

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2005 – Ano 42 – Nº 165



Jacques Madyol, "Retrato do Rei Alberto da Bélgica",
1927. Acervo do Senado Federal.

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 165
janeiro/março – 2005

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 e Cláudia Moema de M. Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Raquel P. dos Santos e Fabíola M. Ferigato

REVISÃO DE PROVAS: Leila Rodrigues Mariano, Maria Vanessa Andrade Sampaio,
Soraya Virgínia Damasceno Fernandes

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Anderson Gonçalves de Oliveira

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

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

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 42 · nº 165 · janeiro/março · 2005

Adilson Abreu Dallari	Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública 7
Júlio Aurélio Vianna Lopes	Uma cidadania a inventar: a democracia missionária de 1988 21
Gustavo Just	A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional” 25
Clito Fornaciari Júnior	Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa 33
Vicenzo Demetrio Florenzano	Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar 39
João Batista Marques	O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen 51
Lucio Pegoraro	A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional 59
Virgílio Caixeta Arraes	De Pio XII a Paulo VI: do conservadorismo à incerteza da renovação durante a Guerra Fria 77
Romulo Rhemo Palitot Braga	Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais 99
Eduardo Fortunato Bim	A função constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito: instrumentos da minoria parlamentar e informação da sociedade 107
Letícia Balsamão Amorim	A distinção entre <i>regras e princípios</i> segundo Robert Alexy: esboço e críticas 123
Loris Baena	O Acordo da OMC sobre Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias 135
Carlos Maria Gambaro	O pressuposto ambiental da paz: obrigação de análise prévia de impacto ambiental nas guerras 141
Gustavo Saad Diniz	Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002 151
Adalberto Pimentel Diniz de Souza	A mecânica do federalismo 169
Frank Larrúbia Shih	Direito Ambiental: a legislação em defesa dos recursos naturais 177
Auro Augusto Caliman	O <i>recall</i> no Estado de São Paulo 197

Artur Stamford da Silva <i>et al.</i>	Construção judicial do direito. Desde Kelsen e Hart. Ainda somos os mesmos... e vivemos 205
Maria Edelvacy Pinto Marinho	Embriões: a busca de um estatuto 219
Wilson Roberto Theodoro Filho	A crise da Modernidade e o Estado Democrático de Direito 231
Mateus Afonso Medeiros	A desmilitarização das polícias e a legislação ordinária 239
Amélia Regina Mussi Gabriel	Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira 255

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Luiz Fernando Bandeira	A licitação eletrônica e a prevenção da corrupção 269
------------------------	---

Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública

Adilson Abreu Dallari

Sumário

1. O inadimplemento da Fazenda Pública. 2. Exame da legislação pertinente. 3. Alterações no cenário institucional. 4. Considerações doutrinárias. 5. Conclusão.

1. O inadimplemento da Fazenda Pública

O art. 100, da Constituição Federal, e seus parágrafos, disciplina a execução de créditos de particulares perante a Fazenda Pública, dispondo, em apertada síntese, que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, o Presidente do Tribunal correspondente enviará à entidade pública devedora um precatório judiciário, determinando que o orçamento do exercício financeiro subsequente contemple dotação suficiente para o pagamento, o qual deverá ser efetuado até o final do exercício seguinte.

Pela leitura do dispositivo pode-se chegar à conclusão de que os credores da Fazenda Pública certamente receberão as importâncias correspondentes em não mais de dois anos.

Diante do automatismo e da certeza do pagamento, a Constituição determina que os pagamentos se façam exclusivamente com rigorosa observância da ordem de apresentação dos precatórios, já determinando o seqüestro de verba necessária ao pagamento, caso ocorra preterimento do direito de preferência.

Adilson Abreu Dallari é Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP.

Não é essa, entretanto, a realidade fática. Em todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal, acumulam-se os precatórios pendentes de pagamento. Não obstante a Constituição Federal, nos arts. 34 e 35, estabeleça a possibilidade de intervenção (da União nos Estados e destes nos Municípios) caso a dívida não seja paga, isso também não acontece.

A questão da falta de pagamento de precatórios pendentes atingiu tal gravidade que a respeitável Associação dos Advogados de São Paulo, em seu Boletim semanal (2004), estampou um vigoroso protesto, no qual figura a seguinte assertiva:

“É acaciano proclamar que uma Constituição só existe de fato na medida em que suas disposições são efetivamente obedecidas, seja voluntariamente, seja por imposição do Poder Judiciário nos casos de violação pelos demais Poderes da República.

Entre nós, como é público e notório, há um sem-número de disposições constitucionais que não passam de meras declarações pomposas. E disso não passam porque, desrespeitadas, o Poder Judiciário não as faz valer. São peças de ficção.

Exemplo típico é a norma que prescreve o modo de tornar efetivo o direito dos credores da Fazenda Pública. Pelo menos em São Paulo, seja em nível estadual, seja em nível municipal, tal norma vale nada. E nada vale graças, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, que, exceção feita ao voto do Ministro Marco Aurélio, acabou retirando a força do instrumento de intervenção federal no Estado, ou do Estado no Município, com o fim de realizar os pagamentos, sob o pretexto de que não se pode obrigar o governante a honrar precatórios quando não há recursos suficientes para tanto”.

Descontando-se a carga emocional, decorrente da justa revolta dos que não rece-

bem a prestação jurisdicional constitucionalmente assegurada, essa publicação serve como um alerta, demonstrando que alguma coisa tem que ser feita para a restauração da ordem jurídica, ou, pelo menos, da mitigação das dificuldades dos credores injustamente insatisfeitos.

Não obstante a evidência da inoperância e/ou da imprestabilidade do sistema de precatórios, a jurisprudência predominante ainda é no sentido da rigidez no tratamento da questão da dívida pública para com os particulares.

O Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, proferido no Recurso Extraordinário nº 132031-1 São Paulo, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, bem retrata essa postura. De sua ementa são extraídos dois fragmentos abaixo transcritos:

“O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público – qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) – *impõe* a necessária extração de precatório, cujo pagamento *deve observar*, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência *apenas* a quem dispuser de precedência cronológica (*prior in tempore, potior in jure*).

A *exigência constitucional* pertinente à expedição de precatório – com a *conseqüente* obrigação imposta ao Estado de *estrita observância* da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento – tem por finalidade (a) *assegurar* a igualdade entre os credores e *proclamar* a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos (RTJ 108/463), (b) *impedir* favorecimentos pessoais indevidos e (c) *frustrar* tratamentos discriminatórios, *evitando* injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo”.

“O pagamento *antecipado* de credor mais recente, *em detrimento* daquele que dispõe de precedência cronológica, *não se legitima* em face da Constituição, pois representa comportamento estatal *infringente* da ordem de prioridade temporal assegurada a todos os credores do Estado, *de maneira objetiva e impessoal*, pela Carta Política.

O legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta federal, teve por objetivo evitar a *escolha de credores* pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público por credor mais recente *não justifica*, para efeito de pagamento *antecipado* de seu crédito, a quebra da *ordem constitucional* de precedência cronológica.

O pagamento antecipado que daí resulte – exatamente por caracterizar *escolha ilegítima* de credor – *transgred*e o postulado constitucional que *tutela* a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais e *autoriza*, em consequência – *sem prejuízo* de outros efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo –, a efetivação do ato de seqüestro.”

Tais entendimentos, proscrevendo expressamente a “eventual vantagem concedida ao erário público por credor mais recente”, parecem vedar qualquer pagamento, a qualquer credor, antes da satisfação dos precatórios, pela ordem de sua apresentação.

Mas é certo que, no dia-a-dia, a Administração Pública efetua pagamentos não só a seus servidores como a fornecedores, prestadores de serviços, empreiteiros de obras e titulares de bens expropriados amigavelmente. Também parece não haver implicações com os precatórios quando a Administração celebra um acordo com um particular no curso de um processo administrativo ou de uma ação judicial.

O problema se apresenta quando um particular se torna credor por força de deci-

são judicial transitada em julgado, mas ainda sem a expedição do precatório, ou, mais acentuadamente, quando se pretende liquidar um precatório pendente de pagamento, mediante a concessão de vantagem econômica ao erário.

2. Exame da legislação pertinente

A dúvida sobre a viabilidade jurídica da celebração de acordo para o recebimento de créditos perante a Fazenda Pública, sem a estrita observância do regime de precatórios, justifica-se em função tanto da jurisprudência quanto, especialmente, diante da existência de uma série de dispositivos legais, dispondo especificamente sobre isso ou tangenciando essa matéria, que precisam ser examinados.

O primeiro deles é exatamente o art. 100, *caput*, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

Note-se que esse artigo se refere à execução judicial, coercitiva, e não, obviamente, de todo e qualquer pagamento feito pela Fazenda Pública. Esse dispositivo é (ou pelo menos pretende ser) uma garantia para o credor, assegurando a ordem cronológica dos pagamentos, quando a Fazenda Pública for judicialmente compelida a pagar.

Nos termos do § 2º desse mesmo artigo, a Fazenda Pública deve consignar ao Poder Judiciário as dotações orçamentárias correspondentes ao montante das condenações, “cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilida-

des do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

Portanto, uma vez recebido o precatório expedido pelo Presidente do Tribunal, a Fazenda Pública deve providenciar a previsão de verba orçamentária para isso. Quem determina o pagamento, segundo a ordem cronológica dos precatórios, é o Presidente do Tribunal. Esta autoridade determinará o seqüestro do valor necessário se, de alguma forma, houver pagamento de algum precatório em desacordo com a ordem cronológica dos precatórios.

Essa disciplina constitucionalmente estabelecida parte do pressuposto de sua fiel observância (vale dizer: que os pagamentos serão efetivamente efetuados no prazo estipulado) e se destina a assegurar que não haverá preterições nem favorecimentos no tocante ao pagamento de precatórios expedidos em execuções judiciais.

O pagamento antecipado de um precatório (fora da ordem cronológica) pode configurar crime de responsabilidade, pois, nos termos do art. 85 da Constituição Federal, são crimes de responsabilidade os atos do Chefe do Executivo que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A tipificação das condutas delituosas foi feita pela Lei nº 1.079 de 10/04/50, que define os crimes de responsabilidade e estabelece o correspondente processo de julgamento. Entretanto, nessa específica lei federal, não há um tipo correspondente ao descumprimento da ordem cronológica dos precatórios.

Tal previsão existe, sim, no Decreto-lei nº 201, de 27/02/67, que se refere aos crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, cujos dispositivos pertinentes são transcritos:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, su-

jeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

...

XII – Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário”.

Essa legislação proscreve o favorecimento puro e simples, mas permite antecipar ou inverter a ordem dos pagamentos se houver nisso vantagem para a Fazenda Pública.

O agente público está proibido de atentar contra a isonomia e a moralidade pública, mas não está proibido de atuar com diligência, em defesa do erário.

Cabe, agora, examinar se a celebração de acordo para reduzir o débito em troca do pagamento voluntário (não coercitivo) configuraria algum ato de improbidade, previsto na Lei nº 8.429, de 02/06/92. Essa Lei, no art. 9º, afirma que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo”; no art 10, dispõe que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres” integrantes do patrimônio público; e, finalmente, no art. 11, decreta que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

A celebração de acordo entre a Administração devedora e o credor particular, desde que se evidencie a efetiva ocorrência de interesse público, não configura enriquecimento ilícito, não causa lesão ao erário e nem atenta contra os princípios da Administração Pública.

Não existe, portanto, qualquer proibição expressa à celebração de acordos pela Administração Pública. É certo que os interes-

ses públicos são indisponíveis e que o agente público tem o dever de defendê-los, mas é perfeitamente possível que a salvaguarda do interesse público ou a melhor satisfação do interesse público decorra exatamente da celebração de um acordo.

Essa possibilidade está expressamente prevista na legislação federal, mais exatamente na lei de desapropriações (Decreto-lei nº 3.365, de 21/06/41), cujo art. 10 diz, literalmente, que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente”. Há mais de 60 anos, sem qualquer problema, União, Estados e Municípios celebram acordos com particulares. O desapropriado que concorda com o preço não ingressa na fila dos precatórios e recebe o pagamento muito antes de outros desapropriados que optaram pela execução judicial.

3. Alterações no cenário institucional

Na verdade, o grande empecilho à celebração de acordo para recebimento de créditos perante a Administração estaria na previsão constitucional da emissão de precatórios. Porém, como foi dito acima, o precatório é uma forma de execução coercitiva, que não se choca nem impede a solução consensual de pendências.

Mesmo o pagamento de créditos perante a Fazenda Pública veio sofrendo modificações ao longo do tempo, de tal modo que essa forma de execução coercitiva não é mais única, não garante a certeza do pagamento e comporta expressamente pagamentos por outras vias.

Com efeito, na Constituição do Brasil de 24/01/67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, havia apenas uma única forma de execução por precatório, conforme dispunha o art. 117:

“Art. 117 – Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos

créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extraorçamentários abertos para esse fim”.

O artigo correspondente na Constituição Federal de 1988 é o art. 100, que é transcrito em sua integralidade, para que, em seguida, sejam feitos os comentários pertinentes:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu

direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

A simples leitura desses dispositivos já permite vislumbrar que existem duas modalidades de precatórios, sendo uma referente aos débitos comuns e outra relativa aos débitos de natureza alimentícia. Existem, portanto, duas ordens cronológicas, sendo perfeitamente possível que o credor inserido em uma delas receba antes de outro credor anteriormente inserido na outra ordem de precatórios.

Mais importante, porém, é a previsão contida no § 3º, concernente a débitos considerados como de pequeno valor, que não entram na ordem cronológica dos precatórios.

É exatamente isso o que estipula a Lei nº 10.099, de 19/12/00, que altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, regulamentando o disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, definindo obrigações de pequeno valor para a Previdência Social, cujo art. 1º se transcreve:

“Art. 1º O art. 128 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, alterado pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 128. As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei cujos valores de execução não forem superiores a R\$ 5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos) por autor poderão, por opção de cada um dos exeqüentes, ser quitadas no prazo de até

sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.’ (NR)”.

Além disso, e o que é mais grave, a edição do precatório não representa mais uma garantia de pagamento rigorosamente segundo a ordem cronológica, conforme se depreende do texto do art. 33 das Disposições Transitórias da Constituição Federal:

“Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição”.

Esse dispositivo estabeleceu um calote constitucional de oito anos, findos os quais a grande maioria dos precatórios continuaram sem pagamento, motivo pelo qual foi inserido nas Disposições Transitórias, pela Emenda Constitucional nº 30, de 13/09/00, um novo artigo instituindo uma nova forma de contornar a obrigação de pagar segundo a ordem cronológica dos precatórios:

“Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em

prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos”.

É fora de qualquer dúvida, portanto, que não mais se sustentam os dogmas da certeza de pagamento pela execução coercitiva por meio de precatórios e da rigorosa observância da ordem cronológica dos precatórios.

A desmoralização da execução coercitiva contra a Fazenda Pública é fato público e notório, dispensando comprovações e maiores comentários. Chegou-se a tal estado de coisas pela acumulação paulatina de débitos da Fazenda Pública nos três níveis de governo, e a fórmula encontrada para abrir um caminho para uma futura solução das pendências foi evitar o crescimento da dívida pública, tendo-se, para isso, editado a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04/05/00, cujo art. 1º e seu § 1º são aqui transcritos:

“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

Essa Lei Complementar, em síntese, proscribe e penaliza o gasto público irresponsável, determina o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, estabelece limites para gastos e para o endividamento e contém uma série de dispositivos destinados a compelir a Administração Pública a liquidar

pendências, como condição da obtenção de financiamentos para novos investimentos.

Eliminar precatórios, reduzir o estoque de precatórios, por força do art. 30 da Lei de Responsabilidade Fiscal, muito especialmente de seu § 7º, passou a ser assunto de elevado interesse público:

“§ 7º Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites”.

Não é caso de se proceder aqui a um exame detalhado da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois o grande tema em debate nacional é exatamente o pagamento da dívida pública, sendo certo que, nos três níveis de governo, os governantes em geral lutam pela realização do equilíbrio orçamentário e pela redução da dívida pública, valendo-se para essa última finalidade exatamente da renegociação de débitos pendentes.

Nos três níveis de governo, diversas leis foram editadas promovendo profundas reformas nas estruturas da Administração Pública, visando instrumentar o Estado para dar cumprimento às exigências de responsabilidade fiscal, extinguindo alguns órgãos, transformando outros e criando entidades destinadas a reforçar o controle dos gastos públicos.

A pluralidade e a complexidade das normas de reordenação administrativa visando a responsabilidade fiscal mostra que a questão da celebração de acordo para recebimento de créditos ou pagamento de débitos pendentes não visa precipuamente abrir caminhos para favorecimentos pessoais (embora isso, eventualmente, possa ocorrer), mas, sim, enquadra-se perfeitamente nos programas de redefinição da Administração Pública, especialmente no tocante à gestão da dívida pública.

4. Considerações doutrinárias

Não se nega que, no passado, a execução dos débitos contra a Fazenda Pública

tinha como único meio a expedição de precatórios judiciais, que eram efetivamente pagos com observância de uma única ordem cronológica. Em razão disso, antigamente, a jurisprudência era bastante rígida no tocante à celebração de acordos, mas, efetivamente, os tempos eram outros.

A Constituição Federal mudou; a legislação sobre gestão financeira de natureza pública mudou; o relacionamento entre particulares e a Administração Pública mudou; os princípios que regem a atuação da Administração Pública também mudaram. A realidade fática vigente é bem diferente daquela imaginada quando se plasmou o mecanismo dos precatórios judiciais. Ao Poder Judiciário, no momento de aplicar a lei antiga a fatos atuais ou ao decidir agora questões antigas, cabe estar atento para com todas essas mudanças.

No mínimo, não se pode dar à lei um entendimento que contrarie frontalmente seus propósitos, conforme a vetusta lição de Carlos Maximiliano (1984, p. 166):

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, preserve inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo”.

Não se deve dar a um dispositivo constitucional destinado a garantir o pagamento de débitos da Fazenda Pública um efeito radicalmente contrário, qual seja o de vedar a liquidação de débitos pendentes de pagamento.

Toda norma legal decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei

(entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois, obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática.

Essa diretriz interpretativa deve ser aplicada a toda e qualquer norma jurídica, inclusive e especialmente às normas constitucionais, conforme ensina Antonino Pensavecchio Li Bassi (1972, p. 62, 81), em sua preciosa obra sobre “L’ Interpretazione delle Norme Costituzionale”, numa tradução para o português:

“O intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição.”

“O intérprete das normas constitucionais deve aplicar no seu trabalho também o critério evolutivo, atendendo para com a realidade e referindo as normas isoladas a um sistema constitucional em contínua evolução, como decorrência das mutações das exigências político-sociais da coletividade. Deve aplicar as normas não com base no sistema no qual o dispositivo historicamente nasceu, mas, sim, com base no sistema atual no qual vive.”

“Deve levar em conta a realidade concreta, na qual operam as normas constitucionais, para trazer do exame da realidade oportunos elementos de valorização que permitam ajustamento ao processo evolutivo das normas e evitar conclusões incompatíveis com a vida real.”

Conforme já foi afirmado, o Direito está em constante evolução, exatamente para

acompanhar o natural desenvolvimento das relações sociais. Isso também se aplica às relações jurídicas envolvendo a Administração Pública. A mudança de orientação no tocante ao desempenho das ações administrativas deve ser acompanhada de uma correspondente alteração nos meios e modos de acompanhamento e controle.

Em tempos de exaltação da cooperação, da parceria e da confiança recíproca, da transparência e do controle social, não é possível continuar aplicando soluções criadas em tempos de oposição de interesses e da desconfiança. No momento em que a Constituição Federal consagra o princípio da eficiência, não é possível conformar-se com um formalismo literal estéril. Esta é a advertência da doutrina, a todos os profissionais do Direito (WALD, 1996, p. 34):

“No momento em que sociólogos, políticos e economistas estão reestruturando a parceria, cabe ao jurista definir os seus requisitos e os seus efeitos, fazer as distinções cabíveis, deduzir o alcance dos princípios que lhe são inerentes, enfim construir uma nova dogmática jurídica calcada no papel que ela pode e deve exercer, sob todas as suas formas no mundo hodierno.

Se, como já dissemos, estamos assistindo a uma revolução silenciosa e construtiva da sociedade brasileira, o direito dela não pode estar ausente, cabendo ao jurista, ao advogado e ao magistrado fazer a sua reciclagem e preparar o futuro das nossas instituições e das novas técnicas jurídicas”.

A amplitude dessas alterações na ordem jurídica abrange tanto a produção das normas, quanto a sua execução e ainda a solução dos conflitos decorrentes da adoção das novas técnicas de gestão dos interesses públicos. Os fundamentos, as vantagens e as decorrências dessa significativa mudança de postura diante do interesse público foi magnificamente demonstrada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 41) no texto que se transcreve:

“A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia).

A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. *Secundo*, a consensualidade na administração de interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição”.

No tocante a essa parte final, a consensualidade na solução dos conflitos, cabe destacar a posição estratégica do Ministério Público, que efetivamente dispõe de competência e de meios para isso, dado que, em menor ou maior escala, nos diversos Estados da Federação, já vem promovendo a adoção de acordo e soluções amigáveis em assuntos relativos à atuação da Administração Pública.

Com efeito, a ordem jurídica já contempla a possibilidade de evitar a propositura da ação civil pública mediante o atingimento da satisfação ou restauração do interesse público no próprio curso do inquérito civil. A propositura da ação é um meio para a realização de um fim; se esse fim puder ser realizado de maneira menos traumática, menos desgastante e com maior celeridade, amistosamente, não há por que propor a ação judicial, que será, então, um puro constrangimento, não autorizado pela ordem jurídica.

O § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública, prevê expressamente a possibilidade de solução amigável:

“§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Dado que toda competência outorgada pela lei a um agente público implica o dever de exercê-la, pode-se afirmar que o Ministério Público sempre deverá recorrer ao compromisso de ajustamento da conduta, quando isso for suficiente para a salvaguarda do interesse público.

O que se pretende destacar, entretanto, é a previsão legal de solução amigável. Ou seja, que já existe previsão legal expressa de solução amigável dos conflitos envolvendo a Administração Pública, sem que isso signifique lesão ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

É conveniente lembrar que a arbitragem na Administração Pública, antes totalmente proscribida pela legislação e pela jurisprudência, já começa a ser aceita. Com efeito, a Lei de Concessões de Serviços Públicos, Lei nº 8.987, de 13/03/95, determina, no inciso XV de seu art. 23, que entre as cláusulas do contrato figure obrigatoriamente uma relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. No presente momento, do Projeto de Lei que ins-

titui as Parcerias Público-Privadas, conforme o Substitutivo aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, está previsto, no art. 11, que o edital deve ser acompanhado da minuta do futuro contrato, que, obrigatoriamente, deverá dispor sobre o “uso da arbitragem, para solução dos conflitos decorrentes do contrato”.

Se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa.

Fique perfeitamente claro que não se está pretendendo dizer que, atualmente, seja possível à Administração Pública atuar livremente, divorciando-se do princípio da legalidade, que determina sua submissão à lei. O que se sustenta é que não se pode mais aceitar uma submissão absoluta à letra da lei, em detrimento da realização dos fins a que ela se destina. Cumpre-se a lei quando se atinge o resultado por ela almejado.

Atualmente, além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também a um outro novo e significativo princípio constitucional da administração pública, o princípio da eficiência, introduzido no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional da reforma administrativa, sobre o qual, em obra escrita em parceria com Sérgio Ferraz, já fizemos algumas ponderações:

“A Emenda Constitucional 19, de 04/06/98, conhecida como ‘Emenda da Reforma Administrativa’, trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrangidos os controles de procedimentos e incrementados os controles de resul-

tados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.

Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37 foi acrescentado o princípio da eficiência. É obvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.

Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados” (FERRAZ, DALLARI, 2000, p. 77-78).

Não basta atuar de maneira conforme à lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

Tudo isso pode e deve ser demonstrado ou no bojo do processo administrativo no qual se cuide da celebração do ajuste, ou em juízo, no momento de se postular a homologação de um acordo destinado a pôr fim a um litígio de maneira satisfatória para

ambas as partes e, muito especialmente, de maneira a realizar o interesse público.

No caso da concessão, pelo particular credor, de vantagem para a liquidação da dívida da Fazenda Pública, a eficiência está diretamente relacionada à economicidade da transação pretendida, cabendo lembrar que esse é também um princípio constitucionalmente afirmado (art. 70 da CF) como condicionante da gestão financeira pública:

“No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos. Não aparecerá, no controle à luz da economicidade, nenhum traço de invasão da discricionariedade, porém se é certo que esta precisa ser preservada, não é menos certo que qualquer discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos de adequação e sensatez” (FREITAS, 1997, p. 85-86).

Numa perspectiva econômica, evidencia-se como de indiscutível interesse público o propósito de reduzir o estoque de precatórios, para controlar o volume do endividamento público, de molde a não exceder os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal e viabilizar financiamentos para novos empreendimentos necessários à realização de políticas públicas.

Para concluir, basta dizer que a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em face da grande massa de precatórios pendentes de pagamento, já tem admitido a celebração de acordos para

a liquidação de débitos, afirmando, claramente, que essa prática não lesa o erário e não viola o art. 100 da Constituição Federal.

No Agravo de Instrumento nº 154.639.5/3 (8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., 01.03.00, rel. José Santana), o Tribunal reformou sentença que havia recusado homologação a acordo firmado por autarquia municipal (Departamento de Águas e Esgotos de Valinhos) em execução de sentença condenatória, pois, no entendimento da Corte, não haveria violação do art. 100 da CF, diante da demonstração do caráter vantajoso do acordo e da existência de recursos orçamentários para atendê-lo.

No Agravo de Instrumento nº 341.787-5/6 (Processo nº 677/1998, 2ª Vara Judicial da Comarca de Ubatuba/SP, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., 01.10.2003, rel. Antonio Rulli), o Tribunal entendeu que não se cogitava de violação da ordem dos precatórios, pois, embora tivesse sido expedido um ofício requisitório, não havia ainda precatório judicial devidamente formalizado.

Finalmente, no Agravo de Instrumento nº 366.364.5/9-00. (6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.u., 10.05.2004, rel. Afonso Faro), que cuidava do pagamento de indenização expropriatória, acompanhando a manifestação do Procurador-Geral da Justiça, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, o Tribunal entendeu que o acordo era de interesse público, pois a Prefeitura Municipal de São Paulo tinha efetiva urgência na liberação da área desapropriada e o desconto de 23% era sobremaneira vantajoso para o erário.

Neste último acórdão, há uma consideração extremamente pertinente, qual seja a de que a dotação orçamentária destinada ao acordo era a da própria obra, e não aquela reservada ao pagamento de precatórios judiciais.

Essa particularidade serve para evidenciar que o pagamento de importância destinada à satisfação do acordo não afeta direi-

tos dos beneficiários de precatórios pendentes, pois a dotação para tal finalidade sempre será aquela determinada pelo montante dos precatórios judiciais apresentados até 1º de julho do ano correspondente à elaboração da proposta orçamentária.

Não se trata, portanto, de satisfazer um mero interesse da Administração, um interesse público secundário, em detrimento do conjunto de outros credores ou do interesse público primário, correspondente ao interesse de toda a coletividade. A obtenção de desconto substancial no montante de um crédito insuscetível de discussão libera recursos para outras finalidades e, na medida em que concorre para a realização da regularidade fiscal, favorece a obtenção de novos financiamentos para projetos de maior prioridade ou maior interesse público.

5. Conclusão

Diante de tudo quanto foi acima exposto, pode-se afirmar que, em princípio, existindo a possibilidade de concessão de desconto substancial pelo credor, é juridicamente viável a realização de acordo judicial para a efetivação direta (imediate ou parcelada) do pagamento.

Se houver interesse público, pode a Fazenda Pública efetuar o pagamento de maneira voluntária, independentemente de constrição judicial. A execução judicial, mediante a expedição de precatório, somente se justifica se houver recusa no pagamento voluntário.

A realização de acordo judicial com um único determinado e específico credor não viola os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Com efeito, tem-se por óbvio que o acordo judicial somente pode ser feito com o credor que for parte no respectivo processo. Não há possibilidade de estendê-lo, automaticamente e genericamente, a todos os outros credores, em outros processos, pois cada caso exige uma específica negociação. Entretanto, poderá configurar-se uma violação dos mencionados prin-

cípios se a Administração já houver negado ou vier a negar igual tratamento a outros credores em situações análogas.

Somente haverá ofensa ao art. 100 da Constituição Federal se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais, com propósito de favorecimento, ainda que disfarçado.

Em princípio, o pagamento imediato da importância acordada, com recursos provenientes de dotação orçamentária específica para atendimento da obrigação que estiver sendo liquidada (por exemplo, realização de obra pública, fornecimento de bens ou pagamento de indenização expropriatória), não prejudica os beneficiários de precatórios, pois a dotação orçamentária destinada ao pagamento de precatórios não será afetada. No fundo, a liquidação amigável de uma pendência, sem a emissão de precatório, acaba beneficiando os credores de precatórios mais recentes, que, indiretamente, avançam uma posição na fila.

Diante dos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, é sempre conveniente a redução do montante da dívida pública e, muito especialmente, do estoque de precatórios, pois isso afeta a capacidade de realização de novos investimentos que demandem financiamentos.

Exatamente por tal razão, nos três níveis de governo, a Administração Pública está claramente empenhada em ajustar-se às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, não podendo ser a celebração do acordo tomada, aprioristicamente, como um ato isolado de favorecimento indevido. De resto, o oferecimento de um desconto substancial no montante do crédito é uma vantagem objeti-

va para o erário, sendo de indiscutível interesse público.

Em cada caso, a regularidade da transação depende da demonstração cabal e objetiva da existência de interesse público e, especialmente, de vantagem para o erário, tanto financeira quanto, numa perspectiva mais ampla, econômica, no tocante à realização de políticas públicas.

Evidentemente, deverão ser respeitadas as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal que disciplinam a assunção de encargos e obrigações que acarretem aumento da despesa, muito especialmente quanto à existência de recursos orçamentários especificamente destinados ao atendimento do acordo, sem afetar as dotações correspondentes ao pagamento de precatórios judiciais.

Bibliografia

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Boletim semanal*. São Paulo, n. 2.394, 22-28 nov. 2004.

BASSI, Antonino Pensovecchio Li. *L'interpretazione delle norme costituzionali: natura, metodo, difficoltà e limiti*. Milão: A. Giuffrè, 1972.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação no direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Uma cidadania a inventar

A democracia missionária de 1988

Júlio Aurélio Vianna Lopes

“...um Estado Democrático, destinado a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais...”
(Preâmbulo da CF/88)

Hodiernamente, a teoria constitucional, diversamente do que ocorria em sua versão clássica, enfatiza a “fórmula política” das Constituições como o núcleo de sua configuração como ordenamento jurídico e premissa – ao lado de seu preâmbulo – condicionadora de sua exegese por quaisquer métodos de interpretação do texto.

Desde a contribuição de Pablo Lucas Verdú, generalizou-se o reconhecimento do caráter compromissório das Constituições contemporâneas, à medida que elas se situam como fenômenos jurídicos cuja produção normativa implica a confluência entre variados interesses e valores, representativos dos diversos segmentos sociais presentes na definição histórica do destino dos Povos e, portanto, na elaboração de suas Cartas Magnas.

Nesse sentido, a “fórmula política” da Constituição exprimiria a combinação entre os elementos ideológicos responsáveis pela articulação dos princípios e regras que estruturam o ordenamento fundamental do País. Ela é uma sistematização dos valores explicitados no Preâmbulo e inserida no próprio texto, que aponta o tipo de Estado constitucionalizado e as tradições ideológicas que inspiraram, diretamente, o Poder Constituinte Originário.

Júlio Aurélio Vianna Lopes é Pesquisador em Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB), Professor de Teoria Constitucional Contemporânea no mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ).

A Constituição Federal de 1988 define sua “fórmula política” expressamente, desde seu início (art. 1º), e, conseqüentemente, o tipo de Estado adotado: um Estado Democrático de Direito. A análise de seus termos componentes e a interpretação sistemática do texto revelam as tradições ideológicas envolvidas nessa formulação. Assim, o tipo de Estado formulado na Carta Magna de 1988 reúne os valores típicos dos marcos ideológicos, tanto do Estado de Direito, quanto da Democracia.

Do Estado de Direito como marco ideológico a Constituição brasileira adota todos os valores relativos às suas dimensões formal e material. Formalmente, ele é caracterizado pela *Legalidade* como princípio geral constitucional que exige a submissão de todos ao Direito Objetivo – mormente o Estado, significando que não apenas o Povo (art. 5º, II), mas também, e especialmente, as autoridades (art. 37, *caput, in fine*) se submetam ao ordenamento jurídico. Materialmente, o Estado de Direito se caracteriza pela Cidadania (art. 1º, II) como princípio fundamental que exige a funcionalidade do Poder Público para a garantia de direitos, de modo que não haja qualquer modalidade de direito – civil, político, social ou mesmo de 3ª/4ª geração – cujo exercício não comprometa o Estado como seu principal propiciador.

Do Regime Democrático como marco ideológico a Constituição Federal também adota todos os valores relativos às suas dimensões formal e material. Formalmente, ele é caracterizado por procedimentos que ensejam a *participação popular* (art. 1º, parágrafo único) direta e indireta (art. 14 e seus incisos), de modo que o Estado Democrático se caracteriza pela *Igualdade* ou Isonomia de tratamento dos cidadãos e perante os quais (art. 5º, *caput*) deve ser efetivo, especialmente no que tange às suas políticas públicas (art. 144) e sociais (art. 193). A Democracia Constitucional brasileira se materializa na promoção igualitária das oportunidades provenientes do Estado, implicando que ela não se esgote em seu aspecto eleitoral.

Obviamente, além dos valores acima elencados, outros valores explícitos e implícitos na Constituição Federal também integram as inspirações ideológicas do Estado de Direito e da Democracia. Assim, entre os princípios positivados no texto, já pertencem ao senso comum dos constitucionalistas brasileiros os fundamentais do título I, vinculados ora ao Estado de Direito, como a tripartição de Poderes (art. 2º da CF), ora ao Estado Democrático, como o pluralismo político (art. 1º, V da CF). Entre os princípios implícitos no texto e descobertos pela doutrina brasileira e pela jurisprudência pátria, podem ser apontados (para aqueles que os distinguem em sede doutrinária) o da razoabilidade (impondo a pertinência entre meios e fins dos programas governamentais) e o da proporcionalidade (impondo a ponderação entre os bens jurídicos envolvidos nas políticas públicas para a solução de eventuais colisões de direitos). Respectivamente, são princípios que contêm valores típicos do Estado de Direito e da Democracia.

O que importa reter, de todo o exposto acima, porém, é que o Estado Democrático de Direito – a “fórmula política” da Constituição brasileira de 1988 – advém da conjugação ideológica entre Estado de Direito e Democracia. Conseqüentemente, consiste numa arquitetura constitucional estabelecida sobre os valores da Legalidade, Cidadania, Participação Popular e Igualdade (isonomia) de tratamento pelo Estado como fontes primárias de legitimidade do Poder Público.

Na “fórmula política” do Estado Democrático de Direito, ademais da confluência entre Democracia e Estado de Direito (bem como de sua dupla dimensão formal e material), é preciso reconhecer que aquele é o elemento ideológico central da combinação realizada pela Assembléia Nacional Constituinte, da qual se originou.

Trata-se de assumir a Magna Carta de 1988 como um ordenamento jurídico imiscuído de valores democráticos, cuja efetivação incumbe, principalmente, ao Direito. É

por meio dele que a Democracia se efetiva, tanto em seu aspecto eleitoral (como se verifica com a progressiva afirmação do ramo do Judiciário especializado em seus procedimentos), quanto em seus aspectos extra-eleitorais (como no desempenho da assistência jurídica pelas Defensorias Públicas – onde as mesmas estão instaladas...). Nessa “fórmula política”, o Direito é o principal instrumento da Democracia.

Por outro lado e como reflexo do que foi dito acima, o Direito próprio a essa ordem constitucional deve estar imbuído de vocação democrática. É o que se depreende da interpretação sistemática da Carta Magna quanto à produção de atos normativos no âmbito dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo: assim, respectivamente, a Constituição exige a participação da sociedade civil organizada no processo legislativo ordinário (art. 58, II); admite juízes leigos no tratamento de questões cíveis de pouca complexidade e criminais de menor potencial ofensivo (art. 98, I); e incita a inserção popular na operacionalização de programas governamentais relevantes (art. 194, VII, art. 204, II, e art. 206, VI).

Nesse sentido, centralizar a Democracia na ordem constitucional brasileira implica asseverar não apenas que a mesma compõe a inspiração ideológica de sua “fórmula política”, como ainda que ela é o nexos que agrega seus componentes, de modo que o Estado e o Direito devem ser democráticos. Conseqüentemente, a centralidade da Democracia na formulação constitucional de 1988 impõe a radicalização da opção republicana dos constituintes (confirmada posteriormente pelo Povo brasileiro no Plebiscito Constitucional de 1993 e disciplinada pelo art. 2º das Disposições Transitórias).

Significa que, se é próprio da República uma ética de responsabilidade das autoridades de Estado, a centralidade conferida à Democracia pela “fórmula política” adotada na Constituição Federal importa na *ampliação do controle das instituições públicas, no alargamento do conceito jurídico de publicidade*

dos atos públicos (art. 93, IX) e no *rigor da sua sindicabilidade* pelos cidadãos.

Evidentemente, numa ordem constitucional que prevê, como exemplos respectivos e significativos dos três aspectos acima expostos, a economicidade como ingrediente da regularidade administrativa (art. 71, *caput*); a fundamentação das decisões judiciais como condição de sua validade e eficácia jurídicas; e a disponibilidade e questionamento da *legitimidade* das contas municipais pelos cidadãos (art. 31 §3º); a corrupção se configura como um fenômeno social que a lesiona direta e gravemente.

Por propiciar o desvio de finalidade nas atividades desempenhadas pelas autoridades do Estado, a corrupção, ao lado da exclusão social, consiste no mais perverso fenômeno social habilitado, com sua continuidade, a sabotar a ordem constitucional de 1988. Opõe-se diretamente aos valores progressistas de Legalidade (convertendo-a em fancaria), Cidadania (ao ocultar privilégios), Participação Popular (dissolvendo a orientação programática legitimada) e Igualdade (estabelecendo tratamentos não-isonômicos). Sua gravidade independe da magnitude espacial que apresenta, decorrendo da negação reiterada da ética pública – fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Como relação tendencialmente continuada, a articulação entre corruptores e autoridades corrompidas também é deletéria, à medida que impede a maturação da rigorosa ética pública, requerida pelo Estado Democrático de Direito. Isto é, ainda quando não dilapide recursos públicos, inviabilizando projetos institucionais imediatamente essenciais ao interesse social, a corrupção é uma grave ameaça a esse tipo de Estado, por sufocar a emergência e a consolidação de uma ética pública que, nessa ordem constitucional, exerce uma insubstituível função pedagógica para a relação entre o Povo e o Poder, que almeja.

Pois a fórmula política constitucional do Estado Democrático de Direito, com a imbricação entre Democracia e Cidadania que

a caracteriza, *implica priorizar o combate à corrupção* nas instituições públicas, como mais que uma preocupação meramente eventual e dentre outras.

A Democracia constitucionalizada em nosso País há cerca de 15 anos (como se despreende das exigências de publicidade e sindicabilidade das instituições públicas, marcadas por dispositivos como o art. 1º, parágrafo único; 37, *caput in fine*; 34, VII, alínea; 58, §2º, II; 93, IX, e 85, II, entre tantos) implica um fortalecimento da ética pública, *para além da tradição republicana*, de modo que até mesmo a eficiência das instituições dependa da plena publicização de seu funcionamento.

Por tudo isso, cabe afirmar que ao Estado Democrático de Direito, formulado em 1988, corresponde uma esfera pública ampliada que não se limita às instituições públicas em si mesmas, incluindo sua articulação com as relações sociais nas quais operam. Conseqüentemente, a sintonia entre Direito e Democracia exige a formação e reiteração de rigorosa ética pública no Estado, não só para apartá-la da dimensão privada, mas, principalmente, para a busca – conjunta com os cidadãos – de uma sociedade brasileira na qual o “bem de todos” (art. 3º, IV) seja uma realidade progressivamente afirmada.

A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”

Gustavo Just

Sumário

1. Os termos do problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. 2. Os argumentos em defesa da justiça constitucional. 3. A teoria da interpretação como variável do problema.

1. Os termos do problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional

A discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional aborda, na maioria das vezes, o problema da compatibilidade entre o controle de constitucionalidade das leis e o princípio democrático: como explicar que uma instituição composta por pessoas não eleitas possa anular a expressão mais eminente da vontade dos representantes do povo?

É verdade que conceitualmente esse modo de colocar a questão é um pouco restritivo, já que em termos teóricos gerais o exercício da jurisdição constitucional, isto é, o exercício pela autoridade judicial do poder de interpretar e aplicar a constituição, não se esgota na função de controle de constitucionalidade, podendo ainda incluir, por exemplo, a aplicação direta da constituição para a solução de litígios (sem que uma lei seja declarada inconstitucional), o julgamento das altas autoridades do Estado por crime de responsabilidade e o con-

Gustavo Just é Doutor em direito (Universidade de Paris X). Professor de filosofia do direito e direito constitucional. Procurador da Fazenda Nacional.

trole dos processos eleitorais. Todas essas prerrogativas (sem falar daquelas que não implicam uma interpretação direta da constituição, como o julgamento dos agentes políticos por crimes comuns) reforçam a importância política da autoridade judiciária, principalmente se forem mais ou menos concentradas nas mãos de um único tribunal, e contribuem para a caracterização do fenômeno mais geral, cuja legitimidade democrática está sempre sujeita a questionamentos da “judicialização da política”. (O desfecho judicial da eleição presidencial norte-americana de 2000 dá um exemplo recente e em certo sentido extremo desse fenômeno¹). Ocorre que, no caso do controle de constitucionalidade, a tensão com o princípio democrático se põe de um modo imediato e abstrato, independentemente da forma e dos resultados concretos do exercício dessa prerrogativa, o que significa que é a própria lógica da organização constitucional que se encontra assim em questão. Por outro lado, o controle de constitucionalidade é geralmente reconhecido como o mais importante e o mais ativo entre os mecanismos de intervenção da autoridade judicial, e particularmente da corte constitucional, na vida política; é, além disso, o momento em que ocorre o exercício mais importante, se não o mais freqüente, da interpretação constitucional. Esses fatores bastam, ao menos no presente contexto, para justificar que o tema da legitimidade da jurisdição seja definido nos termos indicados acima.

2. Os argumentos em defesa da justiça constitucional

A defesa da legitimidade do controle de constitucionalidade passa invariavelmente, de início, por uma reorganização da própria definição desse controle, acentuando não mais o seu efeito negativo, a eventual anulação da lei, e sim o seu efeito positivo, a garantia da supremacia da constituição. A jurisdição constitucional é portanto apresentada como um instrumento da estrutura

hierarquizada do ordenamento jurídico. A explicação da legitimidade do controle de constitucionalidade assim redefinido pode prosseguir em duas direções.

