longo da vida, deixaram-no convencido de que não nascera para a tribuna. Quando promotor público em Areias, é com autêntico horror que toma a palavra no júri” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 23).

A vida monótona torna-se sufocante. Entupido de literatura, Lobato sonha com uma alternativa que possa libertá-lo financeiramente. Sua correspondência indica um estado de permanente desconforto para com a realidade que cerca a vida de um jovem promotor interiorano no início do século. O convívio com a gente do fórum o desgasta. Do juiz ao tabelião, do réu ao meirinho, tudo é aridez, bolor. Como promotor, Lobato não via nenhuma probabilidade remota de realizar algo de útil. Enquanto operador jurídico, Lobato era um errante: uma faculdade imposta pelo avô, um desengano com as coisas do Direito, uma desilusão completa.

A morte do Visconde mudou a vida de Lobato que assumirá a fazenda do avô e o faz com inúmeros planos. O episódio teve

como conseqüência a morte do promotor. Fica no ar se a autoridade moral do Visconde não era a responsável pela permanência de Lobato como promotor ou, de forma mais realista, acreditamos que a herança da fazenda seduziu o escritor. A propriedade da terra, no início do século, era indício certo de prosperidade, de mandonismo, de poder político.

Encerrava-se a rápida carreira do promotor. Não há, nesse pequeno interstício, nenhum sinal de vínculo, de gosto, de queda, de tendência de Monteiro Lobato para com a profissão. Como acabamos de averiguar, Monteiro Lobato era um promotor sem nenhum comprometimento orgânico com sua missão. Não gostava do júri. Detestava acusar os pobres réus. Afastava-se do tabelião. Não tinha vínculo ideológico com o Juiz. Não lia autores de Direito. Jamais escrevera um artigo jurídico. Lobato deixa a vida de promotor, para a qual não se sentia talhado.

Avaliando-se a produção literária de Monteiro Lobato, verifica-se que, enquanto se sabe, não se conhece nenhum artigo jurídico de sua autoria. Nesse aspecto, Lobato é radicalmente diferente de José de Alencar, que, além de produção copiosa de literatura de ficção, também escrevera muitas peças jurídicas. Lobato manifestava-se nos autos, e quando necessário. Não há notícias de artigo jurídico de autoria de Monteiro Lobato. Assim anotou Edgard Cavalheiro:

“Se lhe pagarem será capaz de escrever sobre qualquer assunto – a futura guerra anglo-alemã, Hermes da Fonseca, agricultura, cultura do sisal, vias férreas, assuntos palpitantes, nacionais ou estrangeiros, como a morte de M. Chanchard, a decadência do ensino no Brasil, a mentira eleitoral e outros. De sua pena somente não poderão sair artigos jurídicos” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 135).

A Literatura afastou Lobato do Direito. A criatividade, a invenção e a modelagem do ideal artístico tinham o mérito de excitar

Monteiro Lobato, arrebatando-o para um mundo idílico e ideal. Para o jovem bacharel, versado em Homero, Heródoto, Virgílio, Dante e *tutti quanti*, certamente as questões do Fórum eram de menor valor, numa projeção mais existencial.

Como ele também não fora tocado pelas utilidades de um Direito mais especulativo e menos positivo, mais filosófico, mais investigativo, Lobato colocou-se à margem do jurídico, protagonizando um comportamento que nos sugere o desengano, a desilusão, e por vezes a indiferença. Assim, a Literatura afastara Lobato do jurídico, enquanto protagonista dessa experiência chamada Direito, seja como juiz, promotor, professor, advogado, filósofo.

Subtraindo de sua observação fatos da vida, e do fôro, Lobato construiu uma cópia de imagens em que o jurídico era enfocado sob um ângulo triste, pessimista, quando não irônico, irreverente, mordaz. Essa característica, que fundamenta a desilusão jurídica em Lobato, era resultado de uma vocação sacrificada (Lobato não queria estudar Direito), de uma rebeldia natural (Lobato era desfavorável às instituições de controle social – e o Direito é uma delas), de uma frustração econômica (Lobato lutava por uma liberdade financeira, e o promotor era mal remunerado), de uma eventual e hipotética antinomia entre Literatura e Direito.

Sempre que podia, Lobato usava sua criação literária para criticar o mundo que o cercava. Não que isso significasse uma personalidade amarga. É que, para Lobato, sua literatura poderia colaborar no despertar de um comportamento que nos conduzisse a um mundo melhor. Não nos esqueçamos que seu nome é associado, principalmente, às atividades editoriais no Brasil. E isso é muito sintomático. Sua literatura é crítica.

Vejamos. Em Urupês:

“Um dia Gerebita abordou a questão nestes termos:

‘Quero que o senhor me resolva um caso. Estão dois homens numa casa; de repente um enlouquece e rompe,

como cação esfomeado, para cima do outro. Deve o outro deixar-se matar como carneiro ou tem o direito de atolar a faca na garganta do bicho?’

Era por demais clara a consulta. Respondi como um rábula positivo:

– ‘Se Cabrea enlouquecesse e o agredisse, matá-lo seria um direito natural de defesa – não havendo socorro à mão. Matar para não morrer não é crime – mas isto só em último caso, você compreende!’” (MONTEIRO LOBATO, 1966, p. 100).

A explicação a propósito da legítima defesa é estruturada, coerente e didática. A crítica fica por conta do ‘rábula positivo’ que narra a mesma passagem, com outros nomes e personagens, para explicar a mesma coisa.

Lobato fixava o ignorante e o bacharel em polos antípodas. Anotou:

“Existe a massa imensa dos Jecas em baixo e o bacharelismo por cima” (MONTEIRO LOBATO, 1965, p. 72).

Procurava fixar, também no meio termo, razões de tantas diferenças. O desencanto com o Direito, e com o bacharelismo, projetou-se numa crítica à educação. Escreveu Lobato:

“Gravíssimo defeito tem o nosso sistema de instrução pública. Ensina a ler aos meninos e lança-os na vida, sem nenhum outro aparelhamento. Isto não basta. É fazer deles parasitas sociais, incapazes de uma função eficiente na vida. Vão ser eleitores, vão utilizar-se do conhecimento do alfabeto para leituras viciosas, ou ficam toda a vida a aspirar miseráveis empreguinhos públicos, julgando-se decaídos se voltam as vistas para as profissões manuais” (MONTEIRO LOBATO, 1965, p. 73).

Nesse tipo Lobato focalizava um outro bacharel, a quem se refere:

“É o bacharel de poucas letras e sem anel no dedo, mas tão inútil e nocivo à sociedade como o bacharel

de rubim” (MONTEIRO LOBATO, 1965, p. 73).

A passagem nos dá conta de que Lobato via no bacharel inutilidade e nocividade à sociedade. Ao estudá-lo, Edgard Cavalheiro resume essa perspectiva:

“Em baixo, a massa imensa dos Jecas, meros puxadores de enxadas; em cima, um bacharelismo furiosamente apetrechado de diplomas e anéis com pedras de todas as cores” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 295).

Lobato escrevia com muita frequência, sempre com crítica, sob todos os temas, exceto os jurídicos, como ele próprio afirmara:

“(…) Só não sai artigo jurídico...” (MONTEIRO LOBATO, 1959, p. 102).

Em cartas para íntimos, como Rangel, o espírito crítico de Lobato se revelava em toda sua agudeza. Vejamos como ele saúda Rangel, que então começava carreira de juiz:

“Ver-te Juiz! Ver-te Meretíssimo! Conheço-te sob todos os outros lados, menos esse – Juiz, Magistrado! O homem que rabisca nas petições o ‘como requer’ – e fatalmente o fazes piscando três vezes. E usa óculos nessa solenidade, Juiz? Toga? A cabeleira dos ingleses-wig? Engraçados, os ingleses. *Justice* é ao mesmo tempo justiça e juiz, ou o tratamento dado aos juízes” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 224).

Tudo é motivo para Lobato criticar o Direito posto, ou tudo que a ele se relaciona. Em Urupês:

“Os herdeiros impugnaram o pagamento. Move-se a traquitana da justiça. Moi-se o palavreado tabelionesco. Saem das estantes carunchosos trabucos romanos” (MONTEIRO LOBATO, 1966, p. 189).

Ao comparar a justiça a uma traquitana, espécie de sege que se move vagarosamente, Lobato faz coro com aqueles que criticam a morosidade da justiça.

No mesmo excerto, um pouco mais à frente, continuou Lobato:

“A Justiça engoliu aquele papel, gestou-o com outros ingredientes da praxe e, a cabo de prazos, partejou um monstrozinho chamado sentença, (...)” (MONTEIRO LOBATO, 1966, p. 189).

Lobato criticava juízes que não despachavam, não sentenciavam, porque, para ele, pior do que decidir mal é demorar para decidir. E escreveu:

“(…) e finalmente a fauna dos brasílicos jabotis togados, que dormem anos na pontaria dos despachos e causam à economia pública mal maior que o juiz que se vende, mas é expedido” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 140).

Lobato percebia o Direito como imposição do mais forte:

“O pobre que obedece ao rico ou poderoso e mata ou faz-se matar por ele. O rico ou poderoso é o dono do mundo. Inventam leis de honra, ‘defesa da ordem social’, disciplina férrea, etc., lindos formalismos tendentes todos a utilizar-se do ‘pobre’ como instrumento da sua comodidade e da manutenção do *status quo*: ricos em cima, pobres em baixo” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 228).

Foi seu realismo que o incompatibilizou com o júri, e em sua atividade de escritor isso pode ser muito bem entendido. Lobato tinha incumbência de acusar réus que não admitia intimamente como culpados. E mesmo se a culpa fosse um fato, ele se angustiava, na medida em que pensava dentro de cânones deterministas: o criminoso era o resultado do meio. Vejamos a seguinte passagem, em que Lobato nos dá conta dessa idéia, além de alfinetar, ainda outra vez, a prática judiciária:

“Júri, ontem. Acusei um pobre mulato vítima de todas as más heranças do sangue, irresponsabilíssimo. Acusei-o de modo a conseguir a absolvição. Enquanto se desenrolava a estafante leitura do processo e o mais,

puxei do bolso e li à socapa (se o soubessem...!) o Don Paez de Musset. O tempo, assim aliviado, correu em deslize macio, e todo me lavei da sórdida impregnação do ritual judiciário no banho rítmico daqueles deliciosos ventos” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 69).

Sua sensibilidade transpôs para a literatura a angústia que a vida forense lhe representou. Vejamos a seguinte descrição:

“Depois de julgado o fato, quando o Juiz de Direito formula a sentença, profundo silêncio domina a sala inteira. Fora do recinto, além da grade, dez, vinte caras habituais, criaturas gulosas do epílogo que só aparecem para ouvir a sentença (...).

O Juiz ergueu-se, de papel na mão. O silêncio é absoluto. A sala toda se transforma em ouvidos. O Juiz lê: ‘...condeno o réu tal a cinco anos de prisão celular.’ (...)” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 70).

O Lobato crítico também apontou sua arma para a corrupção burocrática:

“O público paga duas vezes. Já tive negócios em vários ministérios e sei que sem azeitar as rodas a máquina não gira” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 64).

Sua desilusão atinge todos os pontos possíveis e visíveis, do Jeca Tatu esfomeado ao Supremo Tribunal Federal, quanto a esse último, imputou uma *rabulice interpretativa* que do senso comum batiza de jurisprudência:

“Fizeram o Vaticano industrial da nossa justiça, o aposento dos velhinhos supremos, a máquina que lhes veicula a *rabulice interpretativa* para uso de todos os cérebros julgadores do país” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 207).

Aquilo que lhe dá repulsa, o advogado (por exemplo) ganha classificação mais analítica:

“Barbeiro, ancilostomo, falsificador, advogado – é-nos indiferente

acabar nas unhas de uns ou de outros” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 295).

Monteiro Lobato defendia uma regeneração da humanidade pela vinda da justiça, da verdade, pelo fim da miséria e pela própria moralização da moral, a usarmos expressão sua. A questão da justiça o preocupava, e é Edgard Cavalheiro quem reproduziu trecho de Lobato:

“A idéia da justiça é criação puramente humana. Na natureza não há justiça, há lógica. A natureza não é boa nem má, justa ou injusta: é lógica. Vai ao fim cegamente colimado, através de todos os óbices – e vai sempre pelo caminho mais curto” (CAVALHEIRO, [19-], p. 293).

E arremata Edgard Cavalheiro:

“As leis só representam conservação, permanência, *status quo* de fato, e nunca uma pura emanção da justiça. Implacável contra os fracos e pequeninos, a tal ‘justiça humana’ não é capaz de pôr as mãos num grande ou num poderoso” (CAVALHEIRO, [19-], p. 293).

Carregado dessa desilusão, desse pessimismo, desse ceticismo, Lobato lutou por uma superação desse vazio, valendo-se de sua literatura crítica. É o caso do sublime conto *Juri na Roça*.

Ele começa descrevendo o palco:

“Os seus domínios jurídicos são o reino da própria Pacatez. Os anos ali fluem para o esquecimento no desligar preguiçoso dos ribeirões espriados, sem cascatas nem corredoiras encrespadoras do espelho das águas – distúrbio, tiro ou escândalo passional” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 79).

E depois descreve os personagens:

“Que regalo! Ia o promotor cantar a tremenda ária da Acusação; o Zezéca Esteves, solicitador, recitaria a Douca de Albano disfarçada em Defesa. Sua Excelência o Meritíssimo Juiz faria de ponto e contra-regra. Delícias da vida!” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 80).

E depois o movimento:

“O juiz, feito um gavião pato, senta no meio da mesa, num estrado deste porte; à mão direita fica o doutor promotor com uma maçaroca de papéis na frente. Embaixo, na sala, uma mesa comprida com os jurados em roda. E a coisa garra num falatório até noite alta: o Chico lê que lê; o promotor fala e refala; o Zezéca rebate e tal e tal. Uma lindeza!” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 81).

A narrativa ganha tons hilariantes quando Lobato descreve a fala do promotor. A ironia alcança seu ponto máximo:

“O promotor, sequioso por falar, com a eloqüência ingurgitada por vinte anos de choco, atochou no auditório cinco horas maciças duma retórica do tempo do onça, que foram cinco horas de pigarros e caroços de encher balaios. Principiou historiando o Direito criminal desde o Pitecantropo Erecto, com estações em Licurgo e Vedas, Moisés e Zend-Avesta. Analisou todas as teorias filosóficas que vêm de Confúcio a Freixo Portugal; aniquilou Lombroso e mais ‘lérias’ de Garófalo (que dizia Garofálo); provou que o livre arbítrio é a maior das verdades absolutas e que os deterministas são uns cavalos, inimigos da religião de nossos pais; arrasou Comte, Spencer e Haeckel, representantes do Anti-Cristo na terra; esmoeu Ferri. Contou depois sua vida, sua nobre ascendência entroncada na alta prosapia duns Esteves do Rio Cávado, em Portugal: o heroísmo de um tio morto na Guerra do Paraguai e o não menos heróico ferimento de um primo, hoje escriturário do Ministério da guerra, que no combate de Cerro-Corá sofreu uma arranhadura de baioneta na ‘face lateral do lóbo da orelha sinistra’” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 83-84).

E o psitacismo do empolgado promotor ia ainda mais longe:

“Provou em seguida a imaculabilidade da sua vida; releu o cabeçalho da acusação feita no julgamento-Intanha; citou períodos de Bossuet – a águia de Meaux, de Rui – a águia de Haia, e de outras aves menores; leu páginas de Balmes e Donoso Cortez sobre a resignação cristã; aduziu todos os argumentos do Doutor Sutil a respeito da Santíssima Trindade; e concluiu, finalmente, pedindo a condenação da ‘fera humana que cinicamente me olha como para um palácio’ a trinta anos de prisão celular, mais a multa da lei” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 84).

Houve alteração entre promotor e defensor, o conselho deu sinais de cansaço, após ouvir tanta asneira. O escrivão estava acostumado. Muita gente acabou dormindo, a começar pelos guardas. Os jurados fugiram pela janela, deixando um bilhete na mesa, em que anunciavam que condenaram o réu ao grau máximo. No entanto, o réu havia fugido...

O conto resume o estado irônico de Lobato para com o Direito, como a descortinar seu desencanto. Os estereótipos que desfilam em sua prosa são pedaços de uma realidade cuja crítica foi sua bandeira de luta.

De seus escritos brotam também idéias acerca da tributação, em que essas características do Estado são evidenciadas. Reunindo-as, podemos avaliar o desencanto de Lobato para com o Direito sob outro ângulo, diríamos assim tributário. É um Lobato teórico que agora surge. Teoria nascida da vivência de um grande batalhador.

Em *Idéias de Jeca Tatu*, ao descrever a chegada da Família Real portuguesa no Brasil, Lobato chama a atenção para o desembarque de um personagem:

“O Fisco – um canzarrão tremendo de dentuça arreganhada – é conduzido no açamo por vários meirinhos” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 14).

E, em outra obra, verificava no Fisco uma herança portuguesa:

“Portugal só organizou uma coisa no Brasil-colônia: o Fisco, isto é, o sistema de cordas que amarram para que a tromba percevejante segue sem embaraços. Quem lê as cartas régias e mais literatura metropolitana enche-se de assombro diante do maquiavélico engenho luso na criação de cordas. Cordas trançadas de dois, de três, de quatro ramais; cordas de cânhamo, de crina, de tucum, de tripa; cordas estrangulatórias de espremer o sangue amarelo e cordas de enforcar” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 92).