De acordo com a primeira, ao assegurar o respeito da constituição, o controle está na realidade a serviço de uma instância superior e autêntica de expressão da soberania popular. O verdadeiro exercício da soberania popular seria identificado na produção de normas de nível constitucional, mais do que na atividade legislativa ordinária. Essa explicação conhece duas versões, conciliáveis até certo ponto. Na primeira, o juiz constitucional, quando decide invalidar uma lei inconstitucional, não faz mais do que indicar ao parlamento a forma correta (constitucional, e não legislativa) na qual as prescrições censuradas podem ser adotadas: o tribunal exerce assim apenas uma “função de sinalizador” (*rôle d'aiguilleur*), segundo uma metáfora utilizada pelos juristas franceses. Logo, basta que sigam a via desse modo indicada, isto é, adotando uma emenda à constituição aprovada por uma maioria qualificada ou observando os ritos especiais eventualmente exigidos, para que os representantes eleitos possam sempre impor, em última instância, a vontade do povo. Segundo a outra versão, a instância superiormente democrática não é o poder de revisão, e sim o poder constituinte *stricto sensu* (aquele que a doutrina constitucionalista chama às vezes de poder constituinte “originário” por oposição ao poder constituinte “instituído” de modificar a constituição). Nesse caso, a dose adicional de legitimidade democrática das normas constitucionais originárias é explicada não pelas qualidades especiais do *procedimento* de sua elaboração, mas pelo caráter transformador e fundador do correspondente processo histórico e político, no curso do qual se afirmaria uma nova idéia do direito e de sua legitimidade. Pode-se encontrar esse argumento no contexto de experiências constitucionais marcadas por um processo recente de transformação revolucionária (ou

mesmo transitória) no sentido do restabelecimento da democracia em seguida ao desmoronamento de um regime autoritário². (O caráter recente desse processo neutraliza temporariamente o problema da submissão da geração dos vivos à dos mortos, ao passo que o seu sentido democratizante favorece o reconhecimento ou a presunção de um amplo assentimento popular às decisões tomadas pela assembléia constituinte, especialmente aquelas que definem as linhas gerais do novo regime.) Esse argumento pode ser utilizado até mesmo – embora nesse caso entre em contradição com a versão anterior, a da função de sinalizador – para defender a legitimidade do controle de constitucionalidade das normas reformadoras da constituição (uma hipótese outrora puramente teórica que, na segunda metade do século XX, tornou-se realidade em alguns países, como demonstra o exercício, obviamente episódico, desse controle na Alemanha, na Índia e no Brasil). Essas duas versões têm de todo modo em comum o fato de considerarem a jurisdição constitucional legítima por ser, em última análise, um instrumento de realização do princípio democrático.

A segunda explicação, ao contrário, conecta a jurisdição constitucional não ao princípio da soberania popular, mas ao princípio do Estado de direito, tratando-se ao mesmo tempo de lembrar que esse princípio constitui, ao lado da democracia, a segunda fonte de legitimação do Estado constitucional. O problema da legitimidade da jurisdição constitucional passa então a remeter à questão geral das relações entre o princípio democrático e o princípio do Estado de direito. Consideradas no plano da formação do horizonte de legitimidade da modernidade política, essas relações parecem tirar proveito de uma “intuição forte” do caráter co-originário dos dois princípios (HABERMAS, 2000, p. 77-78). Ambos derivam da primazia que a organização política atribui ao indivíduo, cuja autonomia política (toda autoridade se funda sobre o seu

consentimento) é assegurada pela democracia, e cuja autonomia privada é garantida pela consagração constitucional dos direitos subjetivos propugnados pelo jusnaturalismo racionalista. Todavia, isso não impede que os dois princípios entrem em concorrência no momento de sua projeção sobre a organização constitucional do Estado³, o que conduz a um dilema: se as leis só são legítimas na medida em que respeitam os direitos fundamentais do indivíduo, então o legislador democrático não pode dar todo e qualquer conteúdo às normas que produz – o que faz ceder o dogma da soberania popular; se, ao contrário, a legitimidade das normas está condicionada à sua formação democrática, então o legislador não está limitado na escolha do conteúdo das normas que edita, o que lhe permite revogar qualquer regra preexistente – e nesse caso é o princípio do Estado de direito que é sacrificado (DE VEGA, 1991, p. 60-61; HABERMAS, 2000, p. 77). Para poder sair desse impasse, argumenta-se às vezes que a autonomia política não poderia ser exercida se o processo legislativo pudesse conduzir à restrição ou à abolição dos direitos de expressão e de participação política. A consagração e a perenidade desses direitos é que tornam possíveis a democracia. O Estado de direito, ao excluir a ofensa aos direitos fundamentais do campo das decisões democráticas possíveis, apresenta-se então como uma condição para a própria existência da democracia. Em outras palavras, sem essa inflexão, a lógica da soberania popular seria autodestrutiva⁴.

3. A teoria da interpretação como variável do problema

Não é objetivo deste trabalho desenvolver essa discussão, mas apenas salientar a importância da *concepção da interpretação* como uma de suas variáveis, embora poucas vezes seja suficientemente levada em conta. De fato, em sua configuração inicial que se acaba de resumir, os argumentos a

favor da legitimidade da jurisdição constitucional pressupõem que a decisão do juiz constitucional, em lugar de ser simplesmente uma função de sua vontade, ostenta, na verdade, um certo *status* de objetividade. Para que o controle de constitucionalidade seja considerado uma garantia da supremacia da constituição, é necessário que se possa afirmar que existe um conteúdo normativo de nível constitucional ao menos *passível* de ser “conhecido” pelo juiz. O juiz só pode fazer prevalecer aquilo que está em condições de conhecer, quer-se trate, segundo a concepção que se tenha de sua própria legitimidade, da expressão da vontade autenticamente democrática ou das condições (indisponíveis) de formação dessa mesma vontade.

Não é raro, todavia, que a variável da teoria da interpretação seja inteiramente negligenciada no debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Sua exploração é aliás mais freqüente quando se trata exatamente de questionar a concepção “cognitivista” da interpretação, que, com tal negligência, tende a ser pressuposta⁵. Marmor (2000, p. XI) parece, em todo caso, ter razão quando observa que, embora as preocupações com a legitimidade da função jurisdicional sejam antigas, o fato de as considerar do ponto de vista da teoria da interpretação corresponde a um desenvolvimento recente.

Mas com isso não cabe concluir que a questão da legitimidade esteja *subordinada* à teoria da argumentação, como se esta fosse a variável decisiva. Uma tal conclusão pressuporia desde logo que a interferência de uma sobre a outra se desse de uma forma linear no sentido de que as teorias cognitivistas seriam compatíveis, e as céticas incompatíveis, com a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional, o que significaria entender a distinção entre cognitivismo e ceticismo como um código binário estrito, ao passo que, na teoria da interpretação globalmente considerada, essas noções designam antes valores relativos de uma escala.

É necessário também levar em consideração a dinâmica do próprio critério de legitimidade democrática com o qual se pretende confrontar a jurisdição constitucional. Não é o caso aqui da inflexão da democracia (dita então jurídica ou constitucional) pelo Estado de direito, já que essa acomodação por si só não faz mais do que reforçar a expectativa de objetividade das interpretações no sentido de sua submissão às normas constitucionais. O principal movimento daquela dinâmica consiste na verdade em pôr em questão a possibilidade de se identificar o vetor originariamente democrático de legitimação com a produção de normas por órgãos legislativos eleitos. Pode-se distinguir dois aspectos. Trata-se inicialmente de recordar que a idéia de participação na formação da lei não esgota o ideal democrático. Esse ideal teria na realidade uma dupla dimensão: diria respeito, politicamente, às estruturas organizacionais da cidade e, filosoficamente, à exigência de liberdade e de dignidade da pessoa humana (GOYARD-FABRE, 1998, p. 71). Nessa perspectiva, a formação do Estado-providência (e da “democracia redistributiva”) teria correspondido à necessidade de expansão de uma legitimidade democrática que se revelava deficitária ao se constatar que a introdução e a consolidação dos mecanismos político-institucionais da democracia representativa (incluindo o sufrágio universal) não impediam nem a permanência nem o agravamento das desigualdades concretas (HERMET, 1997, p. 43-48).

Mas o segundo aspecto é o mais importante e diz respeito à contestação da validade dos mecanismos da democracia representativa enquanto instrumento da própria participação dos cidadãos na formação da vontade geral. A crítica da democracia representativa, justificadora da onipotência do parlamento, pode-se referir primeiramente ao seu próprio princípio e à sua origem, marcados pela distinção entre representantes e representados – uma distinção instituída pelo mecanismo da delegação, refor-

çada pela irrevogabilidade do mandato parlamentar e acompanhada pelo princípio majoritário. A impossibilidade de realizar institucionalmente as exigências (de decisões unânimes e tomadas diretamente pelos cidadãos) derivadas do postulado da autonomia política pode até explicar a aparição da democracia representativa, mas não pode ocultar a sua incoerência fundamental e o caráter ilusório da “vontade geral” presumidamente realizada pela lei assim produzida. A crítica da lógica representativa vem geralmente acompanhada pela denúncia dos fenômenos surgidos ao longo da história de sua implementação institucional e que agravam a sua inconsistência: o desinteresse dos eleitores, motivado seja por acomodação e por refluxo do ativismo político (no âmbito por exemplo do Estado-providência), seja por desinformação acerca das questões políticas; a distância entre os eleitores e os especialistas encarregados da elaboração das políticas (muitas vezes tecnicamente complexas) submetidas ao parlamento; os diferentes níveis de manipulação da opinião, o desenvolvimento do *marketing* político etc.

Descartado o mito da democracia representativa e de sua “vontade geral”, seria tentador cogitar de uma pura e simples desconexão entre o problema da interpretação e o da legitimidade da jurisdição constitucional. Essa legitimidade era posta em questão por se suspeitar que o juiz se estaria opondo à norma resultante do exercício da soberania popular. Mas, se essa norma na verdade não é mais do que a expressão da soberania de uma oligarquia disfarçada de corpo de representantes, torna-se irrelevante saber se a interpretação é uma aplicação ou, ao contrário, uma autêntica criação da lei (cujo sentido o juiz seria presumidamente capaz de determinar para poder controlar) ou da constituição (cujo significado forneceria o parâmetro desse controle). Assim, por exemplo, Guastini (2003, p. 121-122) propõe que se desdramatize a oposição, à qual, segundo ele, conduziria a teoria rea-

lista da interpretação (que considera a interpretação como uma função da vontade), entre justiça constitucional e democracia, já que esta última seria “inteiramente fictícia”, uma vez que “os sistemas políticos ditos ‘democráticos’ não são mais do que sistemas de competição entre elites”, e que, portanto, “mesmo na falta de qualquer rigidez constitucional e de qualquer controle de constitucionalidade, o povo e os seus representantes eleitos nunca são os verdadeiros titulares do poder político, a não ser no céu das ideologias”, de modo que “não existe uma verdadeira democracia a ser contrariada”.

Porém, a crítica da democracia representativa insere-se com frequência num movimento de *reconfiguração*, e não de abandono, do ideal democrático enquanto princípio de legitimação. Embora um novo dogma não tenha vindo substituir, enquanto tal, nem nas idéias nem, menos ainda, na inspiração das instituições, aquele da vontade geral expressa pelos representantes eleitos, as concepções pós-representativas da democracia constituem um novo bloco de referências à legitimidade política, ao qual a jurisdição constitucional, como todo exercício da potência pública, é passível de ser confrontada.

Essa confrontação abre a perspectiva de uma série de conexões de sentido entre a teoria da interpretação e as concepções da legitimidade política.

Um primeiro paralelo pode ser estabelecido entre as crises das respectivas concepções “clássicas”: a da decisão como um silogismo, como uma aplicação mecânica da lei, e a da democracia representativa. Essas duas concepções repousam sobre um mesmo dogma, o da lei como expressão de uma vontade, e mais precisamente de uma vontade certa, determinada e pré-fabricada. Que a lei exprima a vontade geral, tal é a ambição fundamental da democracia representativa; e é exatamente sobre essa base que se constrói a estrutura, arquetípica mais do que clássica, do raciocínio jurídico que lhe cor-

responde, em cujo ápice se situa a premissa maior constituída por essa vontade convertida em lei. Por outro lado, a lógica representativa faz da vontade política uma grandeza previamente dada, no sentido de que o exercício da autonomia política por delegação pressupõe que o indivíduo seja portador de uma vontade já determinada, que ele pode transferir tal qual aos seus representantes; paralelamente, para o juiz, o caráter “determinado” da expressão da “vontade do legislador” (ou da lei) é a garantia da neutralidade da operação intelectual que lhe incumbe, no curso da qual a premissa maior, isto é, a norma, pode ser tratada como um elemento pré-fabricado que lhe cabe simplesmente aplicar e de modo algum criar. A crise da democracia representativa e a crise da indeterminação do direito (elemento essencial à caracterização do debate contemporâneo sobre a interpretação) serão assim desencadeadas pelo questionamento de um mesmo dogma central⁶.

A articulação continua no momento da reconfiguração da teoria democrática e da teoria da interpretação no contexto das crises que as embalam.

As concepções pós-representativas da democracia formulam idéias heterogêneas: a necessidade de ampliar o recurso à democracia semidireta, a introdução de formas de participação dos cidadãos no funcionamento da administração (democracia “participativa”), a aparição e depois o enquadramento jurídico de mecanismos não eleitorais de intervenção nos processos decisórios (incluindo o processo legislativo), não apenas pela pressão exercida por grupos de interesses (setoriais ou globais) organizados mas também pela criação de espaços de discussão mais ou menos abertos, dentro e fora dos órgãos legislativos (os “fóruns públicos”) etc. A redefinição de um modelo de *legitimidade* democrática é particularmente estimulada por essas práticas de discussão (mais ou menos amplas em seu objeto, organizadas em círculos mais abertos ou mais seletivos e especializados em sua composi-

ção) desenvolvidas previamente (com maior ou menor antecedência) à tomada de decisão. A idéia de que o exercício da autonomia política passa pela oportunidade que o indivíduo tenha de formar a sua vontade e a sua opinião, ponderando razões no curso de um processo organizado de deliberação – em lugar de ser portador de uma vontade pronta e acabada e como tal passível de ser delegada, como pressupõe a lógica puramente representativa –, e de participar desse processo coletivo, e portanto da formação da opinião da coletividade, caracteriza o que se denomina então a democracia “deliberativa”.

A partir daí, abre-se para a justiça constitucional uma dupla possibilidade. Primeiro, a de ser concebida como uma das instâncias de discussão de um processo deliberativo global e em grande escala, uma instância cuja autonomia seria assegurada pela especificidade dos argumentos e dos debates por ela produzidos e cuja influência nesse processo já se exerceria desde o momento em que as demais instâncias deliberativas se veriam obrigadas a incluir a antecipação dos seus possíveis resultados na elaboração dos próprios cálculos políticos. A segunda possibilidade consiste em submeter ao modelo deliberativo a própria jurisdição constitucional enquanto processo decisório à parte. Sabendo-se, por efeito da crítica do formalismo jurídico, que o intérprete exerce um papel ativo na construção da premissa maior do silogismo, a legitimidade desse modo de criação (ainda que se entenda parcial) do direito poderia aspirar a se fundamentar na organização deliberativa, aberta, comunicacional da jurisdição, e especialmente da jurisdição constitucional.

A convergência entre a visão de uma legitimação deliberativa da jurisdição constitucional e a teoria da interpretação é muito perceptível quando esta última toma a forma da teoria da argumentação jurídica racional, que, fazendo do raciocínio judicial um caso particular (porque submetido a limitações específicas) da racionalidade

prática, associa a justeza das interpretações à possibilidade de se as obter ao cabo de um processo de discussão organizado segundo as condições de uma comunicação ideal pressuposta contrafaticamente pela linguagem real. Logo, o critério da *justeza* das interpretações e o da *legitimidade* do seu exercício se justapõem um ao outro, especialmente quando a noção de democracia deliberativa está enquadrada pela filosofia habermasiana, o que ocorre com muita frequência (FERRY, 1994; GERARD, 1995; HERMET, 1997). A visão de uma tal solidariedade entre a legitimidade e a racionalidade da justiça constitucional, sob a égide comum das noções de espaço público e de comunicação ideal, já se expressava na teoria da “interpretação pluralista e procedimental da constituição” formulada por Häberle em meados dos anos setenta e continua a ser desenvolvida no âmbito das discussões mais recentes sobre a democracia deliberativa (VAN HOECKE, 2001).

Mas esse é apenas um exemplo – privilegiado quanto à sua visibilidade – das conexões (que podem assumir outras formas) entre as teorias contemporâneas da interpretação e a visão de um funcionamento dos sistemas políticos democráticos que não o associa nem a uma lógica puramente representativa nem à instituição de uma estrita separação entre as funções de criação e aplicação do direito.

O importante aqui é apenas salientar que a questão da legitimidade da jurisdição constitucional não é indiferente à concepção da interpretação, embora a subordinação de uma à outra não seja possível – nem em suas configurações clássicas nem em suas evoluções recentes. O problema da legitimidade da justiça constitucional aparece então como uma referência temática propícia à busca das conexões de sentido entre a teoria da interpretação e as formas (e as correspondentes representações teóricas) da organização política e constitucional – a própria existência do controle de constitucionalidade opera inclusive uma confluên-

cia dos problemas surgidos e das soluções cogitadas nesses dois planos⁷.

Notas

¹ Cf. FERREJOHN, 2002.

² Em Portugal, por exemplo, onde Jorge Miranda (1988, p. 60-63) distingue entre o poder constituinte *formal*, a prerrogativa de elaborar e promulgar o documento constitucional, e o poder constituinte *material*, o processo de inflexão da ordem preexistente e de autoconformação do Estado segundo uma nova idéia de direito. É nesse fator determinante da abertura de toda era constitucional que se fundaria em última instância a legitimidade da constituição.

³ Isso se explica em parte pela impossibilidade de tornar institucionalmente concreta a exigência de unanimidade que deriva da idéia de autolegislação. A introdução do princípio majoritário cria então a distinção entre maioria e minoria e a possibilidade para esta última de contestar as decisões majoritárias por ofensa aos direitos fundamentais.

⁴ Entretanto, como observa Habermas (2000, p. 82), esse argumento só justifica diretamente a supremacia dos direitos fundamentais *políticos*, aqueles cuja função primária é a de “facilitar a qualificação dos cidadãos enquanto tais”.

⁵ Por exemplo: TROPER, 1994, p. 293-315; CHEVALLIER, 1994, p. 95-96.

⁶ A visão de uma conexão de sentido entre teoria política e teoria da interpretação a partir da estrutura clássica do Estado liberal aparece também em Coppens e Berten (1999), que desenvolvem contudo uma análise mais audaciosa, baseada “nas ligações que poderiam ser construídas, por intermédio da interpretação nos contextos de ação, entre o conceito de representação epistemológica e o conceito de representação política”.

⁷ Essa reflexão precisa estar consciente de um aspecto novo do problema, que, por enquanto, ainda não lhe é possível incorporar inteiramente em razão de sua configuração totalmente indefinida. Trata-se das transformações (que, para alguns, são uma verdadeira revolução) que afetam os próprios fundamentos do Estado moderno, e de que se tem falado mais intensamente desde que se formou a perspectiva do fim do “pequeno século XX” (HABERMAS, 1998, p. 71). O conjunto de fenômenos que põem em questão a soberania dos Estados-nação — a formação de organizações políticas supra-estatais, a ingerência, notadamente nos países periféricos, das instituições financeiras internacionais, a globalização das transações econômicas — afeta obviamente a idéia de democracia como exer-

cício da autonomia coletiva ou de uma “soberania nacional”. Isso porque a eficácia das normas produzidas no âmbito do Estado, qualquer que seja a fonte de sua suposta ou idealizada legitimidade democrática, fica de fato e em todo caso condicionada, numa medida obviamente muito variável e às vezes indefinida, à sua conformidade com as “leis” jurídicas, políticas ou econômicas transnacionais. As interpretações desse processo são muito contrastantes. Guehenno por exemplo considera estar assistindo desde 1989 ao fim não apenas do Estado-nação, mas da era “institucional” ou “política” e ao advento de uma era “imperial” e “relacional” na qual a democracia desaparece porque desaparecem o espaço público e a nação, substituídos por um entrelaçamento de redes. Nessa idade pós-política, “torna-se tão incongruente colocar a questão da legitimidade quanto indagar o caráter ‘justo’ ou ‘injusto’ de um programa de computador” (GUEHENNO 1995, 85). Essa leitura, que enxerga em tal processo um verdadeiro apocalipse da modernidade política, contrasta com o otimismo habermasiano, que vislumbra, na transferência parcial da soberania dos Estados-nação a uma unidade política supranacional, uma alternativa de sobrevivência do político em face de uma economia globalizada fora do alcance do poder regulador das formações estatais, que sozinhas não dispõem dos meios necessários para enfrentar os seus efeitos sociais e econômicos indesejados. A legitimidade democrática comunicacional pode, por sua vez, ser projetada sobre a cena pós-nacional com a formação de um espaço público à sua medida (HABERMAS, 1998, p. 82-97; 2001, p. 16). Seja como for, o aparecimento no horizonte das idéias de um “Estado pós-moderno” (CHEVALLIER, 2003) mais ou menos profundamente reconfigurado não poderá deixar de condicionar em curto prazo a inteligência contextual das teorias da interpretação.

Bibliografia

BERTEN, André; COPPENS, Philippe. Objectivité et représentation. In: WESCHE, Steffen; ZANETTI, Véronique (Org.). *Dworkin: un débat – in der diskussion – debating dworkin*. Bruxelas: Ousia, 1999. Droit prospectif, n. XIX – 56, 1994-1, p. 247-266.

CHEVALLIER, Jacques. *L'état de droit*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994.

_____. *L'état post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003.

DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1991.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, Baltimore, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

FERRY, Jean-Marc. *Philosophie de la communication: justice politique et démocratie procédurale*. Paris: Les Editions du Cerf, 1994.

GÉRARD, Philippe. *Droit et démocratie: réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*. Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. *Qu'est-ce que la démocratie?: la généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*. Paris: Armand Colin, 1998.

GUASTINI, Ricardo. Michel Troper sur la fonction juridictionnelle: droits. *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, Paris, n. 37, p. 111-122, 2003.

GUEHENNO, Jean-Marie. *La fin de la démocratie*. Paris: Flammarion, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Die postnationale constellation: politische essays*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

_____. Le paradoxe de l'Etat de droit démocratique. *Les temps modernes*, Paris, n. 610, p. 76-94, sept./nov. 2000.

_____. Pourquoi l'union européenne a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel?. *Cultures en mouvement*, Paris, n. 35, p. 11-18, mars 2001.

HERMET, Guy. *La démocratie*. Paris: Flammarion, 1997.

MARMOR, Andrei. Prefácio. In: _____ (Org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'état*. Paris: PUF, 1994.

VAN HOECKE, Mark. Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation. *Ratio juris*, v. 14, n. 4, p. 415-423, dec. 2001.

Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa

Clito Fornaciari Júnior

Sumário

1. Da falta de previsão legal expressa acerca do assunto. 2. Da afirmação da imprescritibilidade. 3. Da prescrição no prazo do direito comum. 4. Das normas que ensejam definir-se a prescrição após o curso de cinco anos.

1. Da falta de previsão legal expressa acerca do assunto

A natural demora nas investigações voltadas a colher dados para a propositura de ações diante da ocorrência de atos de improbidade administrativa tem feito surgir, com muita habitualidade, na contestação de demandas em que se pleiteia o ressarcimento de danos, a alegação de prescrição do direito, invocando-se o prazo de cinco anos, com respaldo em algumas normas que impõem esse prazo para postulações envolvendo, ativa ou passivamente, a Fazenda Pública, de modo a ensejar, na pior das hipóteses, o uso da analogia, com base na qual um entendimento nesse sentido poderia encontrar eco¹.

A tese, contudo, não tem recebido o beneplácito de nossos tribunais, que invocam, para afastar o óbice, muitas vezes fazendo uma simples afirmação sem maiores esclarecimentos, a regra do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, na qual estaria o limite para a definição, pelo legislador inferior, do tempo que se daria para a discussão dos atos de improbidade.

Clito Fornaciari Júnior é Mestre em Direito pela PUCSP, Advogado em São Paulo.

Assim, em ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se como enunciado que “é imprescritível a ação civil pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88)”². A leitura do aresto, entretanto, demonstra que a manchete não retrata o enredo, já que a questão específica da prescrição não foi enfrentada naquele julgamento, pois o recurso especial fora interposto sob a alegação de contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, discutindo a suposta omissão do tribunal local na apreciação do tema da prescrição, de modo que sequer poderia aquela Corte, *per saltum*, adentrar no exame do problema.

Por força do âmbito do recurso, a preocupação do julgador do Superior Tribunal de Justiça foi não de resolver a questão da prescrição em si, mas, sim, de demonstrar que não houvera silêncio sobre o tema, de vez que o mesmo fora expressamente tratado pelo tribunal recorrido, que proclamara, ele sim, a imprescritibilidade do direito de ação, com base naquela norma constitucional.

Realmente, no julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que ensejou o especial, não se verifica omissão, de vez que nele ficara assentado, literalmente, que “a ação civil pública é imprescritível (cfr. parte final do § 5º do art. 34 da Carta Magna); só a ação popular prescreve no prazo quinquenal (cfr. art. 21 da Lei Federal 4717/65)”³.

Noutra feita, o Tribunal de Justiça de São Paulo reafirmou a mesma idéia, com apoio na lição de Gianpaolo Poggio Smanio (1998, p. 89), deixando assentada a imprescritibilidade, igualmente com base no mesmo § 5º do art. 37 da Constituição da República⁴.

Curioso observar-se que o preceito a que se apegam os julgados nada diz, de modo direto e expresso, sobre a prescrição da ação de ressarcimento de danos, tratando apenas de anunciar que lei futura estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por agentes públicos que causem prejuízos ao erário, “ressalvas as respectivas ações de ressarcimento”⁵.

Da ressalva às ações de ressarcimento poderia inferir-se a conclusão de que o legislador constituinte as quis imprescritíveis?

2. Da afirmação da imprescritibilidade

A redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal indica que foi conferida atribuição para lei infraconstitucional estabelecer prazo de prescrição *apenas no que tange aos ilícitos praticados por qualquer agente público*; não se lhe determinando, de outro lado, que viesse a dispor sobre o prazo para o ajuizamento das ações de ressarcimento. Os julgados referidos levam um pouco além o enunciado constitucional e concluem que, por força da limitação ditada àquela suposta lei reguladora, as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis.

A interpretação, todavia, não se afigura correta.

A norma em questão cometeu, efetivamente, o estabelecimento de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, a uma nova lei que os disciplinaria, excepcionando, no entanto, as ações de ressarcimento. Para essas, na Constituição, nada veio a ser regrado. Daí, entretanto, serem elas vistas como imprescritíveis há uma distância muito grande, para o que faltam alguns elementos que deveriam ser retirados da própria norma constitucional e não só intuídos, como parece ser o caso.

A imprescritibilidade, em nosso sistema jurídico, representa uma situação anômala, não usual, que, portanto, somente poderia ser decorrente de previsão expressa e inequívoca (Cf. PEREIRA, 2000, p. 439), de vez que, em nosso Direito, todas as pretensões são prescritíveis, em maior ou menor prazo, conforme as disposições das leis infraconstitucionais.

Ademais, a interpretação que se haveria de dar ao preceito que impusesse a não prescrição deveria ser restritiva, por importar, segundo Carlos Maximiliano (2002, p. 190),

em um privilégio. Evidente que, se até uma norma hipotética dispendo nesse sentido obrigaria a exegese restritiva, não haveria como da inexistência da norma chegar-se a igual conclusão.

No caso, a imprescritibilidade deveria estar expressamente prevista na Constituição, exatamente porque da prescrição tratou a Lei Maior, delegando a sua disciplina, quanto a alguns aspectos, às menores. Se não procedeu do mesmo modo com relação ao ressarcimento, isso sozinho não autoriza concluir ter adotado a tese da não prescrição. Tanto é assim que, quando a Constituição previu demandas ou sanções não sujeitas à prescrição, fê-lo de modo expresso, como se verifica relativamente aos crimes de racismo (art. 5º, inciso XLII) e quanto às ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV). Não houve, relativamente a esses temas, um silêncio ou a simples proibição de norma inferior tratar do assunto, mas claramente se retirou a incidência do tempo sobre os fatos, proclamando-se a imprescritibilidade.

Em linhas gerais, a Constituição não reserva preocupação maior com as questões de ordem patrimonial, mesmo que pertinentes a dinheiro público. Assim, parece de todo contraditório conferir-se a uma pretensão simplesmente ressarcitória, versando sobre interesses materiais, ainda que afetos aos cofres públicos, a mesma dignidade que o sistema emprestou a outros bens e interesses jurídicos tutelados com a previsão de pena ao crime de racismo e à ação de grupo armado atentando contra a ordem constitucional ou o Estado, em relação aos quais se permite a apuração e punição dos fatos a qualquer tempo.

Os valores jurídicos aqui comparados são muito diferentes, hierarquicamente. Protege-se o próprio Estado e a Democracia, quando se permite alcançar a qualquer tempo a ação de quem contra eles atente, e, quando se apresenta a repulsa ao racismo, valoriza-se um dos objetivos fundamentais da

República e um dos princípios que, no âmbito internacional, regem a atuação do Brasil. Dessa forma, transparece não ser razoável sustentar-se a imprescritibilidade também da mera ação de ressarcimento, que longe está de justificar igual tratamento.

Não se está fazendo aqui uma exegese meramente literal da norma, porém está se buscando, na linha preconizada por Rodolfo Luis Vigo (1993, p. 16), a partir da letra da lei e à luz de certos problemas reais ou imaginários, saber o que é permitido. Avança-se, então, do texto em si, para alcançar todo o ordenamento e a multiforme realidade do direito.

Nessa linha, além de se comparar o interesse protegido com outros expressamente reputados imprescritíveis, não se pode esquecer de que a paz social, a tranqüilidade da ordem jurídica é o verdadeiro fundamento da prescrição (Cf. PEREIRA, 2000, p. 437), vista como “uma instituição necessária para a ordem social e para a segurança jurídica, introduzida em atenção ao bem público” (Cf. DÍEZ-PICAZO; GULLON, 1995, p. 283). Conclui-se, destarte, que a impossibilidade de se discutir pretensões após certo prazo atende à idéia de pacificação, conceito que também há de ser preservado, com ele, sem dúvida, havendo se preocupado o sistema jurídico pátrio, até em cumprimento a uma regra que guarda contornos universais.

Desse modo, e a par da imprescritibilidade soar contraditória em face do sistema e dos demais fatos vistos como não prescritíveis, a circunstância de a Constituição não encomendar, expressamente, uma nova disciplina legal para o assunto atendia a condições de momento, não representando óbice a que leis novas viessem a ser editadas, prevendo prescrição ou, então, que se aplicassem normas já existentes para reger a matéria. A dispensa da edição de um novo diploma, portanto, pode ser vista como o reconhecimento de que as leis existentes já supriam a matéria ou, quando não assim, como a limitação material do preceito que surgiria voltado somente para cuidar dos ilícitos de natureza criminal.

Interpretar de outra forma a questão seria visualizar a Constituição como uma norma restritiva, que impediria o trato de matérias afeitas à legislação infraconstitucional, sem criar cláusula pétrea e sem dispor sobre o assunto com a clareza que se faria de rigor, caso houvesse o intento de impedir, simplesmente, a criação de qualquer disposição diferente.

Se o Constituinte não quisesse a ingerência de norma inferior, não teria dito que as ações de ressarcimento não seriam disciplinadas pela norma que cuidasse da prescrição para os ilícitos, mas já teria ele próprio dito como reger-se-ia a prescrição e, principalmente, se fosse essa a sua intenção, proclamado a sua imprescritibilidade, igual ao que fez com o racismo e com os atos atentatórios à Constituição e ao Estado.

Não se pode entender que, pelo fato de a Constituição não ter mandado disciplinar a prescrição para as ações de ressarcimento, essas se tornaram imprescritíveis, porque se estaria pretensamente usando o argumento *a contrario*, que, no entanto, somente funciona quando se depara com uma regra excepcional (Cf. ASCENÇÃO, 1983, p. 343) e regra aqui sequer há. Acudindo-se da linha demarcada por Carlos Maximiliano (2002, p. 256), o fato de impor-se a afirmação pela lei de prazo para as sanções não representa estar a hipótese excepcionada totalmente liberada do prazo, porque, no Direito Constitucional, o princípio *inclusio unius alterius est exclusio* exige maior e mais discreta reserva do intérprete.

3. Da prescrição no prazo do direito comum

É certo que o mesmo parágrafo utilizado por alguns julgados para sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento serviu também para reconhecer a existência de prescrição, mas de vinte anos, ao tempo do Código Civil revogado⁶.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, após afirmar a impossibilidade

de ser estabelecido prazo prescricional para a ação ressarcitória pela norma que a viria disciplinar, concluiu que, “inexistindo previsão especial para tal hipótese, o prazo prescricional é o comum disciplinado pelo art. 177, do Código Civil”, repudiando, outrossim, a aplicação analógica da Lei n. 4.717/65 do Decreto n. 20.910/32 e da Lei n. 6.404/76, que foram invocados nas razões recursais daquele processo, procurando alcançar a prescrição pelo vencimento do quinquênio⁷.

Não se pode negar que a linha sustentada por essa decisão é mais coerente que a da imprescritibilidade, de vez que não a cria do silêncio da Constituição. Nem assim, porém, pode ser agasalhada, pois importaria em deslocar a questão do direito público para o privado, rompendo, de outro lado, com a isonomia, em vista de afastar essa modalidade de demanda dos prazos que gravitam em torno das pretensões envolvendo a Fazenda Pública.

4. Das normas que ensejam definir-se a prescrição após o curso de cinco anos

Destarte, a falta de disciplina constitucional e de imposição de uma nova lei para cuidar do assunto permite que se colham, no ordenamento, as previsões que melhor se adaptem ao caso, que podem, inclusive, ser encontradas na própria regra legal criada para regular os prazos para a aplicação de sanções por atos ilícitos praticados por agente público, da qual a Constituição não cobrou definição para as ações ressarcitórias, mas, nem por isso, a impediu de criá-la.

Em seu art. 23, a Lei n. 8.429/92 cuida, particularmente, da questão da prescrição, prevendo a sua consumação após cinco anos do término do exercício de mandato, de cargo em comissão e de função de confiança. Apesar de essa disposição prever o prazo de prescrição para “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei”, firmou-se entendimento segundo o qual a norma não se aplica para os

casos de ressarcimento de danos, incidindo somente com relação às penas de que cogita. Semelhante entendimento, sem dúvida, afronta a previsão legal.

A Lei n. 8.429/92 disciplina as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito, de modo que não haveria como se dissociar a questão da prescrição para o ressarcimento da previsão que a própria lei faz para o tema (art. 23). Assim, ela não distingue *entre sanções e ressarcimento*, até porque coloca, expressamente e sem qualquer margem de dúvida, entre as penas reservadas ao responsável pelo ato de improbidade, também o *ressarcimento integral do dano*, tanto no inciso I, como também nos incisos II e III do art. 12, que é o conteúdo integral do seu Capítulo III, denominado “Das penas”. Resulta disso, elementarmente, que, pelo texto legal, *o ressarcimento também é sanção* (“cominação”), não havendo, diante da clareza da regra, como apartar ambas situações.

Se estão tratadas nessa Lei todas as consequências e sanções que advêm para o responsável por ato de improbidade, inclusive o ressarcimento previsto no capítulo denominado “das penas”, não haveria como se deixar de colher, também nesse mesmo diploma, o prazo prescricional, que é por ela definido expressamente no art. 23, inciso I, após o *caput* proclamar que “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:”

Transparece inegável que, ao se entender que a prescrição do ressarcimento não estaria sujeita ao prazo disciplinado no art. 23 da Lei n. 8.429/92, está se contrariando a norma em questão, já que ela não está sendo aplicada quando deveria ser.

Ademais não fosse, mesmo que não se considerasse aplicável à hipótese o art. 23 da Lei n. 8.429/92, outros dispositivos existem que também conduzem à conclusão de que o prazo para promover a ação de ressarcimento é de cinco anos.

Assim, o art. 21 da Lei n. 4.717/65, que regula a ação popular, tratando, portanto,

de outro meio de defesa do patrimônio público e do seu ressarcimento, prevê prescrição de cinco anos. Não se revela pertinente afastá-lo por conta dos legitimados para a propositura da ação e das pessoas que necessariamente devem figurar no processo, como o fez julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, já citado⁸. Ambas as demandas objetivam igual finalidade, ou seja, procuram preservar o patrimônio público, em seu sentido amplo, sendo certo que a dita ação popular prestigia a iniciativa individual, não afastando a possibilidade de também por meio dela discutir-se improbidade administrativa, de forma que se pode ter identidade da própria causa de pedir em relação ao processo em que se busca ressarcir danos por conta da mesma improbidade.

Se o prazo para o ajuizamento de uma delas devesse ser maior, é inegável que haveria de sê-lo para a ação popular, de vez que o legitimado para sua propositura é pessoa física, o cidadão, sem, logicamente, dispor da organização daqueles que são os titulares da ação civil pública.

Quando não fosse essa a norma, pensável seria, então, restringir-se o prazo também a cinco anos, por força do que dispõe o Decreto n. 20.910/32, que protege o patrimônio público, tal qual a ação civil pública procura preservar, e que, prestigiando a regra da igualdade, haveria de ser aplicado não só quando o particular demanda o Estado, mas quando alguém demanda o particular, com a finalidade de repor o patrimônio público.

Como se denota, essas outras disposições, não fora a regra específica da própria ação baseada na improbidade, antepõem-se à adoção da tese da imprescritibilidade, conferindo respaldo a que se entenda como sendo o de cinco anos o prazo para o ajuizamento de ações promovidas para esse fim.

Notas

¹ Dessa forma, o Código Tributário Nacional prevê o prazo de cinco anos para pleitear a restituição.

ção de tributos pagos indevidamente (art. 168), para constituição do crédito tributário (art. 173) e para a cobrança do crédito tributário (art. 174); o Decreto n. 20.910, de 06.01.1932, fixa em cinco anos o prazo para a cobrança das dívidas passivas da União, Estados e Municípios (art. 1º); o Decreto-lei n. 4.597, de 19.08.1942, estendeu o prazo de prescrição previsto no Decreto n. 20.910 para as autarquias, entidades e órgãos paraestatais (art. 2º); a Lei n. 4.069, de 11.06.1962, prevê a prescrição da cobrança de dívidas referentes ao resgate de títulos federais, estaduais e municipais e dos juros, no prazo de cinco anos, desde que se tornaram devidos (art. 60); a Lei n. 4.717, de 19.06.1965, estabelece ser de cinco anos o prazo para o ajuizamento da ação popular (art. 21); e a Lei n. 9.429, de 02.06.1992, que cuida das penas para os atos de improbidade administrativa, restringe a possibilidade de denúncia até o prazo de cinco anos (art. 23).

² STJ – 1ª Turma, recurso especial n. 403153, de São Paulo, rel. JOSÉ DELGADO, julgado em 09.09.2003, publicado no *DJU* de 20.10.2003.

³ TJSP – 2ª Câmara de Direito Público, apelação cível n. 89119-5/2, rel. VANDERCI ÁLVARES, julgado em 24.08.1999, publicado no *DOE* de 15.09.1999.

⁴ Cf. TJSP – 6ª Câmara de Direito Público, apelação cível n. 199412-5/7-00, rel. AFONSO FARO, julgado em 10.02.2003, publicado no *DOE* em 10.04.2003. Ao julgar embargos de declaração oferecidos contra aquele acórdão, reconheceu-se que ele estava truncado e concluiu-se pela não aplicação da regra do art. 23 da Lei de Improbidade, porque “para o ressarcimento do dano não há prescrição, conforme dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal” (embargos de declaração n. 199412.5/9-01, julgado em 16.06.2003, publicado no *DOE* em 08.08.2003).

⁵ “Art. 37 - § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

⁶ Seguindo essa linha de raciocínio, o prazo agora seria de dez anos, por força do que dispõe o art. 205 do Código Civil: “a prescrição ocorre em 10(dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

⁷ TJSP – 3ª Câmara de Direito Público, agravo de instrumento n. 282418-4/4-00, rel. Laerte Sampaio, julgado em 15.10.2002, publicado no *DOE* de 13.12.2002.

⁸ Agravo de instrumento n. 282418-4/4-00 cit.

Bibliografia

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 3. ed. Lisboa: Fundação Golbenkian, 1983.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1.

LUIS VIGO, Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998.

Justiça social, mínimo social e salário mínimo

Uma abordagem transdisciplinar

Vincenzo Demetrio Florenzano

Sumário

1. Introdução. 2. A teoria da justiça de Rawls. 3. Os dois princípios da justiça. 4. Livre iniciativa e justiça social. 5. A base social da auto-estima. 6. Justiça distributiva. 7. Mínimo social *versus* salário mínimo. 8. Conclusão.

1. Introdução

A determinação do valor do salário mínimo por meio de lei é sempre um tema que gera muita polêmica e acirradas disputas políticas, sobretudo no Congresso Nacional. Tendo em vista o aprimoramento do ordenamento jurídico em vigor no Brasil, analiso os conceitos de mínimo social e salário mínimo, estabeleço um contraponto entre ambos e discuto a importância e a conveniência da determinação do valor do salário mínimo por meio de legislação federal, adotando a idéia da justiça de Rawls (1997) como referencial teórico.

Nesse intento, procuro valer-me de uma abordagem de natureza transdisciplinar¹, que passa por campos de conhecimento interconectados como Direito, Filosofia, Economia, Política e outros. Assim, combinando elementos e informações oriundos dessas áreas distintas do conhecimento, pretende-se elaborar uma análise que não se limita a uma perspectiva apenas política, ou econômica, ou jurídica, mas que tenta integrar esses diferentes aspectos numa abordagem transdisciplinar.

Vincenzo Demetrio Florenzano é Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo – USP e em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-graduado em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialização “Comparative Financial Market Regulation and Development” pela George Washington University nos Estados Unidos. Professor da Pontifícia Universidade Católica em Minas Gerais e da UNINCOR, nas disciplinas de Direito Econômico, Direito Financeiro e Moderna Teoria Contratual.

Segundo Bobbio (1997, p. 23): “A idéia-força que move Rousseau é que o Estado será tanto mais perfeito quanto mais a vontade do Estado coincida com a vontade geral”. A idéia-força que aqui nos move é que o ordenamento jurídico-econômico será tanto mais perfeito quanto mais a estrutura de incentivos que dele decorre for apta a promover pleno emprego com justiça social.

A nosso ver, essa idéia-força está em plena consonância com o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual os fundamentos do ordenamento jurídico-econômico são: justiça social, valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Esses valores estão intimamente associados uma vez que a promoção do pleno emprego das forças produtivas é a melhor forma de realização dos valores da livre iniciativa e do trabalho humano.

É nosso objetivo neste artigo demonstrar que uma sociedade bem ordenada do ponto de vista jurídico-econômico-social é aquela em que a estrutura de incentivos colocada para os agentes direciona a economia para o ponto de *maxmir*², ou seja, o ponto em que são maximizadas as expectativas das classes menos favorecidas.

2. A teoria da justiça de Rawls

A nosso ver, a concepção de justiça como equidade de Rawls (1997) é a interpretação filosófica mais feliz da idéia de justiça social.

Segundo o próprio autor, a teoria da justiça como equidade é uma vertente das teorias contratualistas. De fato, desde o início, Rawls (1997, p. 12) deixa claro que seu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se encontra, por exemplo, em Locke, Rousseau e Kant.

Nesse sentido, segundo esclarece Rawls (1997, p. 12),

“não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz

uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”.

Esses princípios, de acordo com o Autor, devem regular todos os acordos subseqüentes, especificar os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça Rawls denomina justiça como equidade.

Percebe-se que a idéia intuitiva da justiça como equidade de Rawls é considerar que os princípios primordiais da justiça constituem, eles próprios, o objeto de um acordo original em uma situação inicialmente definida. Esses princípios são aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa posição de igualdade, para determinar os termos básicos de sua associação.

Ao longo da obra, o autor argumenta que os dois princípios da justiça por ele concebidos são a solução para o problema da escolha que se coloca na posição original. Dadas as circunstâncias das partes, e o seu conhecimento, crenças e interesses, um acordo baseado nesses princípios é a melhor maneira para cada pessoa assegurar seus objetivos, em vista das alternativas disponíveis. Assim, Rawls defende a adoção do princípio da igual liberdade e do princípio da diferença como uma base equitativa de regulação da estrutura básica da sociedade.

A premissa da qual se parte é que há um conflito de interesses em relação ao modo como os benefícios e as vantagens decorrentes da colaboração mútua devem ser distri-

buídos. As pessoas não são indiferentes a essa distribuição já que, para perseguir seus fins, cada um prefere uma participação maior a uma menor. Sendo assim, para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas, é preciso escolher entre as várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens. Para proceder a essa escolha de forma justa, exige-se um conjunto de princípios. Esses princípios são os princípios da justiça social, que fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.

Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares, uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica e o desejo geral de justiça limita a perseguição de outros fins. Pode-se imaginar uma concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada.

O objeto primário da justiça é, segundo Rawls (1997, p. 5-8), a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes, entende-se a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais, de que constituem exemplos a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica, entre outros. Tomadas em conjunto como um único esquema, as instituições sociais mais importantes definem os direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida, o que eles podem esperar vir a ser e o bem-estar econômico que podem almejar.

Como explica Rawls (1997, p. 13), a posição original de igualdade, que corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social, não é concebida como

uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura, mas sim como uma situação puramente hipotética em que se supõe que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Na justiça como equidade, a posição original de igualdade é, pois, caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça.

Na posição original, os princípios da justiça são escolhidos sob um “véu de ignorância”. Isso garante que ninguém será favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Ninguém pode designar princípios para favorecer a sua condição particular. Os princípios da justiça são assim o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. Sendo assim, a posição original pode ser considerada o *status quo* inicial apropriado para que os consensos fundamentais nela alcançados sejam equitativos. Nesse sentido, a expressão “justiça como equidade” é apropriada à medida que transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. Mas, como adverte o autor³, “[a] frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase ‘poesia como metáfora’ não significa que os conceitos de poesia e metáfora sejam a mesma coisa”.

Se tivéssemos de conceber uma metáfora para ilustrar a idéia básica da justiça como equidade, poderíamos pensar no problema da divisão de um bolo de aniversário. Tendo em vista esse problema da repartição do bolo, que procedimento deveríamos adotar para obter a divisão mais justa possível? De acordo com a teoria da justiça como equidade, a melhor solução seria entregar a faca a uma pessoa, estabelecendo que essa pessoa vai ser a última a se servir. Por analogia, no caso da organização da estrutura básica da

sociedade, aqueles que fossem incumbidos de decidir acerca dos princípios e das regras de ordenação da sociedade, portanto, aqueles que vão decidir acerca da distribuição das vantagens e dos benefícios da cooperação social devem proceder tendo em mente que serão os últimos a se servir, ou seja, pensando que lhes tocará ocupar as posições menos favorecidas da estrutura social⁴.

3. Os dois princípios da justiça

Rawls (1997) sustenta que as pessoas, numa situação inicial como a descrita, agindo com deliberação racional, adotariam os dois princípios da justiça como meio de ordenar a sociedade de forma justa. O primeiro princípio exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos. O segundo, afirma que desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para os membros menos favorecidos da sociedade.

Como esclarece o autor⁵, o conceito de racionalidade deve ser interpretado tanto quanto possível no sentido estrito, que é padrão em teoria política, de adotar os meios mais eficientes para determinados fins. Assim, de forma genérica, considera-se que uma pessoa racional tem um conjunto de preferências entre as opções que estão a seu dispor. Ela classifica essas opções de acordo com a sua efetividade em promover seus propósitos e decide pelo plano que satisfará uma quantidade maior de seus desejos, e que tem as maiores probabilidades de ser implementado com sucesso.

Os princípios da justiça são enunciados por Rawls (1997, p. 333) nos seguintes termos:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

(a) tragam maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

O primeiro princípio se relaciona aos aspectos do sistema social que definem e asseguram liberdades básicas iguais. É o padrão primário para a convenção constituinte. Seus requisitos principais são os de que as liberdades individuais fundamentais e a liberdade de consciência e a de pensamento sejam protegidas e de que o processo político como um todo seja um procedimento justo. Assim, a constituição estabelece um *status* comum seguro de cidadania igual e implementa a justiça política.

O segundo princípio se relaciona aos aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades econômicas e sociais. Atua no estágio da legislatura, determinando que as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e obedecendo à manutenção das liberdades iguais.

No tocante às liberdades básicas iguais, as mais importantes, segundo Rawls (1997, p. 65), são “a liberdade política (direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa; o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito)”.

Outro ponto importante anotado pelo autor é que os princípios devem obedecer à uma ordenação serial, em que o primeiro

princípio antecede o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades têm o âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas.

De se observar, contudo, que nenhuma dessas liberdades é absoluta uma vez que podem ser limitadas quando se chocam umas com as outras; entretanto, elas são ajustadas de modo a formar um único sistema, que deve ser o mesmo para todos.

Esclarece, ainda, Rawls (1997, p. 66) que os dois princípios são partes de uma concepção mais geral de justiça, segundo a qual todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.

Como se depreende da obra citada, essa concepção geral de justiça não impõe restrições quanto aos tipos de desigualdades permissíveis; apenas exige que a posição de todos seja melhorada. Assim, considerando a distribuição de renda entre as classes sociais, a desigualdade é justificável somente se a sua diminuição tornar a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida. Isso porque as maiores expectativas permitidas aos empresários os encorajam a fazer coisas que elevam as perspectivas da classe trabalhadora. Suas perspectivas melhores funcionam como incentivos para que o processo econômico seja mais eficiente, a inovação se instaure num ritmo mais acelerado, e assim por diante.

Na teoria da justiça como equidade, por suposto, cada pessoa ocupa duas posições relevantes: a da cidadania igual e a posição definida pelo seu lugar na distribuição de renda e riqueza. A estrutura básica da sociedade favorece alguns lugares de parti-

da em detrimento de outros na divisão dos benefícios da cooperação social. São essas desigualdades que os dois princípios da justiça devem regular.

Pelo princípio da diferença, devemos maximizar as perspectivas dos menos favorecidos, que, como esclarece o autor⁶, são os menos beneficiados de acordo com cada um dos três tipos principais de contingências: 1) – pessoas cuja origem familiar e de classe é menos favorecida que a de outros; 2) – pessoas cujos dotes naturais (na medida em que estão desenvolvidos) lhes permitem um bem-estar menor; 3) – pessoas cuja sorte ao longo da vida acaba por revelar-se menos feliz.

4. Livre iniciativa e justiça social

Não há dúvida que justiça e liberdade estão intimamente associadas. Dificilmente, o valor justiça social poderá ser realizado se as liberdades individuais básicas não estiverem minimamente asseguradas. De acordo com a teoria da justiça como equidade de Rawls (1997, p. 237), que abraçamos integralmente, o respeito às liberdades individuais básicas é condição necessária para a justiça social, pois “a justiça é infringida sempre que a liberdade igual é negada sem uma razão suficiente”. Uma sociedade para ser justa deve respeitar as liberdades individuais básicas, embora isso, por si só, não seja suficiente para assegurar que essa sociedade será justa. A garantia das liberdades individuais básicas é, portanto, uma condição necessária mas não suficiente para a instituição de uma sociedade justa.

O problema da liberdade, de acordo com Rawls (1997, p. 237), é o da escolha de um princípio pelo qual as reivindicações que os homens fazem reciprocamente devem ser reguladas. E os princípios que, segundo ele, autorizam que reivindicações sejam dirigidas a instituições são os que seriam escolhidos na posição original.

Como é sabido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já no artigo primeiro, acolhe a livre iniciativa como

valor a ser realizado para que o ordenamento seja justo; a questão crucial que se coloca é a de investigar as condições em que a liberdade de iniciativa pode ser limitada, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, nenhum direito ou valor pode ser absoluto.

Embora Rawls não considere a livre iniciativa como incluída entre as liberdades individuais básicas⁷, a exposição desenvolvida por ele⁸ em relação à liberdade de consciência e de expressão é de grande valia na abordagem desse ponto. Assim, por analogia, temos que restrições à liberdade de iniciativa dentro dos limites, por mais imprecisos que sejam, do interesse do Estado na ordem pública são limitações que derivam do princípio do interesse comum, que decorre, logicamente, da compreensão que a manutenção da ordem pública é uma condição necessária para que todos possam realizar seus objetivos.

A propósito, esclarece Rawls (1997, p. 231) que, “ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo para a liberdade de todos”. Esse é o fundamento para que se proíba, por exemplo, a produção de armas químicas e/ou nucleares de destruição em massa, a fabricação de produtos nocivos à saúde, o desenvolvimento de atividades que causam danos ao meio-ambiente, a produção e a comercialização de tóxicos, etc.

Mas, a liberdade de iniciativa, como ocorre com a liberdade de consciência e de expressão, só deve ser cerceada quando há suposições razoáveis de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública ou o interesse comum. “Essas suposições devem basear-se em evidências e formas de raciocínio aceitáveis para todos. Devem apoiar-se na observação comum e nas maneiras de pensar que são geralmente reconhecidas como corretas (incluindo-se os métodos da investigação

científica racional que não forem controversos)⁹”.

No desenvolvimento desse raciocínio, transparece claramente a interação entre justiça e liberdade. De acordo com o autor¹⁰, a confiança naquilo que pode ser estabelecido e reconhecido por todos funda-se ela mesma nos princípios da justiça. Decorre que a limitação da liberdade só se justifica quando for necessária para a própria liberdade, para impedir uma incursão contra a liberdade que seria ainda pior. Portanto, numa convenção constituinte, as partes devem optar por uma constituição que garanta uma igual liberdade, limitada unicamente por motivos reconhecidos e aceitos, quando esses motivos indicarem “uma interferência razoavelmente certa nos fundamentos da ordem pública”.

A descrição geral de uma liberdade, então, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo. Dada essa especificação das liberdades básicas, pressupõe-se que, na maioria dos casos, perceba-se claramente se um instituto legal de uma lei realmente restringe ou simplesmente regula uma determinada liberdade básica¹¹.

5. A base social da auto-estima

Outro ponto notável da teoria da justiça como equidade é o do posicionamento da auto-estima como elemento fundamental para a construção de uma base social justa e estável.

Nessa construção, a auto-estima é tão importante que Rawls (1997, p. 487) a qualifica como bem primário, sem o qual nenhuma atividade valeria a pena. Sem esse bem primário, diz ele, todo desejo e atividade se tornam vazios e inúteis, e afundamos na apatia e no cinismo. Portanto, as partes na posição original desejariam evitar quase a qualquer custo as condições sociais que sobrepõem a auto-estima.

Segundo Rawls (1997, p. 603), uma sociedade bem organizada se define como aquela que é regulada por uma concepção pública da justiça. Os membros dessa sociedade são e se consideram pessoas éticas, livres e iguais. Cada um é e se considera detentor de objetivos e interesses fundamentais em nome dos quais julga legítimo fazer reivindicações mútuas; e cada um é e se considera detentor de um direito ao respeito e à consideração iguais na determinação dos princípios que devem governar a estrutura básica da sociedade. Esses indivíduos também têm um senso de justiça que normalmente regula a sua conduta. A posição original é especificada de modo a incorporar a reciprocidade e a igualdade adequadas entre as pessoas assim concebidas; e, como seus objetivos e interesses fundamentais são protegidos pelas liberdades garantidas pelo primeiro princípio, elas atribuem prioridade a esse princípio.

A fim de garantir, a partir da perspectiva da posição original, a realização de seus planos racionais, os membros da sociedade são levados a dar precedência às liberdades básicas. Após analisar os fundamentos dessa precedência, Rawls (1997, p. 605) passa a examinar se essa prioridade das liberdades básicas não seria minada por questões relativas à distribuição de riqueza.

O problema é que, mesmo quando as carências essenciais estivessem satisfeitas e os meios materiais necessários obtidos, poderia persistir a preocupação das pessoas com sua posição relativa na distribuição de riqueza. Assim, se supomos que todos querem uma parte proporcionalmente maior, o resultado poderia ser da mesma forma um desejo crescente de abundância material. Como cada um lutaria por um objetivo que não poderia ser atingido coletivamente, é concebível que passasse a preocupar-se cada vez mais com o aumento da produtividade e com a melhoria da eficiência econômica. Esses objetivos poderiam tornar-se tão dominantes a ponto de minar a precedência da liberdade.

Se o modo como cada um é valorizado pelos outros realmente depende de seu lugar relativo na distribuição de renda e riqueza, nesse caso, ter um *status* superior implica simplesmente ter mais meios materiais do que a maioria da sociedade. Nem todos podem ter o *status* mais alto, e melhorar a nossa posição significa piorar a de uma outra pessoa. A cooperação social que visa à elevação das condições do respeito próprio é impossível nesse quadro. Os meios do *status*, por assim dizer, estão fixos, e o ganho de cada homem acarreta a perda de um outro. Nessa situação, as pessoas são colocadas umas contra as outras na busca de sua auto-estima.

Isso é uma lástima do ponto de vista social. A melhor solução para esse problema, segundo Rawls (1997, p. 607), “é apoiar, na medida do possível, o bem primário da auto-estima através da atribuição das liberdades básicas, que podem realmente tornar-se iguais, definindo o mesmo *status* para todos”. Com isso, a distribuição relativa de bens materiais ficaria relegada a um segundo plano.

A idéia de Rawls é que, em uma sociedade bem ordenada, a auto-estima é garantida pela afirmação pública do *status* de cidadania igual para todos, permitindo-se que a distribuição de bens materiais tome seu próprio curso, pressupondo-se que instituições básicas justas, reguladas em conformidade com os princípios da justiça, assegurem a maximização das perspectivas das classes menos favorecidas, diminuindo os limites das desigualdades. Essa sustentação mais adequada à auto-estima das pessoas aumenta a eficácia da cooperação social.

6. *Justiça distributiva*

O principal problema da justiça distributiva, segundo Rawls (1997, p. 303), é a escolha de um sistema social que seja estruturado de modo que a distribuição dos benefícios da cooperação social seja justa. Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o

processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas.

Tendo em vista um moderno estado democrático de direito, Rawls (1997, p. 303) faz uma descrição dessas instituições. Em primeiro lugar, a estrutura básica da sociedade deve ser regulada por uma constituição que assegure as liberdades de cidadania igual. O processo político deve ser conduzido como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação que atenda aos princípios da justiça. Também deve estar assegurada uma igualdade de oportunidades que seja equitativa em oposição a uma igualdade meramente formal. Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo deve assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares, seja estabelecendo um sistema de ensino público. Há também que se reforçar e assegurar a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas.

Além dessas instituições, Rawls (1997, p. 303) ressalta a necessidade de se instituir um mínimo social. Segundo ele, o governo deve assegurar um mínimo social, seja por salário-família e subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo).

No estabelecimento dessas instituições básicas da sociedade, Rawls (1997, p. 304) divide o governo em quatro grandes setores. Cada setor se constitui de vários órgãos, ou atividades a eles relacionadas, encarregados da preservação de certas condições econômicas e sociais. O primeiro setor, de-

nominado setor de alocação, serve para manter a competitividade do sistema de preços dentro dos limites do factível, e para impedir a formação de um poder sobre o mercado que não seja razoável. Esse setor também se encarrega de identificar e corrigir os desvios em relação à eficiência, causados pelo malogro dos preços em medir com precisão os custos e benefícios sociais. Para isso, impostos e subsídios podem ser utilizados, ou o alcance e a definição do direito de propriedade pode ser revisto. O segundo setor, denominado setor de estabilização, ocupa-se de promover o pleno emprego, no sentido de que aqueles que querem trabalho possam encontrá-lo, e a livre escolha de ocupação e o desenvolvimento das finanças sejam assegurados por uma forte demanda efetiva. Esses dois primeiros setores, em conjunto, têm a incumbência de manter a eficiência da economia de mercado em termos gerais. O terceiro setor, denominado setor de transferência, tem por responsabilidade garantir o mínimo social. O mecanismo de preços do livre mercado não leva em conta as necessidades básicas dos indivíduos. Portanto, cabe a esse setor fazer isso, atribuindo a essas necessidades um peso apropriado em relação às outras demandas. Os mercados competitivos adequadamente regulados promovem uma utilização eficiente dos recursos escassos da sociedade, mas ignoram os problemas da pobreza e da exigência de um padrão mínimo de vida adequado. Compete, pois, ao setor de transferência complementar o que é assegurado pelo mercado, garantindo um certo nível de bem-estar, que pressupõe o atendimento de necessidades básicas dos menos favorecidos. Por fim, coloca-se o setor de distribuição, cuja função é preservar uma justiça aproximativa das partes a serem distribuídas por meio da taxaço e dos ajustes no direito de propriedade que se fazem necessários.

Nessa construção¹², o sistema de tributação, que é parte integrante do quarto setor, desempenha um papel crucial, tendo

duas tarefas fundamentais a realizar: 1 – arrecadar a receita necessária para o Estado cumprir seu papel; 2 – redistribuir a renda e a riqueza de forma justa. Para realizar essas tarefas, o sistema tributário requer impostos sobre heranças e doações, sendo que o propósito desses tributos não é aumentar a arrecadação, mas sim corrigir, de forma gradual e contínua, a distribuição de riqueza e impedir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades. No tocante à arrecadação, o governo deve retirar da sociedade apenas o que for necessário para que possa fornecer os bens públicos e fazer os pagamentos de transferências exigidos para que os princípios da justiça sejam satisfeitos. Portanto, as duas tarefas do setor de distribuição (sistema tributário) decorrem dos princípios da justiça. O imposto sobre a herança e sobre a renda a taxas progressivas (quando necessário) e a definição legal dos direitos de propriedade devem assegurar as instituições de liberdade igual em uma democracia da propriedade privada, assim como o valor equitativo dos direitos estabelecidos por elas. Os impostos proporcionais sobre as despesas (ou sobre a renda) devem fornecer receita para manter os bens públicos, o setor de transferências e o estabelecimento da igualdade equitativa de oportunidades na educação, e em outros campos, de modo a implementar o segundo princípio.

7. Mínimo social versus salário mínimo

Tendo em vista o aprimoramento do ordenamento jurídico em vigor no Brasil no tocante à questão da justiça distributiva, é oportuno, a esta altura, estabelecer um contraponto entre as concepções de mínimo social e salário mínimo.

Como vimos acima, o mínimo social é composto pelo salário pago pela iniciativa privada mais a transferência (salário-família, bolsa-escola, cupom de alimentação, etc.) paga pelo setor público (Estado). O que que-

remos ressaltar é que a instituição de um mínimo social seria muito mais valiosa, útil, efetiva para as classes menos favorecidas, notadamente a classe trabalhadora, do que é a instituição de um salário mínimo, como previsto no art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, estamos plenamente convencidos de que a Assembléia Constituinte teria feito muito mais bem à classe trabalhadora brasileira se, em vez do salário mínimo, tivesse assegurado um mínimo social (salário + transferência). O salário mínimo, fixado em lei, como prevê o inciso IV, do art. 7º, da CF/88 nunca foi e nunca será capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador, muito menos de sua família. Isso porque o mercado não vai pagar ao trabalhador mais do que ele adiciona à produção. Melhor dizendo, no Brasil, temos uma enorme massa de trabalhadores sem qualificação que adiciona muito pouco valor ao produto final. Sendo assim, esses trabalhadores não vão conseguir no mercado uma remuneração capaz de atender suas necessidades básicas (moradia, alimentação, saúde, educação, etc.). E não adianta tentar aumentar a remuneração desses trabalhadores por meio de lei. Isso só vai gerar mais desemprego. A solução para esse problema é a transferência de renda. O Estado tem de cumprir sua função de redistribuir renda. E o meio mais eficiente para realizar essa função é o sistema tributário. É preciso recolher (via tributo) de quem tem e transferir para quem não tem. Se não for assim, jamais resolveremos o problema da pobreza e da distribuição perversa de renda que nos assola desde o período colonial.

Também neste ponto, portanto, comungamos plenamente com o pensamento de Rawls (1997, p. 305-306), segundo o qual “... a justiça das parcelas a serem distribuídas depende das instituições básicas e de como elas alocam a renda total, isto é, os salários e outros rendimentos acrescidos de transferências. É com razão que se objeta fortemente contra a determinação da renda

total pela competição, já que esse procedimento ignora as exigências da pobreza e de um padrão de vida adequado. Do ponto de vista do estágio legislativo, é racional que asseguremos para nós e nossos descendentes uma proteção contra essas contingências do mercado. De fato, pode-se presumir que o princípio da diferença exige isso. Mas, uma vez fixado um mínimo pelas transferências, pode ser perfeitamente justo que o resto da renda total seja estabelecido pelo sistema de preços, supondo-se que ele seja moderadamente eficiente e livre de restrições monopolizantes, e que os efeitos dos fatores externos que excedem os limites do razoável tenham sido eliminados. Além disso, esse modo de lidar com as reivindicações da pobreza parece mais eficiente do que a tentativa de regular a renda por padrões de salário-mínimo e métodos afins. É melhor atribuir a cada setor apenas as tarefas que são compatíveis entre si. Como o mercado não é adequado para responder às reivindicações da pobreza, estas últimas deveriam ser atendidas por um organismo separado. A questão de saber se os princípios da justiça são ou não satisfeitos gira, portanto, em torno da questão de saber se a renda total dos menos favorecidos (salários mais transferências) possibilita a maximização de suas expectativas a longo prazo (obedecendo às restrições da liberdade igual e da igualdade eqüitativa de oportunidades)”.

Rawls (1997, p. 165) reconhece que a decisão sobre o limite das transferências de renda pertence ao juízo político sobre o qual a teoria da justiça não tem nada a dizer. Não obstante, deixa claro que, no seu modo de ver, a regra de *maxmin* proporciona a solução ideal em termos de justiça distributiva para qualquer sociedade.

8. Conclusão

Como dissemos no início, o nosso objetivo neste artigo é trazer uma contribuição para o aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio.

Do ponto de vista do ideal de justiça social, uma sociedade bem ordenada, de acordo com a teoria da justiça de Rawls, é aquela que promove a distribuição dos bens materiais que assegura a maximização das perspectivas das classes menos favorecidas, diminuindo os limites das desigualdades.

Como bem observa Rawls (1997, p. 109): “A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos”.

No que diz respeito à regulação do sistema social, o critério básico para se julgar qualquer norma jurídica é a eficiência de seus resultados. Segundo Rawls (1997, p. 250), no tocante às liberdades individuais básicas, descobre-se a melhor ordenação pela observação de suas conseqüências sobre o sistema completo de liberdade. Por analogia, no tocante à economia, descobre-se a melhor regulação pela observação de suas conseqüências sobre o sistema econômico.

Nessa linha, defendemos que a instituição de um mínimo social, composto pelo salário pago pela iniciativa privada mais a transferência efetivada pelo Estado, seria mais benéfica para as classes menos favorecidas do que a instituição de um salário mínimo, fixado em lei, como previsto no art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Sabemos, contudo, que, em teoria, discute-se se é mais justo adotar um critério meritório (a cada um de acordo com seus méritos) ou um critério mais igualitário (a cada um de acordo com suas necessidades). Na prática, o Estado tira renda dos grupos que têm menos poder político e passa para os grupos que têm mais poder político. O alinhamento do poder determina como o Estado redistribui renda entre ricos e pobres, como bem percebeu Cooter (2000, p. 264).

A essa reflexão, acrescentamos a de Rawls (1997, p. 247) quando diz que: “Historicamente, um dos principais defei-

tos do governo constitucional tem sido a sua incapacidade de assegurar o valor equitativo da liberdade política. As medidas corretivas necessárias não têm sido tomadas; na verdade, parece que nunca foram consideradas seriamente. Disparidades na distribuição da propriedade e riqueza que em muito excedem o que é compatível com a liberdade política têm sido geralmente toleradas pelo sistema legal. Recursos públicos não têm sido empregados a fim de manter as instituições exigidas para garantir o valor equitativo da liberdade política. (...) O poder político rapidamente se acumula e se torna desigual; e, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado e de suas leis, aqueles que conseguem a predominância podem muitas vezes garantir para si mesmos uma posição privilegiada. Assim, as desigualdades do sistema socioeconômico podem solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições historicamente favoráveis. O sufrágio universal é um contrapeso insuficiente; pois, quando os partidos e as eleições são financiados não por fundos públicos mas por contribuições privadas, o fórum político fica tão condicionado pelos desejos dos interesses dominantes que as medidas básicas necessárias para estabelecer uma regra constitucional justa raramente são apresentadas de modo adequado”.

A argumentação *supra* expendida não tem a pretensão de demonstrar o acerto das posições defendidas. Se, todavia, “... o esquema como um todo parece, ao refletirmos, esclarecer e ordenar os nossos pensamentos, e se tende a reduzir dissensões e a alinhar convicções divergentes, já fez tudo o que se pode razoavelmente esperar¹³”.

Notas

¹ A respeito Cf. MIAILLE, 1989, p. 60-61. Pedimos vênia para transcrever o seguinte pensamento do referido autor acerca da transdisciplinaridade: “Mas não tenho de fazer aqui o processo da univer-

sidade, eu queria só mostrar um obstáculo epistemológico. Este encontra-se todo inteiro, expresso e mantido pelas estruturas universitárias actuais, na concepção de que é desejável uma análise isolada do direito, acompanhada, é certo, por alguns conhecimentos periféricos dados por outras disciplinas. É esta lógica ‘do centro e da periferia’ que me parece viciosa. O erro reside no facto de tal perspectiva estar necessariamente ligada a uma compreensão tecnológica do direito e, portanto, a uma definição empírico-descritiva da ciência jurídica. (...) Assim pois, a interdisciplinaridade não pode fornecer resposta à nossa busca de uma ciência do direito que não seja outra coisa que não uma descrição das técnicas jurídicas. É preciso procurar para lá da pluridisciplinaridade; na direcção daquilo que eu chamarei transdisciplinaridade, quer dizer, a ultrapassagem das fronteiras actuais das disciplinas. Esta ultrapassagem não significa que não existam objectos científicos legitimando investigações autónomas, mas estes não têm existência senão num campo científico único que chamaremos, na esteira de alguns, ‘o continente história’. Esta imagem espacial quer simplesmente significar que se trata, após a matemática e a física terem sido definidas no seu objecto e nos seus métodos, de dar vida a um outro ‘continente’ científico, que teria por objecto o estudo das sociedades e suas transformações ao longo da história”.

² O termo *maxmin* significa o *maximum minimum*. Trata-se de uma regra, segundo a qual entre várias alternativas possíveis, devemos optar por aquela que seja menos prejudicial para os que estão pior posicionados. Para exemplificar, podemos imaginar o caso de uma competição em que há um prêmio de R\$100,00 (cem) reais a ser dividido entre três competidores. Supondo que todos os três participantes devem receber alguma coisa e que o primeiro deve receber mais do que o segundo, que, por sua vez, deve receber mais do que o terceiro colocado, há várias maneiras de repartir o prêmio. Para simplificar, vamos admitir apenas três alternativas que denominaremos A1, A2, A3. Na alternativa A1, o primeiro colocado recebe R\$ 60,00, o segundo R\$ 30,00 e o terceiro R\$ 10,00. Na alternativa A2, o primeiro recebe R\$ 70,00, o segundo R\$ 20,00 e o terceiro R\$ 10,00. Na alternativa A3, o primeiro recebe R\$ 50,00, o segundo R\$ 30,00 e o terceiro R\$ 20,00. A regra *maxmin* determina que se opte pela alternativa A3, porque é a mais favorável (ou menos penosa) para o terceiro colocado que é o que está pior posicionado.

³ Cf. RAWLS, 1997, p. 14.

⁴ Segundo Rawls (1997, p. 165): “... os dois princípios da justiça são aqueles que uma pessoa escolheria para a concepção de uma sociedade em que o seu lugar lhe fosse atribuído por seu inimigo”.

⁵ Cf. RAWLS, 1997, p. 15.

⁶ Cf. RAWLS, 1997, p. 103.

⁷ Embora a teoria da justiça como equidade tenha sido desenvolvida pressupondo uma democracia de propriedade privada, Rawls (1997, p. 302) deixa claro que a teoria vale para o capitalismo (propriedade privada dos meios de produção) tanto quanto para o socialismo (propriedade coletiva dos meios de produção). Coerentemente com essa posição, ele não inclui a livre iniciativa entre as liberdades individuais básicas asseguradas pelo princípio da igual liberdade.

⁸ Cf. RAWLS, 1997, p. 223-235.

⁹ Cf. RAWLS, 1997, p. 231-232.

¹⁰ Cf. RAWLS, 1997, p. 232.

¹¹ Cf. RAWLS, 1997, p. 219-220.

¹² Cf. RAWLS, 1997, p. 307.

¹³ Cf. RAWLS, 1997, p. 56.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito* – Lisboa: Imprensa Universitária Editorial Estampa, 1989.

COOTER, Robert D. *The strategic constitution*. Princeton University Press, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROUANET, Luiz Paulo. *Rawls e o enigma da Justiça*. São Paulo: Unimarco, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores).

O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen

João Batista Marques

Sumário

Introdução. 1. A democracia para Hans Kelsen. 2. O princípio de maioria segundo Kelsen. Conclusão.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal descrever, analisar e ter em conta a aportação científico-teórica que fez Hans Kelsen, ainda que seja relevante trazer à discussão toda a temática relacionada, no campo do sistema de governo proposto pela Democracia. Também é objeto deste escrito, sem embargo de buscar subsídio acerca do pensamento kelseniano sobre a democracia em obras que sobre ele se puseram, o esforço para apreender e compreender a contribuição que deu à História, tendo-se como fio condutor sua obra mestra “*Esencia y valor de la democracia*”. Basicamente, as idéias desenvolvidas por Kelsen, para tentar encontrar as respostas para a questão democrática, estão dispostas nos dois momentos¹ em que o renomado mestre de Viena aborda o tema: no primeiro caso, com a publicação de seu livro em 1920; e no segundo caso, quando levou a cabo a publicação de sua outra obra intitulada “*Los Fundamentos de la Democracia*”, em 1955, onde reitera suas anteriores manifestações.

A obra extensa e profunda de Kelsen reflete sua compreensão e entendimento de que a Democracia é, acima de quaisquer outras vicissitudes, um procedimento para

João Batista Marques é Advogado, Professor, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidad Complutense de Madrid.

a tomada de decisões políticas, seja para o fim do bom governo do povo, ou seja para o fim da legitimação desse próprio sistema governativo.

Por uma medida de lealdade intelectual, é oportuno apontar que o pensamento do autor em comento não obteve a unanimidade, tendo sido objeto de ferrenhas críticas. Entre aqueles que objetam as idéias desse autor, imputam-lhe a condição de um baluarte da antidemocracia.

Inobstante tal pensamento, teve o grande mentor do constitucionalismo de Áustria o mérito de sobrepor uma lógica consistente na reflexão acerca do modelo democrático de gestão dos conflitos de interesses em uma sociedade organizada e civilizada. Portanto, tal pecha há que ser rechaçada, pois sua posição doutrinária conduz à consciência de que a democracia é procedimental, devendo ser ela afastada, por ademais de ser equivocada, em razão de que nada tem a ver com apreciações valorativas concretas de determinada realidade que haja servido de base para as formulações em torno do tema.

Quando Kelsen descreve sua Teoria Pura do Direito, está preocupado em explicar o fenômeno jurídico desde uma visão distanciada de todas as influências exteriores ao dito fenômeno, como as influências sociológicas, históricas, econômicas, etc. Entende ele a Democracia, nesse particular, em termos de essencialidade de concreção, como um modelo puramente formal de gestão e gestão dos interesses comuns, pela primazia dos princípios garantidores da liberdade do indivíduo, do fortalecimento da participação do titular da soberania, que é o povo, de maneira não direta, mas de maneira a ser exercida por representantes em um órgão articulador das decisões políticas relevantes, mediante um método ou procedimento formal de tomada de decisões baseado na transação, na negociação, que deverá existir entre a maioria e a minoria, com o necessário respeito à segunda.

Em última instância, Kelsen entende que a relevância da democracia subsiste latente

no meio social, reverberando como meio suficiente e necessário para a formação da vontade geral.

1. A democracia para Hans Kelsen

O primeiro que salta à vista quando se está a examinar o tema da democracia em Hans Kelsen é a premissa básica que sustenta seu raciocínio lógico, ou seja, para ele Estado e Direito significam basicamente o mesmo conteúdo, já que essas duas construções culturais do homem moderno aglutinam o *modus vivendi* e o *modus operandi* de todo o atuar em sociedade, determinando ambos as condutas estabilizadas e desejadas. Isso, precisamente, porque, em sua definição de democracia, o traço característico é a participação individual nas decisões que afetam ao todo, ou melhor, é o grau de envolvimento no governo da engenharia constitucional, no dizer de Sartori (2004), criada e mantida na comunidade em que cada um dos indivíduos está submetido.

Um segundo posicionamento em torno ao pensamento kelseniano dá argumentos fortes à posição de que a democracia, como modo de organização e participação social, é antes de tudo um método, um procedimento para permitir os debates, as articulações, transações e negociações entre as distintas correntes e forças políticas que representam os interesses dispersos e difusos na sociedade, com o fim de que possa concretizar, de um modo pragmático, o que resultar do que aqui se denomina Vontade Política.

A reflexão de Kelsen realça que, inexoravelmente, Sociedade e Estado hão de conviver sob a condição de um esquema de ordenação que fixe os parâmetros que compatibilizem liberdade e igualdade de seus participantes. Está subjacente a esse posicionamento um conteúdo essencial axiologicamente previsto para os fins de garantia dos valores humanos fundamentais baseados nos ideais da Justiça e da Igualdade.

Kelsen (1989, p. 227), definitivamente, põe de manifesto a vinculação ingente e ne-

cessária entre a democracia e a liberdade. E esse posicionamento resulta evidente, pois o significado intrínseco do procedimento democrático é a garantia da máxima liberdade aos que estão submetidos à condição da natureza humana, em que o homem há de compatibilizar o binômio necessidade/dificuldade de mútua convivência.

Hans Kelsen (1995, p. 337-338), em sua obra sobre a teoria geral do Estado e do Direito relativiza a idéia de democracia e, como aponta magistralmente Monereo Pérez (2002, p. XIV), parte da idéia da mutável e sempre cambiante experiência histórica, rechaçando a hipótese de um valor absoluto transcendente. Quer isso dizer que, em sociedade, vale a regra de que todos são iguais, por definição.

De todas maneiras, Kelsen reforça a idéia de democracia como método ou procedimento para formação e obtenção da Vontade Política da sociedade, e que, de acordo com a obra citada:

“en todo caso una cuestión de procedimiento, el método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad; éste es el criterio distintivo de ese sistema político al que se llama propiamente democracia. La democracia no es un contenido específico del ordenamiento social salvo en la medida en que el procedimiento en cuestión es, él mismo, un contenido de este ordenamiento, es decir, un contenido regulado por este ordenamiento”.

A democracia resulta, portanto, em um meio capaz de promover a interação entre os indivíduos e o coletivo, e entre estes e o Estado, reduzindo a complexidade das relações inerentes, como bem está assinalado por Fernández-Miranda (2003, p. 28).

“la democracia, pues, exige el aseguramiento jurídico de los derechos y libertades fundamentales, que hacen posible la participación política y que, a partir de la contribución de todos, legitiman la regla de la mayoría como

mecanismo impecablemente democrático de toma de decisiones”.

Também consiste em preocupação kelseniana a idéia da necessidade de garantia de um arcabouço, um acervo de liberdades fundamentais, em que funciona o modelo procedimental formal da democracia como instrumento catalisador do processo social no termo participativo do governo comunitário.

A percepção de Kelsen sobre a democracia só ter como componente essencial o elemento subjetivo, representado pelos atores de todo o procedimento. Percebe ele que a democracia só tem razão de ser caso seja o calço de uma forma de manifestação política na qual, no poder soberano de determinar a gerência e o governo dos interesses coletivos, esteja definido como titular do exercício do poder o próprio povo.

Muito possivelmente não veja Kelsen nesse elemento essencial para a democracia mais que um elemento cuja legitimação radica em um conceito jurídico, já que a realidade social permite perceber variedades tais de grupos humanos convivendo simultânea e conflitivamente, submetidos à mesma conjuntura, mas detentores de traços característicos mórficos variáveis, como se exemplifica pela existência de culturas, língua, raças, etc., bem como outros atributos das sociedades humanas.

A percepção é que o povo, termo aqui entendido como a expressão eminentemente jurídica, não é a coletividade como um todo. Por suposto que a idéia de povo, de onde emana o poder e legitima o seu exercício, resulta restringida em número dos que podem participar no procedimento democrático. Também há que se ter em conta que a esse conjunto de pessoas participantes, não se pode considerá-las em sua universalidade, dada a impossibilidade técnica de participação individual nas tomadas de decisões. O problema que agora se permite levantar, naturalmente, fica resolvido por intermédio do procedimento formal substanciado no princípio da Representa-

ção, ou seja, o povo, que reflete um conteúdo jurídico, detém o poder de autogovernar-se, mas exercita esse poder mediante seus representantes, elegidos por um sistema de redução da complexidade, que é o sistema eleitoral.

Para a intermediação, na prática da realidade política, surge a figura dos Partidos, cuja definição, do próprio Kelsen, é que essas instituições sociais buscam reunir e convergir as idéias que sejam concludentes para poder assegurar uma atuação eficiente na consecução da vida política da comunidade, de um modo geral e universalizante.

Outro elemento formal da democracia que deve ser sublinhado em Hans Kelsen é o relativo ao órgão que possibilita as transações das mais diversas posições ideológicas. Ou, dito de outra maneira, é no Parlamento que o povo, por intermédio de seus representantes eleitos segundo o processo eleitoral vigente, torna factível a materialização dos interesses individuais e coletivos na vontade política do Estado. É no Parlamento que o elemento subjetivo, configurado pelo povo, manifesta sua vontade tendente à formação de um conteúdo geral e abstrato de paradigmas de condutas da vida em sociedade e de gestão dos interesses comuns plasmados em leis.

Importante posicionamento passível de inferência em torno ao conceito kelseniano de democracia é que tal instituição do governo dos homens pelos homens ultrapassa a mera condição de organização econômica, pois entende ele que, na prática social, desde um ponto de vista potencial, o procedimento democrático, como forma da política, admite conteúdos diversos, possibilitando o desenvolvimento tanto de um sistema econômico de orientação ao Capitalismo, como de outro com orientação Socialista.

2. O princípio de maioria segundo Kelsen

O renomado mestre austríaco é, como já assinalado anteriormente, um firme defen-

sor do relativismo em torno do tema da democracia, o que vai determinar seu pensamento em relação ao chamado Princípio de Maioria, ao que o próprio Kelsen prefere denominar Princípio de Maioria e de Minoria.

Levando-se em consideração que, por definição kelseniana, a existência de uma maioria pressupõe, de antemão, a coexistência necessária de uma minoria, pode-se inferir que somente é possível falar em Maioria se se tem em conta que existe uma prévia disposição da minoria com seu respectivo direito de participação no processo deliberativo.

É forçoso concluir que essa necessidade de dar cabida a um processo deliberativo de tomadas de decisões políticas que permita, dialeticamente, a participação concomitante da Maioria e da Minoria adquire força e razão de ser se, e somente se, estão todos a falar de uma Democracia Representativa. Sabidamente, entendida a democracia representativa como procedimento formal de redução da complexidade política que informa a vontade coletiva, posto que, na democracia de identidade, ou seja, a democracia direta, também explicada por aquela em que o povo exercita, sem intermediários, o seu poder soberano de constituição, fica sem sentido a existência de representantes, mandatários atuando em nome dos titulares do poder em um órgão articulador das transações e negociações que se devem realizar para a imprescindível obtenção da vontade política desse mesmo povo.

Em uma democracia de identidade, tampouco tem força a distinção entre Leis e Constituição, uma vez que o titular da soberania prescreve as condutas diretamente, e sempre quando assim o desejar, não estando limitado por quaisquer restrições. Desse modo, a noção de supremacia da Constituição perde relevância, uma vez que o titular constituinte tem um poder prévio e ilimitado na formulação diuturna da política geral de constituição das condutas previstas para o pacto de convivência.

Posição crítica à democracia de representação dita que, por razão da impossibilidade técnica da realização da democracia direta ou de identidade, surgem, no âmbito do órgão representativo articulador da vontade do povo, qual seja o Parlamento, posições ideológicas majoritárias tendentes a obscurecer a vontade da minoria, visando sempre à unanimidade, surgindo, por outro lado, também, as paixões minoritárias, muitas vezes incapazes de interpor a força suficiente para dar vazão a um mecanismo equilibrador, em que esteja manifesto um sistema de freios e contrapesos.

Frente a argumento tão palpável, Kelsen predica a efetiva garantia às minorias como método de concerto da democracia, por intermédio da participação dessa parcela da vontade política, sem a qual não se pode legitimar a tomada de decisão. De toda sorte, há de haver um acordo entre a Maioria e a Minoria na composição de uma só vontade manifestada pelas diferentes forças políticas que compõem o órgão parlamentar.

O procedimento parlamentar para Hans Kelsen está concebido como o resultado contingente de uma distinção sobrejuntamente importante e que se manifesta entre os conceitos de ideologia e realidade. Em um primeiro suposto, ele percebe como um sistema ideal da liberdade com ênfase no fato de que a formação da vontade coletiva deve dar-se com a maior aproximação possível à vontade dos indivíduos submetidos, não só no que diz respeito ao procedimento, mas também aos efeitos decorrentes dessa Liberdade.

Sob esse prisma, Kelsen concebe uma noção para o significado do que é a autodeterminação, termo que se encontra vinculante e vinculado ao ideal da Liberdade. E o definitivo, nessas questões ideais, é que, por ficção, a maioria representa a decisão aqui-escida pela minoria e que essa decisão é representativa da Vontade Coletiva.