E continua, agora a propósito do imposto de renda:

“A invenção do novo borzeguim – imposto de renda – excede a tudo quanto saiu da cabeça dos inquisidores: a vítima ignora o que tem de pagar e se não paga com exatidão incide em pena de confisco! E se em desespero de causa pede ao Fisco que lhe explique o mistério, que lhe dê a chave vertical e horizontal do quebra-cabeças, o marquês de Sade sorri e responde diagonalmente:

– Pague com cheque cruzado, e explica com grande ironia de detalhes como se toma de uma régua, duma pena molhada em boa tinta e como se cruza um cheque” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 94).

A ironia é implacável. O suposto dever ao perguntar por que deve tem como resposta o como pagar. É a imagem da repartição pública, em que o devedor, ao questionar fato gerador, base de cálculo, lançamento, multa, juros de mora, tem como resposta o regular preenchimento de um guia de recolhimento.

Para Lobato, a imposição tributária é perene na vida do cidadão. Começa bem cedo, com as primeiras providências do dia, nos hábitos, nos vícios:

“Pela manhã, ao acender o primeiro cigarro, tem que gastar o esforço de duas unhas para romper o selo com

que o fisco tranca as caixas de fósforo e os maços de cigarro” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 95).

O escritor defendia a vinculação tributária. Não há como, segundo ele, tributar sem se oferecer uma contraprestação. É o que se subsume da passagem:

“O imposto não se justifica sem uma equivalente prestação de serviços. Fora daí é puro roubo” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 212).

Lobato era irredutivelmente agressivo para com o Fisco, que qualificava com os mais negativos impropérios. Escreveu:

“Que é o fisco senão um ‘sistema de embaraços’ opostos à livre atividade do homem, que deles só se livra por meio de entrega ao Estado de uma certa quantidade de dinheiro” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 206).

A tributação, para Lobato, vislumbra iniquidades que mudam o rumo da história. A Inconfidência Mineira é um exemplo e Lobato sugere outro, tomado da história universal:

“A história da civilização cabe dentro da história do Fisco. Grandes convulsões sociais, como a Revolução Francesa, tiveram como verdadeira causa as iniquidades do Fisco” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 206).

Não há prazer no recolhimento, para Lobato, principalmente quando não se tem nada em troca. A obrigação tributária, para Monteiro Lobato, é odiosa:

“Pagar impostos é coisa desagradável porque significa dar moeda em troca de coisas que não nos aproveitaram diretamente. Em todos os tempos o homem sempre fugiu de pagar impostos. Paga-os compulsoriamente” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 210).

No livro *Negrinha*, Lobato estampou um conto, chamado *O fisco*, em que se vale da ficção para chicotear as iniquidades tributárias que tanto combatia.

O conto se dá em São Paulo. Um menino, de família humilde, maltrapilho, com sua

caixa tosca de engraxate, feita pelas próprias mãos, pensou em ajudar a família, trabalhando como engraxate nas ruas de São Paulo.

O menino, sem licença da Prefeitura (e ele nem sabia o que era ou porque havia necessidade disso) fora surpreendido pelo fiscal:

“– Então, seu cachorrinho, sem licença, heim? Exclamava entre colérico e vitorioso, o mastim municipal, focinho muito nosso conhecido” (MONTEIRO LOBATO, 1988, p. 37).

E continua Lobato:

“A miserável criança evidentemente não entendia, não sabia que coisa era aquela de licença, tão importante, reclamada assim a empuxões brutais” (MONTEIRO LOBATO, 1988, p. 37).

A família, muito pobre. Após narrar os dramas dessas famílias, que viviam no Brás, no início do século, Lobato imagina a criança de volta para a casa:

“Horas depois o fiscal aparecia em casa de Pedrinho com o pequeno pelo braço. Bateu. O pai estava, mas quem abriu foi a mãe. O homem nesses momentos não aparecia, para evitar explosões. Ficou a ouvir do quarto o bate-boca.

O fiscal exigia o pagamento da multa. A mulher debateu-se, arrepeleu-se. Por fim, rompeu em choro” (MONTEIRO LOBATO, 1988, p. 44).

E a mulher teve de pagar:

“Mariana nada mais disse. Foi à arca, reuniu o dinheiro existente – dezoito mil réis ratinhados havia meses, aos vinténs, para o caso dalguma doença, e entregou-os ao Fisco” (MONTEIRO LOBATO, 1988, p. 44).

Lobato, ainda, anota o epílogo, começa com o Fiscal:

“E foi à venda próxima beber dezoito mil réis de cerveja” (MONTEIRO LOBATO, 1988, p. 44).

Por fim, quanto ao menino:

“Enquanto isso, no fundo do quintal, o pai batia furiosamente no meni-

no” (MONTEIRO LOBATO, 1988, p. 44).

O conto dimensiona, a partir de uma questão tributário-administrativa, o problema da justiça. Além do mais, Lobato vale-se do conto para expressar sua opinião sobre um funcionalismo corrupto, arrogante e ineficiente. Edgard Cavalheiro reproduziu em sua biografia passagem de Lobato:

“Não há serviço público que não empregue cinco homens, pessimamente pagos, para fazer, malfeitissimamente, a tarefa que um só, bem pago, faria a contento” (CAVALHEIRO, [19-], p. 314).

A concepção tributária de Lobato é muito próxima de suas concepções de justiça. Como homem de negócios, de ação, pôde Lobato viver, de experiência própria, os nefastos efeitos de um modelo tributário agressivo e ineficiente.

No conto *O Fisco*, Lobato dimensionou a questão em nível de drama humano, que vivera ao longo de sua vida de homem de negócios. Para o escritor, a miséria radicava na desigualdade da distribuição dos bens, o que, concluímos, poderia ser mitigado por um sistema tributário mais humano. Escreveu Lobato:

“– E que é a miséria senão a consequência última da injustiça na distribuição dos bens?” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 40).

Com efeito, a guerra que Lobato fazia ao fisco (e que tem resultados, dada a imunidade tributária dos livros, que tanto defendeu) é mais uma faceta de seu espírito combativo. Ele traduz, com sua sistemática oposição à imposição tributária irracional, mais uma perspectiva sua, de desilusão jurídica.

Um dos excertos mais impressionantes de Lobato, a comprovar irrefutavelmente nossas suposições, é encontrado em outra carta endereçada a Rangel:

“Ser juiz – a vida inteira Juiz! Isso achata a alma. Passar a vida inteira lidando com tiquinhas, a engulir escriturais, a almoçar meirinhos, a jantar

autos, a defecar sentenças... Isso vai te embolorar a alma e o fígado” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 103-104).

A teima de Lobato com a magistratura é freqüente nas epístolas a Rangel. Em outra carta:

“Eu, se fosse o governo de Minas, forçaria por lei todos os juízes mineiros a um mês anual de Rio e S. Paulo, a título de desasnamento” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 184).

Lobato acreditava que a vida do operador jurídico é vazia porque as condições determinantes da justiça eram estruturais, dependentes da justiça econômica, fundamentada na boa distribuição de renda. Imaginava o Brasil como um país de tavalagem e em crônica, que leva esse nome, escreveu:

“Evidente, pois, que só uma solução existe para todos os problemas nacionais: a indireta, a solução econômica. Só a riqueza traz instrução e saúde, como só ela traz ordem, moralidade, boa política, justiça” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 38).

E por não acreditar na justiça, Lobato levava sua incredulidade para tudo que envolvia o Direito. Por exemplo:

“– É também vigarista o juiz que pune os vigaristas?

– E dos bons! O juiz é um vigarista ilustre que a sociedade elegeu para passar o conto nos vigaristas pequenos, que passam o conto nos vigaristas grandes...” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 89).

Após delegar ao juiz os epítetos negativos acima reproduzidos, Lobato continua tocando outros pontos da vida jurídica:

“O meu advogado, que é um vigarista insigne, vai passar o conto no juiz e eu serei posto em liberdade pelo conto do *habeas corpus*, que é o conto do vigário que a lei passa na justiça...” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 89).

Lobato criticava abertamente as concepções formais de Direito e de Justiça. Escreveu:

“Se o Direito representasse um verberero da Justiça como a sonham filósofos, o direito *indurar-se-ia* na consciência de cada homem, confundindo-se com a moral e dispensando a sanção. Por que existem hoje, como outrora, como sempre, tantos infratores das leis? Porque tais leis só representam conservação, permanência, *status quo* de fato, e nunca uma pura emanção da justiça” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 17-18).

E outra vez contra a judicatura, em que aproveitava para teorizar criminologia:

“O juiz da comarca vizinha tem a alma clássica dos juízes. Odeia o criminoso e quer a pena como castigo. Não vê no delinqüente a miserável criatura tarada; vê o delito, a letra da lei.

No entanto não há crimes, há apenas criminosos” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 20).

Dentro dessa dinâmica de justiça, Lobato nos convida a participar da construção de um mundo justo pregando, entre outras coisas, a moralidade administrativa. É seu o seguinte fragmento:

“Assim, todo jornalista, ou todo cidadão, tem o dever de agarrar pela gola os funcionários relapsos, sejam reis ou ministros, e expor seus crimes na grande montra” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 107).

Explicitamente Lobato vergastava nossas leis:

“(…) A rigorosa aplicação das leis brasileiras não trará nunca felicidade ao país. São leis-cipós, que enleiam os homens e lhes embaraçam os movimentos” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 83).

Ainda, Lobato com mordacidade censurou as concepções clássicas da tripartição dos poderes, em interessante passagem:

“(…) o regime no Brasil é o inominável disparate fisiológico do corpo

com três cabeças autônomas – os três poderes. A natureza não criou nada com três cabeças.

–As minhocas têm duas.

–Duas apenas, e por isso, envergonhadas, metem-se pela terra a dentro. A tricefalia é pura monstruosidade anatômica” (MONTEIRO LOBATO, 1950, p. 83).

A abundância de textos de Lobato a identificarem desilusão jurídica é notória. Em *Cidades Mortas*, continua atirando:

“Os ricos são dois ou três, coronéis da Briosa, com cem apólices a render no Rio; e os sinecuristas acarrapata-dos ao orçamento: juiz, coletor, delegado” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 5).

É também em *Cidades Mortas* que Lobato faz definitiva profissão de fé:

“Nos dias de Júri reúnem-se os advogados e rábulas na ante-sala do tribunal, os primeiros a virem, os últimos a saírem, como gente que procura gozar, bem gozado, um ambiente poucas vezes fornecido pelas circunstâncias. E, como peixes n’água, à vontade, dão trela à comichão mexeriqueira da rabulice, esquecendo-se em interminável prosa sobre processos, atos judiciários, movimento forense, nomeações, negócios profissionais, pilherias jurídicas. As cabeças estão abarrotadas de leis, regulamentos, decretos e fatos jurídicos, de modo a só tomarem conhecimento das relações entre o fato e a lei escrita, e nunca entre o fato e a lei natural – o que é próprio do filósofo. Na natureza só vêem coisas fungíveis, infungíveis, móveis, imóveis, semoventes, bens, *res nullius*, artigos de enfeiteuse – a carne e o osso, enfim, da propriedade. Essa janelinha que o artista e o filósofo trazem aberta para a natureza bruta, ou para a humanidade, vistas, uma como turbilhão de forças em perene esfervilhar, outra como oceano de paixões onde se de-

bate o *Homo* – animal filho da natureza, todo ele vegetação viçosa de instintos irreduzíveis – o homem de leis abre-a para a rede de fios que a lei trama e destrama, fios que atam os homens entre si ou à natureza convertida em *propriedade*.

E toda a maranha velhaca que isso é engloba-se dentro da mais bela concepção de idealismo – a Justiça” (MONTEIRO LOBATO, 1964, p. 22-23).

Finalmente, é de Edgard Cavalheiro a passagem, que nos deixa atônitos e que, de vez, traduz, diretamente, o pensamento de Lobato:

“Achava que os magistrados deviam também passar algum tempo na cadeia. Muito aprenderiam, e interessantes apontamentos poderiam extrair na intimidade com aqueles miseráveis, com aquele rebotalho humano” (CAVALHEIRO, [19- -], p. 70).

Paremos por aqui. Queremos acreditar termos demonstrado a desilusão jurídica em Lobato. Arriscamos vislumbrar solução para a natural pergunta: por quê?

Um conjunto de fatores explica ou pode explicar o desencanto jurídico em Monteiro Lobato. O excesso de leituras poderia ter afastado o escritor de uma suposta aridez dos textos jurídicos, que ele sempre nominou de maçantes. Seu aguçadíssimo espírito crítico não contemporizava com as iniquidades que vira, inclusive como promotor. Seu ceticismo radical matizou uma incredulidade mórbida e perene para com concepções formais dos campos jurídicos. Sua efetividade prática, seu espírito empreendedor e sua mobilidade fática repeliam o abstrato, o teórico, o conceitual, que desenhavam o Direito, como criação eminentemente cultural. Seu inconformismo constante o afastou das soluções impostas. Também, e com muita razão, a vocação determinada pelo avô ameaçou um ideal libertário que, numa perspectiva freudiana, valeu-se da vida para acertar contas com o passado.

Bibliografia

- AZEVEDO, Carmem Lúcia de; CAMARGOS, Márcia; SACCHETTA, Vladimir. *Monteiro Lobato, Furação na botocúndia*. São Paulo: Senac, 1997.
- BARRETO, Plínio. *A cultura jurídica no Brasil*. São Paulo: Biblioteca d'O Estado de São Paulo, 1922.
- BROCA, Brito. *A vida literária no Brasil: 1900*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1975.
- BRUNO, Haroldo. *Novos estudos de literatura brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1990.
- CAGNETI, Sueli de Souza. *A Inventividade e a transgressão nas obras de Lobato e Lygia: confronto*. 1988. Dissertação de Mestrado – Florianópolis.
- CANDIDO, Antonio. *Literatura e sociedade*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.
- CAVALHEIRO, Edgard. *Monteiro Lobato*. [S.l.]: Wilton Livres e Editores Ltda. [19- -].
- COUTINHO, Afrânio. *Introdução à literatura do Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito: do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra: Almedina, 1990.
- _____. *Pensar o direito: da modernidade à pós-modernidade*. Coimbra: Almedina, 1991.
- HERKENHOFF, João Baptista. *O direito dos códigos e o direito da vida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- LINS, Alvaro. *Literatura e vida literária*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O ministério público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MONTEIRO LOBATO, José Bento. *A barca de gleyre*. São Paulo: Brasiliense, 1964.
- _____. *A chave do tamanho*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *A onda verde*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- _____. *Caçadas de Pedrinho e Hans Staden*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Cartas escolhidas*. São Paulo: Brasiliense, 1959.
- _____. *Cidades mortas*. São Paulo: Brasiliense, 1964.
- _____. *Contos pesados*. São Paulo: Nacional, 1940.
- _____. *Críticas e outras notas*. São Paulo: Brasiliense, 1965.
- _____. *Emília no país da gramática*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Fábulas*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *História do mundo para as crianças*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Idéias de Jeca Tatu*. São Paulo: Brasiliense, 1950.
- _____. *Literatura comentada*. São Paulo: Abril, 1981.
- _____. *Memórias da Emília e Peter Pan*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Mr. Slang e o Brasil e opiniões*. São Paulo: Brasiliense, 1950.
- _____. *Mundo da lua e miscelânea*. São Paulo: Brasiliense, 1950.
- _____. *Na antevéspera*. São Paulo: Brasiliense, 1950.
- _____. *Negrinha*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- _____. *O escândalo do petróleo e ferro*. São Paulo: Brasiliense, 1950.
- _____. *O Minotauro*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *O poço do visconde*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Os 12 trabalhos de Hércules*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Prefácios e entrevistas*. São Paulo: Brasiliense, 1950.
- _____. *Serões de dona Benta e história das invenções*. São Paulo: Brasiliense, 1947.
- _____. *Urupês*. São Paulo: Brasiliense, 1966.
- MOTTA FILHO, Cândido. *Contagem regressiva*. Rio de Janeiro: José Olympio, [19- -].
- NICOLA, José de. *Literatura brasileira, das origens aos nossos dias*. São Paulo: Scipione, 1993.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A intuição e o direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PAULO FILHO, Pedro. *O bacharelismo brasileiro*. Campinas: Bookseller, 1997.
- SEGATTO, José Antonio; BALDAN, Ude (Org.). *Sociedade e literatura no Brasil*. São Paulo: UNESP, 1999.
- VERÍSSIMO, José. *História da literatura brasileira*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

A aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos administrativos

Kylce Anne de Araujo Pereira

Sumário

1. Prolegômenos ao tema. 2. Origens do instituto. 3. Normatização da teoria. 4. Pressupostos de configuração. 5. Formas de manifestação. 6. Conseqüências de sua incidência. 7. Tendências da jurisprudência. 8. Conclusões.

1. Prolegômenos ao tema

Normalmente, os contratos em geral possuem uma álea ordinária, ou seja, existe previsão de que haverá determinados encargos suportáveis pelos contraentes. Dessa forma, não podem as partes se escusar de os adimplir. O prejuízo tolerável, embora inesperado, deve ser suportado, assim como aquele que pudesse ser previsto pelo homem médio.

No entanto, a álea econômica extraordinária e imprevisível, tendo em vista a gravidade de sua incidência, notadamente para uma das partes contratantes em detrimento da outra, pode ensejar a revisão ou a revogação do pacto. É exatamente nessa oportunidade que se aplica a Teoria da Imprevisão. Caso seja imprevisível e insuportável, tal encargo não pode ser tolerado por apenas um dos contraentes, devendo ser dividido entre ambos.