De ângulo distinto, Kelsen reconhece a existência de outro problema, o fato de que, na realidade, as coisas não acontecem tal qual previsto ideologicamente. Exemplifica

que pode haver maiorias numéricas que nada determinem, uma vez que resultam de coalizões meramente eleitorais. É possível trazer um termo cunhado no jargão político, “coalizões meramente eleitoreiras”.

Muito se há falado, no curso deste escrito, sobre o Princípio de Maioria. Significa para Kelsen (1995, p. 65) o referido princípio, em suas próprias palavras:

“el sentido del principio de la mayoría no consiste en que triunfe la voluntad del mayor número, sino en aceptar la Idea de que bajo la acción de este principio, los individuos integrantes de la comunidad social se dividen en dos grupos fundamentales”.

Da necessidade do confronto, não necessariamente numérico, entre maioria e minoria, é possível reconhecer, segundo Kelsen, que o procedimento diante do Parlamento, com toda sua dinâmica de funcionamento, resultado da mecânica do contraditório, das controvérsias e debates, das influências manifestadas, dos discursos e réplicas, posições e contraposições ideológicas, deve constituir-se em uma ferramenta eficiente e eficaz que tenda a viabilizar o consenso, cujo nome mais difundido é transação.

A transação, que retrata simplesmente a negociação política, tem uma amplitude em Kelsen, significando o modo político dialético capacitador do embate e catalisador dos distintos movimentos de idéias. Concebe a articulação negociativa, sobretudo, quando esta conduz ao afastamento, à posposição dos problemas que podem estorvar o consenso, à coesão; com o concurso, no mesmo procedimento das coadunações necessárias que visem à busca dos elementos que facilitem, que favoreçam, que contribuam à consecução da Vontade Coletiva. A transação kelseniana traz a receita para todo o procedimento parlamentar, pois este está baseado na fixação de uma linha equidistante mediana entre os interesses que se contrapõem, que resultam da bipolarização, da pugna entre as idéias, das forças sustentadas no debate político.

Dando-se conta que o órgão parlamentar está composto por membros provindos do corpo eleitoral, o que se constitui em uma dificuldade no plano concreto é o problema de como formular um sistema eleitoral equilibrado e seguro, que seja capaz de dar as respostas que melhor resolvam as pugnas de interesses contrapostos no seio daquele órgão.

O sistema de representação fundamentado na proporcionalidade, segundo Kelsen, permite que cada partido participe no Órgão com a força numérica que lhe há dado uma parcela do Corpo Eleitoral, ou seja, o partido, no Órgão Parlamentar, representa não a integralidade do corpo eleitoral, mas a parcela do eleitorado que lhe deu aquela votação.

Notadamente, o mestre da Escola de Viena advoga por um sistema de representação proporcional para a composição dos distintos ideários no seio do Parlamento. Assevera, inclusive, que esse tipo de método é hábil e útil para a acomodação dos dois princípios basilares reitores da vida parlamentar: ou bem permite intercambiar o sistema de maioria; ou, por outro lado, o sistema de divisão em circunscrições eleitorais, o que facilitaria a obtenção de assentos na bancada parlamentar pelas minorias.

Advém dessa posição a vantagem de que, nas discussões e debates no Órgão Parlamentar, estejam manifestadas as representações de todos os partidos, de conformidade com a força numérica que sustenta a expressão das idéias políticas na sociedade.

Ademais, a Kelsen não há ocorrido deixar de levantar algumas objeções às quais se enfrenta o sistema de representação proporcional, como é o exemplo dado por ele de que de nada serve levar-se ao Parlamento minorias fracas, posto que as decisões são impostas, sem negociação, pela maioria. E, de todas maneiras, que esse sistema facilita a formação de partidos pequenos e atomizados, o que redundaria em dificuldade para a formação de uma vontade política homogênea e garantidora do regular desenvolvimento das atividades parlamentares e de governo. Nessa mesma linha de racio-

ínio, traz ele à colação outras objeções feitas ao modelo de representação proporcional, que estão muito evidentes e que refletem o conteúdo de sua formulação teórica de fundo eminentemente democrático, remetendo a solução para os problemas suscitados à necessidade de uma integração política resultante da sorte de coalizões eleitorais que possam gerar o trabalho constante das forças sociais representadas no Parlamento.

Conseqüência manifesta que acredita Kelsen ser de todo benéfica para o resultado da formação do governo e sua conseguinte manutenção, havida conta de que a vontade manifestada para o governo do Estado consistirá, simplesmente, não na vontade de um só grupo partidário, mas, por outra forma, haverá que se levar em consideração as vontades das outras agremiações partidárias com representação no Parlamento. E de verdade, como assinala Kelsen, o trabalho de transação é mais proveitoso no âmbito parlamentar que aquele que seria feito pela massa disforme do Corpo Eleitoral, em uma eventual democracia de identidade.

A obra de Kelsen considera essencial a luta transaccional parlamentar e que esse embate deve estar cercado de garantias de que as minorias tenham as mesmas possibilidades e oportunidades no jogo político para desenvolver suas propostas e projetos.

Por outra sorte de situações, Kelsen pontualiza alguns importantes riscos que devem ser considerados no procedimento parlamentar, baseado na representação proporcional. Um dos principais problemas que sublinha é o do bipartidarismo, em que sempre se impõe uma maioria em detrimento de uma minoria, com uma conseguinte tendência à perpetuidade no poder por parte do grupo majoritário, bem como um possível desinteresse da minoria que estaria destinada a ficar sempre sem a factibilidade de poder tornar-se, eventualmente, governo.

Ademais desse significativo problema da distribuição bipolar do poder entre o partido majoritário e as minorias, suscita o autor outra questão de transcendental rele-

vância na rotina do procedimento parlamentar, que está relacionada com o tema da obstrução. Esse mecanismo de atuação da minoria Kelsen considera quase legítimo, ainda que também o considere como um meio que pode tornar possível entorpecer, ou quiçá, obstaculizar, inclusive, às vezes, impossibilitar o processo de transação no seio do Parlamento.

Em outros supostos, reconhece Kelsen que a obstrução, na prática parlamentar, possibilitou e, inclusive, alicerçou uma realidade que habilita a maioria e a minoria para promover cada vez mais as transações necessárias à vida política do Estado.

Assim é que se pode imputar a Kelsen uma certa influência da vertente psicanalítica, sobretudo quando explica as diferenças entre o que é a democracia e o que é a autocracia. Argumenta acerca da posição favorável a uma situação psico-política em termos de uma prévia disposição a uma aceitação ou a uma recusa de determinadas ordens providas de uma ou de outra.

A pregação kelseniana, enveredando por essa tendência psico-político-social, estabelece que a submissão do indivíduo na democracia se dá pela adesão espiritual, motivada pelo fato de que alguém se vê representado por aquele a quem elegeu, e que a norma criada por seu representante tem algo de participação sua, o que faria com que, no caso, esse indivíduo se tornasse predisposto ao cumprimento do preceituado, enquanto, por outro lado, também existiria uma adesão individual ao cumprimento na autocracia, mas com outra motivação psicológica, de índole negativa.

A título de síntese das diferenças entre a democracia e a autocracia, o que reflete o autor é que a primeira acaba por sobrelevar a consciência individual do cidadão à participação no jogo político por meio de sua adesão pessoal. E isso vai se dar pela crença de que o indivíduo se considera um ator mais na cena política. Sem embargo, na autocracia, o indivíduo permanece inerte à espera da definição que lhe será outorgada

heteronomamente. Isso explica que, ainda que a teoria do Contrato Social, de Rousseau, constitua uma ficção ideológica, segundo o pensamento de Kelsen, na realidade psicológica, ele visualiza que a democracia torna viável a possibilidade da concórdia, do consenso, enquanto a autocracia sobrelevar o peso que tem a decisão dada desde fora.

Conclusão

A modo de resumo, o princípio de maioria e de minoria kelseniano reforça a necessidade da constante conversação política no âmbito daquele Órgão encarregado da articulação das forças políticas com vulto na organização do Corpo Eleitoral. É o Parlamento como foro por excelência da democracia representativa de partidos. A esse contínuo diálogo que torna assumível a transação, tende a aproximar-se ainda mais daquilo que é o consenso, sempre e quando as minorias hajam tido a possibilidade de participação no processo decisório. E tudo isso porque, pode-se concluir, desde o pensamento de Kelsen, a decisão tomada apenas com obediência à regra majoritária não representa necessariamente que tal decisão tenha que ver com o que é a verdade, a correção ou a fiabilidade. Apenas essa decisão advém de uma regra numérica, e, sem a dialética facilitadora do consenso, pode aquela redundar em desapareço pelo método democrático.

Notas

¹ Obras traduzidas ao Castellano.

² Há de entender-se o conceito de Corpo Eleitoral como o conjunto de cidadãos habilitados legalmente à manifestação do direito de sufrágio.

Bibliografia

DAHL, Robert A. *Poliarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.

FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR,

Carmen. *Sistema electoral, partidos políticos y parlamento*. Madrid: Colex, 2003. 223 p.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra; estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.

_____. Forma de estado y visión del mundo. In: CORREAS, Óscar (Comp.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Autónoma del México, 1989.

_____. *Los fundamentos de la democracia*. 1965. [S. l.: S. N.]

_____. *Teoría general del derecho del estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Universidad Autónoma de México, 1995.

MONEREO PÉREZ, José Luis. La democracia en el pensamiento de kelsen. In: KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparata: strutture, incentivi ed esiti*. Bologna: Il Mulino, 2004. 239 p.

_____. *¿Qué es la democracia?*. Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón. Madrid: Taurus, 2003.

A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional¹

Lucio Pegoraro

Sumário

1. Introdução metodológica. 2. Os modelos clássicos. 2.1. O modelo francês. 2.2. O modelo americano. 2.3. O modelo austríaco. 3. Modelos e soluções híbridas. 3.1. O controle incidental. 3.2. Sistemas difuso-concentrados. 4. Exportação, circulação e recepção dos modelos. 4.1. Considerações introdutórias. 4.2. O controle preventivo. 4.3. O controle difuso nos ordenamentos do *common law*. 4.4. O controle difuso nos sistemas de *civil law*. 4.5. A circulação dos modelos de controle concentrado. 5. Elementos de diversificações e de uniformização. 5.1. Considerações introdutórias. 5.2. A jurisdição das liberdades e da igualdade. 5.3. Expansão das motivações. 5.4. A ampliação das competências. 5.5. As Cortes constitucionais, constituinte permanente. 6. Conclusões.

1. Introdução metodológica

No curso das últimas décadas, a doutrina constitucionalista e comparativista tem proposto variadas classificações dos modelos de justiça constitucional: dos mais simples e lineares – que se reduzem a contrapor os chamados modelos abstratos àqueles concretos – aos mais complexos – aqueles que têm considerado, principalmente, a extraordinária evolução do controle de constitucionalidade e propõem articulações ancoradas nas fases do controle, na estrutura das Cortes, no tipo de funções exercidas, no parâmetro e no objeto do julgamento, na eficácia dos pronunciamentos².

Lucio Pegoraro é Professor Ordinário de Direito Público Comparado da Universidade de Bolonha.

Artigo traduzido por Maria Auxiliadora Castro e Camargo, Procuradora Federal, doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha e pesquisadora junto à Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha-Itália.

Como se sabe, classificações muito simplificadas não alcançam o objetivo de representar, com adequada precisão, as tipologias assumidas pelo objeto de estudo. Por outro lado, classificações muito articuladas frustram o próprio objetivo da atividade classificatória, que consiste em agrupar coisas semelhantes (sejam elas entendidas de modo mais ou menos referencial), as quais, entretanto, apresentam diferenças entre si³.

Até mesmo quando no panorama comparativista o controle de constitucionalidade tornou-se um fenômeno histórico circunscrito a poucos ordenamentos, não era difícil contrapor dois modelos paradigmáticos de controle “jurisdicional”: o primeiro, o histórico – aquele realizado nos Estados Unidos sobretudo a partir do caso *Marbury v. Madison* –, com o outro, ao mesmo tempo teórico e empírico: o *Verfassungsgerichtsbarkeit*, desenhado por Kelsen e em seguida introduzido na Constituição austríaca de 1920. A esses modelos se contrapôs uma terceira tipologia diferente que alguns denominam controle “político”, cujo protótipo seria representado pelo sistema francês e por alguns outros que apresentem ao menos as seguintes características: composição não neutra do órgão, prevenção da fase e acesso ao recurso não conexo a um caso concreto.

A introdução, em um primeiro momento na Alemanha e Itália, depois na Espanha, do controle incidental de constitucionalidade fez surgir a discussão da hibridação dos modelos jurisdicionais. Entretanto, até bem pouco tempo, não havia sido colocada em crise a dicotomia originária, já que na antiga literatura o sistema em questão vinha sendo considerado como uma mescla dos outros dois, de modo que não o elevou à categoria de “modelo” (embora hoje não são poucos a considerá-lo como um próprio e verdadeiro *tertium genus*).

Em virtude da impetuosa expansão do constitucionalismo e da forma de Estado liberal-democrático (nos últimos dez anos também na América Latina, no Leste europeu e na ex-URSS), os modos de fazer a jus-

tiça constitucional ainda são muito mesclados e complicados. Assim, as velhas tipologias necessitam de uma nova sistematização, inclusive para criar modelos heurísticos dotados de coercitividade. Também no setor da justiça constitucional – como tem ocorrido na esfera das formas de governo do tipo do semi-presidencialismo⁴ –, a adaptação de um modelo histórico (aquele mais prestigioso e portanto assumido como paradigma) às exigências de cada ordenamento comporta, efetivamente, a progressiva propagação do arquétipo do modelo heurístico que deve ser forjado tendo em conta não só a matriz, mas também os seus “descendentes”, ou seja, os sistemas derivados.

Uma consideração ulterior deve ser feita: ao classificar os modelos de justiça constitucional, a ênfase sempre (ou quase sempre) foi posta sobre a estrutura do Tribunal, sobre as fases do controle, sobre a eficácia da decisão ou, alternativamente, sobre o maior ou menor enlace com a disposição interpretada e aplicada, isto é, da norma com o caso concreto. Parece-nos que o estudo e a atividade classificatória que se faz não deve prescindir também de fatores ulteriores e diversos (mesmo que liminarmente): vale dizer, antes de tudo, das técnicas do “discurso” das Cortes, da ampliação das motivações, da relação com a opinião pública; Temas todos esses conexos às mudanças, quer sejam intercorrentes no objeto do julgamento, quer na dilatação dos parâmetros devido ao aumento das constituições no campo dos direitos e da tutela da igualdade. Em segundo lugar, deve ser ressaltado que, além disso, os objetivos classificatórios devem ter presente a soma dos poderes exercidos pelas Cortes, cujas competências cada vez mais tendem a estender-se e afastar-se da justiça constitucional em sentido estrito, tal como idealizada em seu núcleo histórico.

Depois de alguns breves acenos aos modelos clássicos – que resumem e esclarecem bem as coisas e que são mencionados apenas com o objetivo de conferir maior sistematização ao discurso –, tentaremos anali-

sar de que modo eles se difundiram e se adaptaram de forma a colocar em crise as classificações tradicionais, para depois trazer algumas conclusões a respeito do papel da justiça constitucional nos ordenamentos liberal-democratas.

2. Os modelos clássicos

2.1. O modelo francês

Razões dogmáticas referentes à divisão dos poderes e à tradição histórica que sempre os acompanhou desaconselharam o constituinte francês de 1958 a percorrer a via do controle incidental – atingida uma década antes pela Itália e República Federal Alemã – como, inclusive, dissuadiram-no de imitar o sistema baseado no recurso direto “sucessivo”, enquanto o modelo norte-americano tampouco pôde ser tomado em consideração. Restaram, assim, muitas peculiaridades referentes à composição do colégio judicante, às modalidades de acesso e, sobretudo, à índole preventiva do controle, cuja “jurisdicionalização”, entretanto, fez-se mais marcada em relação às experiências anteriores.

Sob um ponto de vista estrutural, o *Conseil Constitutionnel*, nos termos do art. 56, compõe-se de nove membros cujo mandato, não renovável, é de nove anos e, portanto, mais longo que qualquer outro cargo dos órgãos constitucionais. Isso, por si só, assegura uma independência parcial do órgão, maior e diferente da precedente, embora a proveniência dos membros seja, ainda hoje, mais acentuadamente política que em outros ordenamentos. O Conselho desenvolve o controle preventivo obrigatório sobre as leis orgânicas e regulamentos parlamentares e facultativo sobre as leis e tratados⁵.

Inicialmente, como é sabido, o controle de constitucionalidade apenas podia ser promovido pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro e pelos presidentes das duas casas do Parlamento. Isso acarretou um patente estrangulamento no acesso.

Até 1974, o controle exercido pelo *Conseil Constitutionnel* sobre as leis revestiu-se de caráter episódico. Não só isso: a assim chamada técnica dos *vu* e dos *considérant*, com que as decisões foram estendidas, não permitia uma adequada explicação dos *reasoning* pelos juízes das leis. Por fim, o parâmetro das decisões parecia limitado, não compreendido no texto da Constituição entendido *stricto sensu*, com exclusão, portanto, da disciplina das liberdades, pouco ace-nadas no *corpus*.

Por influência das experiências estrangeiras no campo da expansão do controle de constitucionalidade, uma mudança radical na rota da justiça constitucional se deu a partir dos anos 70. Em um primeiro momento – como é mais que sabido –, o *Conseil Constitutionnel* incorporou no *bloc de constitutionnalité* o preâmbulo da Constituição, que faz referência à declaração dos direitos de 1789, ao preâmbulo da Constituição de 1946 e aos princípios fundamentais das leis da República; depois, o poder de provocar o *Conseil* também foi outorgado a sessenta deputados ou a sessenta senadores, de modo que a minoria parlamentar, valendo-se – logo em seguida à introdução do *saisine parlementaire* – da possibilidade de apresentar uma questão de legitimidade constitucional para o *Conseil constitutionnel*, concorreu para um inusitado crescimento, quantitativo e qualitativo, do controle de constitucionalidade. Por seu lado, o *Conseil* não exitou em dotar-se de uma ampla gama de instrumentos processuais e substanciais (entre os quais assume relevância a dilatação da tipologia dos pronunciamentos), ao ponto de se chegar a falar em “*spectaculaire augmentation*” dos mesmos. Além disso, amadureceu o estilo das sentenças dotadas, hoje, de motivações articuladas e complexas, quase como aquelas elaborados pelas Cortes de outros países.

2.2. O modelo americano

Nos Estados Unidos da América, o nascimento do *judicial review* foi paralelo ao

assentamento do conceito de Constituição rígida, idônea para ser assumida pelos juízes como parâmetro de legitimidade das leis ordinárias. Assim, embora a competência de julgar a constitucionalidade das leis não esteja prevista no texto constitucional norte-americano, este a reconhece implicitamente, estabelecendo uma hierarquia das fontes normativas, em cujo vértice é posta a Constituição como “suprema lei do País”⁶; e, sobretudo, atribuindo a função judiciária federal à Corte Suprema e às outras Cortes, indicando o modo detalhado de esfera das atribuições.

No caso *Marbury v. Madison*, decidido em 1803 pelo Tribunal Supremo, o *Chief Justice Marshall* afirmou, quase que literalmente repetindo as expressões usadas por Hamilton no ensaio nº 78 do *Federalist*, que a Constituição é uma lei e, portanto, sendo tarefa de cada juiz proceder à interpretação das leis para decidir as controvérsias a ele submetidas, também o Tribunal Supremo tem o direito-dever de interpretar a Constituição para solucionar cada eventual antinomia ou conflito entre as normas. Contudo, já que o texto constitucional põe a própria Constituição como fonte, num plano superior ao das outras leis, corresponde ao Tribunal Supremo (como a cada juiz) verificar se uma lei está conforme a Constituição antes de considerá-la aplicável ao caso em espécie. Se essa conformidade não existir, o juiz não pode fazer outra coisa senão declará-la nula e ineficaz (com efeitos limitados ao caso em questão, salvo força de precedente que se criasse pelo Tribunal Supremo, quando se aplicaria com eficácia *erga omnes*).

2.3. O modelo austríaco

Também Kelsen partia do conceito de Constituição como norma “posta” superior a todas as outras e da “idéia de um princípio supremo que determina a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por esta ordem”, mas, em um contexto dogmático – aquele do *Stufenbau* e dos critérios conexos para verificar a invalidez das

normas inferiores –, quase completamente ignorado em ultramar.

Segundo Kelsen, a verificação da conformidade das leis com a Constituição deve ser confiada a um órgão organizado em um Tribunal, cuja independência seja garantida pela inamovibilidade. Quanto à forma, o controle deve ser repressivo, mas isso não constitui uma invasão do poder legislativo, já que o Tribunal Constitucional não exerce uma verdadeira função jurisdicional: “anular uma lei”, na verdade, “significa estabelecer uma norma geral”, ainda que seja apenas no sentido negativo (isto é, um *contrarius actus*), e, dessa forma, o Tribunal que tem o poder de anular as leis “é por conseguinte órgão do poder legislativo”. Segundo Kelsen, é, então, preferível atribuir a todas as autoridades públicas, chamadas a aplicar uma lei que supõem ser inconstitucional, o poder de suspender o procedimento e apresentar a questão ao Tribunal constitucional. Alternativamente, o poder em questão apenas pode ser outorgado a algumas autoridades superiores ou supremas (ministros, Cortes Supremas), ou aos tribunais. O objeto do julgamento deveria ser, além das leis, os regulamentos providos com força de lei, ou seja, imediatamente subordinados à Constituição, bem como os simples regulamentos de execução, outros atos normativos gerais e tratados internacionais. Encontrado um vício de forma ou substância, o Tribunal procede à anulação da lei ou de suas disposições individuais, com efeito *pró-futuro*, salvo uma retroatividade limitada.

Como se sabe, a construção do Mestre de Praga foi prontamente introduzida no direito positivo por meio da Constituição austríaca de 1920 e exerceu considerável influência sobre outros textos.

3. Modelos e soluções híbridas

3.1. O controle incidental

Enquanto nos Estados Unidos cada juiz pode e deve desaplicar a lei inconstitucional

nal, e, no sentido da Constituição austríaca – coerentemente com as premissas teóricas –, o único órgão previamente estabelecido para apreciar a questão de inconstitucionalidade, mediante ação, foi e ainda é o Tribunal Constitucional, a “via intermediária”, percorrida na Alemanha, Itália e Espanha, consiste em que o órgão chamado a exercer a justiça constitucional é único e “especializado”, como na Áustria. Contudo ao tempo que nos Estados Unidos cada juiz está habilitado ao exercício do controle de constitucionalidade, nos referidos países, ele pode, e em certas circunstâncias deve, realizar um julgamento preliminar de conformidade com a Constituição, da lei a ser aplicada a um caso concreto, e só se tiver a dúvida (ou razoável certeza) de que seja contrastante é que deve apresentar a questão à Corte constitucional⁷.

Não é só esse último sistema, sumariamente descrito, que mescla elementos americanos e elementos austríacos. Além desses já mencionados, também em nenhum outro texto do pós-guerra repudiou-se o sistema apoiado sobre a ação direta: seja onde o ordenamento é qualificado como “federal”, seja onde é definido “regional”, a exigência de compor os conflitos entre centro e periferia, quanto às correspondentes competências legislativas, sugeriu introduzir, junto com o acesso incidental, também o acesso direto por iniciativa das autoridades governamentais ou, por sua vez, das *Regioni, Länder* ou *Comunidades Autônomas*.

Exauridos os remédios políticos, a oportunidade de compor os conflitos de competência entre os poderes do Estado tem induzido os mesmos ordenamentos a também preverem o respectivo julgamento constitucional, inclusive ampliando sua legitimação ativa. Em suma, a busca em outorgar efetividade aos direitos e às liberdades aconselhou os *framers*, na Alemanha, Espanha e Europa centro-oriental, a assegurarem o poder de provocar diretamente o Tribunal Constitucional aos cidadãos lesados em um de seus direitos ou liberdades fundamen-

tais por atos, por sua vez, administrativos, legislativos ou jurisdicionais emanados dos poderes públicos ou até mesmo emanados da atividade privada.

Neste sentido, é possível raciocinar sobre dupla hibridação: de uma parte, alguns ordenamentos fundiram elementos dos dois modelos mais antigos dando lugar a um terceiro gênero, o sistema incidental; por outra parte, cada ordenamento (exceto os Estados Unidos e poucos outros) não utiliza mais apenas um modelo, mas reúne ambos sistemas.

O caso mais emblemático é representado pela República Federal Alemã, onde, como na Itália, o controle de constitucionalidade das leis é de dois tipos. O primeiro é o controle denominado “concreto”, que tem por objeto uma norma historicamente determinada pelo julgamento no curso de um processo no qual estão submetidos a discussão interesses de vários sujeitos e versa sobre a interpretação da Lei fundamental, em consequência de controvérsias sobre o alcance de direitos e deveres de um órgão supremo federal ou de outros interessados aos quais o mesmo *Grundgesetz* ou o regulamento interno de um órgão supremo federal tenha concedido os mesmos direitos. Cada vez que um tribunal reputa inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, o processo deve ser suspenso e a questão de constitucionalidade deferida ao Tribunal constitucional do *Land*, se se tratar da violação da constituição de um *Land*, ou, se se reputa violado o *Grundgesetz*, ao Tribunal Constitucional Federal (competente inclusive para conhecer os conflitos entre leis dos *Länder* e leis da Federação)⁸.

O chamado controle abstrato, ao contrário, não tem origem num procedimento judicial, prescinde de um interesse implicado, visa à simples confrontação entre disposições de graus diferentes em que venha valorada objetivamente a conformidade do grau inferior com o superior. Isso se realiza na forma de julgamento de ação do Governo federal, do Governo de um *Land* ou de um terço dos membros do *Bundestag*, quando

estimam uma norma do Estado central ou do *Land* nula em razão de incompatibilidade formal ou substancial com o *Grundgesetz* (ou com outras normas federais); ou válida, depois que um tribunal, uma autoridade administrativa, um órgão central ou periférico lhe tenha negado aplicação declarando-a em contraste com a Constituição ou com outras normas federais. O controle abstrato sempre é sucessivo à promulgação, embora, de fato, a impugnação siga imediatamente à vigência da lei.

Também na Espanha, o acesso por meio da via incidental se realiza quando um órgão judicial estima, no curso de um processo, que uma norma com força de lei aplicável ao caso, de cuja validade dependa a sentença, possa ser contrária à Constituição. O segundo sistema é constituído pela ação direta apresentada pelo Presidente do Governo, pelo *Defensor del Pueblo*, por cinquenta deputados ou cinquenta senadores e pelos órgãos colegiais e executivos das Comunidades Autônomas. Por fim, o Tribunal Constitucional pode ser provocado por meio de *recurso de amparo*, mediante o qual toda pessoa física ou jurídica que invoque a lesão de uma situação jurídica protegida, além do Defensor do Povo e o Ministério Público, pode denunciar a violação de direitos ou liberdade enunciados no art. 14 e na Seção I do Capítulo II da Constituição.

3.2. Sistemas difuso-concentrados

Nesses últimos sistemas descritos, a evolução de um *tertium genus* de justiça constitucional, em vez de representar um real modelo, não pode ocultar uma realidade dificilmente contestável: o controle de constitucionalidade resta firmemente nas mãos de um órgão central, e o elemento de “difusão” é encontrado apenas na fase introdutória do processo, não naquela decisória.

Existem, entretanto, situações cuja hibridação entre o *tipo* americano e modelo austríaco desemboca em um modo diferente: em alguns ordenamentos, junto com o controle difuso conferido às cortes, são atribuídas

competências especiais a determinados órgãos centralizados chamados a exercer de alguma forma o controle de constitucionalidade. A excentricidade dessas soluções consiste em encontrarem realização em sistemas do *civil law*, em que só em casos esporádicos a inidoneidade dos pronunciamentos dos juízos ordinários para produzir eficácia *erga omnes* vem temperada com a autoridade outorgada ao precedente judicial, que raramente vincula as cortes inferiores.

Fora da área do *common law*, um controle parcialmente difuso é encontrado em Portugal, onde existe uma longa tradição acolhida pelo art. 207 da Constituição, que oferece a possibilidade de provocar o Tribunal Constitucional contra a decisão do juiz que deixa de aplicar a lei.

Na Grécia, o art. 93, c. 4, da Constituição de 1975 estabelece que “os tribunais são instados a não aplicar uma lei cujo conteúdo seja contrário à Constituição”. A unidade da jurisdição constitucional, na falta do vínculo do *stare decisis*, é assegurada nesse país pela Corte Suprema especial, a quem compete (também) decidir sobre as “contestações relativas à inconstitucionalidade de uma lei formal, ou sobre a exata interpretação das disposições de uma lei nos casos em que o Conselho de Estado, o Tribunal de cassação ou o Tribunal de contas tenham emitido a respeito decisões, entre si, contraditórias”.

O art. 15 da Constituição russa (e a lei sobre organização judiciária) impõe aos juízes aplicar diretamente a Constituição no caso de contraste com a lei; entretanto a lei sobre a Corte constitucional, de 21 de julho de 1994, outorga-lhes o direito – *ex art.* 101 da lei sobre a Corte constitucional que parece mais obrigação – de investirem-se sobre questão da Corte constitucional. Para solucionar a ambígua situação, um decreto do *Plenum* Tribunal Supremo de 31 de outubro de 1995 tratou de esclarecer em quais casos o juiz, sem mais, pode deixar de aplicar a lei e quando, ao contrário, deve objetar a questão. A Corte constitucional reivindica, entretanto, o poder de decidir, com exclusivi-

dade, sobre a declaração de inconstitucionalidade da lei, assim como realizar sua interpretação oficial conforme a Constituição.

Na Estônia – segundo uma tradição própria também de outros países escandinavos, bálticos e da ex-URSS (como exemplo a Bielorrússia) –, “as cortes declaram inconstitucionais cada lei, ato jurídico ou outro procedimento que viole os direitos e as liberdades dos cidadãos estabelecidas pela Constituição e que, portanto, estejam em conflito com a Constituição”. Todavia, na generalidade, a Constituição especifica que, no curso dos processos, as Cortes *desapliquem* as leis e outros atos inconstitucionais enquanto esperam que a Corte Nacional cumpra o dever de declarar a nulidade no caso de contraste “com as disposições e com o espírito da Constituição”.

Também na América Latina, onde também não é dado encontrar um modelo unitário⁹, em alguns ordenamentos – como no Peru, Equador, Paraguai, Guatemala, Colômbia –, na maioria dos casos, junto com o controle difuso de constitucionalidade por parte dos juízes, tem sido previsto, nas recentes revisões constitucionais, um controle concentrado exercido por um órgão *ad hoc*.

Em todos esses casos, e em algum outro que apresente conseqüências análogas, parece encontrar aqui o desenvolvimento de uma concepção de justiça constitucional anômala com respeito de todas as outras consideradas (observa-se, além do mais, que tais Cortes, em algumas circunstâncias, também exercem funções ulteriores, originárias ou reservadas, com modalidade imitada pelos protótipos, como, por exemplo, o julgamento de recursos ou formas de controle preventivo ou até incidental).

O que se faz necessário perquirir é se é correto deduzir dessas experiências a existência de um modelo unitário. Com efeito, elas são muito diferentes entre si, do ponto de vista da gênese e do contexto jurídico em que operam (para não dizer que nenhum dos ordenamentos, habitualmente, assume

o paradigma dos outros). Entretanto, em todos os casos mencionados, o constitucionalismo mais recente faz aflorar uma exigência de uniformização e especialização do controle de constitucionalidade assegurada nos modelos vistos *supra*. Como foi dito, parece suficiente, não para afirmar a existência de um modelo à parte, mas para nunca conjecturar a existência de mais modelos, e, em todo caso, para excluir que os sistemas em questão possam ser adscritos a outras tipologias mais consolidadas.

4. Exportação, circulação e recepção dos modelos

4.1. Considerações interlocutórias

Resumindo o que foi dito até agora, revela-se que uma primeira distinção concerne à fase em que se coloca o controle de constitucionalidade, o qual geralmente é configurado como posterior à entrada em vigência do ato controlado, ou pelo contrário, às vezes, precede sua promulgação ou emanação. No âmbito do controle definido “jurisdicional”, as principais diferenças correspondem ao caráter difuso ou centralizado do controle segundo os paradigmas respectivamente declinados nos Estados Unidos e na Áustria. Soluções híbridas se registram seja onde os juízes podem ou devem argüir o incidente de constitucionalidade diante do órgão competente para declarar a conformidade de uma norma com a Constituição, seja naqueles Países onde convivem variadas modalidades de acesso e/ou de controle (direto e incidental, obrigatório e voluntário, etc), seja, enfim, nos ordenamentos onde o controle difuso é temperado pela criação de uma Corte constitucional central com competência especializada.

Muitos ordenamentos – dizíamos – foram extraídos uns dos outros modelos, e quase sempre em mais de um deles, para configurar seus próprios institutos de justiça constitucional. Às vezes, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, uma re-

cepção acrítica na realidade revela o amadurecimento de experiências nativas, como no caso do controle difuso na Europa do Norte e do Este que pode parecer tudo, exceto uma derivação do modelo americano. Do mesmo modo, inclusive sendo conhecida a influência que teve o constitucionalismo dos Estados Unidos sobre as estruturas constitucionais latino-americanas, é bem sabido que alguns institutos inerentes ao controle de constitucionalidade que caracterizam os ordenamentos daqueles Países representam experiências originais (veja como exemplo a ação popular colombiana, o *recurso de contrafuero*, o *amparo* mexicano ou mandado de segurança brasileiro, etc.).

Ao contrário, em outras circunstâncias, a derivação dos protótipos é mais imediatamente perceptível; e o é sobretudo (embora não só) nas experiências constitucionais mais recentes, de modo particular depois da Segunda Guerra, quando o amadurecimento da ciência comparatista, a circulação dos conhecimentos, a observação dos resultados alcançada com o passar do tempo permitiram valorações mais ponderadas, em que, nos novos textos constitucionais, junto com institutos nativos, só fossem recepcionadas as soluções mais funcionais e coerentes com a implantação do texto e com a profundidade da estrutura da ordem jurídica na sua complexidade.

4.2. O controle preventivo

A respeito da fase em que se coloca o controle de constitucionalidade, o sistema mais seguido no mundo consiste em situá-lo depois da entrada em vigor da lei, conforme os protótipos americano, austríaco, alemão e italiano. O controle *a priori* não encontrou muita sorte, exceto nos ordenamentos que padeceram a dominação colonial da França ou, em qualquer caso, influências de outra natureza. As Constituições da Argélia, do Congo, do Chade, do Mali, do Togo, etc. contemplam de fato – mas, com relação ao modelo francês, com alguma variante a respeito da extensão do controle, sua obrigato-

riedade e os sujeitos titulares – um controle preventivo sobre as leis orgânicas, sobre os regulamentos parlamentares, sobre projetos de leis e de tratados. Em geral, e mais precisamente, deve ser observado que não só nas ex-colônias francesas, mas também em outros lugares, é freqüente a previsão de controles sobre deliberações legislativas ou outros atos, efetuados com base em pedido de determinados órgãos. Entretanto, raramente o controle preventivo esgota, no âmbito de cada ordenamento, as tipologias do controle de constitucionalidade como ocorre na França, mas não em Portugal ou na România (onde também existe o controle incidental). Outros casos de controle preventivo, sob instância do Presidente da República, tem-se por exemplo na Irlanda, Venezuela, Kazaquistão, Chipre, Hungria, Colômbia, Bulgária, Eslovênia e Ucrânia.

O fracasso do controle preventivo relaciona-se com a exigência de submeter as disposições legislativas à prova de interpretação. É a administração e são sobretudo os juízes quem devem interpretar o sentido da letra da lei. A jurisprudência extrai dos enunciados os preceitos concretos e não apenas com referência ao seu sentido literal, mas também em inteira conexão com os fundamentos da ordem jurídica, trazendo o caso abstrato para a realidade do caso concreto, adaptando-o freqüentemente à letra da lei por meio de interpretação ajustada à norma superior.

Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte irlandesa, por intermédio de seu *Chief Justice*, observou que, de um lado, o controle *a priori*, exercido no sentido do art. 26 da Constituição, não permite alcançar apenas as partes inconstitucionais da lei mantendo as restantes; do outro, que o controle abstrato comporta que a lei declarada constitucional não pode “nunca ser submetida a julgamento por qualquer corte”¹⁰.

O controle sucessivo – *a posteriori* – resulta, assim, muito mais vantajoso do ponto de vista da economia jurídica: em primeiro lugar, permite aos juízes “salvar” a vi-

gência de disposições que, de outro modo, em via preventiva, poderiam ser atingidas pela pronúncia de inconstitucionalidade. Além disso, e sobretudo, por uma parte, evita que questões meramente abstratas, relativas a circunstâncias que não se realizam na vida cotidiana, que não possuem juridicidade ou executoriedade, sejam levadas à atenção das Cortes constitucionais; por outra, impede que interpretações inconstitucionais de uma disposição escapem do controle. (Quanto são os significados que podem ter uma palavra ou uma frase e ainda quantos deles poderão ser transformados em razão da mudança dos contextos lingüísticos e extralingüísticos em que operam?) O controle preventivo pretende insistir sobre o unívoco sentido de uma lei ou parte dela, mas não leva em consideração todos os outros, presentes e futuros.

4.3. O controle difuso nos ordenamentos do common law

Entre os mais significativos ordenamentos do *common law* que se inspiram no sistema americano, o Canadá e a Austrália devem ser considerados como o lugar onde o Tribunal Supremo não exerce, em posição de monopólio, o controle de constitucionalidade que compete a cada juiz. Também nesses ordenamentos, os juízes são nomeados pelo Governador geral e mantêm o cargo até à idade da aposentadoria, *during good behaviour*, e só podem ser removidos pelo mesmo Governador com intervenção do legislativo. Verbalizações de alguns institutos ou procedimentos do *judicial review* americano se acham também em alguns países da Ásia e África sujeitos ao domínio colonial inglês (onde, portanto, junto aos modos nativos de fazer o direito, arraigou-se o *common law*): como, por exemplo, o Quênia, cuja Constituição outorga às cortes o poder de deferir ao *High Court* questões relativas à interpretação constitucional; Uganda, cujas cortes podem – ou, se solicitado pelas partes, devem – deferir cada questão relativa à interpretação da Constituição à

Corte de Apelação “*sitting as a Constitutional Court*”; ou Nigéria, onde o Tribunal Supremo tem, como nos Estados Unidos, a competência exclusiva a respeito das disputas entre Federação e Estados.

No continente africano, o caso mais interessante é representado pela República da África do Sul: um ordenamento misto, onde o *common law* se mescla ao bôer *roman-dutch law* e o *Constitution of the Republic of South Africa Act* de 1996 conferiu a uma Corte, composta por um Presidente e dez membros, a competência exclusiva sobre todas as matérias relativas à interpretação, à tutela e à realização da Constituição, entre as quais as violações dos direitos fundamentais, vários conflitos constitucionais entre órgãos do Estado e entre centro e Províncias e sobretudo o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Em outros casos, a Corte constitucional funciona como corte de última instância. Inclusive, não tendo sido repudiado completamente o controle difuso, a peculiar situação da ex-colônia induziu os *framers* a hibridar o modelo típico dos ordenamentos do *common law*, dando vida a um *unicum* no panorama comparatista.

4.4. O controle difuso nos sistemas de civil law

No caso em que um ordenamento de origem romanística venha a carecer – ao menos em teoria – daqueles formidáveis elementos de coesão e unificação do direito representados pelo sistema precedente (seja ele *binding ou persuasive*) e do princípio do *stare decisis*, explica-se, então, por que na área geográfica onde mais freqüentemente o controle de constitucionalidade sofreu a influência do modelo norte-americano – a América latina – tenham sido excogitados vários expedientes para evitar o problema representado pela inoperatividade dos princípios em referência.

Fora os casos já apontados do Peru, Guatemala e Equador, onde o controle difuso conjuga-se com aquele concentrado de tal maneira que até cogitou-se uma “*concepción*

*ibero-americana difuso-concentrada*¹¹, na Argentina e no Brasil a constitucionalização de institutos nativos – como o *amparo* ou o mandado de segurança – e a previsão de particularidades relativas à eficácia das sentenças acompanhou o reconhecimento do controle difuso por parte dos juízes. Ainda hoje, o art. 97 da Constituição brasileira de 1988 confia aos tribunais, por maioria absoluta dos membros, “... declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, sendo reservadas ao Supremo Tribunal Federal, como nos Estados Unidos, algumas competências exclusivas ou originárias. Da mesma forma, análogas atribuições da Corte Suprema são elencadas pelos artigos 116 e 117 da Constituição argentina de 1994; operando, ainda, a *supremacy clause* do art. 31, cada juiz pode deixar de aplicar a lei (ou outro ato) contrastante com a Constituição federal.

Também em Honduras, “en casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez aplicará la primera”. Contudo, isso não parece ter despertado particulares problemas na concreta realização do controle de constitucionalidade, nem suscitou excessivas preocupações por parte da doutrina: para abordar o problema da eficácia *inter partes* das decisões, foi suficiente introduzir o simples corretivo de outorgar às decisões de inconstitucionalidade da Corte ou Tribunal Supremo efeito vinculante em relação aos órgãos inferiores. Solução análoga foi, por outra parte, oferecida pela Constituição mexicana, que remete à lei sobre o *amparo* estabelecer os casos nos quais o precedente assume eficácia obrigatória.

Mas, com a devida cautela, parece que o dogma da dificuldade de exportação do modelo americano para os sistemas da *civil law* opera, prevalentemente, como legado cultural de juristas resistentes a considerar a progressiva aproximação das famílias do *common law* e da *civil law* e o reconhecimento da extraordinária flexibilidade e capacidade de adaptação da justiça constituio-

nal: capacidade comprovada, por um lado, pela atenuação da eficácia vinculante do precedente nos Estados Unidos; por outro, pela aquisição de eficácia *erga omnes* dos precedentes elaborados por alguns Tribunais Supremos nos ordenamentos da *civil law*.

Igualmente, deve ser recordado que, seja na América do Norte ou em outro lugar, também os Tribunais Supremos (e não apenas os Tribunais Constitucionais especializados) estendem a mão para monopolizar (ou pelo menos concentrar) o exercício da justiça constitucional: isso ocorre no Japão, onde o art. 81 da Constituição confere referido exercício ao Tribunal Supremo, Tribunal ordinário de última instância, no Chile, na Venezuela e na Costa Rica, onde o controle das leis é conferido, exclusivamente, ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e em particular às salas especializadas. No continente africano, uma revisão constitucional de 1990 confiou à Suprema Corte do Zaire o controle de constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei. Na Oceania, os Tribunais Supremos de Vanuatu e das Samoa ocidentais são competentes, respectivamente, para conhecer as violações da Constituição e para interpretá-la cada vez que surja uma questão a propósito. Um pouco parecido, na área caribenha, ocorre, por exemplo, com Antígua e Barbuda e até em uma República explicitamente islâmica como o Iêmen, onde a Constituição atribui à Corte Suprema a tarefa de estatuir em matéria de constitucionalidade das leis.

4.5. A circulação dos modelos de controle concentrado

Nos sistemas jurídicos de base codicística, no curso dos últimos anos, tornaram-se mais numerosos os ordenamentos que (em vez de confiar a cada juiz o controle de constitucionalidade ou potencializar o papel do Tribunal Supremo como Tribunal Constitucional ou até subdividir a competência entre jurisdição ordinária e um Tribunal Constitucional especializado) percorreram o ca-

minho de um Tribunal Constitucional *ad hoc*, chamado a exercer *com exclusividade* a tarefa do controle das leis e/ou de outros atos dos órgãos constitucionais ou entes centrais ou periféricos. Além de alguns países da América do Sul e Central, recordamos que – na Ásia – Cortes Constitucionais atuam – a exemplo da Turquia – de acordo com a Constituição de 1982, no Uzbequistão, Tajikistão, Kazakhistão, Azerbaijão, Armênia e em alguns outros ordenamentos surgidos em razão do desmembramento da URSS, na Tailândia, etc. Porém, na África, onde, por outra parte, as constituições frequentemente restam apenas “sobre o papel”, registram-se exemplos análogos, como nas ex-colônias francesas e em Angola (enquanto naquelas inglesas, eventualmente, as Cortes Supremas também desenvolvem o *judicial review*). É, entretanto, no continente europeu que o modelo de controle centralizado, especializado e posterior teve melhor sorte: parcialmente transformado – além do “*idealtipo*” kelseniano –, também, por outros sistemas como os da Alemanha, Itália, e mais tarde Espanha, vem sendo previsto por exemplo no Chipre, nos ordenamentos do Leste da Europa e em algumas repúblicas nascidas da dissolução da URSS e da Jugoslávia. Na verdade, na última década, têm sido instituídas Cortes constitucionais na Rússia, Bulgária, Lituânia, República Tcheca, República Eslovaca, România, Hungria, Eslovênia, Polônia, Croácia, Albânia, Moldávia, Ucrânia, etc.

Em todos esses casos, o órgão é *ad hoc*, no sentido de que lhe compete apenas o controle de constitucionalidade de leis e outros atos normativos, além de variadas funções típicas das Cortes constitucionais. Como constatamos, não existe mais um “modelo centralizado” unitário: são múltiplos; sobretudo as variáveis representadas pelas modalidades de acesso à Corte constitucional, e frequentemente é contemplado, seja a ação direta dos órgãos constitucionais e/ou dos cidadãos e/ou das minorias parlamentáreas, seja o incidente de constitucionalidade

por parte dos tribunais; não falta nem mesmo o controle preventivo.

O sistema incidental não encontrou excessiva sorte nos países pertencentes à ex-União Soviética, onde prevalece muito mais o acesso por meio de ação direta, da qual, entretanto, também são titulares as cortes de cúpula da magistratura; também não é empregado – salvo raríssimas exceções como o Panamá – na América Latina, ao contrário da África em que, em algumas ex-colônias francesas como o Congo, Chade, Senegal e Togo, ele aproxima-se do controle preventivo. Igualmente, a exceção de inconstitucionalidade diante de um Tribunal ou Corte constitucional é contemplada pelas Constituições da România e da República Eslovaca, além de algumas leis *attuative*.

Não faltam, assim, soluções particularíssimas de controle centralizado. Com efeito, casos assim são representados – além do Tribunal constitucional português – pelo Tribunal federal suíço e pela *Cour d'arbitrage* belga.

5. Elementos de diversificação e de uniformização

5.1. Considerações introdutórias

Do que até agora foi revelado convém ressaltar duas circunstâncias: de uma parte, não só a introdução generalizada da justiça constitucional concorre, junto com outros fatores (como a tendência para a valorização das autonomias, o acolhimento difuso das cartas de direitos, o acolhimento da divisão dos poderes e da supremacia da constituição, etc.), para uniformização dos ordenamentos complexamente considerados; e não só – no âmbito do controle de constitucionalidade – tais uniformizações são mais acentuadas em razão da fusão de elementos recebidos de experiência das mais variadas. Mas, além disso, parece assistir, sobre um outro aspecto, a uma maior magnitude das sistematizações e funcionamento das Cortes, de suas funções, de seu *modus procedendi*, etc.

5.2. A jurisdição das liberdades e da igualdade

Se, ao menos originariamente, o papel arbitral da Corte ou Tribunal constitucional prevalecia claramente sobre a jurisdição das liberdades, hoje isso ainda resta importante, mas a progressiva incorporação nas Constituições de cartas de direitos cada vez mais extensos, a necessidade de fazer operante o princípio de igualdade, a exigência de pesar e repesar os valores conflitantes que pouco a pouco modificam a sensibilidade do corpo social na sua própria consideração tornaram cada vez mais agressiva uma jurisprudência constitucional que, estimulada pelos questionamentos dos cidadãos, tem sempre posto a tutela dos direitos no centro da própria atividade. Tecnicamente isso pode ocorrer de modo pleno, direto (onde sejam previstos instrumentos como o *amparo*, o mandado de segurança ou o *Verfassungsbeschwerde*, isto é, instrumentos de acesso direto dos cidadãos para defesa dos próprios direitos) ou quase pleno (como na Suíça, onde o recurso só pode dirigir contra atos legislativos cantonais) ou indireto (como na Itália e na Federação russa, onde, por exemplo, os direitos só são tutelados incidentalmente)¹².

5.3. Expansão das motivações

Quais que sejam os instrumentos utilizados hoje em dia, grande parte das Cortes, se bem que não todas, são chamadas a pronunciarem-se, em grande medida, sobre discriminações arbitrárias, que, mesmo consideradas individualmente, refletem em toda a categoria. Quem folhear a *Gazzetta Ufficiale* italiana, na parte dedicada as *ordinanze di remissione*, observará que a norma-parâmetro de longa data mais vezes reclamada é o art. 3 da Constituição^{NT}; igualmente ocorre na Áustria, Alemanha e até na França, onde o *Conseil constitutionnel*, da *régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, transformou-se no garantidor da liberdade e da igualdade; enquanto na Espanha, boa parte da jurisprudência constitucional versa

sobre a tutela da efetividade dos direitos, assegurada pelo artigo 24 da Constituição^{NT}.

À medida que cresce a autonomia do processo decisional, eleva-se também o grau de liberdade na seleção das matérias jurídicas de elaboração e valoração das conseqüências da sentença, os “valores” para privilegiar os pesos das provas, etc. No caso em espécie, são as mesmas Cortes a individualizar os valores – a decidir, portanto, o que representa um “valor” merecedor de tutela – e a lhes atribuir, em um determinado momento histórico, uma posição privilegiada com respeito a outros, segundo uma interpretação da realidade que nem sempre está em sintonia com a interpretação realizada por outros órgãos ou sujeitos políticos, mas que presume-se estar conforme ao que exprime a sociedade.

Na realização de tais operações, as Cortes freqüentemente são obrigadas a sacrificar as orientações morais e políticas inspiradoras da lei, e nela incorporadas, em benefício daquelas interpretações do direito posto (quer dizer delas mesmas), indulgenciando, às vezes, tanto na edificação de metafísicas globais, quanto na indicação de modelo para elaboração de novos jusnaturalismos¹³.

Apesar do *self-restraint* que caracteriza freqüentemente sua jurisprudência, os Tribunais constitucionais concorrem também para remodelar os textos constitucionais, não só modernizando a axiologia dos valores, mas também operando reais revisões do significado das palavras e disposições¹⁴.

Além do processo de decisão (ou de invenção), isso se repercute também em toda parte do processo de justificação (ou de validação), concorrendo para um generalizado crescimento das motivações. Até na França, onde, até bem pouco tempo, a técnica dos *vu* e dos *considérant* impedia o adequado desenvolvimento da parte da motivação das sentenças e, por conseqüência, a elevação de um papel também orientador – se assim se pode dizer – e pedagógico nos confrontos dos poderes públicos e da opinião pública.

5.4. A ampliação das competências

Em quase todas as ordens jurídicas, o caráter particular das decisões das Cortes constitucionais – cuja substância é amplamente discricional (para não dizer política), mas cuja forma é caracterizada pela jurisdicionalização do processo –, e sobretudo a posição de terceiros em que atuam os juízes das leis, sugeriu que lhes fosse outorgada (além do controle de constitucionalidade das leis e outros atos, da resolução dos conflitos entre centro e periferia) uma série de funções que requerem o exercício de um papel arbitral. Por sua riqueza – apesar disso, tampouco comparável àquela dos textos mais recentes, espécie do Este europeu –, são emblemáticas a esse propósito as disciplinas ditadas pelo *Grundgesetz*, da Constituição italiana e da espanhola, além das respectivas legislações *attuative*. Elas se ocupam de atividades tais como – além da solução dos conflitos entre os poderes do Estado – o controle sobre a regularidade das eleições ou sobre a admissibilidade de referendos, suspensão dos direitos, declaração de inconstitucionalidade dos partidos políticos, etc.¹⁵.

Sobre a guarda das experiências, até agora descritas, vários ordenamentos carregaram (e freqüentemente sobrecarregaram) o próprio Tribunal Constitucional de funções ulteriores, que podem ser agrupadas como podemos ver a seguir.

Entre elas, como nos três países citados, comparecem em primeiro lugar aqueles resguardadores dos conflitos entre órgãos ou “poderes” do Estado. Não raro são contemplados entre os conflitos – como naqueles entre Parlamento e Governo – que, até onde atuar a relação de confiança, esta sugeriria uma composição exclusivamente política dos mesmos. Prevêem essa competência, além daquelas já mencionadas, as Constituições búlgara, croata, eslovena, sul-africana, eslovaca, russa, equatoriana, boliviana, georgiana, do Tajikistão, do Senegal, do Chade, do Mali, do Chipre, da República da Coreia, da Costa Rica...

Outra função freqüentemente atribuída é a vigilância sobre as operações eleitorais, políticas ou presidenciais ou ainda administrativas, e/ou a decisão sobre os respectivos recursos (França, Alemanha, Grécia, Áustria, Portugal, Lituânia, Repúblicas Checa e Eslovaca, Eslovênia, Croácia, România, Bulgária, Geórgia, Moldávia, Kazakhistão, Chile, Chade, Congo, Mali, etc). Além disso, freqüentemente os Tribunais constitucionais são chamados a supervisionar a regularidade dos procedimentos referendários ou, como na Itália, sobre a admissibilidade dos respectivos questionamentos.

As Cortes constitucionais são, em quase todas as partes, interessadas nos procedimentos de *impeachment*, nos litígios que envolvem o Presidente da República e/ou ministros, parlamentários, juízes ou outros funcionários: assim dispõem, entre as outras, as Constituições da Ucrânia, Lituânia, Croácia, do Chile, da República da Coreia, Honduras, Iêmen e Zaire. Às vezes, o julgamento compete ao Tribunal constitucional investido da competência de outros órgãos constitucionais; outras vezes, é chamado apenas a emitir um parecer, ou a instruir a acusação, ou a garantir a correta observância dos procedimentos.

Em alguns ordenamentos, corresponde também às Cortes a tarefa de verificar o impedimento temporário ou definitivo do chefe do Estado e analisar os pressupostos para proceder ao *interim*, como por exemplo em Portugal, Romênia, Lituânia, Moldávia, Armênia, Chipre.

Nos ordenamentos “protegidos” contra a atividade de partidos ou associações anti-constitucionais, é freqüente que as decisões sobre a natureza dos mesmos, como inclusive em algum caso de aplicação das respectivas sanções, seja confiada à Corte constitucional, reputada mais idônea que outros poderes a assumir uma decisão imparcial: a disposição mais conhecida – também pela aplicação que se fez – está contida no *Grundgesetz* alemão, introduzida fielmente no texto de outras Constituições que dispu-

seram de modo análogo, como Portugal, Bulgária, Romênia, Croácia, Eslovênia, Repúblicas Checa e Eslovaca, Geórgia, Polônia, Chile, Coréia...

Não falta, às vezes, a atribuição de funções de consultoria dos vários órgãos do Estado, como na Guatemala, Bolívia e na Índia.

Por fim, percorrendo os textos constitucionais e a legislação *attuativa*, é fácil encontrar disposições que atribuem aos Tribunais constitucionais competências das mais variadas, como emitir pareceres sobre a proclamação de medidas de emergência, atestar a morte ou a incapacidade dos candidatos à Presidência da República, decidir sobre a extradição de cidadãos estrangeiros, verificar as circunstâncias da dissolução das câmaras parlamentárias pelo Presidente, averiguar as incompatibilidades dos ministros, pronunciar-se sobre as candidaturas ao cargo presidencial...

A atribuição de tarefas que excedem à Justiça Constitucional – em sentido estrito – contribuiu, no dilatar das funções das Cortes constitucionais, para aumentar sua importância e a desequilibrar, a seu favor, o contrapeso entre os órgãos constitucionais. Embora atuem com os instrumentos típicos da jurisdição, e quase sempre podendo atuar apenas se provocadas, as Cortes assumem, inclusive nesses casos, posições caracterizadas por um elevado grau de politismo.

Não deve ser motivo de assombro que, no final de um longo processo, de pelo menos dois séculos, algumas Constituições chegassem até a prever um papel ativo dos Tribunais constitucionais no âmbito do procedimento de revisão constitucional, consagrando assim sua função de “constituinte permanente”.

5.5. As Cortes constitucionais, constituinte permanente

Que fique bem claro que, qualquer que seja o papel assumido *formalmente* pelos Tribunais constitucionais nos mecanismos de

revisão, eles, *seja como for*, concorrem para a transformação dos textos constitucionais conformando-os com as novas exigências da sociedade. Várias Constituições têm, inclusive, contemplado também sua intervenção nos processos de revisão – que caracteriza os textos rígidos – como forma de agravamento do *inter legis*¹⁶.

Além dos casos nos quais vem codificado o *status* do Tribunal constitucional como “intérprete” ou “intérprete oficial” da Constituição e das leis (Rússia e Estados da ex-URSS, Chipre, Samoa ocidentais, etc.), com as conseqüências que essa fórmula atrai quanto à eficácia vinculante das decisões, as tipologias da participação das Cortes no procedimento emendativo da Constituição vão agrupadas, mais ou menos, da seguinte forma:

a) Em primeiro lugar, alguns textos conferem um real poder de solucionar, como no Chile, “qualquer questão de constitucionalidade que possa surgir durante o exame de emendas constitucionais” ou “as demandas referentes a procedimentos de reforma da Constituição” (Bolívia). A Constituição da Moldávia prescreve que os projetos de lei de revisão constitucional subordinados ao Parlamento devem ser examinados pela Corte constitucional, a pedido de pelo menos quatro juízes.

b) Para afastar qualquer dúvida sobre a extensão do poder em questão, outras Constituições (como a colombiana) esclarecem que o controle das Cortes Constitucionais sobre o projeto de revisão é limitado ao exame dos “vícios de procedimento na sua formação” (no caso particular relacionado com a convocação de um referendo ou uma adequada Assembléia constituinte).

c) Às vezes, a Constituição atribui às Cortes Supremas (ou constitucionais) até mesmo a iniciativa do procedimento de revisão. Assim dispõem, ou dispuseram, as Constituições do Equador, Panamá e Peru antes da revisão do 1993. Em tal caso, a intervenção não é circunscrita aos aspectos formais, ou coordenada para respeitar os

limites explícitos ou implícitos à revisão. Ao contrário, indica a entrada do Tribunal Constitucional no circuito político com a assunção das conseqüentes responsabilidades.

d) A participação das Cortes no processo de revisão também pode ocorrer por vias transversais enquanto sejam chamadas a exercer funções de controle em eleições ou referendos e essas atividades concorram, obrigatória ou livremente, para aperfeiçoar o *iter* emendativo (isso, como já vimos, ocorre na França, onde, além das eleições, o *Conseil constitutionnel* fiscaliza também a regularidade do referendo a exemplo do que ocorre em numerosas ex-colônias francesas, além da Romênia, que é um ordenamento que deriva diretamente do francês). Na mesma tipologia deve inscrever-se a intervenção da Corte constitucional no exame da regularidade da iniciativa popular onde os cidadãos também possam exercer a proposta de revisão como, novamente, registra-se o caso romeno.

e) Um caso altamente significativo é representado pela intervenção da Corte constitucional nos procedimentos provisórios de formação da Constituição. A propósito, é emblemática a experiência da África do Sul, cuja *Constitution Act 1993* estabeleceu – combinado com o anexo 4 – um detalhado mecanismo para adoção do texto final. Nele era prevista a eleição de uma Assembléia constitucional com a tarefa de aprovar a Constituição definitiva, que devia estar conforme a trinta e quatro *Constitutional Principles* enunciados no citado Anexo. Nos termos do art. 71, C. 2, o respeito a tais princípios deveria ser certificado pela Corte constitucional, que, entretanto, declarou que nem todas as disposições do *bill* aprovadas pela assembléia constituinte eram conformes. Emendado o texto, a Corte constitucional o aprovou com decisão de 5 de dezembro de 1996, permitindo a entrada em vigência da nova Constituição da República da África do Sul.

f) Por último, faz-se referência ao controle exercido pelas Cortes constitucionais so-

bre as leis orgânicas, tomando como parâmetro de julgamento onde a Constituição contempla esta categoria (também) como de fonte do direito e “prolongamento da Constituição”: França, Espanha, Romênia e vários ordenamentos da América Latina. Em particular, recordamos que na França o *Conseil constitutionnel*, de um lado, declarou que as leis orgânicas não deviam violar “*dans le même esprit*” as ordenanças orgânicas assumidas pelo Governo entre 1958 e 1959 para a *mise en place* das instituições, que quase tinham valor constitucional; do outro, que as leis orgânicas servissem de parâmetro para o controle das leis ordinárias.

Contudo, a elaboração da teoria de que existem “princípios supremos da constituição”, e, como tais, imodificáveis até mesmo pelo próprio poder de revisão constitucional vez que seriam realmente os atentos guardiões da Constituição, parece colocar as Cortes constitucionais não só acima do poder legislativo, mas realmente ao lado do Constituinte. Cremos que boa prova dessa realidade é a codificação do papel das Cortes no procedimento de revisão constitucional realizada nas formas sumariamente descritas.

6. Conclusões

Constatamos a impetuosa expansão que o instituto do controle de constitucionalidade teve no curso do século vinte, sobretudo depois da Segunda Guerra e na década recém-concluída. Nascida de diferentes origens, a idéia de um juiz das leis difundiu-se por quase todos os lugares, pelo menos em nível de verbalização constitucional. Atualmente fazem-na própria até mesmo alguns ordenamentos que desconhecera *de iure* ou *de facto* a forma de Estado liberal-democrático, em vantagem a ordenamentos autoritários ou teocráticos.

As diversidades estruturais de cada ordenamento – imputáveis à família jurídica pertencente, às tradições históricas e culturais, à forma de governo, ao nível de desen-

volvimento, etc. – aconselharam, depois de uma fase de acríticas recepções, adaptar os modelos originários a específicas exigências de funcionamento. A translação *en bloc* do sistema americano ou austríaco foi pouco a pouco sendo substituída por disciplinas mais dirigidas, dúcteis, poliformes.

Não só em alguns Países da Europa foi introduzido um *tertium genus* de justiça constitucional caracterizado pela incidentalidade do acesso, mas quase sempre os ordenamentos particulares contemplaram, e ainda prevêem, vários modos de controlar a lei. Quase em todos os lugares são mantidas formas de controle interno político junto a controles jurisdicionais. É freqüente – no velho continente como no novo, mas também na Ásia, na África, na Oceania – que o controle sucessivo se aproxime em alguns casos a procedimentos de controle *a priori*. Onde prevalece o controle incidental, é regra, e não exceção, que a lei possa ser também impugnada por via direta. Não raro, antigas tradições de controle difuso sobreviveram à instituição de uma Corte especializada.

Em todos esses casos, não só os procedimentos, mas inclusive o objeto do recurso e a tipologia das pronúncias, como também a disciplina dos efeitos, têm crescido quantitativamente e qualitativamente graças, ainda, a uma maior circulação de informações e notícias e a trocas de experiências cada vez mais intensas, e isso comprova uma vez mais o fundamental papel desenvolvido pelo estudo do direito comparado, inclusive nesse delicado setor.

Notas

¹ Texto, com modificações e acréscimos, baseado na palestra proferida no Congresso “Un collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino”, República de San Marino, 18-19 de fevereiro de 2000.

² A literatura sobre o controle de constitucionalidade das leis é verdadeiramente vasta e tem crescido desmesuradamente, sobretudo nos últimos anos. Não são, entretanto, muitos os volumes que

versam sobre a justiça constitucional desde uma perspectiva comparada ampla (isto é, mundial ou, ao menos, continental); além da contribuição de M. Cappelletti, (1968; 1984; 1989; 1984); Rivas (1985); Favoreu (1992); Fromont (1996); Verdussen (1997); Rosseau (1998); Luthier; Romboli; Tarchi (2000). Outros trabalhos úteis para delimitar o argumento e para compreender a classificação dos modelos são, em espanhol: Fernández Segado (1997, p. 45 et seq. 2003); em italiano: Pizzorusso (1982, p. 521 et seq.) e em Pegoraro; Reposo; Gobbo (1985, v. 2, p. 1013 et seq.); em francês: Favoreu (1984, p. 1147 et seq.).

Para completar a consulta bibliográfica, vide referências na minha obra *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998.

³ Com mais profundidade em Pegoraro (1997, p. 3 et seq. 1999, p. 1217 et seq.).

⁴ Além das obras da coletânea citada na nota 3, ver também: Rinella (1996).

⁵ A respeito do tema, a Constituição assegura, ainda, a vigilância sobre a regularidade das eleições presidenciais e do procedimento de *referendum*, das decisões sobre a regularidade das eleições para deputados e senadores, bem como do parecer sobre assunção dos poderes excepcionais por parte do Presidente da República, *ex art.* 16. Depois da reforma de março de 2003, compete também ao Presidente o controle sucessivo das leis invasivas da competência dos Territórios de ultramar.

⁶ Trata-se da chamada *supremacy clause* estabelecida no art. VI c. 2.

⁷ É esta a razão do *nomen* atribuído ao modelo definido “incidental”, porque se ancora num incidente ou exceção processual e não numa ação direta.

⁸ Em sede de controle concreto (que tenha por objeto apenas leis aprovadas depois da entrada em vigor do *Grundgesetz*), o julgador deve ter a convicção – já não apenas dúvida – de que a lei seja inconstitucional.

⁹ Cf. FERNANDEZ SEGADO, 1997, p. 965 et seq.; PIZA ROCAFORT, 1989, p. 681 et seq.; GARCÍA BELAUNDE; FERNÁNDEZ SEGADO, 1997; BREWER CARÍAS, 1997, p. 121 et seq.; GARCÍA BELAUNDE, 2000.

¹⁰ (1983) IRLM 246.

¹¹ PIZA ESCALANTE, 1995, p. 155, recordado por FERNANDEZ SEGADO, 1997, p. 975.

¹² PALADIN, 1988, p. 521 et seq. E ainda em Pegoraro; Reposo; Gobbo (1998, p. 2003 et seq.).

^{NT} Refere-se aos princípios fundamentais e tem o seguinte texto:

Art. 3: “Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a Lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais.

É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores à organização política, econômica e social do País”.

^{NT} Artigo 24 da Constituição Espanhola:

“1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juizes e Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se a falta de defesa. 2. Do mesmo modo, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação formulada contra si, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmos, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos supostamente delitivos”.

¹³ Ver em geral Scarpelli, (1976, p. 440). Sobre os processos formativos e argumentativos das decisões, uma proposição geral, além da obra antes citada existe outro livro do mesmo autor, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*. In: _____ *L'etica senza verità*. Bologna: Il Mulino. 1982.

¹⁴ É emblemática, nesse propósito, a transformação do federalismo americano por meio da leitura realizada pela Corte Suprema da *commerce clause*, cujo art. I, seção VIII, da Const. diz respeito ao Congresso “regular o comércio com as nações estrangeiras e entre os vários Estados (entenda-se: Estados-membros) e com as tribos indígenas”. Ver Bognetti (1988).

¹⁵ Ver Baldin, (2000); Ferrari, (2000, p. 351 et seq.).

¹⁶ Seja consentido reenviar a Pegoraro (1999a, p. 221 et seq., 1999b, p. 7 et seq.).

Bibliografia

BALDIN, Serena. *Le “altre funzioni” delle corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale*. Trieste: Edizioni Università di Trieste, 2000.

BOGNETTI, Giovanni. *Commerce clause*. *Digesto IV*, Torino, 1988.

BREWER CARÍAS, Allan R. *La jurisdicción constitucional en América Latina*. In: GARCÍA BELAUNDE, Domingo; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madri: Dykinson, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; AA.VV. *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*. Bogotá: Universidad de Externado, 1984.

_____. *Giudici legislatori?*. Milano: Giuffrè, 1984.

_____. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968.

_____. *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica, 1990.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

ELIA, Leopoldo. *Giustizia costituzionale e diritto comparato*. In: PIZZORUSSO, Alessandro; VARANO, Vincenzo (Coord.). *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. Milano, Giuffrè, 1985. v. 2.

FAVOREU, Louis. *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*. *Revue du droit public et de la science politique, s.l.*, 1984.

_____. *Les cours constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su genesys en el pasado siglo*. In: MIRANDA, J. (Org.). *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1997. v. 2.

_____. *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*. In: _____; GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

_____. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo: il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*. *Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series*, Bologna, n. 5, 2003.

FERRARI, Giuseppe Franco. *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2000.

FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris: Dalloz, 1996.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. 2. ed. Lima: Grijley, 2000.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. *La justicia constitucional: derecho comparado y español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.

LUTHER, Jörg; TARCHI, Rolando; ROMBOLI, Romberto (Coord.). *Esperienze di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2000. 2 v.

PALADIN, L. *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle corti costituzionali europee: spunti*

- comparatistici. In: CARLASSARE, Lorenza. (Coord.). *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*. Padova: Cedam, 1988.
- PEGORARO, Lucio. Forme di governo, definizioni, classificazioni. In: _____; RINELLA, Angelo (a cura di). *Semipresidenzialismi. Quaderni giuridici del dipartimento di scienze politiche dell'università degli studi di Trieste*, Padova, n. 3, 1997.
- _____. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: Giappichelli, 1998.
- _____. *Studi in onore di L. Elia*. Milano: Giuffrè, 1999.
- _____. *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 6, 1999.
- _____. *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución. Revista de las Cortes Generales*, Madrid, n. 47, 1999.
- _____; REPOSO, Antonio; GOBBO, Maurilio (Coord.). *Lecture introduttive al diritto pubblico comparato*. Padova: Cedam, 1998.
- PIZA ESCALANTE, V. Rodolfo. *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1995.
- PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 15, 1989.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. Quaderni costituzionali*, Bologna, p. 521-533, dic. 1982.
- RINELLA, Angelo. *La forma di governo semi-presidenziale: profili metodologici e "circolazione" del modello francese nell'Europa centro-orientale*. Torino: Giappichelli, 1996.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 1998.
- SCARPELLI, Umberto. *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*. In: _____ (Comp.). *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità, 1976.
- _____. *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*. In: _____. *L'etica senza verità*. Bologna: Il Mulino, 1982.
- VERDUSSEN, Marc. *La justice constitutionnelle en Europe centrale*. Bruxelles: Bruylant, 1997.

De Pio XII a Paulo VI

Do conservadorismo à incerteza da renovação durante a Guerra Fria

Virgílio Caixeta Arraes

Sumário

1. A nova ordem mundial no pós-Segunda Guerra Mundial. 2. A Guerra Fria. 3. Santa Sé no pós-Segunda Guerra Mundial. 4. A renovação necessária: Concílio Vaticano II. 5. A questão cubana. 6. O legado de João XXIII. 7. Paulo VI: a difícil e histórica missão de renovação. 8. A guerra do Vietnã (1965-75) e sua crise. 9. O legado do Concílio Vaticano II.

“Não é, no entanto, fácil, em meio a tanto desarranjo de coisas, enquanto a disposição de muitos ainda permanece agitada de sentimentos de vingança, alcançar uma paz que seja igualmente moderada pela equidade e pela justiça, que satisfaça com fraterna caridade as aspirações de todos os povos e elimine os germens latentes das discórdias e das rivalidades. Conseqüentemente de modo especial são esses que têm necessidade das luzes celestes, cabendo-lhes o gravíssimo encargo de resolver tal problema, de cujo juízo depende a sorte não apenas de sua nação, mas também de toda a humanidade e das futuras gerações (...) Considerem estes, refletindo atentamente diante de Deus, que tudo o que ultrapassasse os limites da justiça e da equidade, certamente, cedo ou tarde, voltaria com enorme dano para os vencidos e vencedores, pois aí estaria escondida a semente de novas guerras” (Cf. PIO XII, 1945).

Virgílio Caixeta Arraes é Professor do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Mestre e doutorando em História das Relações Internacionais pelo Departamento de História da mesma instituição.

“A América optou pela unidade ocidental em relação às negociações Oriente-Occidente. Ela não tinha realmente nenhuma outra escolha, pois não ousava correr o risco de dar ouvidos às sugestões de Stalin somente para descobrir que ele estava utilizando as negociações para solapar a nova ordem internacional que a América estava tentando construir. A restrição transformou-se no princípio de orientação da política ocidental, assim permanecendo durante os próximos 40 anos” (Cf. KISSINGER, 1997, p. 523).

1. *A nova ordem mundial no pós-Segunda Guerra Mundial*

Após praticamente três séculos de vigência, o sistema multipolar – caracterizado pela existência de vários centros de poder, de porte econômico-militar similar, dispostos a não permitir o surgimento de uma única hegemonia que lhes pudesse ameaçar a existência, definido pela Paz de Vestfália, em 1648 – findara-se para gerar um novo: o bipolar, em que Estados Unidos (EUA) e União Soviética (URSS)¹ procurariam exercer sua capacidade de hegemonia em suas respectivas áreas, definidas ainda a partir de antes do fim da Segunda Guerra em três grandes conferências – Teerã, novembro de 43; Yalta, fevereiro de 45; e Potsdam, julho de 45 –, que contariam também com a participação da Grã-Bretanha como acólito involuntário dos norte-americanos.

O sistema bipolar foi aceito em decorrência do caos sistêmico que se instalara no mundo, com vários anos de conflito militar intenso, em face das pretensões mundiais hegemônicas do eixo nazi-fascista, que se consolidaria fundamentalmente com o domínio da Eurásia, fonte imensurável de recursos naturais e de farta mão-de-obra, mas que esbarraria em dois outros pólos: capitalismo liberal – representado pelos Estados Unidos, Grã-Bretanha e França – e comunismo – União Soviética. Ante situações as-

sim, a demanda por qualquer tipo de ordem espalhar-se-ia e surgiriam as condições para um Estado hegemônico, que, por seu turno, edificaria o seu sistema, que poderia ser até mundial, em bases mais amplas e, naturalmente, novas (Cf. ARRIGHI, 1998, p. 30-31).

Destarte, ideologicamente, dividir-se-ia o planeta entre o capitalismo – apresentado em seu tipo-ideal² como democracia liberal – e o comunismo – como a ditadura do proletariado. Uma das características que mais se imporia durante a tensão bipolar seria a extrema rigidez das alianças, coligações e compromissos formados dentro dos blocos, porquanto a saída ou a “perda” de um membro para o outro lado poderia gerar desequilíbrios de poder dificilmente reparáveis em curto prazo. Em assim sendo, a tendência do líder do bloco seria buscar a imposição, implícita ou explicitamente, da adoção de seu *modus vivendi*, de forma que a homogeneização dificultasse o desprendimento do seu campo de atuação. Assim, os dois pólos teriam a consciência de que a ampliação desmedida de sua área de influência, com significativa alteração da situação vigente, poderia acarretar, em última instância, o recurso à guerra nuclear (Cf. VESENTINI, 1990, p. 84).

Poder-se-ia interpretar o exercício do poder hegemônico como a capacidade de liderar e governar um conjunto significativo de nações formalmente soberanas. A gestão não implicaria apenas força militar, mas também moral ou intelectual para que não fosse simples domínio, o qual, a todo momento, poderia ser questionado. Assim, exercer-se-ia a supremacia por domínio – inimigos ou antagonistas – em áreas de influência já consolidadas ou em vias de ser ou por liderança – aliados cooptados mistamente, ou seja, intelectual/moral (capacidade de convencer que interesses individuais ou até regionais são universais, convergindo a direção de todos) e materialmente. Dessa forma, o Estado hegemônico combinaria elementos de coerção e consentimento na sua administração do sistema. Entretanto, ao

comportar-se desse modo, o Estado hegemônico legitimaria sua forma de desenvolvimento, atraindo mais e mais seus aliados, os quais, gradativamente, poderiam passar de aliados a competidores e, conseqüentemente, rivais (ARRIGHI, 1998, p. 27-29)³.

De início, o capitalismo compreenderia basicamente as Américas, Europa Ocidental, Oceania e as respectivas colônias e protetorados das metrópoles nelas situadas, principalmente as detentoras de fontes energéticas não renováveis; em suma, a “grande área”, conforme Chomsky (1996, p. 15)⁴. O comunismo, por sua vez, atingiria a Europa Oriental e parte da Ásia. O Leste europeu, ao ser área de influência soviética, concretizaria uma aspiração que se originava da antiga Rússia imperial, que era o controle dos países eslavos e adjacências (Cf. MARTINA, 1997, p. 245). Para a União Soviética, essa região era-lhe preocupante do ponto de vista geoestratégico, de forma que ela seria transformada em um corredor de segurança (Cf. MAGNOLI, 1988, p. 17-22).

A Europa Ocidental, combatida, recuperar-se-ia, com a ajuda norte-americana, no final dos anos 40 e início dos 50 (Cf. SARAIVA, 2001, p. 24; MAGNOLI, 1988, p. 30), e, a partir dos anos 60, retornaria à cena internacional, de modo tímido ainda, com os primeiros passos para a formação – longínqua – de uma confederação. Embora, naquele momento, economicamente não pudesse ombrear com os Estados Unidos, o continente continuaria a ser, no entanto, o centro do ramo mais importante e numeroso do cristianismo: o catolicismo romano, o que lhe conferiria notável influência cultural.

Durante o começo da nova ordem mundial, o Estado da Cidade do Vaticano, ou a Santa Sé, permaneceria sob a condução do Papa Pio XII, um dirigente conservador, com uma visão de doutrina e administração clerical ligada aos princípios emanados do Concílio Vaticano I⁵, ou seja, antiliberal, anti-socialista, antipositivista, antidemocrático, antimodernista, centralista e a favor da infalibilidade papal, a qual faria com que

muitos prelados abandonassem o concílio ou rompessem com a Santa Sé. Seria interrompido em função da Guerra Franco-Prusiana (1871)⁶. Todavia, apesar da oposição ao socialismo real, o Papa aceitaria transigir com regimes fascistas nas décadas de 30 e 40 (Cf. KÜNG, 2002, p. 220-224).

Quanto à Ásia e África, seriam as regiões – principalmente a primeira (Cf. HOBBSBAWM, 2002, p. 225) – onde se dariam os grandes embates entre os dois pólos, em face do rápido processo de descolonização, seguido no pós-Segunda Guerra, que abriria espaço para ambos, principalmente para a União Soviética, consolidarem novas esferas de influência. Nesse sentido, as mudanças políticas progressistas seriam possíveis, não por ingerência externa, mas por desenvolvimento interno – posteriormente, um dos dois pólos poderia providenciar auxílio (Cf. VESENTINI, 1990, p. 84). Apesar da independência formal, a maior parte continuaria tutelada pelas superpotências, permanecendo em situação de dependência econômica e política – a China seria uma das poucas exceções e a mais importante.

Em relação à América do Sul, já formalmente independente desde o primeiro quartel do século XIX, o alinhamento com o lado capitalista seguia uma aliança tácita e informal, que remontava ao fim do domínio ibérico. Após a Primeira Guerra Mundial, quando progressivamente a Grã-Bretanha perdia o posto de potência hegemônica no continente, o pêndulo deslocar-se-ia em favor dos Estados Unidos. Exatamente, pela fidelidade consagrada à aliança com a América do Norte, a América Latina, de balde, aguardou um plano de ajuda e incentivo econômico similar ao recebido pela Europa.

Economias basicamente agroexportadoras, possuíam pouca margem de manobra na política internacional, acompanhando os ciclos e as tendências político-econômicas do hegemônico. Tal comportamento não iria mudar após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na nova ordem, as admoestações eram a abertura das fronteiras econômicas, com o

estímulo à entrada do investimento externo direto, o estabelecimento de uma infra-estrutura que fomentasse o desenvolvimento e atraísse mais investimentos e a especialização nas atividades em que o país possuísse vantagens comparativas primárias, ou seja, as decorrentes dos recursos naturais (CF. WALLERSTEIN, 1999, p. 223-224) ⁷.

Em alguns países, em função da experiência da Crise de 1929, havia já políticas de industrialização incipientes, como no caso do Brasil, Argentina e México. Isso proporcionaria, em meados dos anos 50, a adoção de posturas mais reativas de cunho industrial, nos moldes preconizados pela CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina, anos antes, que pregava a substituição das importações por meio da promoção de indústrias infantis, que ampararia relativo protecionismo, justificado pelo interesse nacional, e a presença do Estado para harmonizar os conflitos sócio-econômicos (Cf. SADER, 2000, p. 97; WALLERSTEIN, 1999, p. 224).

Apesar da distinção dos perfis do ponto de vista político, econômico, histórico e cultural, a divisão ideológica bipolar situaria, sob o mesmo manto, o Brasil e o Vaticano, cujas órbitas ficariam em torno da dos Estados Unidos, ao aceitar por base comum o anticomunismo⁸, o cristianismo – na ação partidária, a democracia-cristã e congêneres – e o liberalismo econômico. Todavia, deve-se salientar que o Vaticano possuía uma singularidade, que era o caráter conjugado de sua composição, que compreendia tanto o lado estatal, pouco significativo⁹, como o transnacional, sobretudo importante, ao ser, como já mencionado, a sede espiritual do catolicismo. Nesse sentido, o Vaticano, como “chefe da maior instituição multinacional do mundo”, assumiria uma posição de “superpotência” moral (Cf. REESE, 1999, p. 370)¹⁰.

Conforme Allen Jr., a eliminação praticamente total das preocupações civis/administrativas, em face da incorporação dos Estados Papais ao reino da Itália, em 1870,

levaria o papado a ampliar seu papel no mundo, porquanto:

“Na melhor das hipóteses, o papa não aparece mais como monarca que cuida de seus próprios interesses, mas como voz da consciência do mundo. Além disso, um papa supranacional pode, pelo menos em teoria, contar com o apoio de centenas de milhões de católicos do mundo todo, o que lhe dá uma capacidade de mobilizar a opinião pública que nenhum governo ousaria ignorar” (Cf. ALLEN JR, 2003, p. 23).

2. A Guerra Fria

“De acordo com (George) Kennan (um dos ideólogos principais da Guerra Fria, servindo, àquela época, como diplomata na Embaixada Americana na URSS), a ideologia comunista encontrava-se no cerne da abordagem de Stalin no mundo. Stalin considerava as potências capitalistas ocidentais como irrevogavelmente hostis. O atrito entre a União Soviética e a América não era, portanto, o produto de um mal-entendido ou de comunicações falhas entre Washington e Moscou, porém inerente da percepção de mundo externo da União Soviética” (Cf. KISSINGER, 1997, p. 530).

“Pois hoje é evidente, e era razoavelmente provável mesmo em 1945-7, que a URSS não era expansionista – e menos ainda agressiva – nem contava com qualquer extensão maior do avanço comunista além do que se supõe houvesse sido combinado nas conferências de cúpula de 1943-5 (...) Além do mais, embora isto não fosse muito notado, a União Soviética desmobilizou suas tropas – sua maior vantagem militar – quase tão rapidamente quanto os EUA, reduzindo a força do Exército Vermelho de um pico de quase 12 milhões, em 1945,

para 3 milhões em fins de 1948” (Cf. HOBSBAWM, 2002, p. 229).

O período que abrangeria o fim da Segunda Guerra Mundial até a dissolução da União Soviética compreenderia a Guerra Fria, caracterizada pela presença de duas superpotências, que poderia ser dividida em dois subperíodos, com divisor no início dos anos 70, com a crise do petróleo, que geraria um grande desajuste econômico (Cf. HOBSBAWM, 2002, p. 223)¹¹. O objetivo norte-americano não seria a destruição do comunismo, mas a manutenção de sua predominância no restante do mundo (Cf. HOBSBAWM, 2002, p. 234). No período em tela, destacar-se-iam seis eventos, que fariam do mundo um sistema condominial, com convivência direta relativamente pacífica entre as superpotências, quais sejam: a recuperação econômica da Europa Ocidental, principalmente em decorrência da ajuda norte-americana, por meio do Plano Marshall; a ascensão de Eisenhower e Kruschev ao poder de seus países, com posturas mais realistas, que aceitariam a existência mútua; as dissensões do bloco comunista na China e nos aliados europeus, como Albânia e Iugoslávia, cujos partidos comunistas eram influentes antes da presença soviética; o processo de descolonização afro-asiática, onde, porém, as superpotências digladiar-se-iam, ao menos indiretamente, pela ampliação de seu espaço; o breve suspiro de alguns países sul-americanos na busca de uma inserção mais ativa no cenário regional, como a gestão Frondizi, na Argentina, e a Goulart, no Brasil; por fim, o equilíbrio do terror, em função da posse de armas de destruição em massa, que faria com que, nos conflitos do período como Coreia e Vietnã, utilizassem-se as convencionais, cada vez mais letais (Cf. SARAIVA, 2001, p. 19, 38-40)¹².

3. *Santa Sé no pós-Segunda Guerra Mundial*

“Considerando a Europa isoladamente, encontramos-nos face a face

agora com problemas e dificuldades gigantescas que deverão ser vencidas se desejarmos abrir caminho para uma paz verdadeira – a única paz que pode ser duradoura. Esta não pode realmente florescer e prosperar senão numa atmosfera de segurança e perfeita fidelidade, aliada a uma confiança recíproca, à compreensão mútua e à benevolência. A guerra fez surgir por toda parte a discórdia, a suspeita e o ódio. Assim sendo, se o mundo desejar conquistar a paz, devem desaparecer as falsidades e os rancores e em seu lugar devem reinar a verdade e a caridade” (Cf. PIO XII, 1945).

Em relação ao papel da Santa Sé após a Segunda Guerra Mundial, não haveria convergência: manteria seu prestígio, ao ter-se distanciado de todos os regimes durante o conflito; o seu distanciamento significaria omissão deliberada, principalmente em relação às ações ítalo-germânicas, e aversão ao comunismo, notadamente o italiano, e à democracia de massas, especialmente a relativista norte-americana, tolerante a todas as filiações, inclusive à maçonaria (Cf. MARTINA, 1997, p. 233; CORNWELL, 2000, p. 365-367).

Apesar de larga experiência diplomática, que poria em segundo plano a diocesana, Pio XII teria a aspiração, com o restabelecimento da paz, de conservar a si e à sua religião imutáveis, em postura similar à de Pio IX no fim do século XIX. A despeito do reconhecimento de que a Igreja não mais abarcaria o mundo já há bastante tempo, ele considerava sua autoridade religiosa universal e onipotente; assim, cria ser sua obrigação o aconselhamento espiritual a todos os aspectos do cotidiano. A sua visão amparar-se-ia na doutrina agostiniana, recuperada e atualizada por Pio IX: a dos dois mundos. Um – *civitas Dei* (a cidade de Deus) – representada pela Igreja Católica; o outro – *civitas terrena* (a cidade dos homens) – o mundo secular e moderno, que seria o local caído, portanto, a nova Babel (Cf. REESE,

1999, p. 132, 142; JOHNSON, 2001, p. 612-617)¹³.