Não obstante, a Teoria da Imprevisão é ressalva extraordinária à regra do cumprimento obrigatório dos contratos (*pacta sunt servanda*), razão pela qual deve apenas ser adotada excepcionalmente, de forma restritiva, e não extensiva (TÁCITO, 1993, p. 372).

Kylce Anne de Araujo Pereira é aluna do 8º período da Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco e pesquisadora do PIBIC/CNPq.

“É necessário que o dano seja, simultaneamente, imprevisível e insuportável, para que se possa rezeitar a cirurgia heróica, convocando-se o juiz ou a autoridade administrativa para violar a fisionomia do contrato, normalmente intangível” (MARTINS, 1992, p. 6).

Ordinariamente, os contratos administrativos se regem pelos mesmos princípios gerais que regulam os contratos de direito comum ou privado. Quanto à Teoria da Imprevisão, não é incompatível com o instituto em comento, segundo a opinião doutrinária e jurisprudencial majoritária.

Nos contratos administrativos, estabelece-se uma relação comutativa e onerosa, com a incidência dos princípios da boa-fé e da lealdade. Dessa forma, as prestações contrapostas devem permanecer equilibradas durante o transcurso do contrato. Não se pode exigir que apenas uma das partes suporte os ônus isoladamente, sem uma divisão equitativa destes. O objetivo constante é o atingimento do equilíbrio, o qual se realiza com a permanência do estado de coisas contemporâneo à convenção.

Pode-se conceituar a Teoria da Imprevisão, segundo Hely Lopes Meirelles (1990, p. 230), como o “reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes”.

2. *Origens do instituto*

Origina-se a teoria em comento da cláusula *rebus sic stantibus*, a qual já era conhecida no direito romano. Parte da doutrina a considera presente em autores clássicos da Roma Antiga, a exemplo de Cícero e Sêneca.

Entretanto, foram os canonistas medievais os verdadeiros precursores dessa doutrina em sua atual configuração. Foi no âmbito eclesiástico que tal tendência se manifestou de forma mais clara, tendo em vista a adoção da equidade no julgamento dos tribunais eclesiásticos. “Inspirações da soli-

dariedade social, de boa-fé e, sobretudo, de equidade fomentaram esse posicionamento” (LOMONACO, 1992, p. 43). Autores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino delinearão em sua doutrina os fundamentos da cláusula *rebus sic stantibus*, sempre com o objetivo de evitar o locupletamento indevido de uma das partes contratantes.

De forma mais clara, os pós-glosadores admitiam que “*contractus qui habent tractum successivum et dependentian de futurum rebus sic stantibus intelliguntur*”. Ou seja: aqueles contratos de trato sucessivo e em relação aos quais os eventos futuros podem incidir devem ser interpretados à luz da cláusula em debate. Desta feita, havia a norma implícita que determinava a permanência da situação de fato existente à época do contrato.

Com o advento da Idade Moderna, tal teoria perdeu sua relevância, notadamente após o século XVIII. Ganharam relevo as tendências individualistas, sendo sobrelevado o elemento “autonomia da vontade”. O liberalismo, por sua vez, afastou quase totalmente tal tese durante o século XIX.

A cláusula *rebus sic stantibus* voltou à tona após a Primeira Guerra Mundial. Conflitos, revoluções, inflação, modificações repentinas dos valores dos bens, enfim, a instabilidade ocasionou o retorno às teorias que pregavam a observância dessa cláusula nos contratos em geral. Desenvolveu-se tal doutrina, gerando a Teoria da Imprevisão em seus moldes atuais, aplicável tanto aos pactos de direito privado, como aos contratos administrativos (CAVALCANTI, 1979, p. 109-110).

Foi o Conselho de Estado francês que aplicou, pela primeira vez, a Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos. Isso ocorreu em 1916, no caso da Companhia de Gás Bordeaux. Essa concessionária de serviço público do Município de Bordeaux, em virtude da Primeira Guerra, viu-se impossibilitada de manter o preço de seus serviços, tendo em vista a alta de preços do carvão. Decidiu o Conselho, no caso, que seria cabível a incidência da Teoria da Imprevisão,

devendo a Administração suportar, assim como a empresa, o ônus, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (SANTOS, 1993, p. 83).

Na atual realidade, preza-se pelos princípios da continuidade da prestação do serviço público e da primazia do interesse público sobre o privado nos contratos administrativos de prestação de serviços públicos. Ademais, a finalidade primordial é a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, fundamento daquela antiga decisão, a qual também prevaleceria hodiernamente.

3. *Normatização da teoria*

O Código Civil brasileiro não previu expressamente a adoção da Teoria da Imprevisão, embora não a tenha afastado de forma explícita. Por isso, é controversa, na doutrina, sua aplicação no âmbito do direito privado, havendo duas teorias contrapostas.

Parte dos autores repudia a aplicação desse instituto, em virtude da ausência de norma que o regule expressamente. Por outro lado, há doutrina no sentido de que ele estaria implicitamente admitido pelo ordenamento jurídico pelo fato de não ter esse excluído expressamente sua incidência.

No âmbito do direito administrativo, foi essa teoria prevista expressamente no Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, cujas normas contidas no art. 55 possuíam a seguinte redação:

“Art. 55. Os contratos regidos por este Decreto-Lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

(*omissis*)

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

(*omissis*)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais, criados, alterados ou extintos, após a assinatura do contrato, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º O acréscimo ou redução de tributos e novas obrigações legais que se reflitam, comprovadamente, nos preços contratados, implicará a sua revisão, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 7º Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico financeiro inicial.”

Dessa forma, vários dispositivos consagravam a possibilidade de mutação do contrato em caso de superveniência de condições imprevistas e desfavoráveis para uma das partes, sempre visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do pacto. As normas estabeleciam tanto a possibilidade de aumento dos encargos quanto da minoração deles, a depender da natureza da variação ulterior.

Atualmente, há quem diga que, no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, está expressamente prevista a adoção da Teoria da Imprevisão no que tange aos contratos administrativos. Do citado dispositivo consta que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, *com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Aqueles que crêem na existência de previsão constitucional da cláusula *rebus sic stantibus* se baseiam exatamente no trecho grifado* (BUGARIN, 1997, p. 196). No entanto, tal norma apenas garante a preservação do equilíbrio do contrato, e não se refere, tal como ocorria no Decreto-Lei nº 2.300/86, a situações supervenientes imprevisíveis como geradoras da mutação de normas contratuais.

Dessa forma, não é correto considerar que há previsão constitucional expressa sobre o tema. Não obstante, há normas constitucionais que implicitamente exigem a modificação do contrato para que apenas uma das partes não arque com os ônus decorrentes de acontecimentos posteriores à sua celebração. É o caso das normas que consagram princípios constitucionais.

Por outro lado, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, possui normas acerca da adoção de tal doutrina, especificamente nos dispositivos a seguir mencionados.

Inicialmente, os incisos II e V do § 1º do art. 57 prevêm, respectivamente, a possibilidade de alteração dos prazos inicialmente pactuados em decorrência da “superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato” e do “impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência”.

Dessa forma, adota-se a Teoria da Imprevisão para que sejam alteradas normas contratuais relacionadas aos prazos de início e conclusão da execução, assim como de entrega do objeto do contrato. Para tanto, é necessário que sobrevenha acontecimento estranho à vontade das partes. Abrange, pois, tal norma o caso fortuito e a força maior, que são formas de manifestação daquela teoria, como será posteriormente mencionado.

Ademais, o art. 58 da mesma lei, em seus §§ 1º e 2º, refere-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, finalidade última da aplicação da Teoria da Imprevisão.

Portanto, no caso de advir acontecimento que altere, por qualquer motivo, as condições iniciais do pacto, deve ser este revisto para que o equilíbrio inicial perdure durante toda a vigência do contrato.

Por sua vez, o art. 65, II, *c e d*, da Lei nº 8.666/93 se refere igualmente à teoria em debate. Ambas alíneas concernem à modificação dos contratos administrativos mediante convenção entre as partes. A primeira alínea faz referência à alteração das condições de pagamento decorrente do advento de “circunstâncias supervenientes”. A segunda, por seu turno, menciona a necessidade de restabelecimento da relação inicialmente pactuada caso sobrevenham fatos imprevisíveis ou previsíveis com consequências incalculáveis. Prevê a alínea *d*, ainda, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, caracterizando expressamente tais acontecimentos como decorrentes da álea econômica extraordinária, anteriormente referenciada.

Do exposto, conclui-se que tais alíneas acolheram expressamente a Teoria da Imprevisão e suas respectivas formas de manifestação como propiciadoras de alterações no conteúdo inicial do pacto, sempre visando à preservação do equilíbrio do contrato.

Finalmente, o art. 65, em seu § 5º, possibilita a modificação das condições inicialmente pactuadas, na hipótese de serem alterados encargos legais ou normas tributárias que repercutam nos preços inicialmente contratados. Semelhante dispositivo já existia no Decreto-Lei nº 2.300/83, conforme acima mencionado, prevendo igualmente a aplicação da Teoria da Imprevisão quanto aos contratos administrativos nessas condições.

4. Pressupostos de configuração

Vários autores tecem considerações sobre esse assunto, possuindo cada qual opinião particular. Leon Frejda Szklarowsky (1997, p.55) aduz que a lei não dispõe ex-

pressamente sobre quais os pressupostos ou requisitos para a incidência da Teoria da Imprevisão. O mesmo autor, desdobrando o art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, acredita que é imprescindível a ocorrência alternativa de três pressupostos para que a revisão do contrato se opere com base em tal teoria, quais sejam:

- a) fatos imprevisíveis;
- b) fatos previsíveis, com conseqüências incalculáveis que retardem ou impeçam a execução do contrato; ou
- c) força maior ou acontecimento que não pode ser previsto nem evitado, caso fortuito, fato da Administração ou fato do príncipe, que configurem álea econômica extraordinária.

No entanto, como se verá adiante, não são os mencionados pressupostos verdadeiros requisitos para a configuração da Teoria da Imprevisão, mas apenas formas de manifestação desta. Em verdade, seguindo-se a doutrina de José Roberto Dromi (1997, p.23), pode-se elencar como requisito que deverá estar presente para que se possa alegar a imprevisão da existência de circunstâncias determinantes:

- a) estranhas à vontade das partes;
- b) que ensejem ruptura na equação econômico-financeira;
- c) temporárias e transitórias;
- d) anormais, extraordinárias e imprevisas; e
- e) que ocorram durante a execução do contrato.

Igualmente relevante é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 471), para quem é necessária a ocorrência de três requisitos para aplicação da Teoria da Imprevisão. Portanto, esse autor resume os anteriormente elencados. Para ele, devem ser considerados apenas:

- a) prejuízo resultante de evento alheio ao comportamento das partes ou estranho à posição jurídica de contratante da Administração;
- b) evento determinante do prejuízo imprevisto e imprevisível; e

c) prejuízo resultante significativo para o contraente onerado.

5. *Formas de manifestação*

Hely Lopes Meirelles (2000, p. 224-228) elenca, como expressões da Teoria da Imprevisão nas diversas espécies de contratos administrativos, vários acontecimentos, como força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevisas.

Caracteriza-se a força maior quando algum evento humano imprevisto e inevitável cria para um dos contratantes impossibilidade intransponível de regular execução do pactuado. Dessa forma, qualquer greve que paralise a fabricação de produto indispensável à execução do contrato pode ser tida como exemplo de acontecimento que enseja a aplicação da Teoria da Imprevisão.

O caso fortuito assemelha-se muito ao conceito de força maior acima exposto. No entanto, distinguem-se quanto à origem. Enquanto o caso fortuito provém de um evento da natureza, a força maior pressupõe a atuação humana. Ambos, no entanto, proporcionam a impossibilidade de adimplemento contratual. Como exemplo de caso fortuito, pode-se citar uma inundação que afete o local da obra objeto do acordo, acarretando a impossibilidade de obediência aos prazos previamente estabelecidos para início e conclusão da obra.

Fato do príncipe, por outro lado, é “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo” (MEIRELLES, 2000, p. 227). Fundamenta-se no fato de que a Administração não pode causar danos aos administrados. Com maior razão, pois, está impedida de gerar, mesmo não intencionalmente, prejuízos a seus contratados, ainda que tenha em vista o interesse público. Pode ser conceituada como fato do príncipe, a título de exemplo, a proibição de importar produto indispensável ao adimplemento de determinadas obrigações contratuais.

Quanto ao fato da Administração, esse diz respeito a qualquer ação ou omissão do ente administrativo que incida específica e diretamente sobre determinada avença, retardando ou impedindo sua execução. Enquanto o fato do príncipe pressupõe uma atuação genérica, incidente sobre a sociedade em geral e baseada no *jus imperii*, o fato da Administração relaciona-se especificamente com determinado contrato celebrado por essa. Assim, caso a Administração não providencie as desapropriações necessárias ao início da obra pactuada, poderá o contratado invocar a Teoria da Imprevisão para se eximir de suas obrigações até que seja realizado tal procedimento.

Finalmente, as interferências imprevistas podem ser conceituadas como acontecimentos não cogitados pelos contraentes por ocasião da celebração do pacto que aparecem durante sua execução, surpreendente e excepcionalmente, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos acordados. Como exemplo dessas interferências, pode-se citar o encontro de terreno rochoso, e não arenoso como indicado pela Administração quando da celebração da avença, o que acarreta a impossibilidade de seu cumprimento pelo contratado, tal como convencionado inicialmente.

6. Conseqüências de sua incidência

Questiona-se acerca do que deve ocorrer quando incidente a Teoria da Imprevisão sobre determinado negócio jurídico efetuado com a Administração Pública. Continuar a execução do contrato, ainda que com prejuízo para uma das partes, continuá-la mediante indenização ou cessar a execução, pleiteando-se a revisão contratual, são algumas das soluções propostas.

No direito privado, caso uma das partes descumpra o contrato, a outra pode fazer o mesmo, com base na *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido). O mesmo não se pode dizer quanto ao

particular, em se tratando de contratos administrativos, observados os princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Em caso de incidência da Teoria da Imprevisão, se resultar prejudicada a Administração em detrimento do particular, cabe-lhe rescindir o contrato por motivo de interesse público, tendo em vista que esse não estará sendo atendido na hipótese de haver sensível prejuízo ao patrimônio da coletividade. No entanto, é devida indenização ao particular se esse estiver de boa-fé e não houver concorrido para a ocorrência da modificação contratual.

Por outro lado, se a parte prejudicada for o particular, não pode interromper a execução do pactuado. Deve, ao revés, requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato ou a revisão desse, bem como a indenização por perdas e danos, continuando a executá-lo até a obtenção de autorização do órgão competente para paralisá-lo, por força do princípio da continuidade, anteriormente citado.

7. Tendências da jurisprudência

Trago à colação decisões proferidas sobre o tema por diversos órgãos do Judiciário brasileiro.

Tema recorrente é aquele referente à incidência ou não da Teoria da Imprevisão em relação à modificação das condições decorrente de planos econômicos instituídos pelo governo, muito comuns em um passado recente. Esses, muitas vezes, acarretavam diminuição patrimonial à parte contratante, além de tornarem impossível a execução do contrato em alguns casos. Dessa forma, sua análise é de extrema importância.

Pleiteava-se, freqüentemente, a atualização monetária das prestações em decorrência de modificação operada na conjuntura econômica vigente à época da celebração do contrato. Tendo em vista a morosidade no que tange à prestação jurisdicional, ainda tramitam alguns feitos sobre o tema.

Nesses casos, embora haja divergência, a maior parte da jurisprudência entende devida a correção, especialmente pelo fato de que a instituição superveniente de qualquer medida econômica governamental não seria previsível, o que acarretaria a impossibilidade de sua consideração quando da elaboração do contrato. Estando, portanto, configurados os requisitos para incidência da Teoria da Imprevisão, essa deveria ser aplicada.

Como exemplo, trazemos à baila a seguinte decisão (grifo nosso):

Ementa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PERDAS E DANOS. CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS. ATRASO NO PAGAMENTO. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO POR JULGAMENTO “EXTRA PETITA”.

1. Embora não previsto o reajustamento dos preços estabelecidos no contrato de obras públicas, *a parte contratada não pode suportar os prejuízos decorrentes dos atrasos nos pagamentos das faturas, constitutivos de ilícito contratual, e na devolução das quantias retidas a título de caução, em razão dos planos econômicos patrocinados pelo governo*, impondo-se a atualização das mencionadas verbas até as datas dos seus respectivos pagamentos.

2. Recurso Especial conhecido, pelo fundamento da letra “c” e provido.

(STJ – 2ª Turma. REsp 35991 – 1997/SC. Relator Ministro Peçanha Martins. DJ de 19.5.97).

Por outro lado, ainda quanto à modificação superveniente que onere substancialmente a execução do contrato, a jurisprudência se manifesta acerca da inflação como causa da incidência da cláusula *rebus sic stantibus* em sua atual configuração, problema constante há poucos anos.

Nesse passo, no entanto, mostra-se contrária à sua adoção. O principal argumento se refere à possibilidade de previsão do acontecimento. Isto é, como, no momento da celebração do contrato, já imperavam tendências inflacionárias, essas não podem ser consideradas “acontecimentos imprevistos e imprevisíveis”. Ao revés, provavelmente foi considerada a inflação quando da edição das normas contratuais.