Dessa forma, para ele, o projeto ideal para a Itália pós-fascista preveria um Estado corporativista católico, ou seja, a aliança entre os dois poderes, o secular e o espiritual; assim, a Espanha franquista seria o país que mais se aproximaria do modelo almejado. Por meio de uma concordata a ser assinada em 1953, culminar-se-ia um processo de aproximação que vinha desde a Segunda Guerra, após três acordos parciais – 1941, 46 e 50. O catolicismo seria a única religião do Estado, reconhecendo o governo espanhol a Igreja como a sociedade perfeita. Cultos acatólicos seriam tolerados, desde que praticados particularmente. As escolas públicas lecionariam de acordo com a moral católica, encerrando a forma secular. As autoridades eclesiásticas teriam um regime jurídico próprio, com um foro eclesiástico. No entanto, o governo deveria aprovar as indicações para os bispados (Cf. CORNWELL, 2000, p. 365-366; MARTINA, 1997, p. 256-259).

Todavia, a realidade estaria distante dessa concepção, de sorte que a Santa Sé teria de apoiar a democracia-cristã contra os comunistas e reconhecer, ainda que com restrições, o sistema democrático. No plano externo, ante a força interna dos comunistas italianos, Pio XII pôr-se-ia decididamente ao lado ocidental, por temer uma coligação entre eles e soviéticos. Desse modo, em sua visão, eram preferíveis norte-americanos, com seu materialismo intenso, e democratas-cristãos, de inspiração republicana, a comunistas e soviéticos, de inspiração ateuista, na praça de São Pedro, tornando a Igreja mártir. A partir daí, Pio XII, ironicamente alcunhado Capelão da Aliança do Atlântico Norte, receberia constante ajuda norte-americana, fosse por meios diretos – do próprio governo, fosse indiretos – associações privadas (Cf. CORNWELL, 2000, p. 366-370)¹⁴.

Com esse posicionamento, em julho de 49, a Santa Sé declararia, por meio de decre-

to, dirigido especialmente aos italianos e europeus sob influência socialista, que católicos não poderiam filiar-se a partidos de inspiração comunista, nem sacerdotes poderiam acolher espiritualmente seus simpatizantes. Repudiaria o contato diplomático com os Estados comunistas e proibiria as suas igrejas, situadas nesses Estados, de contemporizar com os regimes por meio da proposição de concordatas com a Santa Sé ou de acordos jurídicos locais. Para ele, os países cristãos, mesmo plenamente capitalistas, deveriam lançar-se em cruzada contra a União Soviética e seus satélites. Tendo consciência de que isso não ocorreria em curto prazo, pregava a paciência. Chegaria a afirmar ao Embaixador da Suécia na URSS, em 1946, que:

“Leão I chegou outrora a convencer Átila a retirar-se de Roma; hoje, temos de conclamar os cristãos a se unirem para salvar a Europa Ocidental. É por isso que convidei a colaborar contra os partidos comunistas. Nós venceremos, sem dúvida alguma, porém a Igreja precisa engajar-se maciçamente” (Cf. LEBEC, 1999, p. 131)¹⁵

Ao não transigir com comunistas, acreditava que os faria cair em si mais rapidamente. A repercussão política do gesto administrativo faria com que os Estados Unidos aspirassem a manter uma embaixada permanente no Vaticano, propondo um nome de escol do governo americano, em 1951: General Mark Clark, antigo Comandante das Forças Aliadas na Itália, em 1944, e, no fim da Segunda Guerra, na Áustria¹⁶.

O ressentimento vaticano dever-se-ia, em parte, à má vontade, muitas vezes convertida em perseguição, dos governos comunistas com vistas às igrejas católicas locais, com ações variadas – mais tênue na Hungria e Checoslováquia e, mais dura, na Albânia. Em geral, as concordatas, em sua maior parte assinadas por Pio XI, seriam revogadas, com a expulsão dos diplomatas e fim das relações diplomáticas. Vários religiosos seriam presos, deportados ou fuzilados, como

na Albânia. O patrimônio eclesiástico seria confiscado, privando as igrejas locais, que permaneceram abertas, de rendas para sustentá-las e a seus religiosos. As escolas católicas seriam fechadas, com a proibição de ensino religioso nas escolas públicas. As editoras e jornais católicos seriam proibidos de funcionar ou censurados e as associações civis, de inspiração religiosa, seriam encerradas ou passariam a ser extremamente controladas. Quanto às tentativas de criação de igrejas simpatizantes aos governos socialistas, o Vaticano seria rigoroso, ao excomungar padres que delas participassem, não aceitando nomeações governamentais de sacerdotes para as paróquias católicas e ordenações episcopais sem sua aprovação. No caso de sacerdotes eleitos para parlamentos, a sanção seria rigorosa também: excomunhão. Até o início do Concílio Vaticano II, por João XXIII, a Igreja Católica no Leste europeu seria chamada de a Igreja do Silêncio¹⁷.

Ressalte-se que, mesmo sob sua gestão, iniciar-se-iam as primeiras medidas para atualizar os estudos religiosos, incorporando novas análises metodológicas, que os tornariam mais científicos, além de reformas na liturgia para que os fiéis tivessem o acesso a elas mais facilitado. O papado teve consciência de que a teologia clássica encontrava-se incapaz de incorporar os novos avanços nas ciências humanas. Em 1943, por meio da encíclica *Divino Afflante Spiritu* – Pela inspiração do Espírito Santo, o Papa autorizaria que os exegetas bíblicos se valessem da lingüística, da arqueologia, da literatura e da história para superar falsos problemas e permitir interpretações novas e mais acuradas. Com algumas restrições, abrir-se-iam os arquivos vaticanos, com cerca de 75 quilômetros de documentos. Todavia, no Ano Santo (1950), Pio XII paralisaria essas medidas, com uma nova encíclica *Humani Generis* – Do gênero humano – que condenaria o relativismo dogmático, ou seja, dogmas católicos que se justificariam apenas circunstancial e historicamente, não

intemporalmente. Essa encíclica, “moderadamente conservadora”, atingiria principalmente teólogos jesuítas e dominicanos (Cf. REESE, 1999, p. 372-373; MARTINA, 1997, p. 264)¹⁸.

O efeito dessa ação afetaria principalmente os estudos teológicos franceses, principalmente os da Nova Teologia, suspeita de flertar com o socialismo. Entre os prejudicados, estaria o jesuíta Pierre Teilhard de Chardin, “exilado” nos Estados Unidos, e Henri de Lubac. Os dominicanos também seriam afetados, entre eles, Marie Dominique Chenu – entusiasta dos padres-operários, que poderiam participar de sindicatos e ter participação política – e Yves-Marie Congar. O comportamento anticonservador de Pio XII chegaria ao auge com a beatificação, em 1951, de Pio X, o Papa antimodernista. Em 53, condenaria a liberdade religiosa e a consciência de direitos humanos. Para ele, não haveria interesse da Igreja Católica no ecumenismo, porque a Igreja em si já seria ecumênica; dessa forma, nada se poderia fazer para alterar isso, porque ela estaria no caminho correto. Para ele, os ortodoxos seriam cismáticos, ao passo que os protestantes, hereges e, portanto, eles deveriam procurar a volta para o antigo lar espiritual (Cf. REESE, 1999, p. 343; CORNWELL, 2000, p. 377-383; KÜNG, 2001, p. 227; JOHNSON, 2001, p. 614)¹⁹. Como já colocado acima, não se esperaria uma rápida volta.

Ante a iminência de uma onda descolonizadora, Pio XII, em função de sua abalizada experiência diplomática, teria a percepção de antecipar-se em relação às metrópoles e promoveria a reestruturação administrativa da Igreja, ao extinguir as prefeituras e os vicariatos apostólicos nas colônias, concedendo igualdade com as dioceses e as províncias eclesiásticas européias e americanas. Dessa forma, os vicariatos, ligados à estrutura colonial, dariam lugar à hierarquia autóctone. Assim, o Papa tentaria conciliar a fidelidade religiosa à Santa Sé com os nacionalismos afro-asiáticos emergentes. Todavia, a Igreja não desejaria entrar em

desacordo com as metrópoles, particularmente França e Portugal, inclinando-se a um gradualismo no processo de independência, para evitar violência, a qual seria atribuída não a sentimentos nativistas, mas ao materialismo e ateísmo²⁰.

Para Cornwell (2000, p. 401-402), o legado de Pio XII seria uma igreja centralizada, monolítica, disciplinada e assíncrona com o mundo contemporâneo. Jamais dissociaria democracia social do comunismo, pluralismo do relativismo. Após seu falecimento²¹, em 1958, os sacerdotes e fiéis desamparados com o teor da encíclica *Humani Generis* – Do gênero humano – pressionariam novamente por mudanças.

4. A renovação necessária: *Concílio Vaticano II*

Preparar-se-ia o ambiente para João XXIII, “(...) hedonista extrovertido, volúvel, bem adaptado, que adorava o contato humano e apreciava imensamente o trabalho pastoral” (Cf. JOHNSON, 2001, p. 616)²², eleito para apenas ser um papa passageiro, mas que, surpreendentemente, inovaria: três meses após ser escolhido, em janeiro de 1959, para a liderança da Igreja, anunciaria a convocação de um concílio – o vigésimo primeiro da história –, com vistas à promoção da unidade cristã e renovação pastoral. Partindo de uma instituição que se comportava seguindo parâmetros da Contra-Reforma, ele proporia sua renovação, abrindo-a ao diálogo para com os demais ramos do cristianismo e outras religiões. *Aggiornamento* – atualização – e *convivenza* – convívio – eram-lhe termos caros (Cf. CORNWELL, 2000, p. 384-402; KÜNG, 2002, p. 224; JOHNSON, 2001, p. 616)²³. Desse modo, seria o primeiro pontífice a atenuar o rígido comportamento anticomunista (Cf. ALLEN JUNIOR, 2003, p. 23-25)²⁴.

Na encíclica *Mater et magistra* – Mãe e mestra – de 1961, reafirmaria a justiça social internacional. Chamaria o desenvolvimento da consciência humana de sociali-

zação, que “(...) é o efeito e a causa da intervenção crescente do Estado até mesmo em questões de interesse tão íntimo ao indivíduo quanto saúde e educação, a escolha da profissão e o cuidado e a reabilitação dos deficientes físicos e mentais” (Cf. CAHILL, 2002, p. 236), o que horrorizaria os religiosos anticomunistas, por estar, em sua visão, próximo do socialismo e em oposição ao pensamento de Pio XII que alertara sobre a socialização sem controle. Um Estado do bem-estar social superaria a caridade individual. Suporia que a maioria dos Estados caminharia para o Estado do bem-estar social. Incorporaria a visão socialista de que o Estado, ao se responsabilizar socialmente pela sua população, alargaria a liberdade humana. Defenderia um Estado com constituição escrita, com separação de poderes, com limites ao poder estatal (Cf. JOHNSON, 2001, p. 618)²⁵.

O mérito de João XXIII não seria cogitar a convocação de um concílio, mas convocá-lo, com a visão da renovação, porque seus dois antecessores também pensaram: Pio XI consultara o episcopado em 1923 e 24 e Pio XII chegara a nomear comissões preparatórias entre 1948 e 51, mas desistiria. Essas comissões quereriam novas condenações de heresias e filosofias modernas. João XXIII desejaria uma assembleia inteiramente nova, sem retomar o Vaticano I. Seu mote seria o diálogo, nunca contrapor-se à sociedade ou promover anátemas ou excomuniões. Ao comunicar-se com os 73 cardeais, apenas 26 responder-lhe-iam e de modo genérico, o que demonstraria a perplexidade em relação à proposta (Cf. MARTINA, 1997, p. 277-279)²⁶.

Com um perfil diferente do predecessor, embora também tivesse sido diplomata, não recearia a mudança, apesar de ser conservador quanto às liturgias e devoções. Para ele, além de um concílio, seria importante estabelecer um relacionamento com o mundo comunista. Para isso, não começaria pelo Leste europeu, mas pela própria Itália, ao referendar tacitamente uma aliança dos de-

mocratas-cristãos, liderados por Aldo Moro, com o Partido Socialista Italiano, em detrimento do Movimento Social Italiano, de inspiração fascista. Em outubro de 61, nomearia o padre Giuseppe de Luca para encontrar-se secretamente com Palmiro Togliatti, Secretário do Partido Comunista, que, em breve, viajaria à URSS. A razão para tal seria um desejo de aproximação com a URSS, dirigida por Nikita Krushev. Daria certo. Utilizando o Núncio Apostólico na Turquia, o Vaticano conseguiria a liberação de bispos católicos russos para o Concílio Vaticano II. O mesmo comportamento seria empregado para com os demais países do Bloco Socialista. Se, para o Concílio, viriam vários bispos do Leste europeu, da China, apesar das tentativas de contato, nada se conseguiria. Proporcionar as bases para um movimento ecumênico, centrado em Roma, que ficaria sob a coordenação do jesuíta Augustin Bea, outro cardeal diplomata, também seria de suma importância. Aspiraria também à renovação do Código de Direito Canônico²⁷.

Em outubro de 1962, João XXIII abriria os trabalhos do Concílio Vaticano II, que funcionaria sempre entre outubro e dezembro de cada ano, após mais de três anos de trabalhos preparatórios, buscando modificar posições anteriores da Igreja, sob a gestão de Pio XII: reforma da liturgia, ecumenismo, anticomunismo, anti-semitismo, liberdade de religião, colegialidade e posição da instituição perante o mundo contemporâneo. Sua vontade era descerrar a Igreja para o mundo (Cf. CORNWELL, 2000, p. 402-403; JOHNSON, 2001, p. 620; CAHILL, 2002, p. 248-249)²⁸. O Concílio deveria debruçar-se sobre a Igreja Católica não do ponto de vista jurídico apenas:

“(...) mas como um mistério se revelando com o tempo, um mistério central para a saúde do mundo. A Igreja teria de enfrentar francamente os problemas do mundo contemporâneo, como ele é realmente, mas só depois de redescobrir a sua identidade. Para

isto, os bispos deveriam ver a si mesmos não como uma espécie de nobreza eclesiástica que restara da Idade Média, mas com representantes de seu (quase sempre sofredor) povo” (Cf. CAHILL, 2002, p. 227-228).

De seu discurso, interpretar-se-iam um convite à ação e uma aceitação otimista de mudança. A assembléia seria conduzida por um conselho presidido pelo Papa, com mais dez cardeais. O Concílio teria o maior número de participantes – cerca de três mil pessoas, de 141 países, incluindo observadores leigos e não católicos, sendo que mais de cem representando cerca de trinta igrejas apartadas –, mas apenas os bispos e chefes de ordens religiosas votariam, sendo o latim o idioma oficial, ainda que alguns debates ocorressem em outros idiomas, principalmente o francês, utilizado pelos religiosos do Leste europeu. O objetivo em relação às propostas não seria a maioria, mas o consenso, desde que atingidos 2/3 dos votos. Posteriormente, Paulo VI estipularia maioria simples (Cf. CHIOVARO; BESSIÈRES, 1997, p. 117; MARTINA, 1997, p. 283; REESE, 1999, p. 57-58; LEBEC, 1999, p. 147)²⁹.

De início, uma grande mudança. Os documentos preparatórios – *Acta Concilio Oecumenico Vaticano Secundo Apparendo*, em 16 volumes – seriam rejeitados, porquanto vistos como um sinal antigo da centralização vaticana, em que “(...) a transmissão da fé seguia um caminho dogmático e dedutivo até os fiéis: a Igreja era senhora de toda a verdade e, a partir dessa noção, todas as decisões práticas da vida eram apenas uma aplicação do princípio infalível enunciado pela hierarquia” (Cf. BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 100). Com isso, anular-se-ia, na prática, o artigo 72 do Código Canônico, que concedia ao Papa o poder de ditar a pauta conciliária. João XXIII, que realmente aspirava a adotar uma nova postura, apoiaria os progressistas (Cf. LEBEC, 1999, p.153-156; BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 100-101).

Em contraste com o Vaticano I, no qual os curiais e conservadores foram a maioria,

adotando uma subordinação inquestionável do episcopado em relação ao papa e um posicionamento de distância e desconfiança em relação ao mundo contemporâneo, o II teria uma maioria progressista, partidária do episcopado e aberta à sociedade contemporânea. Todavia, desde o início, a Cúria asseguraria que as presidências das comissões do concílio fossem ocupadas por seus cardeais e o secretariado-geral e o das comissões, por teólogos também seus. O resultado seria uma disputa entre o concílio e a Cúria³⁰. A minoria conservadora – *intransigenti* – originar-se-ia de países majoritariamente católicos, em que possuiria influência política e prestígio. Presa ao passado, veria com ceticismo as mudanças. Refutaria terminantemente o comunismo e a secularização, cada vez mais presente. A maioria progressista proviria, principalmente, da França e Alemanha, além da Holanda, Suíça e Estados Unidos. Ela ambicionaria menos centralização e mais sensibilidade com vistas aos fiéis, cada vez mais distantes (Cf. MARTINA, 1997, p. 292; BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 103). O embate, todavia, possibilitaria a tomada de posições menos polêmicas e mais amadurecidas, apesar de tornar menos célere o andamento dos trabalhos.

5. A questão cubana

“Costuma-se justificar essa corrida ao armamento aduzindo o motivo de que, nas circunstâncias atuais, não se assegura a paz senão com o equilíbrio de forças: se uma comunidade política se arma, faz com que também outras comunidades políticas porfiem em aumentar o próprio armamento. E, se uma comunidade política produz armas atômicas dá motivo a que outras nações se empenhem em preparar semelhantes armas, com igual poder destrutivo. O resultado é que os povos vivem em terror permanente, como sob a ameaça de uma tempestade que pode rebentar a cada momento

em avassaladora destruição. Já que as armas existem e, se parece difícil que haja pessoas capazes de assumir a responsabilidade das mortes e incalculáveis destruições que a guerra provocaria, não é impossível que um fato imprevisível e incontrolável possa inesperadamente atear esse incêndio. Além disso, ainda que o imenso poder dos armamentos militares afaste hoje os homens da guerra, entretanto, a não cessarem as experiências levadas a cabo com militares, podem elas pôr em grave perigo boa parte da vida sobre a terra!” (Cf. JOÃO XXIII, 1963).

Durante a I Sessão, ocorreria um grave problema internacional em Cuba, que possibilitaria uma atuação papal a favor da paz, reconhecida até pela antiga União Soviética. O episódio conhecido como a Crise dos Mísseis de Cuba deixaria o mundo apreensivo em relação a um enfrentamento direto entre os dois pólos, mas, para ambos, a teatralidade dos posicionamentos não deveria levar à guerra. Como já mencionado, a América Latina ficava na área de influência americana. Em janeiro de 59, a ditadura de Fulgêncio Batista seria derrubada por um movimento nacionalista, conduzido por Fidel Castro. Em outubro de 60, o Senado americano declararia um embargo econômico, com exceção de alimentos e remédios, após ter diminuído as compras de açúcar. Como resposta, poucos dias depois, Castro nacionalizaria os bens norte-americanos, sem indenização. Em janeiro de 61, romper-se-iam as relações diplomáticas. Em abril, o governo americano, por meio da Agência Central de Informações, patrocinaria exilados cubanos em um golpe de Estado, que fracassaria – evento conhecido como Invasão da Baía dos Porcos. Como consequência, no fim do ano, Cuba aproximar-se-ia da União Soviética, ao aderir ao comunismo, buscando seu apoio econômico e militar.

Em outubro do ano seguinte, os Estados Unidos descobririam, por meio de espionagem aérea, que ali havia a montagem de pla-

taformas de lançamento de mísseis nucleares. Poucos dias mais tarde, traçaria uma linha imaginária no Atlântico, sob ameaça de bombardear os cargueiros soviéticos que se aventurassem a passá-la. O fato obrigaria comunicação diária entre os dois dirigentes, o que originaria o “telefone vermelho”. A URSS recusaria, mas exigiria a retirada dos mísseis americanos na Turquia, próximos de sua fronteira, e a garantia de inviolabilidade de Cuba, no que seria atendida. Por outro lado, a base norte-americana de Guantánamo seria mantida (Cf. HOBBSAWM, 2002, p. 227; MAGNOLI, 1988, p. 47; KISSINGER, 1997, p. 704)³¹. Krushev acreditaria que, apesar das concessões, a União Soviética garantiria o trunfo principal: um país comunista no continente americano.

O fato contribuiria para entendimentos sobre artefatos nucleares que desaguariam, em 1963, no Tratado de Proibição Parcial de Testes Nucleares, que proibiria testes marítimos, espaciais ou atmosféricos, limitando-os ao subsolo. Krushev, em meio à questão, chegaria a solicitar apoio diplomático do Vaticano, por meio de declarações públicas a favor da paz, estimulando as negociações bilaterais. A União Soviética estaria, assim, disposta a aceitar a mediação vaticana. Posteriormente, Krushev em declaração a Norman Cousins, editor da *Saturday Review*, ponderou que, em meio à questão, as declarações papais haviam sido os únicos lampejos de esperança provindos do Ocidente. “O que o Papa fez pela paz ficará na história. A sua mensagem foi o único raio de esperança”. De sua parte, o Presidente Kennedy, único católico a ocupar o posto máximo nos EUA, conceder-lhe-ia a Medalha Presidencial da Liberdade *post-mortem*. Em decorrência da crise, João XXIII conceberia idéia da encíclica *Pacem in Terris* – Paz na Terra (Cf. CAHILL, 2002, p. 231; 252-258; LEBEC, 1999, p. 146; GADDIS, 1998, p. 278-280; ALLEN JÚNIOR, 2003, p. 25)³².

Como contrapartida, a União Soviética libertaria, em fevereiro de 63, o já septuagena-

nário Arcebispo/Metropolitano de Leópolis, Józef Ślipiński, que havia sido condenado a trabalhos forçados na Sibéria, em 45, onde laboraria como empregado do hospital penitenciário, com o compromisso de que deixaria imediatamente o país. João XXIII ainda se encontraria com ele. Paulo VI nomeá-lo-ia Cardeal, em 64, em Roma, cidade em que faleceria em 84, considerando-se exilado³³.

6. O legado de João XXIII

Lamentavelmente, João XXIII faleceria, em junho de 63, após a primeira sessão do Concílio, sem, no entanto, ter tido a ocasião de mudar a rotina administrativa do papado, de sorte que os poderes absolutistas do Papa permaneceriam incólumes, apesar de seu desejo de robustecer o poder episcopal, enfraquecido pelo Concílio Vaticano I. Sua atuação, sob olhar conservador, poderia ser vista como de aprendiz de feiticeiro, ou seja, falta de experiência, que teria desencadeado forças que não teria capacidade de controlar, mas, posteriormente, seria salvo pela volta inesperada do mestre, que dominaria então a situação e poria tudo no seu devido lugar. Decerto, o papa teria consciência de que houvera chegado o momento de preparar a Igreja para o mundo contemporâneo, compartilhando-a com os fiéis e também com os irmãos separados, para retomar o diálogo longamente interrompido (Cf. KÜNG, 2001, p. 225; MARTINA, 1997, p. 315-316).

Na última encíclica e mais importante, *Pacem in terris*, 1963, abordaria os direitos humanos. Normalmente, as encíclicas são dirigidas aos bispos, mas esta seria dedicada a todos os homens e mulheres de boa vontade, tendo sido escrita de modo acessível. Nela, ele declararia o direito de livre culto – liberdade de consciência, pela primeira vez na história – particular ou publicamente, o direito de participar da vida política do Estado, o direito de autodeterminação nacional, os direitos das minorias e dos refugiados. Discorreria sobre a obrigação dos Esta-

dos maiores em relação aos pequenos. Para ele, a guerra só poderia justificar-se caso fosse um instrumento de justiça e a construção da paz requereria a colaboração de todos, indistintamente de crenças, mesmo entre as consideradas equivocadas pelos católicos. Havia pouquíssimo tempo que a Crise dos Mísseis de Cuba encerrara-se. Nenhum dos direitos enumerados havia sido antes defendido por um papa. Ao tratar da eliminação do colonialismo, solicitaria a extinção do racismo dentro e entre os Estados. A encíclica encerrar-se-ia com o pedido de destruição das armas nucleares (Cf. CAHILL, 2002, p. 255-257; CHIOVARO; BESSIÈRE, 1997, p. 117; MARTINA, 1997, p. 298, ALLEN JÚNIOR, 2003, p. 24-25).

Em seu breve pontificado, João XXIII manifestaria, de um modo geral, a intenção de chegar a um consenso com os comunistas, em função de que muitos dos aspectos dos comunistas poderiam ser bons e recomendáveis – apesar de classificar o comunismo como uma filosofia falsa. Facultar-se-ia a possibilidade de colaboração entre o catolicismo e forças de outras inspirações. Para ele, o erro – o comunismo – seria ruim, mas ter-se-ia de respeitar a pessoa em erro. Dever-se-ia buscar a diferença entre o erro ideológico e seus seguidores. Para ele, isso seria um avanço, contrastando imensamente com o posicionamento de Pio XI e XII, que não autorizaram, de modo algum, acordos políticos com socialistas ou comunistas. Para uns, essa posição teria favorecido o avanço do comunismo na Itália.

Na cerimônia de sua beatificação, por João Paulo II, em 2000, o então Presidente da União Européia e ex-Primeiro Ministro da Itália, Romano Prodi, enfatizou que João XXIII seria um dos responsáveis pelo fim do comunismo, ainda que involuntariamente, ao adotar a diplomacia como forma de relacionamento e não a hostilidade, de modo que, se os países do bloco euro-oriental decidissem mudar de regime, o Ocidente capitalista estender-lhe-ia a mão (Cf. ALLEN JÚNIOR, 2003, p. 25-26)³⁴.

Na visão do “Bom Papa João”, a Organização das Nações Unidas (ONU) seria o local adequado para a resolução das disputas diplomáticas e de poder e os homens de Estado dever-se-iam empenhar pelo desarmamento. Os países do 3º Mundo deveriam ser auxiliados pelos do 1º Mundo para superar a condição de pobreza, mantendo, de toda forma, a sua autodeterminação. Por fim, condenaria o racismo³⁵.

7. Paulo VI: a difícil e histórica missão de renovação

“Não ambicionamos, porém, dizer coisas novas nem completas, para isso está o Concílio Ecumênico; esta nossa despreziosa conversação epistolar não deve perturbar a sua obra, mas sim honrá-la e dar-lhe novo ânimo. Nem quer esta nossa Encíclica revestir caráter solene e propriamente doutrinal, ou propor ensinamentos determinados, morais ou sociais; quer ser apenas mensagem fraterna e familiar. Só desejamos, com este escrito, cumprir o dever de vos abrir a nossa alma, com a intenção de dar maior coesão e maior alegria à comunhão de fé e de caridade, que reina felizmente entre nós. Pretendemos assim imprimir vigor renovado ao nosso ministério, contribuir melhor para a celebração frutuosa do Concílio Ecumênico e clarificar alguns critérios doutrinais e práticos, que podem guiar utilmente a atividade espiritual e apostólica da Hierarquia eclesiástica e de quantos lhe prestam obediência e colaboração, ou mesmo só atenção benévola” (Cf. PAULO VI, 1964).

Paulo VI seria escolhido o novo soberano do Vaticano. Para sua eleição, teriam sido fundamentais os votos dos cardeais sagrados por João XXIII, de postura mais progressista³⁶. Todavia, a situação deixava um impasse ao novo papa que receberia:

“(…) um espírito democrático, mas uma máquina autocrática. O que lograria prevalecer? O Papa Paulo tentaria um meio termo. Permitiu que o concílio prosseguisse e concluísse seus trabalhos. No entanto, tirou de sua competência dois temas que reservou para si. Foi uma decisão de difícil justificativa, fosse em termos lógicos, fosse de senso comum. Ou o concílio era soberano aos olhos do Papa, ou não era; se era, por que não trataria de todos os tópicos? Se não tinha condições de lidar com os dois pontos (celibato clerical e contracepção) considerados tão importantes e delicados que somente o Papa dispunha de suficiente sabedoria para deliberar a seu respeito, por que então discutiria qualquer coisa? A decisão desvalorizou a autoridade do concílio, sem reforçar a do Papa; com efeito, acabou desvalorizando também a autoridade pontifícia, ao pôr em dúvida a localização da verdadeira fonte de poder da Igreja” (Cf. JOHNSON, 2001, p. 621).

Assumiria os trabalhos do Concílio. Se tivesse sido papa anteriormente, provavelmente não teria convocado o Concílio, mas seria o homem talhado para complementá-lo e concluí-lo. Um e outro se complementariam, frutos de uma amizade que o tempo mais e mais estreitara. Anteriormente, em algumas questões, relativas principalmente à liberdade de culto, o Concílio opor-se-ia à Cúria, mas poderia esperar o apoio de João XXIII, o que possibilitaria mudanças importantes nos primeiros capítulos da Constituição da Igreja como colocar a igreja como ritual e pertencente ao povo de Deus. Em deixando de se constituir uma pirâmide hierárquica, passaria a ser o povo de Deus em peregrinação por meio dos tempos, ou seja, uma instituição passiva de erros ao longo das gerações. A manutenção do latim na liturgia, por exemplo, seria um desses desastros. No entanto, o uso compulsório do vernáculo em grande parte dos serviços ali-

enaria boa parte do setor tradicionalista (Cf. MARTINA, 1997, p. 300)³⁷.

Em face da oposição dos *intransigenti*, Paulo VI utilizar-se-ia de uma tática para desmobilizá-los, ao insistir na aposentadoria dos bispos, por meio da reforma da Cúria, em 1970, que ultrapassassem 75 anos, apesar de haver a possibilidade de eles servirem por mais um ou dois anos. Isso seria possível em virtude da realização de um futuro consistório – assembléia dos cardeais da Cúria –, quando se nomeariam os novos cardeais e os cargos na Cúria. Os cardeais com mais de 80 anos não poderiam mais participar de conclave algum. Cessaria-se a vitaliciedade episcopal (Cf. REESE, 1999, p. 208; CAHILL, 2002, p. 266; LEBEC, 1999, p. 23).

Seguindo a estratégia de João XXIII, aumentaria o número de eleitores do Colégio de Cardeais para 120 – seu antecessor aumentara já para 80, dos quais nomearia 55, em detrimento dos 55 de Pio XII. Chegaria a cogitar a inclusão de não cardeais para o Colégio dos Cardeais, com a inclusão dos patriarcas do rito oriental e os 15 membros do Conselho do Secretariado Permanente do Sínodo dos Bispos – dos quais vários eram já cardeais. Entrementes, a proposta não iria adiante. Paulo VI cogitaria nomear o filósofo Jacques Maritain para o Colégio dos Cardeais, que declinaria do convite. Além disso, Paulo VI cria que a presença cada vez maior de não italianos na Cúria seria fundamental para refletir mais ainda a natureza universal da Igreja, de sorte que ampliaria o número de cardeais afro-asiáticos, ao reduzir o número de europeus, principalmente italianos (Cf. REESE, 1999, p. 101, 134-150, 200; LEBEC, 1999, p. 135).

Teria problemas especialmente com um arcebispo, Marcel Lefebvre, que se recusara a aceitar o ideário do Concílio. Diante dele, Lefebvre começaria a preparar um grupo de seminaristas, ensinando-os, entre outros, a condenar a liberdade religiosa e a aceitar a autoridade suprema do papado. Em 1975, ser-lhe-ia proibido sagrar os seminaristas

padres, mas ele desacataria a medida, de sorte que Paulo VI suspendê-lo-ia, em 1976, a *divinis* (e João Paulo II excomungá-lo-ia em 88 pela nomeação não autorizada de quatro bispos), do ministério, o que por ele seria ignorado. Lefebvre afirmaria também que um papa eleito sem a possível participação de todos os cardeais não seria aceito por ele (Cf. REESE, 1999, p. 149-150, 338; MARTINA, 1997, p. 363-364).

8. A guerra do Vietnã (1965-75) e sua crise

A França, inicialmente, tentaria manter sua possessão – a Indochina – até meados dos anos 50, mas não conseguiria mesmo com o apoio da Grã-Bretanha e, posteriormente, dos Estados Unidos. Entretanto, o lado ocidental conseguiria instalar um regime aliado no sul do Vietnã. A guerra proporcionaria ao governo norte-americano seu isolamento perante o mundo, principalmente em relação a seus aliados europeus. País algum, nem a Grã-Bretanha, aventurar-se-ia a enviar tropas para apóia-lo.

Após o início do embate, os Estados Unidos chegariam a considerar a hipótese de interrupção da ação militar, contando para isso com a ajuda do Vaticano. Até 1968, houve diversas reuniões entre representantes dos dois países para se procurar uma solução, mas a insistência do Presidente Johnson, para que a Santa Sé apoiasse as pretensões de seu país, conduziriam à retirada das negociações do Estado vaticano para a frustração do Papa Paulo VI (Cf. ALLEN JÚNIOR, 2003, p. 27-28; KISSINGER, 1997, p. 724-734). Johnson proporia um cessar-fogo em março do mesmo ano e negociações iniciariam-se em Paris, mas a ausência de vontade política real do governo americano manifestar-se-ia em dezembro – na transição de Johnson para Nixon – quando o Exército bombardearia maciçamente a infra-estrutura dos combatentes vietnamitas por meses. Seria a operação *Speedy Express*. O país alegaria o direito de autodefesa, mas o seu ter-

ritório, em momento algum, poderia ter sido ameaçado pelos insurgentes vietnamitas, localizados a milhares de quilômetros (Cf. HITCHENS, 2002, p. 55-56)³⁸. Um dos motivos alegados teria sido a violação do cessar-fogo por parte dos norte-vietnamitas meses antes (Cf. KISSINGER, 1997, p. 733).

Por fim, o desgaste político levaria à retirada da Indochina, que, mesmo sem unificar-se territorialmente, alinhar-se-ia ideologicamente ao adotar o comunismo na região, dado que, além do Vietnã, haveria o Laos e Camboja. Todavia, apesar da consumição, o resultado não alteraria o equilíbrio entre as duas superpotências, embora, no momento, observasse-se a possibilidade real do prenúncio de uma crise capitalista, porque o evento se somava à inconversibilidade do dólar perante o ouro, em 1971, crise do petróleo, de 1973, e emergência de movimentos nacionalistas ou descolonizadores na África. Além do mais, internamente, o escândalo ligado à política eleitoral – Watergate – que levaria o Presidente Nixon à renúncia (Cf. HOBBSAWM, 2002, p. 215; 241-242; 438; VIZENTINI, 1992, p. 12-13; KISSINGER, 1997, p. 832)³⁹.

Uma das razões para o fracasso teria sido o envolvimento em uma área periférica, em que a justificativa de ameaça direta à segurança dos Estados Unidos ficava difícil de comprovar. Esse conflito mostraria, para os americanos, que a política de contenção do comunismo não deveria ter aspirado a ser a mais ampla possível. Após a Guerra do Vietnã, a tão propalada Teoria do Dominó, que embasava a ação americana no continente asiático, seria finalmente desconsiderada (Cf. KISSINGER, 1997, p. 509-510; 726-727)⁴⁰.

9. O legado do Concílio Vaticano II

A despeito da resistência conservadora, vários autores afirmariam que boa parte das conseqüências do Concílio seriam irrevogáveis. O evento geraria quatro constituições, nove decretos e três declarações. Um de seus

documentos mais significativos seria a Constituição Dogmática da Igreja, *Lumen Gentium* – Luz das nações, que trataria da natureza e obrigação da instituição. Dele, passar-se-ia a observar a Igreja como comunidade aberta e não como monarquia centralizada. Dessa forma, o papel dos bispos poderia ser valorizado, em contraste com o papel a eles reservado pelo Concílio Vaticano I, no século XIX. Ante isso, Paulo VI, habilmente, sugeriria uma comissão para tratar do assunto, mas, por fim, criaria o Sínodo dos Bispos, que seria órgão de consulta, não instância decisória, que se reuniria a cada três anos. Simultaneamente, em relação à Cúria, bispos diocesanos participariam também de sua rotina administrativa, sem descuidar de seus assuntos locais. Considerada parcial, a reforma não agradaria aos mais radicais, que gostariam do bispado realmente influenciando a Cúria, que administraria ao lado do Papa. De toda forma, Paulo VI aplacaria os tradicionalistas enquanto estimulava os progressistas, mantendo o seu poder essencial, para tratar de temas extremamente polêmicos, como o controle de natalidade e o casamento clerical, em encíclica futura (Cf. BERSTEIN, POLITI, 2000, p. 104-105, 198).

Para os progressistas, apesar de avanços na colegialidade (Cf. CAHILL, 2002, p. 230)⁴¹, consagração de bispos e da própria infalibilidade, a *Nota praevia explicativa* da Constituição Dogmática da Igreja, ao impor a questão da primazia como regra hermenêutica, ou seja, a permanência da soberania da Igreja com o Sumo Pontífice e a Cúria, não aproximaria ortodoxos e protestantes, e, por conseguinte, afastaria a idéia mais ampla de ecumenismo. De fato, apesar de seu antecessor sinalizar ao contrário, Paulo não conseguiria libertar-se da imagem do papa como o único elo entre Deus e os cristãos, como Pio XII porquanto temia a perda da autoridade papal (Cf. KÜNG, 2001, p. 230-231; CAHILL, 2002, p. 269; LEBEC, 1999, p. 168)⁴².

A Igreja, como já colocado, não seria mais identificada como a única Igreja de Cristo e

não teria mais as duas fontes de revelação – a Bíblia e a tradição da Igreja, que seriam insufladas pela Palavra de Deus. Dessa forma, a par da liberdade religiosa, poder-se-ia eliminar uma fonte de discórdia com os protestantes e ortodoxos. Para Cahill, o direito à liberdade de crença seria a medida mais importante do concílio, ao suprimir o antigo posicionamento de que o erro não teria direitos, o que facultaria à Igreja Católica a imposição de sua fé. Destarte, modificar-se-ia a instituição ao integrar os traços fundamentais da Reforma – ao admitir a cumplicidade da Igreja Católica na divisão dos cristãos e a necessidade de constantemente atualizar, portanto, reformar-se – com os do Iluminismo e da modernidade – reconhecimento da liberdade de culto, condenada, em 1953, por Pio XII (Cf. CAHILL, 2002, p. 266-267)⁴³.

O Vaticano II finalizaria o período pós-tridentino, com novo rumo, sem renegar o passado, mas absorvendo-o para adaptá-lo à marcha da sociedade. Reconhecer-se-ia ser possível que todos, inclusive ateus e agnósticos, poderiam atingir a salvação, desde que agissem com consciência. Dessa forma, estabelecer-se-ia a verdadeira natureza da liberdade de crença, ou seja, o exercício da religião mediante os princípios da própria consciência, sem coação externa. O temor disso, principalmente para os bispos poloneses, era que os regimes comunistas pudessem aproveitar-se politicamente dessas inovações (Cf. CAHILL, 2002, p. 229, 238)⁴⁴. Berstein e Politi definiriam o ambiente final do Concílio:

“A Igreja Católica é uma instituição que tende sempre a acentuar os elementos de continuidade, como se um padrão de evolução tivesse sido inserido no seu destino desde os tempos de Cristo. Não surpreende, pois, que uma leitura minuciosa dos documentos do Vaticano II mostre uma clara evidência de acomodações acordadas entre os tradicionalistas e os que defendiam a inovação. A Igreja Cató-

lica Romana sempre conseguiu absorver impulsos originais, vinculando-os às suas tradições mais antigas” (Cf. BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 97)⁴⁵.

Aceitar-se-iam a democracia, o progresso e as peculiaridades do mundo secular. Isso geraria o reconhecimento como igrejas de ramificações cristãs. Sobre o ecumenismo, seria nítida a diferença entre a postura de Paulo VI e a de Pio XI, 1928, com a encíclica *Mortalium animos*. Esta afirmava uma igreja segura da suprema verdade, o que a colocava em oposição às outras crenças cristãs, que não recebiam, naturalmente, o nome de igrejas. O contato entre católicos e acatólicos era visto com profundas reservas; por outro lado, o novo posicionamento estabelecia que a igreja errara, devendo observar as riquezas espirituais do rito oriental e dos ramos protestantes; deveria procurar reforçar os pontos comuns, o que facilitaria a colaboração duradoura (CF. CAHILL, 2002, p. 230; MARTINA, 1997, p. 321-322)⁴⁶.

Internamente, a celebração seria no vernáculo, acolhendo mais os fiéis. As conferências nacionais de bispos seriam promovidas. Estimular-se-ia maior participação do laicato por meio dos conselhos paroquiais e estudos teológicos. Todavia, apesar da unanimidade dos textos conciliares nas votações, sua linguagem final traria ambigüidade, o que ensejaria interpretações posteriores, emanadas do papado, visto que seu poder seria plenamente mantido (Cf. KÜNG, 2001, p. 227; CHIOVARO, BESSIÈRES, 1997, p. 119).

Paulo VI poderia ser avaliado de duas maneiras: ele teria enfraquecido a inspiração de seu predecessor, ao optar por uma instituição menos carismática do que jurídica. O próprio processo de beatificação de João, solicitada pelos participantes do Concílio, demonstraria isso; por outro, teria salvo o Concílio, que corria o risco de patinhar e fenecer, pelo número de propostas e falta inicial de concordância sobre alguns temas. Ele se poria diante de um dilema: de que modo equilibraria a manutenção da continuidade doutrinária, o consenso dos fiéis e

os ditames de sua própria consciência (Cf. MARTINA, 1997, p. 318, BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 408).

De fato, a alteração da estrutura administrativa vaticana, após o Concílio, na realidade, teria pouco impacto: criação de novos escritórios, modesta revisão no Código de Direito Canônico, internacionalização gradual da Cúria e uso mais intensivo de novas tecnologias, ou seja, uma atenuação do poder curial, mas um avanço. O juramento contra o modernismo, imposição de Pio X, em 1907, seria revogado em 67. Com vistas ao relacionamento com os comunistas, na prática, a concretização da boa vontade seria mais difícil: ao ganhar o pleito municipal de 76, a prefeitura, de do Partido Comunista Italiano e Partido Socialista Italiano, queria impedir a construção de novas igrejas – depois voltaria atrás (Cf. REESE, 1999, p. 28, 353-380). Atitudes como essas seriam fruto do ressentimento da colaboração tácita entre o Vaticano e os democratas-cristãos no pós-Segunda Guerra Mundial. Isso não impediria que Paulo VI continuasse o projeto de seu antecessor, a *Ostpolitik*, com vistas a estabelecer diálogo com o Leste europeu nos anos 70, visando maior liberdade de atuação da Igreja. Nessa questão, Casaroli, seu Secretário de Estado⁴⁷, seria seu mentor.

Antes da celeuma provocada pela sua última encíclica *Humanae Vitae*, publicaria, pouco antes, a encíclica social mais avançada: *Populorum progressio* (O progresso dos povos), baseada na *Rerum novarum* (Das coisas novas), de Leão XIII, e *Mater et magistra* (Mãe e mestra), de João XXIII. Nela, censuraria a diferença material significativa entre países ricos e pobres, afirmando que o desenvolvimento seria o caminho para a paz, que só existiria se houvesse uma divisão de riqueza justa no planeta. Em casos extremos, inclusive, facultar-se-ia a revolução, ainda que com ressalvas:

“Não obstante, sabe-se que a insurreição revolucionária – salvo casos de tirania evidente e prolongada que ofendesse gravemente os direitos

fundamentais da pessoa humana e prejudicasse o bem comum do país – gera novas injustiças, introduz novos desequilíbrios, provoca novas ruínas. Nunca se pode combater um mal real à custa de uma desgraça maior” (Cf. PAULO VI, 1967).

Seria o primeiro papa a viajar fora da Itália no século XX. Seriam oito, sendo a maior parte para locais de grande simbolismo, como Jerusalém, Istambul, Fátima e Bombaim. Seria o primeiro a discursar em um organismo internacional, a ONU⁴⁸.

Lamentavelmente, após a confirmação da autoridade suprema do papa na Constituição Dogmática da Igreja, os bons augúrios, que a encíclica anterior trouxeram, seriam quase anulados pela posterior e polêmica *Humanae Vitae*. Ela alienaria parte substancial dos progressistas da Igreja. Ela representaria o padrão de um autocrata débil. Paulo VI ter-se-ia desiludido com a repercussão da encíclica. Marcaria sua gestão como um papa indeciso, introvertido e burocrático. O futuro Papa João Paulo II não concordaria com a descrição que a ala conservadora da Igreja faria de Paulo VI: um maquinista de um trem desnorreado; para ele, Paulo VI seria paciente, sistemático, equilibrado e mediador.

Notas

¹ Ambos com mensagens ideológicas universalistas desde o fim da Primeira Guerra Mundial – autodeterminação dos povos/antiimperialismo e os direitos do cidadão comum/trabalhador.

² Conceito de Max Weber que exprime uma intensificação unilateral da realidade, isto é, uma seleção e um ordenamento de certas características do interesse cultural do formulador, de modo que o objeto tipificado não seria verificado empiricamente, mas, por outro, forneceria condições para verificar se um fenômeno aproximar-se-ia ou distanciar-se-ia do quadro ideal (SAINT-PIERRE, 1991, p. 67-69).

³ Além destes dois, destaca o autor, baseado em Gramsci, haveria uma zona opaca, intermediária, que contemplaria o espaço para o uso da corrupção e fraude.

⁴ Expressão dos grupos de estudo do Ministério das Relações Exteriores dos Estados Unidos durante ainda a Segunda Guerra, com vistas ao planejamento e posterior atendimento das necessidades econômicas do país.

⁵ Reunião dos bispos para tratar de assuntos relacionados à fé, doutrina e disciplina da Igreja, não sendo necessária a presença de todos estes para que ele se realize. No primeiro deles, o de Nicéia (atual Turquia), em 325, convocado pelo Imperador Constantino, o Bispo de Roma não teria participado, por não ter sido convidado. Küng (2002, p. 63-64). O Concílio tentaria afirmar a linha já adotada pela cúpula da Igreja. Basta recordar o caso do padre de Lamennais, considerado um dos fundadores do catolicismo social ou mesmo do socialismo religioso, declarado apóstata pelo Papa Gregório XVI, em julho de 1834, sob justificativa de heresia e subversão (LAMENNAIS, 1998, p. v-xvi).

⁶ Por exemplo, quando da morte de seu Secretário de Estado, Cardeal Luigi Maglione, em 1944, Pio XII optaria por não nomear um sucessor, acumulando a função – fato inédito desde o século XV. Como adjuntos da área, Domenico Tardini – futuro Secretário de Estado de João XXIII – e Giovanni Montini – futuro Paulo VI. Este, apesar de fiel a Pio, seria removido em 54 para a Sé de Milão. Para isso, admitir-se-iam várias causas, entre outras, a antipatia da Cúria, por complacência sua ao socialismo (Cf. MARTINA, 1997, p. 234-235); CORNWELL, 2000, p. 393); irritações constantes de Pio XII na demora em comunicar-lhes alguns fatos, em função de sua independência no cargo (Cf. MARTINA, 1997, p. 234-235; CAHILL, 2002, p. 203-212); a suposta denúncia de irregularidades no Banco do Vaticano, administrado por dois sobrinhos de Pio (Cf. CORNWELL, 2000, p. 393). Sobre o posicionamento de parte do episcopado (Cf. LEBEC, 1999, p. 136).

⁷ O estreitamento das relações militares com os Estados Unidos, durante o conflito na Europa, corroboraria a expectativa da formação de um relacionamento especial, que se expressaria em auxílio econômico e tecnológico. De toda forma, a influência, no plano ideológico, seria significativa, caracterizada na criação, em 1949, da Escola Superior de Guerra, comandada pelo General Oswaldo Cordeiro de Farias, fundamentada na *National War College*, estruturada em 46, e chefiada pelo Vice-Almirante Harry Hill. Seu corolário seria o anticomunismo e o livre-comércio (SERBIN, 2001, p. 87).

⁸ A aversão comunista era forte nos Estados Unidos, porque contrastava com o americanismo, ou seja, o individualismo e a livre iniciativa (HOBSBAWM, 2002, p. 232). Em relação à Santa Sé, o Papa Pio IX lançou, em 1864, a encíclica *Syllabus errorum modernorum* – Sumário dos erros modernos – em que condenava, além do comunismo,

o socialismo, racionalismo, panteísmo, indiferentismo e outros (KÜNG, 2001, p. 205).

⁹ Em depoimento à Biblioteca Harry S. Truman, em outubro de 1971, o Almirante de Esquadra Robert Dennison, ajudante-de-ordens do Presidente Truman (1948-53) e Comandante-Chefe da Esquadra da OTAN (1960-63), último posto que ocuparia, afirmou que a famosa frase atribuída a Stalin – Quantas divisões tem o Papa? – nunca teria sido proferida. Segundo ele, em Potsdam, Churchill ou outro teria afirmado que a Igreja Católica poderia influenciar as estratégias a serem adotadas, ao que Stalin retrucaria, em tom de zombaria, sobre o poder de fato do Vaticano. Dennison, quando servia na Casa Branca, teria perguntado ao Embaixador Charles Bohlen, que havia participado das conferências, sobre a expressão e este lhe afirmaria que ela nunca houvera sido dita. Disponível em: <www.trumanlibrary.org/orallhist/dennison2.htm>. Acesso em ago. 2003.

¹⁰ Forças transnacionais seriam os movimentos e as correntes de origem privada – idéias, capital, mercadorias e pessoas – que tentariam estabelecer-se além de uma determinada fronteira, influenciando, com diferente intensidade, as relações internacionais (Cf. MERLE, 1981, p. 275).

¹¹ Saraiva chama de relação quente o período de 47 a 55 – desconfiança mútua, com corrida atômica – e coexistência pacífica, o de 55 a 68 – convivência tolerável, com negociações para um sistema de segurança mundial (Cf. SARAIVA, 2001, p. 37).

¹² O receio da destruição mútua inevitável travaria a tentação de usá-las. A sigla MAD – *mutually assured destruction* – ser-lhe-ia apropriada (Cf. HOBBSAWM, 2002, p. 224).

¹³ Consoante Küng (2001, p. 82), Santo Agostinho não teria tido a intenção de glorificar a Igreja e o Papa no Estado de Deus, nem de desprestigiar o Imperador no Estado terreno. Não teria pensado sua obra em termos de instituições e pessoas, ou seja, não teria desejado politizar e personificá-la.

¹⁴ Pio XII enfatizaria que democracia sem catolicismo não seria viável.

¹⁵ O Cardeal Alfredo Ottaviani afirmava: “Você pode dizer o que quiser da divindade de Cristo, mas se, na aldeia mais remota da Sicília, você votar em um comunista, sua excomunhão chegará no dia seguinte” (CAHILL, 2002, p. 234). Sobre o relacionamento com os comunistas: a excomunhão para os que apoiassem uma doutrina materialista e anticristã teria pouca repercussão prática. O Cardeal Domenico Tardini observaria que apenas a Itália teria mais de sete milhões de excomungados. Entre os operários e seus sindicatos, firmar-se-ia a convicção de que a Igreja Católica apoiava o patronato e não os trabalhadores, reforçando o anticlericalismo (MARTINA, 1997, p. 252-253; CORNWELL,

2000, p. 370-371). Quanto à URSS: Como o país, além de fundador da Organização das Nações Unidas (ONU), era membro permanente do seu Conselho de Segurança, o Papa não demonstraria muita simpatia à organização, certamente estendida às demais que contassem com a participação de países comunistas (JOHNSON, 2001, p. 615). Todavia, não haveria aversão a organismos internacionais, mas problemas para neles participar em face do teor do Tratado de Latrão, de 1929, que proibiria o Vaticano de participar de conflitos temporais entre Estados; na ONU, o Vaticano haveria de participar, por meio do voto, de questões comerciais ou militares. Além disso, como se cobraria a contribuição anual, visto que o país não produzia bens materiais de qualquer espécie? A solução seria, por meio de um estatuto à parte, colocá-lo como observador (LEBEC, 1999, p.108-109).

¹⁶ O Vaticano nunca iniciaria o estabelecimento de laços diplomáticos. Reciprocá-lo-ia no mesmo âmbito (LEBEC, 1999, p. 103, 130). Anteriormente, os Estados Unidos mantiveram um representante pessoal do Presidente, Myron Taylor, episcopalista, porque não precisaria de aprovação senatorial. Taylor, no entanto, teria *status* de embaixador, ficando de 1940 a 50, e influenciaria a política anti-comunista vaticana. O seu substituto seria Clark, mas isso implicaria reconhecer o Vaticano como Estado, mas, para o Senado, como Igreja, o que não seria aceito, levando o Presidente Truman a desistir da indicação, deixando-a vaga. Apenas em 1969, o Presidente Nixon indicaria Henry Cabot Lodge, como representante pessoal novamente. Na gestão Reagan, em 1984, estabelecer-se-iam relações diplomáticas, encerrando uma proibição que remontava a 1868.

¹⁷ A reaproximação diplomática só se daria na gestão de Paulo VI, com a ajuda do hábil Cardeal Agostino Casaroli, a partir da *Ostpolitik*, de João XXIII, que seria a iniciativa vaticana para retomar o diálogo com o Leste Europeu (MARTINA, 1997, p. 245-248). Na China comunista, o governo reprimiria os sacerdotes que não aceitassem uma igreja nacional. Na gestão de Paulo VI, optar-se-ia pelo termo “obstáculo”, ou mais otimisticamente, de direção à normalização das relações diplomáticas (BERSTEIN; POLITI, 2000, p.190-191).

¹⁸ De início, o Vaticano incorporaria os avanços nas ciências físicas, por meio da Pontifícia Academia de Ciências. Simultaneamente, em função da má utilização de alguns dos avanços científicos, a Igreja granjearia simpatia, ao afirmar que a ciência dever-se-ia pautar por princípios morais. Em relação aos estudos bíblicos e históricos, a teologia absorveria as noções de historicidade dos dogmas e práticas da Igreja. Os conservadores se valeriam do neoescolasticismo para refutá-las (CHIOVARO; BESSIÈRE, 1997, p.115).

¹⁹ Chardin fora proibido de lecionar no Collège de France desde 1948. No entanto, seus escritos seriam copiados e circulariam clandestinamente. Parte seria publicada postumamente, mas o Santo Ofício ordenaria a sua retirada das bibliotecas seminaristas (MARTINA, 1997, p. 265).

²⁰ Pio XII e Paulo VI internacionalizariam a Cúria Romana e o Colégio dos Cardeais. Pio XII seria o primeiro papa a nomear cardeais com sés, ou seja, com jurisdição episcopal, na África, Índia e China (MARTINA, 1997, p. 238-241). A necessidade de um clero autóctone já havia sido reconhecida no século XIX pelos papas Gregório XVI e Leão XIII e no século XX, com Bento XV e Pio XI, que, inclusive, sagraria seis bispos chineses em 1926. João XXIII nomearia os primeiros cardeais da África, Japão e Filipinas, embora aumentasse a proporção de italianos no Colégio dos Cardeais (REESE, 1999, p. 133-134).

²¹ João Paulo II, ao beatificá-lo, caracterizou, para Küng (2001, p. 224), uma farsa do Vaticano e uma recusa às recentes confissões de culpa assumida pelo próprio Papa em nome do pontificado, sobre comunismo e relativismo.

²² Adotaria o costume, seguido tanto por Paulo VI como João Paulo II, de praticamente não substituir os membros da Cúria, ao assumir o cargo, mesmo em relação aos que votaram contra sua eleição. Sua aparência obesa tornava-o um camponês espirituoso, com jeito de avô (Cf. JOHNSON, 2001, p. 145). Em seus contatos religiosos, comportava-se com simplicidade, bondade e humildade que granjeava a simpatia e respeito de todos (Cf. REESE, 1999, p. 145, 206; CHIOVARO; BESSIÈRE, 1997, p. 117).

²³ “(...) pensava-se que ele seria um Papa de transição, aceitável e moderado, até o momento de introduzir uma geração mais jovem e liberal” (JOHNSON, 2001, p. 616). Ele foi o mais velho do século, com 76 anos, embora, para muitos não tivesse sido surpresa, porque metade dos cardeais que votara tinha mais de 80 anos (REESE, 1999, p. 141-142). Em seu discurso de posse, afirmaria: “Quase todos eles (os papas de nome João) tiveram um pontificado de curta duração”. Soaria como um presságio (LEBEC, 1999, p. 135).

²⁴ Causaria estupor aos extremistas de direita ao receber a família do genro de Kruschew, Alexei Adjubei, em audiência reservada. Mais tarde, ao privar com o Diretor da CIA, John McCone, afirmar-lhe-ia que todos mereceriam ser abençoados.

²⁵ “(...) endossou a intervenção do Estado em assuntos sócio-políticos, princípio valorizado do socialismo, e exigiu respeito pelos direitos tanto individuais quanto sociais” (ALLEN JÚNIOR, 2003, p. 24).

²⁶ “Até mesmo o Cardeal (Giacomo) Lercaro, um dos liberais mais francos da Itália católica, fi-

cou furioso: ‘Como ele ousa reunir um concílio depois de 100 anos e somente três meses após sua eleição?’. Chamou João de temerário e impulsivo, inexperiente e sem cultura – se bem que privadamente. Até o amigo de João, Montini, mostrou-se cético, confiando a um amigo: ‘Esse santo velho menino parece não se dar conta de que está mexendo em casa de maribondo’” (CAHILL, 2002, p. 219-221).

²⁷ Seu futuro Secretário de Estado, Cardeal Tardini, fizera pouco de sua capacidade diplomática pretérita. Não o considerava como naturalmente pertencente à carreira. Ao falecer em julho 61, seu substituto seria o Cardeal Cicognani – Amleto e não Gaetano, seu irmão (CAHILL, 2002, p. 211). “Tardini, que não era um homem especialmente afável, (...) era conhecido por não ter boa opinião a respeito dos *insights* e da inteligência de Roncalli” (MARTINA, 1997, p. 276). “João não via nenhuma beleza imaculada no comunismo; ele simplesmente queria agir como Cristo com todos os homens, por mais ignorantes que fossem” (CAHILL, 2002, p. 234). Quando Patriarca de Veneza, fora punido por receber dirigentes do Partido Socialista Italiano. Kruschew, em entrevista ao Pravda, afirmara que “(...) João XXIII presta um tributo à razão (...) Não se trata de temer o julgamento de Deus, no qual, como ateu, não acredito, mas de acolher com alegria o apelo para negociar, independentemente de onde vier” (CAHILL, 2002, p. 239-242). Em dezembro do mesmo ano, Kruschew reforçaria com nova entrevista ao Pravda e Izvestia: “A preocupação do Papa João pela paz mostra que ele leva em consideração os sentimentos de milhões de católicos (...) O apelo dele é de bom augúrio” (LEBEC, 1999, p. 137).

²⁸ A colegialidade seria a mudança mais importante e mais almejada, porque implicaria o reconhecimento da partilha da autoridade espiritual entre o sumo pontífice e os bispos, o que sinalizaria o fim da ideologia do poder do Papa desencadeada pelo Concílio Vaticano I, mantida até a gestão de Pio XII. João XXIII observaria o próprio Concílio como o ponto de partida de mudança de gestão de poder, ao descentralizá-lo de uma monarquia para as dioceses do mundo inteiro, de modo que negaria, na prática, a infalibilidade papal ao garantir que a verdadeira fonte de autoridade seria plural. Ele não cria que os bispos fossem meros autómatos, aprovando as deliberações das comissões, mas que, munidos de suas experiências locais, abordassem, com refletida experiência, as questões mais importantes da Igreja e da comunidade a que pertenciam.

²⁹ Os bispos de países comunistas viriam sob a égide de delegação nacional, o que confrontaria com a Constituição da Igreja, que os convocava individualmente porque seriam os sucessores naturais

dos apóstolos e não em função da localidade geográfica de suas dioceses (LEBEC, 1999, p. 144).

³⁰ “João planejou e organizou o encontro (...) contra uma forte e persistente oposição por parte da Cúria. Sua posição não era, de modo algum, todo-poderosa, porque, embora ele, pessoalmente, fosse popular em todos os níveis da Igreja, não pôde ou não quis reorganizar a burocracia vaticana” (JOHNSON, 2001, p. 617). Para Küng (2001, p. 229), isto seria uma “concessão fatal” de João XXIII.

³¹ João XXIII cria ser o episódio um “teatro de sombras” (LEBEC, 1999, p. 145). A colocação de mísseis nucleares seria mais para forçar negociações sobre o *status* de Berlim que para proteger Cuba.

³² Em função de sua abertura política, João XXIII passaria a receber muitos chefes de Estado, além dos líderes religiosos. Pio XII houvera recebido apenas 10 em um pontificado de quase 20 anos, enquanto ele, em menos de 5, receberia 34.

³³ Esta região fora polonesa – Lvov-, austríaca – Lemberg, novamente polonesa – Lvov –, russa – Lviv – e, finalmente, ucraniana – Leópolis. O então Arcebispo foi um entre os 500 mil fiéis católicos condenados a trabalhos forçados na Sibéria (Cf. MARTINA, 1997, p. 248-249; CAHILL, 2002, p. 253; JOHNSON, 2001, p. 617; LEBEC, 1999, p. 146, 158-161). A Metrópole (Arcebispo) de Kiev, em 1595, uniu-se à Roma, separando-se do Patriarcado de Constantinopla, ao não aceitar o de Moscou – que se tornaria independente também de Constantinopla em 1657. Passaria a ser chamada de Igreja Católica Ucraniana de Rito Grego em separação à Igreja Ortodoxa Ucraniana, ligada ao de Constantinopla – a partir de 1600, Patriarcado Ecu-
mênico.

³⁴ O autor crê que há exagero na afirmação do político italiano, mas destaca que outras personalidades políticas reconhecem a importância da gestão diplomática do Papa beatificado.

³⁵ Em setembro de 61, ele reafirmaria este compromisso em mensagem à Conferência dos Não Alinhados, na Iugoslávia, ao lembrar os estadistas de que a maior responsabilidade era a manutenção da paz mundial (Cf. CAHILL, 2002, p. 239; JOHNSON, 2001, p. 619).

³⁶ Um papa sério, mas falto de resolução, que procedia levando mais em consideração as questões da Cúria do que do Concílio (KÜNG, 2001, p. 229). Apesar de imensamente culto, a indecisão marcava-lhe as atitudes, optando, no fim, pelo tradicionalismo. Seria um papa hamletiano. Seria considerado como a representação da angústia entre o reencontro com o mundo moderno e o receio de abandonar a dimensão sobrenatural da fé. (CHIOVARO; BESSIÈRE, 1977, p. 117-118). Seria liberal, mas vacilante entre progressistas e tradicionalistas (CORNWELL, 2000, p. 404). Sua palavra preferida seria a conjunção adversativa *mas*. Este

autor também lembra o fato de ele ser chamado de Hamlet (CAHILL, 2002, p. 271).

³⁷ “O já enfermo João XXIII obviamente considerava o Cardeal de Milão, Giovanni Batista Montini, o homem certo para concluir o trabalho que ele começara no Vaticano II” (BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 119).

³⁸ O autor aponta uma série de desmandos cometidos pelos Estados Unidos durante a Guerra Fria, mencionando como um dos seus artífices principais o ex-Chefe da Assessoria de Segurança Nacional e ex-Ministro das Relações Exteriores, Henry Kissinger, que seria galardoado com o Prêmio Nobel da Paz, em 1973. Basicamente, suas ações relacionar-se-iam, além do Vietnã, no Camboja, Laos, Chile, Paquistão e Indonésia.

³⁹ Menosprezar-se-ia a capacidade dos Estados Unidos, ao lado da Grã-Bretanha e da então Alemanha Ocidental, de se reorganizar tanto política – neoliberalismo e endurecimento ideológico com a União Soviética – como economicamente – liberação dos fluxos de capitais, revolução microeletrônica e diminuição do Estado do bem-estar social, apesar dos reveses que isso provocaria em suas próprias populações.

⁴⁰ Como em outros conflitos em que os Estados Unidos participaram, a invocação da instalação de um regime democrático seria também utilizada.

⁴¹ Os bispos seriam novamente considerados discípulos do Papa.

⁴² Duas das três exigências práticas centrais dos reformadores foram satisfeitas em princípio: o uso do vernáculo na liturgia e a abertura da comunhão eucarística para incluir a oferta do cálice também aos leigos, mas o celibato clerical não seria sequer discutido, bem como o divórcio, uma nova forma de nomeação dos bispos e a reforma da cúria e do próprio papado. A fórmula teológica de Paulo VI seria manter a doutrina clássica, ao colocar que os bispos só seriam católicos se se mantivessem unidos à fé e lei do papa.

⁴³ O Decreto da Liberdade Religiosa, fruto do trabalho do jesuíta norte-americano John Murray, outro silenciado na gestão de Pio XII, seria visto como útil em relação ao mundo comunista pelo então Arcebispo de Cracóvia, futuro Papa João Paulo II, que conseguiria os votos dos bispos do Leste europeu, especialmente os poloneses, para sua aprovação.

⁴⁴ O Cardeal Alfredo Ottaviani, da Congregação para a Doutrina da Fé (antigo Santo Ofício), chegaria a proferir que preferiria morrer antes do fim do concílio para continuar a ser católico, enquanto o Cardeal Giuseppe Siri, Arcebispo de Gênova e ex-Presidente da Conferência dos Bispos da Itália, afirmaria que o papa era o maior desastre da história eclesial desde o Grande Cisma e dos papas Bórgias. O historiador britânico Eamon Duffy

consideraria o Concílio Vaticano II como o “(...) evento cristão mais revolucionário desde a Reforma” (CAHILL, 2002, p. 229, 238, 266).

⁴⁵ João Paulo II, em 1980, proferiria: “A Igreja do Vaticano II, a do Vaticano I e a do Concílio de Trento são uma mesma Igreja” (BERSTEIN; POLITI, 2000, p. 409).

⁴⁶ Graças à influência do Cardeal Bea, João XXIII passaria a chamar os cristãos não católicos de irmãos separados e não mais de cismáticos, hereges ou dissidentes. Não se estimulava, todavia, a cooperação entre católicos e acatólicos. Por exemplo, um médico católico não poderia chamar um sacerdote ortodoxo para confortar espiritualmente um doente, mas apenas informá-lo de que alguém lhe desejaria falar, mas sem expressar motivo.

⁴⁷ Chame-se a atenção para a configuração da Secretaria de Estado do Vaticano, que não se assemelha ao Ministério das Relações Exteriores dos Estados Unidos – também denominado de Secretaria de Estado –, mas à chefia de gabinete do pontificado do papa, ou seja, algo próximo ao papel de uma chancelaria – primeiro-ministro. Ela divide-se em duas: a de relações exteriores e a de assuntos gerais (REESE, 1999, p. 241-242).

⁴⁸ “(...) na aparência (onde isso não lhe custava nada), a Igreja era progressista, como na encíclica *Populorum progressio*. Mas internamente, em seus próprios interesses, era reacionária e publicou uma encíclica sobre o celibato (*Sacerdotalis coelibatus*) (...) que deve haver um celibato obrigatório para os padres” (KÜNG, 2001, p. 232). Essa encíclica representaria a terceira via – nem marxismo coletivista, nem capitalismo liberal. Na ONU, em 1965, em sua segunda viagem fora do território italiano, pediria o fim das guerras. Afirma-se que, desde o início, o papado teria sido amplo defensor das Nações Unidas como a maior esperança de paz. Entretanto, isso contrasta com a afirmação de Johnson – nota 34 – sobre a posição de Pio XII a respeito de organismos internacionais (CAHILL, 2002, p. 268-269; REESE, 1999, p. 370).

Bibliografia

- ALLEN JÚNIOR, John. *Conclave a política, as personalidades e o processo da próxima eleição papal*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. 2. ed. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.
- BERSTEIN, Carl; POLITI Marco. *Sua Santidade João Paulo II e a história oculta de nosso tempo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.
- CAHILL, Thomas. *Papa João XXIII*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- CHIOVARO, Francesco; BESSIÈRE, Gérard. *Urbi et orbi: dos mil anos de papado*. Barcelona: BSA, 1997.
- CHOMSKY, Noam. *O que o Tio Sam realmente quer*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- CORNWELL, John. *O papa de Hitler: a história secreta de Pio XII*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2000.
- GADDIS, John. *We now know: rethinking Cold War history*. Nova York: Oxford University, 1998.
- GENTILI, Pablo. *Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HITCHENS, Christopher. *O julgamento de Kissinger*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 25. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- JOÃO XXIII, Encíclica de. *Pacem in Terris*. A paz de todos os povos na base da verdade, justiça, caridade e liberdade. 11 abr 1963. *Vaticano*: site oficial. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em: ago. 2003.
- JOHNSON, Paul. *História do cristianismo*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997.
- KÜNG, Hans. *Igreja Católica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- LAMENNAIS, Félicité de. *Palavras de um homem de fé*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEBEC, Éric. *História secreta da diplomacia vaticana*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- MAGNOLI, Demétrio. *Da Guerra Fria à détente: política internacional contemporânea*. Campinas: Papirus, 1988.
- MARTINA, Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. São Paulo: Loyola, 1997. v. 4.
- MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- PAULO VI, Encíclica de. *Ecclesiam suam*. Os caminhos da Igreja. 6 ago. 1964. *Vaticano*: site oficial. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_06081964_ecclesiam_po.html>. Acesso em: ago 2003.

PAULO VI, Encíclica de. *Populorum progressio*. Sobre o desenvolvimento dos povos. 26 mar. 1967. *Vaticano*: site oficial. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum_po.html>. Acesso em: ago 2003.

PIO XII, Discurso radiofônico de. *Ecco alfine terminata*. Fim da guerra na Europa. 09 maio 1945. *Vaticano*: site oficial. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/pius_xii/speeches/documents/hf_pxii_spe_19450509_radiomessage-war_po.html>. Acesso em: ago. 2003.

PIO XII, Encíclica de. *Communium interpretes dolorum*. Para pedir orações públicas entre os povos. 15 abr. 1945. *Vaticano*: site oficial. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_pxii_enc_15041945_communium-interpretes-dolorum_po.html>. Acesso em ago. 2003.

REESE, Thomas. *O Vaticano por dentro: a política e a organização da Igreja Católica*. Bauru: EDUSC, 1999.

SADER, Emir. *Século XX. Uma biografia não autorizada: o século do imperialismo*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

SAINT-PIERRE, Héctor. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. Campinas: UNICAMP, 1991.

SARAIVA, José Flávio (Org.). *Relações internacionais: dois séculos de história. Entre a ordem bipolar e o policentrismo (de 1947 a nossos dias)*. Brasília: FUNAG, 2001.

SERBIN, Kenneth. *Diálogos na sombra. Bispos e militares, tortura e justiça social na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

VESENTINI, José William. *Imperialismo e geopolítica global*. Campinas: Papyrus, 1990.

VIZENTINI, Paulo (Org.). *A grande crise: a nova (des)ordem internacional dos anos 80 aos 90*. Petrópolis: Vozes, 1992.

Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais

Romulo Rhemo Palitot Braga

Sumário

1. Introdução. 2. Conceitos de branqueio de capitais. 3. Possíveis benefícios econômicos e fiscais. 4. Cooperação internacional em matéria de branqueio de capitais. 5. Medidas eficazes. 6. Conclusão.

1. Introdução

Cada vez mais o caráter transnacional das estruturas criminais que ultrapassam fronteiras e expandem seu âmbito de atuação, cometidas em séries quase ilimitadas de jurisdições, com aumento significativo nos últimos anos, se adequada à nova realidade globalizada¹.

De maneira similar, ocorre com o fenômeno de branqueio de capitais, que tem como uma de suas principais características a internacionalização, que é parte da própria natureza do delito, pois quanto mais distante se encontrar o objeto branqueado de sua origem delitiva, mais obstáculos surgem para rastreá-lo, permitindo, dessa forma, que seja possível e viável colocá-lo fora do alcance das autoridades competentes².

Merecem destaque as vantagens conseguidas a partir da transnacionalidade do produto a ser branqueado, proporcionando aos branqueadores melhores possibilidades de eliminar a aplicação das normas, inclusive com a jurisdição dos países que mantêm uma política criminal severa contra o delito de branqueio de capitais, como também obter vantagens por meio dos proble-

Romulo Rhemo Palitot Braga é Professor de Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPE; Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Valência (Espanha).

mas existentes associados aos sistemas de cooperação internacional entre os países possuidores de legislações distintas sobre o tratamento de branqueio, ou deficiências em sua regulamentação internacional e sua aplicação³.

Por isso, a comunidade internacional busca de maneira intensa desenvolver a cooperação em matéria penal que ultrapasse as fronteiras nacionais, com o desejo de manifestar, reforçar e estender os mecanismos de cooperação internacional, acrescentando os acordos específicos em relação às formas de atividades criminais merecedoras de atenção em nível internacional⁴. Para o combate efetivo ao branqueio de capitais, são necessárias medidas eficazes e é preciso que os regimes internacionais sejam flexíveis, estáveis, dotados de capacidade para tomar decisões importantes, possuidoras de recursos, para adotar normas e outras formas de cooperação internacional em matéria penal⁵.

A cooperação jurídica internacional engloba as atividades de natureza processual desenvolvidas por um Estado e que estão a serviço de um processo iniciado em distinta jurisdição.

2. Conceitos de branqueio de capitais

Branqueio de capitais consiste no conjunto de vários procedimentos propensos à ocultação de dinheiro ou bens adquiridos de forma ilícita. Existem inúmeras definições dessa conduta típica. Mais adiante ofereceremos algumas definições que nos permitam obter uma idéia mais esclarecedora sobre branqueio de capitais.

Precisamente a definição de branqueio de capitais adotada pela Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) aponta que representa todo ato ou tentativa tendente a ocultar ou encobrir a natureza de valores obtidos ilicitamente com a finalidade de que ditos valores tenham a aparência de procedência de fontes lícitas⁶.

A Rede de Controle de Crimes Financeiros (FINCEN) do Departamento do Tesouro

dos Estados Unidos da América, que é a principal agência reguladora dos Estados Unidos sobre branqueio de capitais, define tal fenômeno como o feito de disfarçar ativos para serem utilizados sem que sejam detectadas as atividades ilegais que os produziram.

Um dos principais pontos de debates se verifica se a reutilização dos bens de procedência ilícita nas atividades criminais pode ser considerada como branqueio. Sobre essa polêmica, o autor espanhol Aránguez Sánchez entende que, quando se procede a inversão dos fundos originados desde atividades delitivas em novas atividades, igualmente ilícitas, não é considerada uma forma de branqueio⁷.

Dita opinião é compartilhada por Blanco Cordero (2000, p. 93), quando informa que o branqueio de capitais é o processo pelo qual os bens procedentes de atividades delitivas são incorporados ao sistema econômico legal, com aparência de sua obtenção lícita. De igual forma, Gómez Iniesta (1996, p. 21) expõe que branqueio de capitais é aquela operação na qual o dinheiro de origem sempre ilícita (procedente de delitos que revestem especial gravidade) é invertido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se tivesse sido obtido de forma lícita⁸.

Como podemos constatar, ambos autores apontam que o branqueio de capitais consiste na utilização dos bens de procedência delitiva no sistema econômico legal, ficando de fora os bens procedentes de atividades ilícitas com reinversão exclusivamente em atividades de semelhante procedência. Por outro lado, isso não significa dizer que uma determinada porcentagem do ativo ilícito não possa ser reingressada nas mesmas atividades para sua própria manutenção ou até mesmo com o objetivo de ampliá-la, já que as organizações criminais necessitam de um orçamento para dar continuidade ou ampliar suas atividades, prin-

cialmente com o intuito da utilização para suborno das autoridades criminais competentes⁹.

Finalmente, para Bajo Fernández (1993, p. 147), o desconhecimento do patrimônio das autoridades tributárias, independentemente de sua origem, já poderia ser considerado branqueio de capitais, ao enfatizar que é a estratégia pela qual um sujeito possuidor de dinheiro subtraído dos controles das Fazendas públicas incorpora-o ao passar para a legitimidade, ocultando a infração fiscal implícita e, em seu caso, a origem delitiva da riqueza.

3. Possíveis benefícios econômicos e fiscais

Temos que destacar que discordamos das posições assumidas por alguns autores¹⁰ que consideram que as atividades dedicadas ao branqueio de capitais podem gerar benefícios econômicos e fiscais quando se transformam em capital lícito, permitindo sua utilização no tráfico econômico em condições iguais às utilizadas pelos capitais de procedência lícita. Para esses autores, o branqueio permite uma maior arrecadação de impostos pela Fazenda, facilita a concessão de postos de trabalho, permite a criação de postos de trabalho e, em especial, permite a reinversão dos benefícios obtidos pelas atividades de branqueio em programas sociais dirigidos às comunidades, como, por exemplo, o estabelecimento de programas de luta contra a fome.

Nesse mesmo sentido, Suárez González considera que os feitos delitivos transformados em legais com branqueio de capitais podem ser benéficos em termos econômicos ou fiscais, a partir do controle efetivado pelo Estado. Para esse autor, as operações procedentes do branqueio de capitais não supõem exclusivamente dotar os fundos ilícitos de uma aparência de legalidade, mas sim convertê-los em capital lícito, pelo qual permita sua utilização no tráfico econômico em condições iguais às utilizadas pelos capi-

tais de procedência lícita. Considera que, quando se mantém a posição de que o branqueio de capitais lesa o sistema financeiro, está passando por alto que o sistema financeiro é um instrumento “neutro”, que é utilizado para canalizar recursos no mercado.

Acertadamente, Aránguez Sánchez (2002, p. 88) se opõe a esses argumentos, replicando que, se o branqueio eleva ou agiliza os intercâmbios econômicos, não é possível esquecer e desprezar o dano que produz à ordem socioeconômica. Ademais, a injeção na economia de fundos ilícitos jamais poderá ter efeitos positivos¹¹.

4. Cooperação internacional em matéria de branqueio de capitais

Percebe-se, claramente, mudanças nas relações sociais, políticas e, inclusive, econômicas, em que as fronteiras existentes entre os Estados não impedem o processo de influência vivenciado, cada vez mais, entre as ditas relações humanas, necessitando, assim, que os Estados assumam como obrigatórias uma série de medidas a que não haviam aderido voluntariamente e, em consequência, adaptem suas normas e instituições a um certo nível de qualidade de modelos internacionais fixados por um grupo de países.

Os tratados internacionais, segundo a Convenção de Viena de 1969, são acordos internacionais firmados entre Estados Soberanos, em forma escrita, juridicamente obrigatória e vinculante, em que constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Ademais, os tratados têm um grande significado genérico, usado para incluir as convenções, os pactos, as cartas, assim como acordos em nível internacional.

As formas e os distintos mecanismos utilizados por meio da cooperação internacional modificaram com o passar do tempo, e essa modificação foi percebida tanto em seu aspecto subjetivo, como em âmbito objetivo. A cooperação penal internacional, de ma-

neira subjetiva, diversificou-se mediante intervenções de distintos órgãos com atribuição de desenvolver investigações desde a esfera policial, como por exemplo no setor responsável pelo controle aduaneiro e dos serviços administrativos de combate e prevenção ao branqueio de capitais, até o setor judicial.

Quanto ao setor objetivo, pode-se dizer que os mecanismos destinados à cooperação penal internacional foram aperfeiçoados positivamente nos últimos anos, com a melhora dos sistemas de comunicação e intercâmbio de informações entre as autoridades estaduais responsáveis, como também no trâmite da solicitação do pedido de extradição, que cada vez mais se converte em uma simples concessão, buscando com a evolução que se consiga que o instituto de extradição seja concretizado como uma simplificada solicitação de entrega feita por um Estado a outro¹².

Hans Kelsen (1969) fez referências à vinculação do Estado por meio dos tratados enfatizando que, como regra geral, se pode assegurar que os tratados não prejudiquem a soberania, já que a limitação se alcança na própria vontade do Estado limitado, ou seja, em virtude dessa limitação fica a soberania estatal.

Historicamente, as respostas estatais aos crimes perpetrados em território distinto surgiram com os Códigos francês e alemão posteriormente ao século XIX, cujos delitos internacionais motivavam preocupações para as nações; os delitos que serviam como referência para o desenvolvimento de um direito penal internacional na época eram a pirataria, crimes de guerra ou aqueles que eram cometidos contra os chefes de Estado.

5. Medidas eficazes

No combate ao fenômeno do branqueio de capitais, existem medidas específicas que necessitam da atuação em conjunto entre os países, em nível de cooperação internacional; uma dessas medidas é a das “40 Reco-

mendações” do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)¹³, destacando entre elas as Recomendações 36 a 40, que tratam das pautas para melhorar a assistência mútua em questões de branqueio de capitais, sendo elas:

Recomendação 36:

A cooperação entre as autoridades competentes adequadas dos diversos países deveria ser fomentada no âmbito das investigações. Neste domínio, uma técnica de investigação válida e eficaz consistiria na entrega controlada de valores conhecidos ou presumidos como sendo produto do crime. Os países seriam incitados a apoiar essa técnica, sempre que possível.

Recomendação 37:

Seria conveniente prever procedimentos de assistência judicial mútua em matéria penal, recorrendo-se a medidas de coação, tais como a produção de documentos por entidades financeiras e outras pessoas, a busca e revista de pessoas e locais, a apreensão e obtenção de provas destinadas a serem utilizadas na investigação ou diligências em matéria de lavagem de dinheiro ou em processos conexos, junto de jurisdições estrangeiras.

Recomendação 38:

Seria conveniente que pudessem ser tomadas medidas rápidas, em resposta a solicitações de governos estrangeiros, para identificar, congelar, apreender e confiscar os produtos, ou outros bens de valor equivalente a esses produtos, derivados da lavagem de dinheiro ou de delitos sobre os quais assenta a atividade de lavagem de dinheiro.

Recomendação 39:

A fim de evitar conflitos de competência, seria conveniente estudar a possibilidade de elaborar e implementar mecanismos que permitam determinar, no interesse da justiça, a jurisdição mais adequada para o julgamen-

to das pessoas acusadas, em casos sujeitos a processos em vários países. De igual modo, deveriam existir medidas destinadas a coordenar os processos de apreensão e confisco, podendo incluir a repartição dos bens apreendidos.

Recomendação 40:

Os países deveriam dispor de processos para obter ou conceder a extradição, quando possível, de indivíduos acusados de lavagem de dinheiro ou de infrações conexas.

Em conformidade com o sistema jurídico nacional, cada país deveria reconhecer a lavagem de dinheiro como infração susceptível de permitir a extradição. Na medida em que as suas estruturas jurídicas o permitam, os países poderiam considerar a simplificação do procedimento de extradição, através da transmissão direta dos pedidos de extradição entre os ministérios competentes, da extradição das pessoas baseada unicamente em mandatos de detenção ou julgamento, da extradição dos seus nacionais, e/ou da extradição simplificada de pessoas que aceitem renunciar ao processo formal de extradição.

Podemos comprovar uma cooperação dotada de investigação ampla, comprometida e prudente, assim como um combate tenaz na entrega dos bens possuidores de suspeitas de sua origem criminal, realizada entre países comprometidos com o combate ao fenómeno do branqueio de capitais e à criminalidade organizada.

Por outro lado, a *Comissão Interamericana para o Controle de Abuso de Drogas – CICAD*¹⁴, no âmbito da *Organização dos Estados Americanos – OEA*, elaborou uma normativa que contém um modelo de legislação básica para o combate efetivo ao branqueamento de capitais, onde todos os países do continente americano firmaram, cada um deles comprometendo-se a adotar uma legislação específica e em igualdade de tér-

minos, ou seja, com uma harmonização legislativa no tratamento ao branqueamento de capitais¹⁵.

Esses organismos internacionais são conhecedores da importância que têm no panorama internacional na luta contra a criminalidade transnacional e, por isso, buscam aplicar medidas com a finalidade de prevenir ou dificultar sua comissão. Na prática, os efeitos ocasionados pelo branqueio de capitais provocam preocupações para vários países, ocasionando uma busca por instrumentos capazes de combater esse delito que desafia a autoridade legítima dos governos nacionais, corrompe autoridades e profissionais, ameaça a estabilidade financeira das nações, reduz a eficiência dos mercados e viola reiteradamente as normas legais, os direitos de propriedade e os direitos humanos.

Entretanto, a cooperação internacional não pode se resumir em alguns princípios, necessita contemplar distintas formas que tenham a finalidade de combater o branqueio de capitais, por exemplo, o firmado entre Brasil e Suíça¹⁶, com o Acordo de Cooperação Jurídica em Matéria Penal sobre branqueio de capitais, com cooperação dirigida para o combate à fraude fiscal, possibilitando a repatriação de capitais de origem ilegal antes de sentença definitiva contra os acusados. O objetivo principal do acordo é a facilitação da execução de ações penais frente ao delito de branqueio de capitais e evasão fiscal, dotadas dos seguintes alcances:

“(a) tomada de depoimentos ou outras declarações; b) entrega de documentos, registros e elementos de prova, inclusive os de natureza administrativa, bancária, financeira, comercial e societárias; c) restituição de bens e valores; d) troca de informações; e) busca pessoal e domiciliar; f) busca, apreensão, seqüestro e confisco de produtos de delito; g) intimação de atos processuais; h) transferência temporária de pessoas detidas para fins de audiência ou acareação; i) quais-

quer outras medidas de cooperação compatíveis com os objetivos deste Tratado e que sejam aceitáveis pelos Estados Contratantes”¹⁷.

É inquestionável que um dos objetivos principais da cooperação internacional no combate ao branqueio de capitais é a recuperação dos ativos de origem ilícita, com atenção especial aos chamados “paraísos fiscais”.

No âmbito da *União Européia – UE*, existe um convênio relativo à assistência judicial em matéria penal entre os Estados membros. Trata-se do Convênio de 29 de maio de 2000¹⁸, estabelecido em conformidade com o disposto no artigo 32 do Tratado da União Européia, relativo à assistência judicial em matéria penal entre os Estados. Esse convênio é responsável pela proteção e ajuda mútua entre as autoridades judiciais, policiais e aduaneiras, em colaboração com o Convênio de 1959 do Conselho da Europa sobre ajuda mútua em matéria penal, e seu protocolo do ano de 1978, o Convênio de aplicação do acordo de Schengen de 1990 e o Tratado de Benelux, de 1962¹⁹.