Por esse motivo, nega-se a possibilidade de revisão do contrato em tal caso, como ocorre no seguinte acórdão:

Ementa:

CONTRATO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INFLAÇÃO. NÃO SE PODE INVOCAR A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO CAUSA PARA O INADIMPLEMENTO DE UMA AVENÇA, QUANDO OS FATOS SUPERVENIENTES ERAM PREVISÍVEIS À ÉPOCA DO CONTRATO.

“Nos casos de desequilíbrios conseqüentes à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão.” Quem quer que contrate, em época em que reina a inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará irrelutavelmente caso a prestação houver de ser cumprida no futuro. O desequilíbrio é previsível.

Apelo improvido.

(TRF – 1ª Região. 4ª Turma. APELAÇÃO CÍVEL 0102189 – 1991/ DF. Relator Juiz Nelson Gomes da Silva. DJ de 20.5.93).

Finalmente, deve ser trazida à baila decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Tal acórdão elenca quais os pressupostos indispensáveis à aplicação da Teoria da Imprevisão no caso concreto. Ratificando os argumentos acima mencionados, exige a configuração simultânea de vários elementos para que possa qualquer das partes invocar a teoria em comento com a finalidade de alterar as condições iniciais do pacto.

Igualmente versa o *decisum* acerca da aplicação da teoria em decorrência de tendências inflacionárias, manifestando-se nos seguintes termos:

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. TEORIA DA IMPREVISÃO. NÃO OCORRÊNCIA DOS SEUS PRESSUPOSTOS.

1 – não se aplica a teoria da imprevisão, em contrato administrativo de empreitada de obra pública, sem que se demonstre a existência do fato ou acontecimento extraordinário ou imprevisível, com capacidade de alterar o equilíbrio financeiro do ajuste celebrado entre as partes.

2 – a simples alteração de preço de material, acontecimento normal no Brasil, em face do processo inflacionário sempre ascendente que está implantado no seu sistema econômico e financeiro, não constitui motivo ensejador para se aplicar a teoria da imprevisão ou os efeitos da cláusula *rebus sic stantibus*.

3 – de acordo com a doutrina de messineo, a teoria da imprevisão requer o concurso da extraordinariedade e da imprevisibilidade. e o acontecimento extraordinário e imprevisível há de resultar na onerosidade da prestação e dificultar extremamente o cumprimento da obrigação, sacrificando o devedor com sua execução, o que lhe facultaria promover a resolução do contrato.

4 – não pode-se abrigar no seio da teoria da imprevisão a empresa que não demonstra ter enfrentado nenhuma dificuldade na execução do contrato, por se pressupor que o preço fixado no negócio jurídico cobriu todos os aspectos financeiros do ajuste, inclusive o lucro a ser obtido.

5 – apelação improvida.

(TRF – 5ª Região. 2ª Turma. APELAÇÃO CÍVEL 0502257 – 1989/PE.

Relator Juiz Jose Delgado. DOE de 4.6.90).

8. Conclusões

Como se pode vislumbrar, a Teoria da Imprevisão pode ser aplicada no âmbito da Administração Pública, caso presentes os pressupostos que autorizam sua adoção.

Sua incidência decorre da necessidade de garantir a manutenção das condições do pacto inicialmente estabelecidas para que, em decorrência de acontecimento imprevisito superveniente, não seja indevidamente onerada qualquer das partes, o que acarretaria, não raro, o enriquecimento ilícito por parte da outra. Tal se dá quando essa recebe mais vantagens do que inicialmente acordado, o que não ocorreria se o contrato houvesse sido celebrado após o fato imprevisito.

A aplicação de tal doutrina independe de previsão legal ou contratual. As partes contratantes não podem olvidá-la, por um dever de justiça social e de respeito à boa-fé dos contratantes. Ademais, é um direito subjetivo constitucional destes a aplicação dos princípios explícita e implicitamente previstos na Carta Magna incidentes na hipótese, sempre que constatadas as condições de ocorrência da doutrina em comento.

Não obstante ser possível, deve ser excepcional a revisão dos contratos com base na aplicação da referida teoria, uma vez que, *prima facie*, devem ser estritamente observadas as normas contratuais, aplicando-se o princípio do *pacta sunt servanda*.

Além disso, quando aplicada, deve ser explicitamente demonstrada pelo agente público a necessidade de sua incidência. Sua utilização apenas se respalda na prova inequívoca e indubitosa de que estão presentes os requisitos para tanto, notadamente a imprevisibilidade e a excepcionalidade do evento causador da alteração contratual, sob pena de existir abuso tão condenável quanto a oneração indevida de qualquer das partes.

Nota

* Cf. consulta efetuada perante o TCU referente ao tema.

Bibliografia

BUGARIN, Bento José. Emergência ou calamidade. Prorrogação contratual. Superveniência de fato excepcional ou imprevisível. Aplicabilidade da teoria da imprevisão. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, ano 10, n. 4, p. 191-197 abr., 1997.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A teoria da imprevisão. *Forense*, 1979, p. 109-116.

DROMI, José Roberto. *Contractos administrativos: regimenes de pago y actualización*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1977.

LOMONACO, José Antônio. A cláusula 'rebus sic stantibus' no direito brasileiro: algumas considerações doutrinárias. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 21, v. 683, p. 37-44, set. 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os contratos administrativos e a teoria da imprevisão: responsabilidade civil do estado. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, ano 5, n. 1, p. 01-12, jan. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. A teoria da imprevisão nos contratos administrativos. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, ano 6, n. 3, p. 83-87, mar. 1993.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Alteração dos contratos administrativos. *Revisão contratual: teoria da imprevisão*. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, v. 28, n. 74, p. 51-58, out./dez. 1997.

TÁCITO, Caio. Contrato administrativo: revisão de preço: teoria da imprevisão: pressupostos de imprevisibilidade e de excessiva onerosidade. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, ano 6, n. 9, p. 370-373, set. 1993.

A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro

Roger Raupp Rios

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da igualdade e a proibição de discriminação por orientação sexual. 2.1. A igualdade como princípio jurídico fundamental. 2.2. O conceito de orientação sexual. 2.3. A proibição de discriminação por orientação sexual. 2.3.1. Igualdade formal e orientação sexual. 2.3.2. Igualdade material e orientação sexual. 3. O direito brasileiro e a discriminação por orientação sexual. 4. Conclusão.

1. Introdução

“Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendência; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que cometem crime de Lesa Majestade¹”.

A gravidade das sanções reservadas pelas Ordenações Filipinas à prática de atos homossexuais, então denominados de sodomia, ilustra a intensidade da discriminação experimentada pelas relações homossexuais na tradição jurídica nacional. Apesar da descriminalização da sodomia com o advento do Código Criminal do Império (1830), a homossexualidade ainda hoje é objeto de intenso preconceito e violência em nossa sociedade. Os dados estatísticos disponíveis dão conta de que, apenas no Bra-

Roger Raupp Rios é Juiz Federal em Porto Alegre, Mestre em Direito pela UFRGS e Professor de Direito Constitucional.

sil, a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de ódio motivado na orientação sexual².

Esses números são uma mostra assustadora do grau de discriminação sofrido por homossexuais nas sociedades contemporâneas, realidade que se dissemina praticamente por todos os setores do cotidiano, tais como mercado de trabalho, acesso ao sistema educacional e ao sistema de saúde, participação nos benefícios da seguridade social, liberdade de expressão e locomoção, acesso aos cargos públicos, civis ou militares, além da oferta pública de bens e serviços.

Neste trabalho, examino essa realidade discriminatória sob a perspectiva do direito constitucional, centrado no princípio da igualdade. Busco as respostas que esse princípio cardeal fornece ante tamanha violação de direitos tão fundamentais, cuja privação compromete radicalmente a harmonia indispensável para o convívio social.

Para tanto, tratarei dessa questão considerando, em primeiro lugar, a natureza principiológica do direito fundamental de igualdade e sua relação com as questões de orientação sexual. A seguir, após a exposição das dimensões formal e material do princípio isonômico, serão noticiados marcos legislativos e jurisprudenciais importantes na evolução desse tema no direito brasileiro contemporâneo, elementos capazes de fornecer um panorama adequado da questão entre nós.

2. O princípio da igualdade e a proibição de discriminação por orientação sexual

Estudar a eficácia do direito de igualdade em face da homossexualidade exige que se esclareçam, previamente, a concepção adotada acerca desse direito fundamental e o conceito de orientação sexual ora utilizado.

2.1. A igualdade como princípio jurídico fundamental

Como dito, antes de adentrar na temática específica do direito de igualdade e de

suas exigências em face da homossexualidade, é necessário explicitar a compreensão adotada diante desse direito fundamental: a igualdade como princípio jurídico. Com efeito, o direito de igualdade é aqui entendido como princípio jurídico constitucionalmente vigente, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por R. Alexy.

Segundo esse autor, as normas de direitos fundamentais distinguem-se em normas do tipo princípio e normas do tipo regra. A partir da enumeração dos diversos critérios de distinção correntes (determinabilidade dos casos de aplicação, processo de geração, caráter explícito de conteúdo valorativo, referência à idéia de direito, importância para o ordenamento jurídico), R. Alexy expõe três teorias acerca da distinção (1993, p. 82-86). A primeira afirma a impossibilidade de qualquer distinção definitiva, uma vez que a pluralidade de normas efetivamente existente possibilita infundáveis combinações de critérios. A segunda sustenta que a diferenciação entre princípios e regras é apenas de grau de generalidade, compartilhando princípios e regras da mesma realidade. A terceira – por ele adotada – distingue princípios e regras qualitativamente.

Nas suas precisas palavras,

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los prin-

cípios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho” (1997, p. 162).

Tendo presente a natureza principiológica do direito de igualdade, impende sublinhar a necessidade de concretização desse princípio diante das diversas situações fáticas e jurídicas. Isso significa que o intérprete tem de compreender o conteúdo dessa norma de direito fundamental situado no contexto histórico concreto, sem ignorar a realidade dos fatos e o estágio de conhecimento atinente à realidade problematizada juridicamente³. É preciso, para a determinação do tratamento jurídico das questões relativas à igualdade, cotejar o “programa da norma” (o texto da norma a ser concretizado e seu significado) e o “âmbito da norma” (a compreensão da realidade dos fatos da vida) (Ver MÜLLER, 1996).

Esse esforço concretizador, com efeito, revela-se tanto mais exigente e desafiador quanto maiores forem os preconceitos disseminados diante de um determinado problema jurídico. Tal é o desafio que se apresenta ao tema objeto deste estudo, uma vez que a homossexualidade é fortemente rodeada de preconceitos, cuja força pode ser ilustrada pelas estatísticas de violência perpetrada contra homossexuais no Brasil e no mundo (Ver MÜLLER, 1996).

Além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade

de requer, desde o início, a compreensão da igualdade sob uma perspectiva relacional. A igualdade, como disse N. Bobbio (1996, p. 12)⁴, é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações; o direito, como ordem normativa, prescreve tal relação entre os entes objetos de comparação, estabelecendo quando, como e por que serão sustentadas equiparações ou diferenciações⁵.

Nessa linha, estudarei o princípio da igualdade e suas conseqüências diante da homossexualidade examinando a legitimidade jurídica de tratamentos diferenciados fundados na orientação sexual.

2.2. O conceito de orientação sexual

Outro conceito cuja compreensão é basilar no desenvolvimento deste artigo é o de orientação sexual. De fato, estudar as exigências do princípio isonômico ante a homossexualidade e seus desdobramentos no campo jurídico processual implica analisar os diversos tratamentos jurídicos dispensados diante das pessoas e das situações em virtude da orientação sexual. Esta é compreendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade)⁶.

Neste trabalho, lanço mão da expressão “orientação sexual” designando especificamente as discriminações em face da homossexualidade, uma vez que as diferenciações ora estudadas são geradas em virtude dessa direção do desejo e/ou da conduta sexuais que são qualificadas como “homossexuais”. Mediante esse conceito de orientação sexual explícito a abrangência de minha tarefa. Ela não se estende por todas as possíveis discriminações relacionadas com a sexualidade humana, cuja amplitude outras tantas situações encerra, identificadas em critérios diversos da orientação sexual, tais como a poligamia (relativa aos padrões culturais), a pedofilia (relativa à idade), o

incesto (relativa aos laços de sangue e parentesco), a prostituição (relativa à liberdade sexual), a pornografia (relativa à liberdade de expressão), o sadomasoquismo (relativa à integridade física). Efetivamente, a discriminação por orientação sexual pode ser discutida sem depender do exame desses casos. Na mesma linha, este estudo não se debruça sobre as situações específicas da discriminação endereçada contra travestis ou contra transexuais, que vão além da pura e simples atração e conduta sexuais por outra pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto, envolvendo circunstâncias como a aquisição de características físicas ou culturais próprias de outro sexo.

2.3. *A proibição de discriminação por orientação sexual*

Demarcadas essas fronteiras, sustento a existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual como concretização do princípio jurídico da igualdade, o que também não se confunde com uma exposição sistemática dos direitos de homossexuais. As discriminações por orientação sexual estão dispersas, praticamente, por todo ordenamento jurídico⁷: não farei um inventário dessas hipóteses, seguido da conclusão pela sua legitimidade ou não, nem derivo do direito de não ser discriminado por orientação sexual a aquisição de outros direitos subjetivos, subordinada a requisitos próprios. Tanto é que do direito de não ser discriminado por orientação sexual para a obtenção da habilitação para condução de automóveis não decorre sua aquisição acaso inatingidas as respectivas exigências físicas e intelectuais.

Nessa parte, portanto, cuidarei da concretização do princípio da igualdade como proibição de discriminação por orientação sexual, examinando essa questão na tradição de nosso direito.

O direito brasileiro, enraizado na tradição jurídica continental, compreende o princípio da igualdade na dupla dimensão formal e material. Esse princípio se apresenta,

em nosso direito constitucional positivo, pela simultânea afirmação da “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”, expressões que encerram distintas e complementares compreensões do direito de igualdade, cuja convivência possibilita o entendimento desse princípio jurídico⁸.

2.3.1. *Igualdade formal e orientação sexual*

Recolho a precisa definição de Konrad Hesse (1998, p. 330) a respeito da igualdade formal:

“Igualdade jurídica formal é *igualdade diante da lei* (artigo 3º, alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito”.

Concebido nesses termos, o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito, sem a consideração de quaisquer outros dados que não a abstrata e genérica formulação do mandamento legal, independentemente das peculiares circunstâncias de cada situação concreta e da situação pessoal dos destinatários da norma jurídica.

Nesse contexto, ganha relevo o significado negativo ínsito à formulação da igualdade formal, presente desde a origem na Revolução Francesa. Norberto Bobbio (1996, p. 27)⁹ sublinha essa realidade, ao identificar como alvo principal da proclamação da igualdade perante a lei a superação do estado estamental e dos particularismos jurídicos, o que é bem ilustrado pelo Código Napoleônico de 1804 (em que todos são concebidos como cidadãos, independente de origem social) e pelo preâmbulo da

Constituição francesa de 1791, cujo encerramento proclama: “não mais existe, para nenhuma parte da nação ou para nenhum indivíduo, qualquer privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses”¹⁰.

Neste significado negativo¹¹, a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas.

Tendo presente esses dados, qual a repercussão desse princípio de igualdade formal nas situações vividas por homossexuais, principalmente considerando a realidade de discriminação motivada na orientação sexual?

O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

Na esfera da sexualidade, âmbito em que a homossexualidade se insere, isso significa, em princípio, a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitiva das discriminações por motivo de orientação sexual. A igualdade formal estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento: as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal (e será a seguir considerada).

A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, a qualidade de sujeito de direito; isso significa, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual (Ver LO CHAK, 1998, p. 39-41).

A igualdade perante a lei – como já visto – só alcançará a universalidade do direito mediante a ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual. Ao invés da cristalização da “normalidade heterossexual” revelada tanto na invocação de “direitos homossexuais” como no apelo ao “direito à diferença”, é necessário afirmar o “direito à indiferença”, pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob o pálio de uma mesma regulação geral.

A concretização desse imperativo jurídico de igualdade formal, no entanto, é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude de orientação sexual. No esforço de implementá-la, diante das vicissitudes verificadas na realidade social, foram positivados critérios proibitivos de diferenciações, desdobramentos da igualdade perante a lei.

Como repercutem essas proibições de diferenciação ante a homossexualidade? Eis a questão que agora passo a examinar.

A necessidade de um elenco de proibições de diferenciação jurídica é tanto maior quanto forem os preconceitos e as discriminações experimentadas por pessoas e grupos, com base numa ou noutra característica. Desse modo, ao longo da história, esses critérios foram paulatinamente enumerados, tais como raça, cor, sexo, idade e religião.

Num ambiente em que a discriminação por orientação sexual é disseminada, urge pesquisar qual a resposta do ordenamento jurídico diante dessa realidade, por meio do exame de suas proibições de diferenciação.

Como visto, o princípio da igualdade no direito brasileiro abrange as dimensões formal e material, além de expressamente adotar critérios proibitivos de diferenciação. O rol desses critérios proibidos de diferenciação tem sua sede principal no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República, em que se estabelece a vedação de diferenciação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em face desses dados, como avaliar a hipótese de proibição de diferenciação por orientação sexual em nosso direito, especialmente em virtude de sua não-explicitação pelo texto constitucional vigente?

Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou por aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que freqüentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Desse modo, a ausência de expressa previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo¹².

Aliás, nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração desses critérios. Esse dado corrobora, ainda mais, a não-obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, além de revelar o equívoco do raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação.

Ultrapassada a ausência de expressa previsão da orientação sexual como critério proibitivo de diferenciação, examino a proibição de discriminação por orientação sexual como hipótese apanhada pela proibição de discriminação por motivo de sexo, uma vez que ambas hipóteses dizem respeito à esfera da sexualidade (Ver WINTEMUTE, 1995, p. 199-221).

De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação.

Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem diri-

gir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, nesse contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Esse exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo¹³.

Contra esse raciocínio, pode-se objetar que a proteção constitucional em face da discriminação sexual não alcança a orientação sexual; que o *discrimen* não se define pelo sexo de Paulo ou de Maria, mas pela coincidência sexual entre os partícipes da relação sexual, tanto que homens ou mulheres, nessa situação, são igualmente discriminados. Esse argumento, todavia, não subsiste a um exame mais apurado. Isso porque é impossível a definição da orientação sexual sem a consideração do sexo dos envolvidos na relação verificada; ao contrário, é essencial para a caracterização de uma ou de outra orientação sexual levar-se em conta o sexo, tanto que é o sexo de Paulo ou de Maria que ensejará ou não o juízo discriminatório diante de Pedro. Ou seja, o sexo da pessoa envolvida em relação ao sexo de Pedro é que vai qualificar a orientação sexual como causa de eventual tratamento diferenciado.

Ademais, o igual tratamento dispensado à homossexualidade masculina e à homossexualidade feminina também não desloca o problema da discriminação por orientação sexual do âmbito da proibição de diferenciação por motivo de sexo. Ao contrário, em face da impossibilidade de se discutir a orientação sexual homossexual (seja masculina, seja feminina) sem a consideração do sexo dos participantes de uma dada relação, tal argumento acaba por querer justificar uma hipótese de discriminação sexual (homossexualismo masculino) invocando outra hipótese de discriminação sexual (homossexualismo feminino), não fornecen-

do qualquer justificação para a diferenciação¹⁴. Com efeito, justificar a discriminação contra homossexuais pelo fato de tanto gays quanto lésbicas serem atingidos não enfrenta a proibição de discriminação por motivo de sexo, na medida em que, tanto numa hipótese (gays) quanto noutra (lésbicas), o sexo dos envolvidos é fator decisivo para a diferenciação. A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende tanto homens quanto mulheres, alcançando as relações estabelecidas por quaisquer dos dois sexos, sejam hetero ou homossexuais.

De todo exposto, constata-se que a dimensão formal do princípio da igualdade, seja em sua enunciação geral, seja nos seus desdobramentos concretos, veda a diferenciação e estabelece a equiparação entre heterossexualidade e homossexualidade nas questões jurídicas. Disso decorre um imperativo absoluto de equiparação entre heterossexuais e homossexuais, sendo descabidas, em qualquer hipótese, diferenciações?

Responder tal indagação demanda a análise do aspecto material do princípio da igualdade diante das discriminações por orientação sexual, tarefa que a seguir me dedico.

2.3.2. Igualdade material e orientação sexual

Enquanto a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente, a *igualdade na lei* (igualdade material) exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.

Nos dizeres de K. Hesse,

“Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*; casos iguais devem

encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente” (1998, p. 330).

A indagação fundamental, portanto, colocada pela igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparação ou diferenciação, para os fins da instituição de um tratamento jurídico. Dito de outro modo, a igualdade na lei, ao atentar para as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações¹⁵, objetiva reconhecer-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção dessas distinções. Para a obtenção desse resultado, precisa-se, assim, perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros. É necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que se considera relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação.

R. Alexy (1993, p. 392) enfoca a problemática desses critérios de equiparação ou diferenciação mediante o exame da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Esse Tribunal, lançando mão do conceito de arbitrariedade, formula seus juízos de igualdade pela consideração da existência ou não de arbitrariedade no tratamento desigual. A diferenciação arbitrária, nas palavras do Tribunal Constitucional, ocorre “... cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar [...] una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”¹⁶. Assim, a arbitrariedade do tratamento desigual aparece como condição necessária e suficiente para a violação da máxima da igualdade.

Somente diante de uma razão suficiente para a justificação do tratamento desigual, portanto, é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ora, a suficiência ou não da motivação da diferenciação é um problema de valoração.

Nesse quadro, ante a inexistência de uma razão suficiente, a máxima geral da

igualdade ordena um tratamento igual; para tanto expressar, R. Alexy assim formula, de modo mais preciso, a *máxima de igualdade*: “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual” (Ver ALEXY, 1993, p. 395).

Inexiste razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação; esse dever de fundamentação impõe uma carga de argumentação para que se justifiquem tratamentos desiguais. Doutra parte, havendo razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, é de rigor tal diferenciação no tratamento, pelo que a máxima geral de igualdade, nesses casos, expressa-se da seguinte forma: “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual” (ALEXY, 1993, p. 397).

Dessa maneira formuladas, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual distanciam-se na medida em que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao passo que o mandato de igualdade de tratamento se satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita uma diferenciação. Em princípio, portanto, está exigido um tratamento igual, sendo permitido um tratamento desigual se e somente se for possível justificá-lo.

É preciso, portanto, debruçar-se sobre a suficiência ou não dos juízos valorativos indicados na fundamentação de eventual tratamento desigual, porquanto diante da desigualdade de tratamento é que se impõe o ônus de argumentação. A solução dessa questão não é fornecida pela máxima geral de igualdade em si mesma; antes, requer a adoção de pontos de vista valorativos. Nesse campo se incluem as decisões materiais de igualdade tomadas pelo próprio texto constitucional, tais como a igualdade entre homens e mulheres¹⁷.

Num regime democrático, orientado pela ideia de Estado de Direito material, essas

valorações estão abertas ao legislador, sendo lícita a opção por tratamento desigual sempre que, em virtude de razões dessa monta, o tratamento desigual não se revelar arbitrário. O papel do controle de constitucionalidade, aqui, é o de controlar essa margem de apreciação do legislador, impedindo que em seu nome sejam forçadas valorações arbitrárias. A opção por um Estado Democrático de Direito radica, nesse passo, na proteção do direito fundamental de igualdade de eventual esvaziamento por parte da atividade legislativa, hipótese presente na formulação de valorações arbitrárias.

A garantia do direito de igualdade dá-se, pois, mediante a imposição de um ônus de argumentação e de prova por conta de quem afirmar a desigualdade e reivindicar um tratamento desigual.

Diante disso, pode-se objetar a falta de concreção ainda presente. Tal objeção, ainda que relevante, só pode ser enfrentada tendo presente a pluralidade de possibilidades de fundamentação racional dos juízos de igualdade e de desigualdade; efetivamente, mesmo que sejam considerados somente dados normativos, é fácil perceber a existência de diversos pontos de vista sustentáveis a partir da conjugação das diversas normas constitucionais ou da análise dos inúmeros precedentes oriundos da jurisdição constitucional¹⁸. Forçoso reconhecer também a riqueza decorrente da dinâmica histórica, a qual faz com que os diversos critérios de igualdade ou de desigualdade experimentem transformações conforme o grau de compreensão que os homens têm de seus processos sociais e políticos – patamares esses grandemente influenciados pelas diversas experiências vividas e pelo avanço das ciências¹⁹.

Nesse esforço objetivante, a dogmática jurídica atenta para a relação entre os critérios de diferenciação e as finalidades da diferenciação eventualmente operada²⁰. Assim, além da existência da proibição jurídica da adoção de certos critérios de diferenciação, exige-se que toda diferenciação te-

nha fundamento racional, pois quando não há racionalidade entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida, surge o juízo arbitrário na fundamentação da desigualdade estabelecida, donde decorre a inconstitucionalidade do *discrímén*²¹.

Conseqüência disso, no domínio específico da orientação sexual, é a imposição de tratamento igual sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade de tratamento. A suficiência ou não dessas razões é matéria pertinente ao desenvolvimento do conhecimento humano em cada momento histórico, diante do problema a ser enfrentado.

No plano mais geral em que se situa este trabalho, é obrigatório afirmar, como diretriz geral para todos os casos, que a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões em que surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada.

No caso da homossexualidade, constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual. Com efeito, a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade²².

A partir dessa consciência contemporânea ante a homossexualidade, sustentar a constitucionalidade de discriminações por orientação sexual demanda elevada carga de argumentação, uma vez que qualquer

diferenciação que não tenha o vigor suficiente para infirmar tal consciência revela-se arbitrária. Com efeito, a arbitrariedade se configura na medida em que o critério de diferenciação não mostra racionalidade diante da finalidade perseguida. Assim, com relação à homossexualidade, aquilo que outrora justificaria a diferenciação, hoje se revela preconceito, não mais servindo como justificação racional para práticas discriminatórias.

Nesse contexto, aliás, podem ser entendidas medidas legislativas²³ e precedentes jurisprudenciais²⁴, de repercussão internacional, no sentido da eliminação da discriminação em face da homossexualidade.

3. O direito brasileiro e a discriminação por orientação sexual

Especificamente no direito brasileiro, pode-se constatar a evolução da jurisprudência e da legislação, que, pouco a pouco, vêm reconhecendo essa concretização do princípio isonômico, relativa à proibição de discriminação por orientação sexual.

Com efeito, o direito constitucional²⁵ brasileiro registra, além da existência de projeto de emenda constitucional visando à inclusão da orientação sexual como explícito critério proibitivo de discriminação²⁶, previsões constitucionais estaduais específicas²⁷.

A legislação federal, por sua vez, registra a proibição de discriminação por “preferência sexual”²⁸, além de incluir, entre as proibições de discriminação, a situação dos homossexuais²⁹. Nesse âmbito, não se pode esquecer a pertinência dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico. De fato, pela aplicação da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Australia* (WIN-TEMUTE, 1995, p. 143-149).

No âmbito municipal, por fim, verificam-se previsões de proibição explícita de diferenciação por orientação sexual na legislação dos seguintes municípios, agrupados por Estado³⁰: 1) Bahia: América Dourada, Caravelas, Cordeiros, Igaporã, Rodelas, Sá-tiro Dias, Wagner, Araci, Cruz das Almas, Rio do Antônio, Itapicuru, São José da Vitória e Salvador; 2) Espírito Santo: Guarapari, Santa Leopoldina e Matenópolis; 3) Goiás: Alvorada do Norte; 4) Maranhão: São Raimundo das Mangabeiras; 5) Minas Gerais: Cataguases, Elói Mendes, Indianópolis, Itabirinha de Mantena, Juiz de Fora³¹, Maravilhas, Ourofino, São João Nepomuceno e Visconde do Rio Branco; 6) Paraíba: Aguir; 7) Paraná: Atalaia, Cruzeiro do Oeste, Ivaiporã, Laranjeiras do Sul e Mirassolva; 8) Pernambuco: Bom Conselho; 9) Piauí: Pio IX e Teresina; 10) Rio de Janeiro: Itatiaia, São Sebastião do Alto Cachoeiras do Macacu, Cordeiro, Italva, Laje do Muriaé, Niterói, Paty do Alferes, São Gonçalo, Três Rios, Silva Jardim e Rio de Janeiro; 11) Rio Grande do Norte: Grosso e São Tomé; 12) Rio Grande do Sul: Porto Alegre e Sapucaia do Sul; 13) Santa Catarina: Abelardo Luz e Brusque; 14) São Paulo: São Paulo, Cabreúva e São Bernardo do Campo; 15) Sergipe: Itabaianinha, Canhoba, Amparo de São Francisco, Poço Redondo, Riachuelo e Monte Alegre de Sergipe; 16) Tocantins: Porto Alegre do Tocantins e Peixe.

Na doutrina e na jurisprudência, são encontradas algumas manifestações sobre o tema. Entre nossos autores mais renomados, o único a tratar expressamente a questão foi José Afonso da Silva. Ao comentar a proibição de discriminação por motivo de sexo, ele inclui a hipótese de discriminação por orientação sexual. A seu ver, a abrangência da vedação de distinções de qualquer natureza e de qualquer forma de discriminação recolhe também o fator orientação sexual, na medida em que ele tem servido de base para desigualdades e preconceitos (SILVA, 1996, p. 218). A par dessa indicação, encontram-se referências à relação entre o princípio da igualdade e a orienta-

ção sexual em alguns artigos³² e em escritos sobre questões pontuais³³, tais como direito de família³⁴ e admissão de homossexuais nas Forças Armadas³⁵.

Na jurisprudência, registram-se precedentes relativos ao princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual em decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça³⁶ reconheceu a existência de sociedade de fato entre dois homens, conferindo ao companheiro sobrevivente o direito à partilha dos bens adquiridos na constância de relação homossexual, pela aplicação do artigo 1.363 do Código Civil³⁷. Nesse julgamento, procedeu-se a uma aplicação do princípio da igualdade em sua dimensão formal, uma vez que a orientação sexual não foi fator justificador de diferenciação na aplicação do aludido artigo 1.363.

Noutro julgamento, o mesmo Superior Tribunal de Justiça³⁸ invocou expressamente o princípio da igualdade para invalidar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que rejeitara depoimento de testemunha com base na orientação sexual do depoente³⁹. Assim fazendo, o Tribunal aplicou o princípio da igualdade em seu aspecto formal, não considerando a orientação sexual como fator de diferenciação no direito processual civil.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴⁰ decidiu que a proibição de discriminação em virtude de orientação sexual decorre do princípio da igualdade formal e da proibição expressa de discriminação por motivo de sexo. Na oportunidade, o Tribunal Regional Federal considerou inconstitucional discriminação contra homossexual na vedação contratual de inclusão, como dependente em plano de saúde, de companheiro do mesmo sexo⁴¹. Esse mesmo Tribunal Regional Federal, em precedente da maior significação, confirmou liminar em Ação Civil Pública destinada a reconhecer,

em todo o território nacional, direitos previdenciários a companheiros homossexuais, decisão essa fundada no princípio constitucional da igualdade⁴². Por fim, noutro precedente, o Tribunal Federal confirmou sentença que reconheceu a companheiro do mesmo sexo direito à pensão estatutária de servidor público federal autárquico⁴³.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁴, também aplicando explicitamente o princípio da igualdade, proferiu acórdão definindo a competência das Varas Especializadas de Família da Comarca de Porto Alegre para o julgamento de demanda discutindo partilha de bens decorrente da dissolução dos vínculos de afeto havidos entre duas mulheres⁴⁵.

4. Conclusão

A discriminação por orientação sexual é uma das realidades que mais fortemente resiste e desafia o mandamento constitucional da igualdade.

Com efeito, sem que seja vencida tal realidade discriminatória, cidadãos continuarão a ver negligenciados direitos e garantias constitucionais fundamentais, em virtude de preconceito e intolerância. Atitudes fundadas nessas bases não podem subsistir, uma vez que tamanha violência ao princípio isonômico compromete, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana e os meios processuais para sua proteção. Impende, portanto, afirmar-se a operatividade do princípio da igualdade diante de diferenciações injustificadas, fundadas na orientação sexual dos sujeitos das relações jurídicas processuais. Se não for assim, preconceito, intolerância e incompreensão permanecerão esvaziando a proteção dos direitos fundamentais essencial ao Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ Título XIII do Quinto Livro das Ordenações Filipinas.

² Ver, especificamente sobre este dado, Grupo Gay da Bahia (1999). A respeito de um panorama municipal, regional, nacional e internacional, ver Anistia Internacional (1994). Stonewall (1996). Rio Grande do Sul. Assembléia Legislativa (1998, 1999). Porto Alegre. Conselho Municipal dos Direitos da Cidadania contra as Discriminações e Violência (1998). Nuances (1998).

³ Sobre a concretização das normas constitucionais, ver Hesse (1998, p. 66-).

⁴ BOBBIO salienta a dificuldade de se estabelecer um significado descritivo da igualdade em face de sua indeterminação, resultante do caráter relacional desse conceito. Aduz, assim, a necessidade de se responder a duas questões sempre que se indaga acerca da igualdade: *igualdade entre quem?* e *igualdade em quê?* “Mais precisamente: enquanto a liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa (não importa se física ou moral) e, portanto, seus diversos significados dependem do fato de que esta qualidade ou propriedade pode ser referida a diversos aspectos da pessoa, sobretudo à vontade ou sobretudo à ação, a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos. Tanto isso é verdade que, enquanto *X é livre* é uma proposição dotada de sentido, *X é igual* é uma proposição sem sentido, que, aliás, para adquirir sentido, remete à resposta à seguinte questão: *igual a quem?*”.

⁵ A respeito do tema, Javier de Lucas (1996) salienta a relevância da dimensão normativa da igualdade, na medida em que posição diversa conduz à diminuição da eficácia jurídica da norma constitucional de direito fundamental, especialmente em sua dimensão subjetiva.

⁶ Para uma discussão a respeito do significado do termo “orientação sexual”, ver Wintemute (1995, p. 6-10).

⁷ Uma exposição sistemática de hipóteses de discriminação por orientação sexual nos diversos ramos do direito estadunidense é fornecida pela Harvard Survey (1990, n. 102), tais como direito criminal, direito do trabalho, direito administrativo, direito estudantil, direito de família e imigração.

⁸ Ver, por todos, Hesse (1998, p. 330-), cuja exposição da igualdade jurídica no direito constitucional alemão se estrutura a partir desses dois sentidos do princípio. Registre-se que o tratamento do princípio da igualdade a partir dessas duas dimensões encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência nacional, como será visto na quarta parte deste artigo.

⁹ No mesmo sentido, ver a exposição de Alice Bianchi (1996, p. 202-222), cujo texto aponta idêntica compreensão por parte de inúmeros constitucionalistas pátrios.

¹⁰ As palavras de Maurice Hariou, no mesmo

diapasão, são precisas: “Ce qu'on appelle égalité est une égalité devant la loi ou une égalité de droits légaux. Ce n'est pas une égalité de fait dans les conditions matérielles de la vie. Le principe de l'ordre individualiste est que chacun fait sa vie à ses risques et périls; on se borne à donner à chaque individu les mêmes moyens juridiques d'action et à lever les obstacles juridiques qui, dans l'ancien régime, provenaient des privilèges de classe. On ne lui donne ni on ne peut lui donner les résultats économiques.” citado Verdú (1979, p. 294).

¹¹ Acerca da finalidade da atribuição desse caráter negativo ao princípio da igualdade em face das circunstâncias históricas aludidas, Francisco Campos (1956, p. 15) alertou que “...no sentido que sua finalidade consistia tão-somente em suprimir e impedir que renascesse a estrutura social, que a revolução acabava de desmontar ou destruir. (...) Embora já fosse corrente na filosofia social e política do século XVIII, e constituísse um dos temas da propaganda revolucionária, a idéia de que a igualdade entre os homens deveria ser completa e radical, o certo é que a declaração constitucional da igualdade tinha como foco particular de incidência o regime ou a estrutura social que vinha de ser abolida. A acentuação tônica do princípio da igualdade teria de recair precisamente sobre o seu conteúdo negativo. Ele era, então, um conceito polêmico e, como é próprio do conceito polêmico, a sua significação ou o seu conteúdo se define melhor de modo negativo do que positivamente, mais por oposição ou negação concreta do que de maneira geral e abstrata.”

¹² Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para *quaisquer outras formas de discriminação*.

¹³ Neste sentido, identificando na discriminação por orientação sexual uma espécie de discriminação por motivo de sexo, decidiram, no direito estrangeiro, conforme indicação de Wintemute, (1995, p. 84, 86, 200): a Suprema Corte do Canadá (*University of Saskatchewan v. Vogel* - 1983 e *Bordeleau v. Canada* - 1989), a Suprema Corte do Hawaii (*Baehr v. Lewin* - 1993) e a Corte de Apelações da Califórnia (*Engel v. Worthington* - 1993).

¹⁴ No direito norte-americano, pode-se encontrar expressa rejeição desta tentativa de justificar uma discriminação pela outra, sem apresentar qualquer fundamentação para a diferenciação em causa. Nesse sentido, o clássico precedente proferido pela Suprema Corte diante das discriminações raciais na legislação que proibia o casamento interracial (*Loving v. Virginia*, 1967), na esteira da superação da teoria racial segregacionista conhecida como “separated but equal”, realizada pela decisão em *Brown v. Board of Education* (1956).

¹⁵ Neste passo, refira-se a distinção entre igual-

dade e identidade. Juízos de igualdade evidentemente pressupõe a existência de diferenças entre os entes comparados, donde não se confundem igualdade e identidade. A respeito do significado do termo “igualdade” e de sua irredutibilidade à noção de identidade, desde o vocabulário das matemáticas até as especulações jurídicas e filosóficas, ver Mendes (1984); entre nós, pode-se encontrar considerações sobre o conceito lógico de igualdade e suas relações com identidade e diferença em Pontes de Miranda (1987, p. 667).

¹⁶ Excerto de julgado do Tribunal Constitucional Federal, Alexi (1993, p. 395).

¹⁷ Não se deve esquecer, na descrição dos juízos de igualdade entre homens e mulheres, a existência de normas constitucionais excepcionando a igualdade material consagrada no artigo 5º, I, como, por exemplo, a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX).

¹⁸ Os conceitos Estado de Direito Social e de dignidade humana bem exemplificam a pluralidade de concepções com as quais a jurisdição constitucional trabalha os diversos conteúdos constitucionais, como noticiam a respeito Hesse (1998, p. 157-159) e Maihofer (1996, p. 278-287).

¹⁹ A respeito dessa evolução, discorreu Lopes (1994, p. 139): “Certo que historicamente as divisões entre iguais e semelhantes sofrem alteração, ou seja, ao longo da história as condições materiais de vida se alteram de modo que semelhanças e distinções deixam de ser razoáveis: passam a ser injustificáveis e incompreensíveis. Com o acréscimo e ampliação do saber em torno de certos temas pode-se compreender de modo novo certos fatos ou fenômenos. Isso posto, a ignorância passa a ser inexcusável e os critérios de ação racional mudam. Por exemplo: a pobreza já não se compreende como uma fatalidade natural, uma herança, ou o resultado da vontade dos deuses. Já sabemos muito sobre os processos de geração de pobreza. A consciência possível em torno do tema já não pode excusar ou justificar divisões sociais que a ela se reportem. O mesmo se pode dizer quanto às diferenças étnicas e genéticas, ao comportamento sexual, etc. Sendo tais conquistas do saber conquistas gerais da humanidade, ainda que precárias e frágeis, o princípio de ação que determina tratar casos iguais de forma igual mantém-se como regra racional, mas seu conteúdo é preenchido de forma nova. Naturalmente, o resultado do juízo a respeito de certos casos será completamente novo”.

²⁰ Nesse sentido, a exposição de Stein (1976).

²¹ Stein, (p. 222) traz jurisprudência alemã ilustrando a proibição de arbitrariedade decorrente do princípio da igualdade em face da inadequação entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida. Ao examinar o artigo 38 da Lei contra Incêndios de Baden-Württemberg, o tribunal con-

cluiu que a diferenciação tão-só com base na idade (que não considerava a incapacidade física) como critério de imposição para o pagamento da “contribuição para incêndios”, exigida dos homens compreendidos entre os 18 e 60 anos que não formassem voluntariamente parte do Corpo de Bombeiros, era inadequada, uma vez que incapaz de satisfazer quaisquer das finalidades pretendidas. Na doutrina brasileira, Mello (1993) e Bonavides (1980).

²² O exame das principais obras que servem de referência nas ciências médicas e psicológicas revela que a homossexualidade não é mais considerada doença. Além da exclusão do catálogo oficial de doenças da OMS (ver ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1998, p. 155. KAPLAN & SADOCK, 1988 registra: “A Associação Americana de Psiquiatria, em abril de 1974, estabeleceu que a homossexualidade *per se* não é uma perturbação mental e não deveria mais ser relacionada como tal. Em seu lugar, foi criada nova categoria de “distúrbio de orientação sexual”. No MDE-III, o distúrbio de orientação sexual foi omitido, sendo mencionada uma classificação de “homossexualidade ego-distônica” sob uma categoria maior de “perturbações psicosssexuais”. (...) Um comentário introdutório prolongado, para a classificação da homossexualidade, mais uma vez salienta que a homossexualidade por si não constitui perturbação mental e não deve ser classificada como tal. O MDE-III menciona, entretanto, que para algumas pessoas há uma aflição persistente associada com a preferência por parceiros do mesmo sexo e que a pessoa experimenta forte necessidade de mudar o comportamento ou, pelo menos, de aliviar a aflição associada com a homossexualidade. Essas pessoas sofrem de “homossexualidade ego-distônica”. (...) Na ausência de angústia por ser homossexual ou do desejo de tornar-se heterossexual, o diagnóstico de “homossexualidade ego-distônica” não pode ser feito. (...) A homossexualidade *per se* não é considerada perturbação mental.” (p. 484-487). No mesmo sentido, Lousa Neto (1997, p. 302) e Erkow (1992, p. 1556). Obras específicas sobre o tema registram tal conclusão, como Fernandez-Martos (1995, p. 45-64) e Hoffman (1970, p. 174-175). A posição oficial dos órgãos representativos reforça essa posição: ver, por exemplo, na Associação Americana DE Psicologia (on-line).

²³ Duas importantes iniciativas ilustram essa transformação, como demonstram a União Européia e a França. Com efeito, no seio da União Européia, além da Resolução do Conselho da Europa de 1º de outubro de 1981 (exortando os países membros à descriminalização da homossexualidade e à instituição de direitos iguais), editou-se importante Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de março de 1984, cujos termos, diretamente relacionados ao direito de igualdade, propõem, entre ou-

tras medidas, (1) descriminalização das relações sexuais homossexuais, (2) igualdade na idade de consentimento sexual entre heterossexuais e homossexuais, (3) a realização de campanhas contra a discriminação por orientação sexual, (4) igualdade de condições entre associações civis de homossexuais e de heterossexuais e (5) a adoção de um regime geral de igualdade na legislação militar, laboral, administrativa, civil e comercial. Por fim, registre-se a legislação aprovada pelo Parlamento francês em 7 de abril de 1999, alterando o Código Civil mediante a instituição do “Pacto Civil de Solidariedade” e a modificação do concubinato. Consoante a nova lei, a orientação sexual dos contratantes do pacto de solidariedade e daqueles que vivem em regime concubinário não é fator de discriminação, sendo, inclusive, superadas pela mesma legislação diferenciações nos campos tributário, administrativo e previdenciário.

²⁴ Nos últimos anos, importantes decisões receberam destaque internacional, por proibirem discriminações por orientação sexual. A Suprema Corte do Hawaii (*Baehr v. Lewin*, 1996) declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que discriminava o direito de contrair casamento entre pessoas do mesmo sexo, vislumbrando na discriminação por orientação sexual uma hipótese de discriminação por motivo de sexo (ver STRASSER, 1997, p. 5-22; e ERRANTE, 1998, p. 292-314). A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, decidiu em maio de 1996, no caso *Romer v. Evans*, pela inconstitucionalidade de emenda constitucional do Estado do Colorado que bania da legislação estadual a possibilidade de proteção jurídica específica a homossexuais, com fundamento na *equal protection doctrine* (ver GERSTMANN, 1999. DWORKIN, 2000. MALTESE, 1984. HARVARD LAW REVIEW, 1996). A Corte Européia de Direitos Humanos, nos casos *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom* e *Smith and Gray v. The United Kingdom* (ambos julgados em 27.09.1999), declarou ofensiva ao direito à privacidade a política britânica de proibição de homossexuais nas Forças Armadas, rechaçando os argumentos de ordem hierárquica, disciplinar e psicológica invocados pelo governo britânico. A Câmara dos Lordes, no caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.* (28.10.1999), decidiu que o conceito de família utilizado pela lei de locações inglesa abrange o companheiro do mesmo sexo que vive em longa e estável relação afetiva com o falecido titular da relação contratual, reconhecendo-lhe o direito à continuidade do contrato.

²⁵ Na pesquisa das constituições nacionais, encontrei apenas previsão explícita de proibição de discriminação por orientação sexual na África do Sul (seção 8, nº 2: “É proibida toda discriminação, direta ou indireta, e, sem prejuízo do caráter geral dessa disposição, em virtude de um ou de mais

dos seguintes motivos, em particular: pertinência racial, étnica ou social, sexo, cor, preferência sexual, idade, deficiência física, religião, crença, cultura ou língua”) e no Equador (artigo 23, 3: “A igualdade perante a lei. Todas as pessoas serão consideradas iguais e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades, sem discriminação em razão de nascimento, idade, sexo, etnia, cor, origem social, idioma, religião, filiação política, posição econômica, orientação sexual, estado de saúde, incapacidade ou diferença de qualquer outra índole.”). Ver, sobre a efetividade do dispositivo constitucional sul-africano em face da jurisprudência, Pierre DE Vos (1998, p. 268-292 e 286-288); sobre a Constituição do Equador, Magdalena León (1999).

²⁶ Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição nº 67, de 1999, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim, propondo a alteração do artigo 3º, inciso IV, e do artigo 7º, inciso XXX, da Constituição de 1988. Tais dispositivos teriam a seguinte redação: “Art. 3º, IV - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, orientação sexual, crença religiosa, cor, idade e quaisquer outras formas negativas, de discriminação”; art. 7º, XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, crença religiosa, idade, cor ou estado civil.” Na sua justificação, a proposta historia a apresentação de anteriores projetos no mesmo sentido, desde a Assembléia Constituinte de 1987, passando pela revisão constitucional de 1993 e chegando ao ano de 1995.

²⁷ Constituição do Estado de Mato Grosso, artigo 10; Constituição do Estado de Sergipe, artigo 3º; Lei Orgânica do Distrito Federal, artigo 2º, parágrafo único.

²⁸ Ver artigo 4º da Lei nº 9.612, de 1998.

²⁹ Ver, neste sentido, o Programa Nacional de Direitos Humanos (BRASIL. Ministério da Justiça, 1996, p. 23), cujas propostas de ações governamentais, ao tratar de medidas de curto prazo, registram: “propor legislação proibindo todo tipo de discriminação, com base em origem, raça, etnia, sexo, idade, credo religioso, convicção política ou orientação sexual, e revogando normas discriminatórias na legislação infraconstitucional, de forma a reforçar e consolidar a proibição de práticas discriminatórias existentes na legislação constitucional.”

³⁰ Ver a exposição de motivos da proposta de emenda constitucional acima referida.

³¹ Registre, nesse ponto, a larga abrangência da Lei nº 9.791, de 12 de maio de 2000, dispondo sobre a atuação do município no combate às práticas discriminatórias por orientação sexual.

³² Ver Fachin, 1997, p. 113-126. Rios, 1998, p. 129-136. ver também Direitos fundamentais (...), 1998, p. 27-39.

³³ Ver Carlos Fernando Mathias Souza (1999).

Ver também Câmara, 1996, p. 1056-1058.

³⁴ Ver Rainer Czajkowski (p. 95-107), defendendo a inadequação do regime familiar às uniões homossexuais e o impedimento da adoção; Adauto Alonso Suannes (1996, p. 28-33). Gontijo (1997, p. 240-242). Oliveira (1997). Pinto (1996, p. 12-19), além dos artigos e referências citadas nesta nota, relativos a direito de família, registre-se a publicação de dois livros cuidando do tema: Graciela L. A. Cunha (1999) e Maria Berenice Dias (2000).

³⁵ (Ver Pereira, 1997, p. 52-53 e SANTANA, 1997, p. 28-29).

³⁶ Recurso Especial nº 148.897-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10/02/1998.

³⁷ A ementa, no que importa à presente pesquisa, foi assim redigida: “O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do CCivil.”

³⁸ Recurso Especial nº 154.857 - 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ 26.10.1998).

³⁹ O acórdão recebeu a seguinte ementa: “RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.”

⁴⁰ Apelação Cível nº 96.04.55333-0/RS, Relatora Juíza Marga Barth Tessler, j. 20.08.1998.

⁴¹ Reproduzo os excertos da ementa que dizem respeito diretamente à presente investigação: “6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na Funcef, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. Inaceitável o argumento de que haveria tratamento igualitário para todos os homossexuais (femininos e masculinos), pois isso apenas reforça o caráter discriminatório da recusa. A discriminação

minação não pode ser justificada apontando-se outra discriminação. (...) 8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrاندando os preconceitos e as formalidades sociais e legais. 9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. (AC nº 96.04.55333-0/RS, unânime, j. 20-08-1998).

⁴² Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 - 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre; Agravo na Suspensão de Execução de Liminar nº 2000.04.01.043181-0/RS, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa.

⁴³ Apelação Cível nº 1999.04.01.074054-1/SC - 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relator Juiz Valdemar Capeletti, DJU 23/08/2000.

⁴⁴ Agravo de Instrumento nº 599075496, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999.

⁴⁵ Reza a ementa: “RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.”

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 82-86.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Rompamos el silencio: violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual*. Madrid: EDAI, 1994.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSICOLOGIA. *Policy statements on lesbian, gay and bisexual concerns: discrimination against homosexual*. Disponível em www.apa.org/pi/lgbpolicy/against.html. Acesso em 1 fev. 2000.

_____. _____. use of diagnoses “homosexuality” and “ego-dystonic homosexuality”. Disponível em www.apa.org/pi/lgbpolicy/ego.html. Acesso em 1 fev. 2000.

_____. _____. resolution on appropriate therapeutic responses to sexual orientation. Disponível em www.apa.org/pi/lgbpolicy/orient.html. Acesso em 1 fev. 2000.

BIANCHI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 5, n. 17, p. 202-222, out./dez. 1996.

BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 12.

BONAVIDES, P. O princípio da igualdade como limitação à atuação ao estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 16, p. 71-96, jun. 1980.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa nacional de direitos humanos*. Brasília: Secretaria de Comunicação Social, Ministério da Justiça, 1996. p. 23.

CÂMARA, Edson de A. Pretensos direitos dos homossexuais e as falácias de um projeto de lei absurdíssimo: ex ignorantia ou ex lascivia. *Informativo Consulex*. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 15.

CUNHA, Graciela Leães Alvares da; MOREIRA, José Alberto. *Os efeitos jurídicos da união homossexual*. Porto Alegre: Autores Independentes, 1999.

CZA KOWKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. *Jurisprudência Brasileira*. n. 176, p. 95-107.

DE VOS, Pierre. Une nation aux coulurs de l'arc-en-ciel? Égalité et préférences: la constitution de l'Afrique du Sud. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualités et droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*. Paris: Universitaires de France, 1998. p. 268-292, p. 286-288.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIREITOS fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Conselho da Justiça Federal. Brasília. n. 6, p. 27-39, set./dez. 1998.

- DWORKIN, R. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000.
- ERRANTE, E. Le mariage homosexuel aux États-Unis: les arrêts des tribunaux de l'Etat de Hawaï et leurs implications au niveau national. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualités et droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*. Paris: Universitaires de France, 1998. p. 292-314, p. 295-301.
- ERKUW, R.; FLETCHER, A. *Manual merck de medicina: diagnóstico e tratamento*. 16. ed. São Paulo: Roca, 1992. p. 1556.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113-126.
- FERNANDEZ-MARTOS. Psicologia e homossexualidade. In: *Homossexualidade: Ciência e consciência*. 2. ed. São Paulo: Lojola, 1995. p. 45-64.
- GERSTMANN, E. *The constitutional underclass: gays, lesbians and the failure of class-based equal protection*. Chicago: The University of Chicago, 1999.
- GONTIJO, Segismundo. A parceria dita gay. *ADV Advocacia Dinâmica*. Boletim Informativo semanal. v. 17, n. 19, p. 240-242, maio, 1997.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil*: 1998. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.
- HARVARD LAW REVIEW. *The supreme court: leading cases*. Cambridge: Harvard University, v. 110, 1996.
- HARVARD SURVEY. *Developments in the law: sexual orientation and the law*. Cambridge: Harvard University. n. 102, 1990.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66-.
- HOFFMAN, M. *O sexo equívoco: a homossexualidade masculina e a criação social de um estigma*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. (especialmente p. 174-175).
- KAPLAN & SADOCK. *Compêndio de psiquiatria dinâmica*. 4. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.
- LEÓN, Magdalena. *Derechos sexuales y reproductivos: avances constitucionales y perspectivas en Ecuador*. Quito: Fundación Equatoriana de Acción y Educación para la Promoción de la Salud, 1999.
- LOCHAK, Danièle. Égalité et différence: réflexions sur l'universalité de la règle de droit. In: BORRILLO, Daniel (Org.). *Homosexualité et droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*. Paris: Universitaires de France, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LOUZA NETO, M.R. et al. *Psiquiatria básica*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- LUCAS, Javier de. La igualdad ante la ley. *Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía*. v. 2. Madrid: Trotta, 1996.
- MAIHOFER, Werner. Princípios de una democracia em libertad. Tradução de Antônio Lopez Pina. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones jurídicas e sociales, 1996.
- MALTESE, J. the constitutional status of sexual orientation: homosexuality as a suspect classification. *Harvard law review*. Cambridge: Harvard University, n. 98, 1984.
- MENDES, Paulo M.M de Souza. *Aproximação ao princípio da igualdade*. Relatório escrito apresentado no seminário de Direito Constitucional (Mestrado em Ciências Jurídicas). Faculdade de Direito de Lisboa, 1984.
- MELO, Bandeira de C. A. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Tradução de Oliver Jouajan. Paris: Universitaires de France, 1996.
- NUANCES. Grupo pela Livre Expressão Sexual. *Jornal do Nuances*. Porto Alegre. ano 1, n. 1, jan. 1998.
- _____. _____. Porto Alegre. ano 1. n. 2, fev. 1998.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos: direitos e deveres dos conviventes na união estável*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação de transtornos mentais e de comportamento: critérios diagnósticos para pesquisa*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.
- PEREIRA, Carlos F. de Oliveira. Homossexuais nas forças armadas: tabu ou indisciplina. *Consulex*, ano 1, n. 6, p. 52-53, jun. 1997.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PORTO ALEGRE. Conselho Municipal de Direitos da Cidadania contra Discriminação e Violência.

- Anais da I conferência municipal de direitos humanos*. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 1998.
- PINTO, Mônica Cristina Moreira. União clandestina: união homossexual: efeitos patrimoniais. *Ciência Jurídica*, n. 72, p. 12-19, nov./dez. 1996.
- RIO GRANDE DO SUL. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório azul: garantias e violações dos direitos humanos no RS: 1997*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 1998.
- _____. _____. garantias e violações dos direitos humanos no RS: 1998. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 1999.
- RIOS, Roger Raupp. Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais. In: DORA, Denise D.; SILVEIRA, Domingos Dresh (Orgs.). *Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos*. Porto Alegre: Themis, 1998.
- SANTANA, Selma P. Pederastia: perspectiva penal militar. *Consulex*, ano 1. n. 8, p. 18-29, ago. 1997.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SOUZA, Carlos Fernando. Os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa. *Correio Braziliense*. Brasília, 6 dez. 1999. Caderno Direito e Justiça, p. 6.
- STEN, Z. *Derecho político*. Tradução de Fernando S. Moreno. Madrid: Aquilar, 1976.
- STONEWALL. *Queer bashing: a national survey of hate crimes against lesbian and gay men*. London: Stonewall, 1996.
- STRASSER, M. *Legally wed: same-sex marriage and the constitution*. Ithaca: Cornell University, 1997.
- SUANNES, Adauto A. As uniões homossexuais e a lei n. 9. 278/96. *ADV Advocacia Dinâmica*, p. 28-33, out./nov. 1996.
- VERDÚ, Pablo Lucas. Igualdad. *Nuevas Enciclopedia Jurídica*. Tomo 11. Barcelona: Francisco Seix, 1979.
- WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights: the United States constitution: the european convention and the canadian charter*. New York: Oxford University, 1995.

RESENHA LEGISLATIVA

Artigos de contribuição da
Consultoria Legislativa do
Senado Federal

O Direito de Família no novo Código Civil

Fernando Arruda Moura

Breve histórico do Código Civil brasileiro de 1916

As normas de convivência humana não são simples. Por um lado, o homem é gregário, mas, por outro, é conflitivo e necessita de limites para atuar em conjunto. Nos dias atuais, princípio de um novo milênio, essas regras de convivência voltam-se para conformação social mais urbana que a de 1916, quando veio a lume o Código Civil brasileiro, resultado do trabalho de laboriosa comissão de notáveis, em que sobrelevaram Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas. Para novos tempos, novo Código.

O Código Civil de 1916 também não teve nascimento fácil. Difere do Código que hoje, após mais de duas décadas, encontra-se em fase final de elaboração, porque, enquanto este é dirigido a uma sociedade menos preconceituosa que a do início do século passado, o novo *Código das Gentes*, como vem sendo denominado, precisa apenas se ajustar aos preceitos constitucionais e aos valores da sociedade, sem enfrentar resistências associadas a tabus¹. Observe-se que a Constituição de 1891, sob a qual foi editado o Código que ora se despede da ordem jurídica, não trazia, em qualquer dos seus 91 artigos, ou nos 8 das disposições transitórias, como o faz a Carta Cidadã, de 1988, preceitos ousados, fruto das conquistas sociais, notadamente no Direito de Família².

Mas o Código vetusto teve o mérito de, na medida do possível³, inovar, ainda que

de modo incompleto, sobre temas de difícil assimilação pela sociedade da época – entre eles a adoção, a tutela e a curatela – e de substituir, como lei genuinamente brasileira, as Ordenações do Reino. O Código Civil de 1916, portanto, deu-nos, a nós brasileiros, afirmação e maturidade civil⁴.

O ambiente jurídico do novo Código Civil

Para elaborar o novo Código, o Parlamento discutiu o que seria melhor para a sociedade. Assim, as barreiras enfrentadas limitaram-se àquelas opostas pela própria sociedade. Hoje, os conceitos do Direito de Família são melhor definidos e os preconceitos sociais, menos expressivos. Se há limitação na nova norma, ela não é gerada pelo legislador, mas reflexo do pensamento social dos nossos dias ou da complexidade de temas que, por isso, devem ser tratados em leis especiais. Exemplo disso são as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a questão do uso do genoma humano, a paternidade dos bebês de proveta e outras formas de gestação. Portanto, o alcance do Código Civil, que está vindo a lume, não é outro senão reflexo exato do que é a sociedade brasileira atual.

O concubinato é um dos temas que se inscreve no rol dos resolvidos pela sociedade do final do século XX. No início do século passado, não se podia aceitar a união extraconjugal, ainda que em sua forma pura⁵, por contrariar a moral e os bons costumes recomendados pela Igreja⁶, resquício, portanto, da união Igreja–Estado, nada obstante essa união ter sido desfeita desde a proclamação da República. Hoje, denomina-se o concubinato puro de união estável, assegurada sua existência legal na própria Constituição Federal⁷. Isso faz com que o homem e a mulher do novo Código sejam pessoas com direitos e deveres iguais, condição que seria inconcebível no início do século XX; desaparece, agora, também o *cabeça do casal*, para dar lugar ao casal complexo, formado de indivíduos socialmente adultos, econo-

micamente ativos, iguados em responsabilidades e, principalmente, cooperativos.

Registra-se o fim da tutela do marido sobre a mulher, que alcança a sua capacidade civil plena, após longo período de lutas iniciado com o próprio século XX. É claro que essa guerra é composta de muitas batalhas, uma delas a conquista do voto feminino; outra, a que resultou no Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1962); outra ainda, consubstanciada na Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977). Essas leis representaram o fim de algumas das muitas amarras conjugais indesejáveis, da tutela marital absoluta, da dependência econômica e das restrições sociais de questionamento impossível, frutos da forma de ser herdada do século XIX pelo século XX e consignada no Código de 1916.

Para ilustrar a condição da mulher no início do século passado, considere-se que o velho Código Civil lhe permitia casar-se aos 16 anos de idade, *por ter maturidade superior à do homem de mesma idade*⁸, mas, em seguida ao próprio casamento, suprimia-lhe significativos direitos, outorgando-os ao marido imediatamente após a realização da cerimônia. Antes do Estatuto da Mulher Casada, era vedado a ela comerciar ou sequer representar a si própria em juízo. Sua capacidade civil era relativa, como a dos silvícolas ou dos menores de 21 anos de idade.

Hoje, a mulher trabalha, gerencia empresas, investe em títulos, preside grandes organizações e exerce, enfim, todas as atividades antes reservadas exclusivamente ao homem, nesse rol incluídas as de natureza policial ou militar, num espectro que vai da prospecção de petróleo à aeronáutica; da perícia técnica à magistratura. Não há mais limites em sua comparação com o homem, e esse fato tornou obsoletas e inconstitucionais as legislações de proteção à mulher, porque, à guisa de protegê-la, supondo-a sem patrimônio – e sem conhecimentos para adquiri-lo –, essas leis defasadas ainda determinavam a divisão dos aqüestos⁹, sem considerar que, muitas vezes, a conquista

patrimonial decorrerá do esforço exclusivo da mulher, sem a participação do homem.

Modificou-se também a constituição e a dissolução das uniões conjugais, que passaram a depender exclusivamente da vontade das pessoas que as formam. A obrigatoriedade de darem prosseguimento a essas uniões já não existe, como ocorria na primeira metade do século passado, em que as pressões sociais quase não admitiam o desquite e, se mesmo assim realizado, a sociedade passava a estigmatizar a mulher. É como se o homem pudesse desquitá-lo, mas a mulher, não. Formalizada a separação, a mulher, por sua disponibilidade para novas uniões, passava a ser vista como potencial destruidora de outros lares. É evidente que a construção das sociedades matrimoniais alicerçavam-se muito mais nos ritos¹⁰ que na estrutura psicológica e biológica dos casais. Havia muito mais o compromisso, a qualquer preço, da continuidade da união que a busca da felicidade em comunhão de teto.

O Código Civil do século XXI vem, pois, consolidar essa nova estrutura da família e cancelar as normas recentes que o precederam. Essas normas deixam de ser remédios tópicos de libertação do preconceito – em especial, contra a mulher¹¹ –, distribuídos no ordenamento jurídico pátrio, para serem, agora, muitas delas, reunidas em filosofia mais consistente, sob a orientação da Constituição Federal, que prestigia principalmente o indivíduo e sua condição humana e menos o sexo, a forma de inserção da pessoa no grupo familiar ou os vínculos parentais que a trouxeram à vida.

De certa forma, no novo século e no novo Código, funda-se também o *pater familias* moderno, o homem que, por muitas décadas, séculos até, em sua própria casa, e em relação à própria esposa, confundia a figura de pai e a de marido, para, fora do lar, não raro, encontrar outra mulher, essa em sua aceção plena, e sobre a qual não exercia, necessariamente, poder, e com quem não mantinha relação de dependência social.

Com a permissão de divórcio, trazida ao

ordenamento pela Lei nº 6.515, de 1977, ao contrário de se dissolverem todos os casamentos, como previam muitos, corrigiram-se tanto a situação da esposa – abandonada na própria casa e inserida num casamento formal, mas não feliz – quanto a da concubina, que passou a poder regularizar a própria condição e a de sua prole. É como se as uniões matrimoniais e extramatrimoniais deixassem de ser de ordem eminentemente estatal e voltassem ao plano subjetivo, dos indivíduos que as integram e que as vivem.

O passo seguinte também foi dado pela Constituição Federal, ao acolher, para efeitos jurídicos, inclusive sucessórios, os filhos adulterinos ou incestuosos. Recorde-se que, antes de 1988, a ordem jurídica e as principais instituições estatais e religiosas fechavam os olhos para situações familiares de difícil assimilação e, na prática, negavam a existência dessas pessoas, notadamente se frutos incestuosos¹².

A verdade é que, somente nesse último quarto de século, o Direito conseguiu pôr fim à perplexidade causada por parentes indesejáveis, com que antes não sabia lidar. Ao aceitar o concubinato, o Estado também resolveu parte da questão da legitimidade da filiação e, ao dar tratamento idêntico a todos os filhos, independentemente da regularidade do seu nascimento, avançou significativamente sobre questão que, no Brasil, transitava há cinco séculos.

O novo Código, no art. 1.509, com sua redação adequada à atual estrutura social, firmada pela Constituição, e após corrigida pela Emenda nº 160 (alterada pelo Senado Federal, nos termos da RSF nº 1, de 2000), diz que *o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*. O mérito dessa redação foi retirar a expressão *família legítima*, além de adotar outros cuidados, pois certo é que há modos de constituir família não exclusivos do casamento.

Procedimento igual, de extirpação da menção à palavra *legitimidade* (ou ao seu

oposto, *ilegitimidade*, pela mesma razão constitucional), observa-se no art. 1.518 do Código novo, que tem seu correspondente no art. 183 do Código velho, ainda em vigor, em que são tratados os impedimentos matrimoniais. A norma a prevalecer na nova lei é de limitar a proibição de núpcias entre ascendentes e descendentes, ainda que por adoção, e entre colaterais até o terceiro grau de parentesco consanguíneo. Claríssimo o impedimento, não se há mais que falar em legitimidade. Com a eliminação da terminologia *legítimo*, que antes da Constituição caracterizava a prole não decorrente do casamento, alterou-se igualmente o art. 1.597 do novo Código para determinar que o parentesco é *natural*, se consanguíneo, ou *civil*, se proveniente da adoção.

Avança o novo Código, mais uma vez, ao fixar, no art. 1.514, a idade núbil em 16 anos, tanto para o homem quanto para a mulher. Como se viu, o Código de 1916 permitia à mulher casar-se aos 16, mas o homem só podia casar-se aos 18 anos de idade. Evidenciava-se o paradoxo pela convicção de que *a mulher amadurece primeiro*, em contraste com a tutela a que passava a ser submetida a partir do casamento, como se, imediatamente às núpcias, o homem adquirisse e superasse a maturidade da mulher e ela, *ipso facto*, a perdesse.

O novo dispositivo, alterado pela Emenda nº 163 do Senado Federal, precisou ser revisto em razão da igualdade de direitos e deveres estabelecida pela Constituição Federal. A aprovação da referida emenda manteve a exceção da idade núbil para as pessoas menores de 16 anos, com o que evita a aplicação de sanção pela responsabilidade da gravidez (art. 1.517). Malgrado o texto ter sido revisto, com o objetivo evidente de aperfeiçoá-lo, a redação dada ao art. 1.517 ainda contém impropriedade, ao concluir que a idade núbil pode ser inferior a 16 anos“ (...) *em caso de gravidez da mulher*”.

A redação não é feliz. Primeiro, porque a gravidez, nos dias atuais, afora o que virá dos laboratórios, só pode mesmo ser da

mulher. Segundo, porque essa condição – gravidez –, por si, não constitui irregularidade, e sim condição biológica de resultado: é consequência da fecundação. Terceiro e último, porque a eventual sedução é que seria punível, ocorrendo ou não a fecundação, isto é, independentemente da existência de gravidez; assim, para evitar a aplicação de sanção ao delito de sedução, que tem natureza penal, e não por ter havido gravidez, é que será imposta a realização de núpcias. A confusão de sistemas, penal e civil, e a coercibilidade em direção ao casamento sugerem mais reflexão, até que se perceba que sedução é conduta autônoma, independente da gravidez, e, enfim, para que o novo Código Civil se desatrele do pensamento da sociedade de 1916.

Outro ancestralismo, sobrevivente das Ordenações, atravessou o período de vigência do Código velho e volta a se incrustar, dessa feita, no art. 1.532 do novo Código, que exige *portas abertas* para a realização do casamento civil e *autorização judicial* para que se dê na *casa das audiências* ou em *edifício particular*. A perspectiva das exigências, em cada um desses casos, é a do passado e da província, e não a do novo século e da nova sociedade.

Certamente, em razão da aceleração de valores, até o final da segunda década deste novo século, necessitaremos de novíssimo Código Civil e, antes disso, da atualização do Livro de Família, para proceder à assimilação de novas condições sociais, retirar comandos inservíveis e banir exigências como a da habilitação prévia para o casamento, proclamas e outras convenções que já perderam o sentido que as gerou, pois, quando concebidas, dirigiam-se a sociedades de províncias, em que todas as pessoas se conheciam.

Dê-se foco à exigência de habilitação e logo se constata que deveria ser concedida no exato momento de sua solicitação pelos nubentes, como condição única, sob as penas da lei, à prova dos requisitos para casar: idade núbil, ausência de vínculo de pa-

rentesco consanguíneo e estado civil apropriado à realização da pretensão¹³. Se alguém desejar casar-se, desde que observe a lei, não deve ser obrigado a publicar nada, muito menos a escancarar as portas. A folclórica exigência de se manterem portas abertas e editar proclamas repete norma que sequer devia ter figurado no Código de 1916, pois a idade núbil, o grau de parentesco e o estado civil dos nubentes é que dirão se estão ou não habilitados.

Perceba-se que a única razão de demora para a concessão da certidão de habilitação reside na publicação de editais – os famosos proclamas. No entanto, essa publicação é inócua, pois se dá de forma condensada, em extratos dos autos de habilitação, com os nomes não de um, mas dos vários casais postulantes, em letra miúda, e, para reduzir os custos, quase sempre em jornal de pouca expressão. Em suma, ninguém lê os proclamas, que servem apenas ao formalismo, sem significado útil, e impedem a resposta imediata do Estado, para conceder ou negar a habilitação.

É passível de revisão, também, no novo Código, o art. 1.572, que diz da possibilidade de qualquer dos nubentes assumir o sobrenome do outro. A autorização legal se assemelha à do Direito de Família espanhol, mas outro será o resultado, diferente do pretendido pelo nosso legislador, de reunir os nomes de família de cada um dos nubentes e com eles formar os nomes de uma terceira família. A interpretação do dispositivo leva a crer que o simples acréscimo – recíproco – não tornará iguais nem reunirá adequadamente esses sobrenomes, especialmente se abandonarem os anteriores, pois nesses casos haverá mera permuta de sobrenomes e não a uniformização do nome da família.

A eventual crítica ao § 2º do art. 1.572 do novo Código, que dá total liberdade ao planejamento familiar, deve, antes, ser apontada ao § 7º do art. 227 da Constituição Federal, porquanto há gestações que não se fundam nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Ao lado de pais e mães que geram filhos para a mendicância contumaz, há, também, os que, muito longe do que preconiza o art. 227, *caput*, da mesma Carta, geram-nos em grande número, na esperança de que alguns, ainda que sob absoluta desassistência estatal, sobrevivam.

O art. 1.573, com a Emenda nº 183, também não parece adequado à realidade, ao só permitir a atuação plena de um dos cônjuges sobre a administração familiar se o outro estiver, por mais de 180 dias, afastado da vida regular, por ter sido interditado judicialmente ou por se encontrar inconsciente, preso ou desaparecido. Na verdade, tão logo provada uma dessas condições, o cônjuge presente e capaz deveria poder assumir imediatamente a administração da família e dos bens.

Por sua vez, andou bem o § 2º do art. 1.574, ao permitir a conservação do sobrenome após a dissolução do vínculo conjugal, isto é, na fase posterior à da separação judicial em que esse tema já tenha sido decidido. A Lei nº 8.408, de 1992, que atualmente trata do assunto, deixou de considerar que, se, de um lado, não existe interesse de ordem pública para a formulação da exigência de que a mulher volte a usar o nome de solteira, de outro, deveria considerar o desconforto de ordem pessoal de fazer voltar o nome de solteira.

Depois, a sociedade moderna tem pouca correspondência com o que foram as comunidades feudais, em que os nomes de família revelavam posição social e poder. Hoje, parentes próximos podem ter sobrenomes diferentes e, ao contrário, sobrenomes iguais podem não representar qualquer parentesco, porque a população brasileira aproxima-se de 170 milhões de habitantes e a difusão de pessoas e nomes é proporcional a esse número. A melhor solução, portanto, nesse tópico, é permitir às partes decidir sobre a retirada do sobrenome do ex-cônjuge, sem imposição legal, como o faz agora o § 2º do art. 1.574.

A *ausência*, condição que figurava no parágrafo único do art. 1.574, foi elidida da-

quela redação e, com isso, deixa de constituir uma das causas da extinção da sociedade conjugal ou do vínculo. Note-se que o casamento contém dois liames: a *sociedade* e o *vínculo* conjugais. A existência da primeira decorre da própria vontade dos cônjuges, que podem dissolvê-la até informalmente, se quiserem, ou pela ação judicial de separação, sob as formalidades legais. O segundo, porém, está subordinado à cogência¹⁴ do Estado, que o controla em seu interesse. Sendo válido o casamento, esse vínculo só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Em suma, a separação continua a dissolver a sociedade, e o divórcio desfaz não apenas a sociedade, se ainda não desfeita, mas também tem força para dissolver o vínculo conjugal. E ainda não será agora que a ausência constará como razão de extinção da sociedade ou do vínculo. Mesmo sabendo as exatas condições em que desapareceu o cônjuge – naufrágio, combate, acidente aéreo –, o cônjuge sobrevivente precisará, ainda, recorrer à ação de separação e alegar abandono.

Com a redação do art. 1.577 do novo Código, que se refere a *abandono voluntário*, como fato caracterizador da impossibilidade da comunhão de vida, e sem a impossibilidade de alegação de *ausência*, ainda que essa decorra de fato notório, certamente haverá alguma perplexidade quanto ao teor das decisões em autos de separação em que o supérstite a requeira com base em *abandono voluntário* ocorrido quando da queda de aeronave, em combate ou naufrágio. Certamente, esse é um tema que suscitará controvérsias e que logo alcançará solução.

No que concerne à proteção da pessoa dos filhos, o novo Código progrediu, como se pode conferir no parágrafo único do art. 1.588, que permite ao magistrado aplicar o princípio constitucional da igualdade entre mulheres e homens e deferir a guarda de menor a pessoa que se revele hábil a exercê-la, seja essa pessoa a mãe, o pai ou os parentes de um ou do outro. Já não haverá, portanto, a prioridade hoje concedida à mãe,

apenas por ser mãe, ou a seus parentes, apenas por serem seus parentes, em prejuízo do varão e da parentela deste. Essa previsão bem se ajusta ao ordenamento jurídico, como se constata pela leitura do art. 28 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do tema com especialidade. Além das relações de parentesco, observar-se-ão agora, primeiro, o interesse do menor e seu relacionamento afetivo com o responsável pela sua guarda.

Outra alteração de relevo encontra-se na redução – do sexto para o quarto grau – do parentesco na linha colateral¹⁵. O art. 1.596 do novo Código, com essa redução, atende à estrutura da família moderna, que difere da do século XIX e primeira parte do século XX, pelo número de pessoas que compõem a prole e pela efetiva proximidade que, antes, verificava-se entre parentes, a partir da dependência econômica em torno do *pater familias*. Com a redução do número de graus de parentesco, perdem os primos distantes e aproveita a Fazenda Pública, pelo menos no que se referir às heranças vacantes¹⁶.

Questões civis atuais

Resolvida satisfatoriamente a questão da filiação pela Constituição Federal, e devidamente inserida no texto do novo Código, remanesce, entre outras, a dos menores abandonados. O Estado, pouco pragmático e não suficientemente organizado, ainda não sabe como tratar a questão da gestação irresponsável e disciplina o tema sem enfrentar suas causas (CF, § 7º do art. 226 e art. 227, *caput* e § 1º). Proíbe o aborto, de um lado, mas é leniente quanto ao abandono civil. Gerar uma criança é permitido, diz o Estado, sem examinar as condições dessa gestação. Mantê-la sob gestação, após a concepção, é obrigatório, diz o mesmo Estado, no texto da lei penal; mas garantir-lhe a sobrevivência, após o nascimento, é questão literária, não relacionada com a primeira.

O Estado brasileiro ainda não assimilou o seu papel de orientador e organizador e,

nesse caso, continua a exigir comportamento biológico sem a menor correspondência com o econômico. Não se trata de legalizar o aborto, mas de orientar as pessoas, especialmente as que geram renda familiar a partir da gestação de filhos. O Código, aqui, precisa ser revisto, como também devem ser revistos os arts. 226 e 227 da Constituição Federal. É inaceitável a leniência para com pessoas socialmente despreparadas e desinformadas, que se deixam fecundar, muitas, ainda na adolescência, na esperança de, entre dez ou mais gestações, conseguir que duas ou três crianças sobrevivam.

Outras questões, ligadas ao Livro IV da Parte Especial do novo Código, foram apropriadamente afastadas desse livro por falta de decantação do tema pela sociedade ou por não terem respostas apropriadas neste momento, conquanto possam ter soluções jurídicas satisfatórias. Nas uniões civis de pessoas de mesmo sexo, em que há interesses de ordem pessoal e patrimonial, tema que não tem amparo na Constituição Federal, e, por isso, escapa à disciplina do novo Código, podem obter razoável resposta em contratos.

Questões de ordem genética, também, com seus reflexos na paternidade e na responsabilidade por alimentos, as transferências de gametas, o momento da fecundação e o local como indicadores do início dos direitos civis e do vínculo parental, também foram afastadas do Código e, na medida do possível, têm sido tratadas em leis à parte, na medida do entendimento dos temas propostos pelos novos tempos.

Sem a mesma complexidade que a do tratamento civil a ser dado ao genoma humano, outros temas, porém, não deveriam constar do novo Código Civil. A adoção, por exemplo, de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente, deveria cingir-se àquela norma¹⁷. O Código Civil trata da adoção de pessoas maiores de 18 anos, mas o faz impropriamente. Ocorre que esse instituto, entre pessoas maiores de 18 anos, tem em mira unicamente a transferência patrimonial.

Utilizá-lo como perfilhamento, característica da adoção, é artifício que o desvirtua completamente.

A origem dessa questão, porém, localiza-se mais adiante, no Livro das Sucessões, em que deveria constar que as pessoas maiores e capazes podem dispor livremente do seu patrimônio, como ocorre em outros países, não constituindo *adiantamento de legítima* a doação direta de bens a um ou mais herdeiros potenciais. Essa maturidade social e legal permitiria, primeiro, que as adoções ocorressem tão-só em consequência de interesse pessoal, e não como artifício de transferência patrimonial, e, assim, logo estariam restritas aos menores de 18 anos, que delas efetivamente necessitem; depois, que os potenciais titulares das heranças não precisassem transformar em pecúnia os seus bens patrimoniais para, só assim, poder transferi-los a quem quisesse, sem ter que dividi-los com herdeiros não desejados, mas necessários.

Conclusão

O transcurso de mais de duas décadas que o novo Código Civil exigiu para ser elaborado resulta positivo para a sociedade. Tivesse esse diploma sido publicado antes de promulgada a Constituição Federal, em 1988, ou antes de se pacificarem os temas que envolvem as uniões extramatrimoniais e suas proles, ou, ainda, antes de o País e o mundo experimentarem as aceleradas transformações nos campos sociais e individuais –, teríamos hoje um Código desatualizado e imprestável à solução dos conflitos, voltado para os valores e questões do passado. Acabou, pois, por ser oportuna a coincidência da finalização dos trabalhos de elaboração do novo Código e o advento do século XXI, a que é dirigido. Para um novo século, novo Código.

O momento de promulgação do novo Código não beneficia apenas o Livro de Família, mas também os demais, que harmonizam as respectivas tendências legais pree-

xistentes. Essa, aliás, é a resposta para se continuar a codificar normas, veiculando em leis extravagantes apenas temas especiais, que não encontrem acolhida naquele texto básico. A codificação serve, principalmente, à unidade.

O novo Código Civil será, sobretudo, recebido por uma sociedade madura e menos ritualista, mais informada dos seus direitos e também mais cônica de suas obrigações, do valor do trabalho em todos os seus níveis e do sistema organizacional que abriga – ou que deve abrigar – cada cidadão. Se o conjunto social ainda não responde completa e satisfatoriamente a essas exigências, ou se há eventuais tendências contrárias aos interesses da pessoa humana, é porque o organismo social ainda precisa progredir no aprendizado até compreender o denominador comum de todos os interesses – a pessoa humana. Para a sociedade brasileira, a publicação do Código Civil significará um degrau que a elevará e a tornará melhor, na medida em que é a lei bem elaborada que permite a aplicação do Direito justo.

Notas

¹ O desquite, hoje denominado separação, os filhos ilegítimos e até mesmo as adoções são temas constitutivos de tabus, que hoje estão praticamente resolvidos pela sociedade brasileira e pelo Direito de Família.

² Constituição Federal, Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso).

³ A sociedade brasileira do início do século XX não admitia a adoção, que via como admissão de situação irregular ou contaminação da pureza da família, e o instituto da tutela tem tratamento tão direcionado para pessoas ricas que apenas um dispositivo do Código Civil faz referência ao menor, passível de tutela, despojado de patrimônio.

⁴ As Ordenações Afonsinas consistiram no primeiro código de leis de Portugal, que começou a vigorar no ano de 1446; as Manuelinas, editadas em 1521, vieram substituir as Afonsinas, sem muito alterar-lhes o texto; e as Filipinas, em Portugal, vigoraram entre 1643 a 1868, e, no Brasil, até 31 de dezembro de 1916, quando deram lugar ao Código Civil brasileiro, em

vigor a partir de 1º de janeiro de 1917.

⁵ *Concubinato puro*, segundo a doutrina, é a união de pessoas de sexos diferentes, que não enfrentam quaisquer dos impedimentos para o casamento civil (Código Civil, art. 183), mas mesmo assim não o realizam. Por oposição, *impuro* é o concubinato em que existe impedimento para a realização do casamento civil.

⁶ Nada obstante o Estado, desde o advento da República, tenha-se separado oficialmente da Igreja, dela ainda dependia para a realização de matrimônios, reconhecendo-os como oficiais, a partir do momento em que percebeu a importância a eles atribuída pela população e a impossibilidade de oficiá-los diretamente.

⁷ Constituição Federal, art. 226, § 3º.

⁸ O homem, consoante o art. 183, inciso XII, observadas algumas ressalvas, só pode casar-se aos 18 anos de idade.

⁹ Aqüestos, bens reunidos pelos cônjuges ou companheiros na constância da união.

¹⁰ Véu, grinalda, cerimônia, votos de prosperidade expressos pelo lançamento de grãos de arroz e outros, que refletiam muito mais a *coemptio* e o *confarreatio*, formas de casamento na Roma antiga, que a melhor expressão dos sentimentos que explicam as uniões e o fim das uniões dos dias atuais. O *usus*, terceira forma de casamento romano, admitia maior descontração e cerimônias mais simples. As *justas núpcias*, que vieram mais tarde, conquanto traduzissem mais a vontade dos nubentes e menos a do *pater familias*, mantiveram muitos dos ritos das demais modalidades de matrimônios.

¹¹ Constituição Federal, arts. 226 e 227.

¹² A doutrina, antes da Constituição de 1988, dividia a filiação em legítima ou ilegítima. A primeira, fruto do casamento. A filiação ilegítima dividia-se em natural, quando não havia impedimento para o matrimônio, e espúria, quando havia impedimento. Por fim, a espúria dividia-se em incestuosa e adúltera, palavras de sentidos evidentes.

¹³ Pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas.

¹⁴ Diz-se do interesse ou da ordem pública.

¹⁵ Linha colateral ou transversal é a que conecta pessoas consanguíneas que não descendem umas das outras (irmãos e irmãs, tios e tias, primos e primas). Por outro lado, *linha reta* é a que conecta pessoas consanguíneas que descendem diretamente umas das outras (avô e avó, filho e filha, neto e neta). Existe também a linha reta por afinidade (sogra e genro, sogro e nora). Acrescente-se que a linha reta por afinidade não se extingue com o fim da sociedade conjugal; assim, se o casamento se desfaz, o ex-sogro continua impedido de casar-se com a que lhe fora nora, e a ex-sogra, de casar-se com o que lhe fora genro.

¹⁶ Herança vacante, ou vaga, é a que, após ser jacente, não foi reivindicada por herdeiros legítimos.

mos e passa para o patrimônio do Estado.

¹⁷ Considera-se criança a pessoa de até 12 anos de idade, incompletos, e adolescente a pessoa entre 12 e 21 anos – Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 2º.

Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Constituição brasileira*: 1891. Brasília: Senado Federal, 1999. 121p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a emenda constitucional n. 30, de 13 set. 2000. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.
- BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *Diário Oficial da União*, 3 set. 1962.
- BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 1977. Retificada em 11 abr. 1978.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1990. Retificada em 27 set. 1990.
- BRASIL. Lei n. 8.408, de 13 de fevereiro de 1992. Dá nova redação aos dispositivos da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Diário Oficial da União*, 14 fev. 1992.
- BRASIL. Poder Executivo. *Projeto de Lei n. 634*, de 1975, que institui o Código Civil (com emendas do Senado Federal, alteradas na forma da Resolução nº 1/2000-CN).
- NEGRÃO, Theotonio. (Org.). *Código civil e legislação civil em vigor*. Colaboração de José Roberto F. Gouveia. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 10.3.1999*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 3007p.
- NEVES, Iedo Batista. *Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2v.
- SANTOS, Ozeias J. *Divórcio e separação: teoria, legislação, jurisprudência e prática*. Campinas: Aga Juris, 1998. 499p.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. 2v.