Especificamente sobre branqueio de capitais, existe a Diretiva 2001/97/CE, do Parlamento e do Conselho de 4 de dezembro de 2001, que modificou a Diretiva 91/308/CEE, relativa à prevenção e utilização do sistema financeiro para o branqueio de capitais, compreendendo, além dos delitos de tráfico de drogas²⁰, outros delitos de caráter grave.

O *Mercado Comum do Sul – Mercosul*, formado pela República Federativa do Brasil, República Federativa da Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai, manteve uma cooperação específica na luta contra o branqueio de capitais²¹. No entanto, a supramencionada cooperação não alcançou o nível desejado, como os que foram obtidos pela União Européia, com medidas de combate ao branqueio. No âmbito do Mercosul, pode-se afirmar que o processo é lento, inepto e, em especial, carente de decisões importantes.

É surpreendente a ausência de interesses e de medidas enérgicas para o combate ao branqueio de capitais por parte do Mercosul, pois existem atualmente vários estudos dirigidos a implantação de uma norma jurídica única para os quatro Estados membros, com atenção especial para a obrigatoriedade de identificação das pessoas que criam empresas, assim como para a imposição de não admitir transações financeiras anônimas, pois alguns dos Estados membros não atuam dessa forma.

6. Conclusão

Por essas razões, é indiscutível que, com a globalização, o poder punitivo assumirá novas formas, pois o controle penal em pouco tempo modificará totalmente sua fisionomia²², em que o papel do direito penal na proteção das futuras gerações constituirá um novo e controvertido problema²³.

Notas

¹ Em alguns países, como Colômbia e Rússia, a riqueza e o poder das organizações criminais rivalizam com o poder do próprio governo.

² Um dos objetivos do processo de branqueio é a integração dos capitais originados a partir de atividades delitivas na economia geral, transformando-os em bens e serviços lícitos.

³ Neste sentido BLANCO CORDERO, 2002.

⁴ Cf. BLANCO CORDERO, 2002, p. 103.

⁵ Cf. BLANCO CORDERO, 2002, p. 106.

⁶ Definição adotada por unanimidade pela Assembleia Geral da INTERPOL, em seu 64º período de sessões celebrado em Beijing (China). A Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) foi fundada com o propósito de promover a assistência mútua entre as autoridades de controle, dentro dos limites das leis de cada Estado membro; a sede da Secretaria Geral se encontra na cidade francesa de Lyon.

⁷ Cf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 36. Esse autor enfatiza que “ciertamente, y por necesidades extraordinarias del desarrollo de su actividad criminal, el delincuente habitual que blanquea fondos puede verse forzado a volver a reinvertirlos en sus ‘negocios’ ilícitos, del mismo modo que un empresario en la economía legal se ve obligado a capitalizar su plan de pensiones antes de su vencimiento

para atender la falta de liquidez de su empresa. Pero ello no quiere decir que el destino racional de una parte de los bienes blanqueados sea su reingreso en la economía ilegal, pues no tendría sentido alguno afrontar el coste que supone blanquear capitales para luego devolverlos al mundo criminal desaprovechando con ello todas las ventajas que se derivan de su legítima apariencia. En cualquier caso, el delito de blanqueo está llamado a impedir que los bienes que circulan por el tráfico económico ilícito pasen a la economía legal, no a la inversa”.

⁸ Neste mesmo sentido Cf. FABIÁN CAPARRÓS, 1998, p. 46-48.

⁹ “Um cálculo do Ministério da Justiça estima que, de cada 1 milhão de dólares gerados pelo mercado da droga, cerca de 25% tenham como destino final a corrupção de agentes, autoridades e fiscais encarregados de combater o banditismo”. (VEJA, 18 set. 2002, p. 88-95).

¹⁰ Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, 1996, p. 141. Cf. GUZMÁN DALBORA, 2000, p. 25.

¹¹ Cf. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2002, p. 101.

¹² Cf. ZARAGOZA AGUADO, [19--?].

¹³ O Grupo de Ação Financeira Internacional sobre branqueio de capitais – GAFI é um organismo intergovernamental que tem o propósito de elaborar e promover medidas para combater o branqueio de capitais. Na comemoração do 10º aniversário do GAFI, anunciou-se o convite à adesão deste grupo de três países da América Latina, um deles Brasil. Atualmente, o GAFI está integrado por 29 países e dois organismos internacionais, entre seus membros se encontram alguns membros dos principais centros financeiros da Europa, América do Norte, América do Sul e Ásia. O GAFI aprovou 40 Recomendações para a detenção e prevenção do branqueio de capitais e do financiamento ao terrorismo. Estas 40 Recomendações, em conjunto com as 8 recomendações relacionadas com o combate ao financiamento do terrorismo, foram reconhecidas pelo Fundo Monetário Internacional, assim como pelo Banco Mundial.

¹⁴ O objetivo da *Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas – CIDAD* é lograr a eliminação do tráfico ilícito e o uso indevido de drogas no hemisfério americano. Sua origem remonta a abril de 1986 durante a realização da XIV Assembléia Geral da OEA, a qual convocou uma Conferência Especializada Interamericana sobre Narcotráfico. Disponível em: <<http://www.cicad.oas.org>>. Acesso em: [19--?].

¹⁵ Por exemplo, o Brasil com a Lei 9.613, de 3 de março de 1998.

¹⁶ O governo suíço estabeleceu mecanismos de controle e de cooperação judicial internacional tanto em matéria penal como administrativa. “La cooperación internacional en materia penal entre Sui-

za y otros países tiene su base en tratados bilaterales, en el Tratado Europeo sobre cooperación judicial en materia penal y en la Ley Federal sobre cooperación internacional en materia penal en vigor desde el 1 de enero de 1983. Esta ley permite la colaboración con países que no son parte del Tratado y que tampoco tienen acuerdos bilaterales con Suiza.” (BRUCHEZ; BRINDLE, 2003).

¹⁷ Ministério de Justiça do Brasil – Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça.

¹⁸ DOCE – C nº 197 de 12 de junho de 2000.

¹⁹ Cf. BRUCHEZ, Marc; BRINDLE, Pilar, 2003.

²⁰ Um dos métodos de branqueio de capitais que consegue grande atenção da comunidade internacional é o tráfico internacional de drogas, como demonstra o relatório do Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas – UNDCP, que estima que só o narcotráfico branqueia todos os anos aproximadamente de 2% a 5% do Produto Interno Bruto – PIB mundial, equivalente ao PIB de um país como Espanha.

²¹ O Mercado Comum do Sul – MERCOSUL reconhece a cooperação jurídica em matéria penal entre os Estados partes por meio do Protocolo: MERCOSUR/CMC/DEC nº 02/96.

²² Cf. ZAFFARONI, 2000, p. 38.b.

²³ Cf. DE FIGUEIREDO DIAS, 2002.

Bibliografía

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Política criminal y reforma penal: delitos patrimoniales económicos. In: COBO DEL ROSAL, Manuel. *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: Edersa, 1993.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2002.

BRUCHEZ, Marc; BRINDLE, Pilar. Sistema de información y de cooperación en suiza y en el seno de la unión europea en la lucha contra el blanqueo de dinero. *Diário La Ley*, Madrid, ano XXIV, n. 5830, 23 jul. 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de asocia-

ciones ilícitas y lavado de dinero. *Revista de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 30, abr./jun. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. 3. ed. Cidade do México: UNAM, 1969.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal: direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 58, 1996.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. La cooperación internacional y su utilidad para los profesionales del derecho en asuntos vinculados al lavado de dinero. CICAD, [S.l., 19--?]. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Abogados/bluestar_zaragoza.htm>. Acesso em: 22 dez. 2004.

A função constitucional das Comissões Parlamentares de Inquérito

Instrumentos da minoria parlamentar e informação da sociedade

Eduardo Fortunato Bim

Sumário

1. Introdução. 2. O controle político exercido pelo Legislativo. 2.1. A autonomia da função fiscalizatória em relação à legislativa. 2.2. Controle híbrido: natureza política e jurídica. 2.3. O conceito de controle parlamentar: controle-fiscalização e o controle-responsabilidade. 3. Instrumento potestativo das minorias. 3.1. Alguns aspectos pétreos das CPIs. 4. As CPIs como instrumentos de informação da sociedade e de formação da opinião pública. 5. O interesse público do fato determinado: possibilidade de investigar fatos particulares. 5.1. As Comissões Parlamentares e a prerrogativa de investigação de fatos típicos em abstrato. 5.2. Possibilidade de inquirição do Presidente sobre fatos determinados. 5.3. A vedação da devassa. 6. Conclusão.

1. Introdução

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) vêm sendo desprestigiadas em vista da equivocada compreensão de sua finalidade no sistema político brasileiro. São consideradas populistas e inúteis, sob o fundamento de que, se os agentes da Polícia e/ou do Ministério Público estivessem cumprindo suas atribuições investigativas, elas seriam totalmente desnecessárias.

O objetivo deste estudo é demonstrar que a função das CPIs transcende à investigativa, eis que se erigem como instrumento de controle democrático do processo político. Para tanto, é necessário situar o controle

Eduardo Fortunato Bim é Advogado em São Paulo.

parlamentar na teoria geral do Estado, especificando sua autonomia em relação à natureza da função legislativa, sua juridicidade e sua inconfundibilidade com o *impeachment* ou outra forma de sanção.

Ademais, é importante socorrermos ao direito comparado, tendo em vista que, “universalmente, as comissões parlamentares de inquérito têm objetivos idênticos” (BULOS, 2001, p. 305).

2. O controle político exercido pelo Legislativo

2.1. A autonomia da função fiscalizatória em relação à legislativa

No sistema político dos países ocidentais, o Legislativo ganhou imenso prestígio, tendo desde suas origens e em substância as funções de *legislar*, *representar* e *fiscalizar*¹. Depois da Segunda Guerra Mundial, essa última função desenvolveu-se de modo assustador como forma de compensação da *administrativização do direito*².

Para equilibrar tal perda de poder, a atividade investigativa – meio para fiscalização –, imanente e conatural ao Parlamento nos sistemas constitucionais ocidentais³, fortaleceu-se. Mônica Herman Salem Caggiano (1996, p. 150) afirma: “Nesse novo quadro, marcado pelo notável desenvolvimento das funções normativas do Poder Executivo, resta acentuado aos Parlamentares o poder de controle – a função fiscalizadora”, que cresceu sobremaneira na Constituição de 1988.

Iniciada no Congresso Nacional, essa redescoberta da função controladora – na modalidade investigativa – do Legislativo por meio das CPIs alastrou-se para as Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

Ressalte-se, porém, que *sua atividade investigativa não se exaure nas CPIs, sendo muito mais ampla em nosso sistema constitucional* (v.g., artigos 49, X; 50, *caput*, § 2º; 58, § 2º, V). Nada impede, portanto, que outros órgãos seus

investiguem os mesmos fatos, sem possuir, todavia, as prerrogativas das CPIs⁴.

Frise-se que *a função fiscalizadora é autônoma, não tendo, como querem alguns, a necessária relação com o propósito de legislar ou punir os administradores ímprobos*. Não se investiga para legislar e nem para punir o administrador ímprobo, mas sim para influenciar a sociedade e/ou o Governo, fazendo do Parlamento uma *caixa de ressonância*. Pontes de Miranda (1960, p. 444) reconhecia tal autonomia na década de 60, *in verbis*:

“O que caracteriza as comissões de inquérito previstas pelo art. 53 é ou serem preliminares de atividade legislativa, ou *puramente fiscalizadoras, ou de intuitos de informação às camadas populares, especialmente ao eleitorado*. Falta-lhes o elemento de produção de prova necessária à decisão *judicialiforme ou intervenção nos Estados-membros*” (grifo nosso).

Existem outros tipos de comissões legislativas que têm por fim a proposição de medidas legislativas, são as Comissões Parlamentares de Estudos. Claro que isso não impede que as CPIs investiguem para o aperfeiçoamento da legislação, mas, em regra, não o fazem somente com tal finalidade.

Indo além da questão da autonomia, impende ressaltar que a função investigativa precede historicamente a atividade legiferante. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2001, p. 14) defende, com apoio em Carlos Jáuregui Arrieta, que *a função de controle era a função originária do Legislativo antes da Revolução Francesa*, constituindo-se nos dias atuais em uma “prerrogativa ancianamente inerente à instituição parlamentar”⁵.

Assim, a função investigativa ou de controle independe da atividade legiferante. Ela não aufere sua legitimidade de futuras e eventuais medidas legislativas, até porque isso seria extremamente complicado em um sistema que privilegia a liberdade do Poder Legislativo, ou seja, não se pode obrigá-lo a legislar, quer por outros poderes, quer por si mesmo.

2.2. Controle híbrido: natureza política e jurídica

Cumpra ter em mente que o controle realizado pelo Congresso Nacional é um controle não apenas político, mas também jurídico. Muitos autores distinguem essas modalidades de controle, mas tal distinção deve ser vista com cautela: *por meio dela não se pode negar o caráter jurídico do político, apenas realçar a maior amplitude de fundamentação do controle parlamentar.*

A diferença entre ambos os tipos de controle reside na maior vinculação das normas que os impõem e, conseqüentemente, no maior grau de liberdade do controlador no momento decisório. *Embora exista um contraste menor com a legalidade* – os juízos políticos são mais elásticos e finalísticos –, isso, certamente, não impede o reconhecimento do caráter jurídico de tal controle, da mesma forma como não se reconhece a discricionariedade como um poder à margem do Direito; mais elástico, sem dúvida, mas ainda no âmbito do Direito. O que existe, portanto, são pontos diferentes de uma escala contínua e não termos absolutos e antagônicos.

Embora o controle seja jurídico, isso não significa que suas conclusões vinculem outros órgãos ou Poderes do Estado, especialmente o Judiciário.

Mas o que é controle parlamentar? Confunde-se este com o *impeachment* ou com o afastamento do cargo de prefeitos?

2.3. O conceito de controle parlamentar: controle-fiscalização e o controle-responsabilidade

Segundo Crick, citado por Joaquín García Morillo (1985, p. 96), “*control means influence, not direct power; advice, not command; criticism, not obstruction; scrutiny, not initiation; and publicity, not secret. Here is a very realistic sense of Parliamentary control*”⁶.

Corroborando essa definição de controle, Geraldo Ataliba (1978, p. 240) asseverou que as CPIs são um excelente instrumento de fiscalização e que somente a possibilida-

de de sua instalação já constitui um freio à atividade do Executivo⁷. John Alder (2002, p. 284), publicista inglês, discorrendo sobre os *select committees* (as CPIs do direito inglês), é peremptório em afirmar que estes “têm atraído a atenção pública para importantes questões e têm exposto as deficiências nas políticas e procedimentos governamentais. Sua capacidade de fazer isso pode ter um efeito persuasivo nos departamentos governamentais” (tradução livre).

Florentina Navas Castillo, em distinção que avalia o parlamentarismo espanhol, mas é perfeitamente aplicável, *mutatis mutandis*, ao nosso ordenamento jurídico, destaca que a função de controle não apresenta um sentido unívoco, motivo pelo qual impende distinguir o denominado *controle-fiscalização do controle-responsabilidade*.

O primeiro “incluiria todas aquelas modalidades de controle que não implicam necessariamente a demissão [*impeachment*] do Governo ante o Parlamento, entre as quais se encontram: as perguntas, as interpelações, as moções e as Comissões de Investigação” (NAVAS CASTILLO, 2000, p. 23). O segundo, por sua vez, define-se como aquela modalidade de controle que tem como sanção jurídico-política a demissão do Governo (NAVAS CASTILLO, 2000, p. 23).

Assim devemos entender a lição de Mauro Márcio Oliveira (1991, p. 55), quando diferencia as CPIs em duas categorias: *sentenciadoras e avaliadoras*⁸; ambas expressam o controle-fiscalização, diferenciando-se apenas no seu maior ou menor grau de proximidade com a atividade governamental.

Nenhum desses dois tipos de CPIs, porém, pratica o controle-responsabilidade, uma vez que não enseja, de maneira direta, responsabilidade para o Executivo, seja política (*impeachment*), seja administrativa (improbidade administrativa), seja penal, porque elas não se destinam à condenação de ninguém (ausência do *final enforcing power*), mas tão-somente à mera informação⁹, direito fundamental indispensável para as relações sociais e para a democracia. Porém, por

possibilitarem a colheita de elementos que deflagrem os competentes processos para averiguação e punição de tais faltas, podem tender a isso.

Dessarte, em nosso sistema político é necessário distinguir o controle parlamentar (controle-fiscalização) do *impeachment* (autêntico controle-responsabilidade), embora aquele possa, eventualmente, resultar neste.

As CPIs não podem condenar, mas somente colher elementos para tal fim – por isso, a remessa das conclusões ao Ministério Público – e acabar influenciando a opinião pública com sua atividade investigativa. Como *caixa de ressonância*, ela provoca a chamada *responsabilidade política difusa*¹⁰, eis que a publicidade do controle é suscetível de causar grande influência no controlado, sob pena de elevados custos políticos ou sociais. O relatório, que condensa suas conclusões, não tem função punitiva, sancionatória. Como bem consignou Alfonso Arévalo Gutiérrez (1994, p. 431), “*seu conteúdo não pode constituir, modificar ou extinguir situação jurídica subjetiva alguma*” (tradução e grifo nosso).

O objetivo do controle-fiscalização é verificar, perante a opinião pública, se a atuação governamental – embora não investigue somente esta – corresponde ao que se entende oportuno nas circunstâncias vigentes; o do *impeachment*, por sua vez, é obstar que pessoas investidas de funções públicas continuem a exercê-las, impedindo “a permanência, no poder, daquele que, pela má conduta, desonestidade ou delito praticado, decaíra da confiança e do apreço do povo”¹¹ (BUZAID apud CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 59). O processo de *impeachment* pode ser “fase” (no sentido de decorrer) ulterior de algumas CPIs, quando, por exemplo, algum cidadão denuncia à Câmara dos Deputados, na forma da Lei nº 1.079/50, alguma autoridade passível dessa sanção, utilizando-se das provas por elas colhidas, mencionadas ou não no respectivo relatório. Frise-se, todavia, que um procedimento não se confunde

com o outro, mesmo quando investigue fatos relacionados ao Presidente da República.

Pontes de Miranda (1960, p. 442), comentando as disposições da Constituição de 1946, também concordava com essa diferenciação, distinguindo bem a figura do *impeachment* com a atividade investigativa das CPIs:

“As investigações que têm por fim a declaração da procedência ou improcedência da acusação contra o Presidente da República e contra os Ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República (arts. 59, I, 88, 92 e 93), ou o processo e julgamento do Presidente da República e Ministros de Estado (art. 62, I), ou Ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República (art. 62, II), não são objeto das funções das comissões de inquérito, a que se refere o art. 53”.

O objeto das CPIs é apurar fato determinado de interesse público, não necessariamente sobre o chefe do Executivo; eventualmente elas poderão resultar na instauração do processo de *impeachment* se houver denúncia, feita por qualquer cidadão, que tenha sido acolhida pelo Poder Legislativo competente, mas isso não faz parte de seu objeto ou de sua finalidade.

Portanto, ao analisarmos as CPIs em nosso ordenamento constitucional, devemos ter em mente que elas não se confundem com o *impeachment*, não tendo função constitutiva, punitiva, mas apenas investigativa, como um fim em si mesmo.

3. Instrumento potestativo das minorias

As CPIs, típicas dos sistemas parlamentaristas, são provenientes das monarquias e repúblicas parlamentaristas européias, mas também passaram a vigorar nas Constituições americanas¹².

São, por excelência, instrumentos potestativos de investigação da minoria parlamentar.

Wolfgang Zeh Bundestag (1994, p. 29-30) aduz:

“a oposição em geral não tem a oportunidade de obter pronunciamentos majoritários do Parlamento contra o Governo, só pode forçar o Governo e a maioria parlamentar a uma discussão pública e a um debate ordinário nas comissões, sempre que o regulamento dê a possibilidade de fazê-lo” (tradução nossa).

Nas palavras de Antonio Torres de Moral (1998, p. 199):

“se alinham, entre as instituições de controle parlamentar do Governo, ou melhor, da oposição sobre a maioria, posto que normalmente será aquela que instará sua criação, dado que o Governo não necessita delas para investigar qualquer assunto nacional”.

Por isso, afirmou-se que *o Parlamento é um “cego constitucional que não pode ver senão pelos órgãos do Governo”* (BARTHÈLÈMY, 1934, p. 244 apud RUBIO, 1994, p. 28, tradução e grifo nosso).

No direito alemão, no qual o *quorum* para sua constituição é de um quarto (LFB, artigo 44), na esteira da Constituição de Weimar (1919), as CPIs também são reconhecidas como instrumentos para proporcionar às minorias um equilíbrio com a maioria (RUBIO, 1994, p. 36-37). A Magna Carta de Portugal as prestigia ainda mais como instrumento potestativo das minorias ao prever o *quorum* de um quinto dos Deputados (artigo 181, 4).

A outra conclusão não se pode chegar, tendo em vista nosso direito positivo. A Constituição de 1988 possibilita a criação de CPI por um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, o que demonstra a desnecessidade da presença da maioria para deflagrar tal processo.

Embora nossa Constituição, por prever referido *quorum*, não seja tão a favor das minorias (fundamentais em sistemas democráticos) quanto a Lei Fundamental de Bonn (1/4 dos membros), não há como negar a

proteção que lhes é conferida. Se não as prestigiasse, seria muito simples exigir maioria simples ou qualificada para sua criação, o que felizmente não ocorre.

Enfatiza Pontes de Miranda (1960, p. 434) que a CPI é a arma possível da minoria contra a maioria. *Ela não pode ser obstada pela maioria se houver o quorum mínimo exigido para a sua criação; a maioria deve curvar-se perante à minoria!*

No expressivo comentário de José Nilo de Castro (1996, p. 41):

“Porque a Constituição assegura à minoria – e é o único momento na vida parlamentar em que a minoria tem voto e vez – o privilégio de requerer a criação das CPIs – o Texto Constitucional diz ‘serão criadas’, e não ‘poderão ser criadas’ –, não seria admissível que seus trabalhos fossem suspensos e mesmo extintos pela vontade da maioria¹³”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, logo após a promulgação da Constituição de 1988, em memorável acórdão, demonstrou a vocação das CPIs como instrumentos das minorias, *in verbis*:

“Há, inequivocamente, nesse dispositivo constitucional [§ 3º, art. 58 da CF/88], a preocupação de resguardar, como corolário das chamadas democracias, a atuação das minorias nas casas legislativas quase sempre esmagadas pela ‘onipotência da maioria’ (...) Esse mecanismo constitucional permite que a minoria, sem depender de outro *quorum* que não um terço dos membros da Câmara, tenha condições de investigar e colher provas de irregularidades na Administração¹⁴”.

Nesse mesmo sentido, ainda enfatizou o TJSP que, mediante o requerimento de um terço dos membros da Câmara, as minorias podem “*impor* ao colegiado a constituição da comissão especial de inquérito¹⁵”, concluindo ser “esse princípio que informa as disposições constitucionais que permitem que um terço da Câmara possa, *sem que se oponha a maioria*, obter a constituição das

comissões especiais de inquérito¹⁶” (grifos nossos).

É importante lembrar que a criação das CPIs na Câmara ou no Senado não ocorre com a assinatura de um terço dos parlamentares da respectiva Casa, mas, sim, por ato da Mesa da Casa do Congresso pertinente. Se a Mesa se recusar a instaurar a CPI ou criar embaraços de qualquer tipo¹⁷, como o atraso injustificado, caberá mandado de segurança para amparar direito líquido e certo dos parlamentares prejudicados.

3.1. Alguns aspectos pétreos das CPIs

Em regra, as CPIs são um instrumento do jogo democrático articulado pela minoria contra a maioria, embora essa também possa utilizar-se desse poderoso meio de controle, evidenciando que *a maioria governa, mas é a oposição que controla*.

Como instrumentos potestativos das minorias, as CPIs não podem ter sua existência limitada por regimento interno¹⁸, lei ou emenda constitucional a certo número por ano ou funcionamento simultâneo.

O Constituinte nada disse sobre a limitação do número das CPIs. Seria uma desatenção? Acreditamos que não. Uma interpretação sistemática e afinada com nossas instituições políticas leva-nos a crer que se trata de um silêncio eloquente. *Nossas instituições políticas visam defender as minorias – os direitos fundamentais, por exemplo, são a mais viva garantia da proteção contra a tirania da maioria –*, constituindo o modelo de CPI adotado pela Constituição e livre de óbices não impostos pelo poder constituinte originário em cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV da CF/88).

Ademais, limitar quantitativamente a instauração das CPIs pode levar à supressão desse direito das minorias, porque a maioria poderia antecipar-se e criar CPIs “vazias”, frustrando, dessa forma, eventual atuação daquelas. Obviamente que esse esvaziamento também pode-se dar por via legislativa, na qual a maioria pode ser tirânica com a minoria¹⁹. José Afonso da Silva (2000, p. 517-518) é claro ao aduzir que as

CPIs tiveram sua organização tolhida pela Constituição revogada, mas foram prestigiadas pela atual, que não impõe limites à sua criação. Diz o constitucionalista: “A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, poderão criar *tantas comissões parlamentares de inquérito quantas julgarem necessárias*”.

Outro aspecto pétreo a ser ressaltado refere-se ao *quorum* para sua instalação (1/3). As CPIs não são um tribunal, mas sim instrumentos de luta entre a oposição e a maioria (BUNDESTAG, 1994, p. 51). Seu *quorum* não pode ser majorado (v.g., 2/3, 2/5, 1/2, etc.) sob pena de ofender o “direito fundamental” de as minorias instalarem as CPIs. Quando o Constituinte fixou o *quorum* em um terço, foi essa minoria, e não outra, que ele quis proteger.

Aqui estão os fundamentos para reconhecer, na inexistência de óbices para a criação das CPIs, incluindo o *quorum* de um terço, uma cláusula pétrea implícita.

4. As CPIs como instrumentos de informação da sociedade e de formação da opinião pública

Sendo as CPIs um instrumento de controle das minorias parlamentares e partindo da premissa de que controle não se confunde com responsabilidade do Governo, pergunta-se: o controle das CPIs é direto (controle-responsabilidade) ou indireto, no sentido de ser dirigido, em última instância, à opinião pública (controle-fiscalização)?

Não há dúvidas de que seja o indireto, dirigido à opinião pública, muito embora possa, eventual e indiretamente, resultar no direto (controle-responsabilidade).

Aragón Reyes (apud CASTILLO, 2000, p. 18, tradução e grifo nosso) relata: “*O parlamento é o local de onde parte o controle, mas a sociedade é o local a que se dirige, pois é ali onde pode operar seus efeitos*”²⁰. No mesmo sentido opina Florentina Navas Castillo (2000, p. 18, tradução e grifo nosso):

“Sem dúvida, o controle político desenvolvido em sede parlamentar deverá configurar-se hoje como o controle que a oposição – como sujeito ativo – exerce sobre a maioria – que sustenta o Executivo –, tendo como destinatário último a opinião pública. Daí que a *finalidade real do controle parlamentaríaco radica, precisamente, na possibilidade de influir na vontade do corpo eleitoral.*”

acrescentamos, por meio da mídia. Não é outra a posição de Bernard Schwartz (1966, p. 102), que, referindo-se aos poderes de investigação do Congresso americano, cita como uma das finalidades das Comissões Investigadoras seu uso para influenciar a opinião pública dando circulação a certos fatos ou idéias.

Nos países onde a opinião pública tem força, ou seja, nas verdadeiras democracias, as CPIs não podem ser definidas como “simples instrumentos de informação, auxiliares das Câmaras representativas. São algo mais, constituem uma das formas decisivas de participação dentro do sistema político. De um lado, investigam assuntos obscuros com repercussões espetaculares na vida política do país. De outro, a opinião pública parece sentir-se melhor representada por esta instituição que por outras sujeitas a complicados trâmites formalistas” (RUBIO, 1994, p. 20, tradução nossa).

Woodrow Wilson (apud BARACHO, 2001, p. 85) também defende tal entendimento, ressaltando a prevalência da missão informativa da opinião pública e do controle do Executivo sobre a de elaboração de leis.

“No dizer de Yolanda Mendes, a sua finalidade é ‘fiscalizar a conduta administrativa do governo e *manter o Congresso e a opinião pública informados sobre a situação do país*’, lição endossada por Nelson de Souza Sampaio, para quem o inquérito parlamentar tem três espécies de objetivos: aju-

dar a tarefa legiferante; servir de instrumento de controle sobre o governo e a administração; *informar a opinião pública*” (BARACHO, 2001, p. 178, grifo nosso).

Assim, resta claro que as CPIs são um veículo de comunicação entre a sociedade e os poderes do Estado, fato inóceno, em regra, nos inquéritos policiais e nas ações penais²¹.

Um povo informado é um povo consciente de suas responsabilidades. Essa afirmação também vale para os diversos órgãos estatais ou não estatais que devem, a nosso ver, receber essas informações. A cidadania participativa – corolário da democracia – pressupõe informação, que pode ser dada, embora excepcionalmente, pelas CPIs. Não que elas tenham que se vulgarizar e investigar tudo, mas seu profundo poder de investigação consegue levar importantes informações aos cidadãos e órgãos governamentais e não-governamentais, o que outros órgãos (v.g., Polícia, Corregedoria, Ministério Público) às vezes não conseguem e/ou não podem, por lhes faltar competência para tanto.

Para garantir a eficácia final desse controle, faz-se necessário que as CPIs tenham chance de se comunicarem com outros órgãos estatais. Por isso é que nos afigura correta, embora *exemplificativa*, a previsão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados de enviar o relatório das CPIs, não somente ao Ministério Público²², mas também à Mesa, à Advocacia-Geral da União, ao Poder Executivo, à Comissão Permanente que tenha maior pertinência com a matéria, à Comissão Mista Permanente de que trata o art. 166, § 1º, da CF/88 e ao Tribunal de Contas da União (art. 37). Exemplificativa também é a Lei nº 10.001/00, quando exige que o relatório das CPIs seja encaminhado aos chefes do Ministério Público da União e dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso para a prática de atos de sua competência (art. 1º).

Na verdade, acreditamos que se deve enviar as conclusões circunstanciadas em

relatório para outros órgãos governamentais ou não-governamentais (ONGs) se contiverem informações pertinentes a suas esferas de atribuições. Dessa maneira, tais relatórios podem ir para os tribunais de contas dos estados ou municípios, à polícia, às organizações não-governamentais e ao cidadão de modo geral, mediante publicação na *Internet*, já que ninguém lê os Diários Oficiais. Assim, todos teriam acesso ao que ocorre no país, possibilitando uma maior participação política, inclusive mediante a propositura de ações populares.

Defendemos isso, pois, se considerarmos a importante e peculiar função que as CPIs assumem em nosso sistema político-jurídico, verificaremos que *a Constituição não impede que as conclusões sejam encaminhadas a outros órgãos além do Ministério Público*; pelo contrário, o aconselha.

A imperativa exigência de publicidade de suas conclusões existe para que a sociedade e os órgãos estatais saibam que providências tomar. A mídia, aliada às novas tendências tecnológicas, como a publicação na *internet*, tem papel vital, funcionando como catalisadora dos efeitos desse tipo de controle.

5. O interesse público do fato determinado: possibilidade de investigar fatos particulares

Nosso direito positivo exige expressamente, no artigo 58, § 3, da CF, que as CPIs apurem fato determinado. No entanto, ele *não precisa estar relacionado com o Poder Público ou com a gestão da res publica, mas sim com o interesse público*, podendo, portanto, abranger fatos particulares.

As CPIs erigem-se em um mecanismo de controle parlamentar sobre todo o aparato estatal ou não estatal²³, incluindo naquele não somente o Poder Executivo, mas englobando também o próprio Judiciário²⁴ ou Legislativo, tendo como limite implícito a obediência, entre outras coisas, à tripartição de poderes (art. 2º da CF/88) e ao pacto federativo²⁵.

A Constituição Italiana (art. 82) e a Espanhola (art. 76, 1) são explícitas ao reclamar para a instalação das CPIs um móvel que tenha interesse público. Tais Constituições exigem do Parlamento que a criação de uma CPI se dê somente quando o objeto da investigação verse sobre um assunto de interesse público, que é pressuposto para a criação das CPIs. Assim, o assunto sobre o qual a investigação versará há de ter embutido o interesse público para que o Parlamento autorize a criação de uma CPI.

Para nós, tal lição é mais que válida, tendo em vista que o interesse público deve nortear toda a ação estatal²⁶, incluindo as exercidas pelas CPIs. Quando a Constituição Federal fala em fato determinado, presume-se que esse seja de interesse público ou geral. Como a CPI está alicerçada num mecanismo de controle-fiscalização, cujo último destinatário é a opinião pública, afigura-se-nos pertinente tratar da questão do interesse público como concernente ao relevante interesse da opinião pública no assunto (JANARIZ, 1994, p. 263).

Para Ricardo Medina Rubio (1994, p. 78, grifo nosso), “tudo o que se trate no parlamento é de interesse público. E mais, *tudo o que aparece, é ordenado e se menciona em uma Constituição é do máximo interesse público*”.

Essa posição não dá guarida à confusão que comumente existe de interesse público com sensacionalismo, clamor público. Embora certa corrente doutrinária alemã fale em escândalo, esse “escândalo” refere-se a situações turvas ou obscuras que podem derivar em responsabilidade política, administrativa, civil e penal (RUBIO, p. 78); e não ser notícia da mídia sensacionalista. O fato determinado deve sintonizar-se com o momento constitucional vivido, sendo um acontecimento de relevante interesse para a vida constitucional, econômica, jurídica e social²⁷.

Nota-se, todavia, que a relevância de alguns assuntos se determina pela matéria investigada e/ou pelas pessoas que nela intervêm. Dessa maneira, “ainda que se

admita que a esfera privada da pessoa está excluída do âmbito de investigação das CPIs, não parece que as investigações parlamentares haverão de ceder ante aquela atividade que, apesar de ser em princípio privada, sua realização tem incidência pública (CASTILLO, 2000, p. 26)". Por isso mesmo, a jurisprudência norte-americana, que não permitia a investigação dos particulares pelas CPIs, mudou seu entendimento para admitir tal investigação (BARACHO, 2001, p. 22).

Vale destacar que a *sindicabilidade dos fatos particulares pelas CPIs não exclui o necessário requisito do interesse geral no fato*²⁸. O interesse público é um limite à investigação de fatos particulares pelas CPIs, porque sua finalidade precípua "é investigar fatos que possam influir na qualidade de vida da coletividade. O bem comum é a meta primordial a ser perseguida por ela" (BARACHO, 2001, p. 178).

Os direitos fundamentais do cidadão não podem ser atropelados por quaisquer dos poderes constituídos, inclusive pelas CPIs, de maneira que não se *pressupõe* o interesse público no fato determinado quando as investigações afetem a esfera privada dos cidadãos. Isso não significa, evidentemente, que ele inexistia no caso concreto, é que a presunção de interesse público se desvanece, devendo esse ser cabalmente provado.

Em *Watkins v. United States*, a Suprema Corte Norte-americana afirmou a impossibilidade de

"pressupor que todo o inquérito parlamentar é justificado por uma necessidade pública que sobrepassa os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Judiciário, pela Constituição, de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à própria intimidade individual, nem restrinja as liberdades de palavra, imprensa, religião ou reunião... As liberdades protegidas pela Constituição não devem ser postas em perigo na ausência

de clara determinação, pela Câmara ou Senado, de que o inquérito em questão é justificado por uma necessidade pública específica" (MORAES, 2000, p. 370, grifo nosso).

O interesse público deve ser cabalmente demonstrado pelo órgão responsável pela criação das CPIs, devendo a dúvida sobre sua existência ser resolvida em prol dos direitos fundamentais, entre os quais se incluem o direito à adequada informação do que acontece na sociedade. Deve o Judiciário ponderar os valores em jogo e decidir por um deles no caso concreto (princípio da proporcionalidade *stricto sensu*).

Importa ressaltar que, geralmente, é a política Governamental que está em jogo quando se fala em CPIs. *Não necessariamente algum ato do Governo, mas talvez uma omissão em sua política, e, às vezes, nada melhor do que investigar um fato particular – com interesse público embutido – para demonstrar tal omissão ou descaso do Executivo.*

Ademais, não podemos nos esquecer que há investigações para melhoria e aferição da eficácia das leis²⁹, possibilitando a investigação de fatos que nada têm a ver com o Governo, uma vez que a legislação também se aplica aos fatos particulares. Desde que haja interesse público no fato particular ou na matéria a ser regulamentada, nada obsta que as CPIs os investigue.

Reitere-se, porém, que *não há relação necessária entre o objeto da legislação e a possibilidade de se investigar fatos particulares*. Estes podem ser investigados independentemente da possibilidade de se legislar a respeito. O Legislativo tinha, e ainda tem, a função de controlar o poder, que pode exteriorizar-se de várias formas, no setor público ou privado.

Por isso, acrescentamos ao rol de Alexandre Kimura³⁰, sobre as formas em que o interesse público poderá ser restabelecido, o envio do relatório aos órgãos governamentais e não-governamentais que podem tomar providências a respeito, incluindo aí a divulgação das informações à sociedade. É

necessário frisar que o controle social, mesmo sem atos de coação, é muito mais forte do que o estatal. Assim, não há como sustentar que ele não é uma forma de controle porque não provém do Estado. Ora, o povo também não vem do Estado e nem por isso a Constituição deixa de reconhecer que o poder é exercido em seu nome.

5.1. *As Comissões Parlamentares e a prerrogativa de investigação de fatos típicos em abstrato*

Não há, no nosso ordenamento jurídico, qualquer vedação, expressa ou tácita, que proíba as CPIs de investigarem fatos criminosos. Elas podem, portanto, investigá-los concomitantemente com a Polícia Judiciária e o Ministério Público, por não concorrerem com estes órgãos. Mesmo porque a maioria dos fatos investigados pelas CPIs são, em tese, crimes.

Não se deve confundir a possibilidade de investigar fatos criminosos com a apuração da autoria, antijuridicidade ou culpabilidade. Investigar, obviamente, não é a mesma coisa que punir; isso a CPI não pode fazer, seja na seara criminal, cível, seja na administrativa. Investigar fatos que, em tese, são criminosos é atividade que nem de longe se confunde com puni-los, função privativa do Judiciário. Outros são os fins da CPIs, elas não investigam para punir, mas investigam qualquer fato determinado, criminoso ou não, que tenha embutido o interesse público.

É correta, portanto, a exegese de Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 219) quando asseverou:

“comissões parlamentares de inquérito não podem investigar delitos e contravenções, enquanto atividade última de seu ministério, pois a perquirição dos ilícitos penais se enquadra na esfera de atribuições dos órgãos policiais. Entretanto, nada as impede de perquirir o fato – somente o *fato determinado* – que está por baixo do cometimento ilícito, formando um juízo de convicção a respeito do problema”.

A conclusão de que tais fatos não poderiam ser investigados pelas CPIs esvaziaria sua função constitucional em um ponto vital: o controle do Governo e de várias atividades ilícitas. Bastaria que o fato investigado fosse, em tese, crime para barrar o controle parlamentar³¹.

Entre outros motivos, é para evitar uma interpretação que leve ao absurdo (Maximiliano) que reconhecemos às CPIs a possibilidade de investigarem fatos em abstrato criminosos.

5.2. *Possibilidade de inquirição do Presidente sobre fatos determinados*

O chamamento do Presidente da República para prestar depoimento não agride a tripartição de poderes. As objeções postas a tal possibilidade consistem nas seguintes: (1) a única exceção de investigação do Presidente seria o *impeachment* (FERRAZ, 1994, p. 182); (2) investigar o Presidente seria violar o artigo 86, criando uma forma acusatória em substituição ao *impeachment* (BASTOS, 2002, p. 303), que visa apurar crimes de responsabilidade.

Concordamos com a afirmação de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2001, p. 135-136):

“É que as Comissões Parlamentares de Inquérito não investigam pessoas, mas sim fatos. E não acusam, processam ou responsabilizam ninguém, apenas investigam. Um fato determinado, atribuído a um Presidente da República, pode, a nosso ver, ser investigado. Pode o Presidente da República, destarte, a condição de averiguado. Esta possibilidade não se confunde com o procedimento do *impeachment*, nem o instaura. O Presidente da República colocar-se-á, nesta hipótese, na mesma situação de qualquer outra pessoa cujos atos possam ser objeto de investigação pelas CPIs... Poderá ser ouvido como testemunha, valendo-se, aí, das prerrogativas processuais que seu cargo lhe confere”.

A CPI, repetimos, não investiga para punir, mas sim para esclarecer as minorias parlamentares e, em última análise, o povo. O fato *pode* ser crime de responsabilidade, comum ou ilícito cível. Não se pode limitar os poderes da CPI pensando na natureza do ato ou da punição que adviria com a prática desse, pois ela não se confunde com o controle-responsabilidade ou qualquer outra medida cível ou criminal. Se o Presidente pode depor perante um juiz, respondendo a processo, por exemplo, de improbidade administrativa, que pode acarretar a perda do cargo, não vemos porque não possa fazê-lo em um inquérito parlamentar, que nem de longe alcança tal consequência.

A possibilidade de o Presidente da República depor perante as CPIs se acentua na medida em que o Código de Processo Civil (art. 411) e o Código de Processo Penal (art. 221) prevêm a inquirição dessa autoridade. Ora, quer peculiaridade mais investigatória do que a inquirição, o depoimento? Repetimos, se pode um juiz, pode, também, o legislador, que recebeu, por expressa disposição constitucional, os mesmos poderes investigatórios do Judiciário.

Por isso, não há como argumentar que, sendo a CPI um órgão do Congresso, ela tem poderes derivados desse, não podendo, assim como o Congresso, convocar o Presidente da República. Se é verdade que o Congresso não pode convocá-lo (CF, artigo 50), mas somente a seus ministros e subordinados, não menos verdade é que tal prerrogativa não se “limita”, como nas CPIs, a fatos certos e determinados, por prazo certo e, principalmente, com os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias (CF, artigo 58, § 3º).

5.3. A vedação da devassa

A exigência de fato certo e determinado, ainda que múltiplos, proíbe que se proceda a devassa. Devassa, aqui, tem o sentido de generalidade, de objeto de investigação indefinido, indeterminado, incerto, vago, indiscriminado.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência vedam, às CPIs, a possibilidade de devassa. Com efeito, para Miguel Reale (1997, p. 103), “a uma CPI é vedado proceder a devassas, isto é, a investigações indiscriminadas”. O Tribunal de Justiça de São Paulo corretamente entende que a “comissão de inquérito criada pela Câmara Municipal somente pode ter como objetivo a apuração de fatos determinados, e não o de pretender uma devassa no Poder Executivo³²”.

Muito conhecidas ficaram as “comissões gerais de investigação” (CGIs), do regime autoritário, “amalgamas de alegações difusas, genéricas, abstratas” (BULOS, 2001, p. 34). É isso, entre outras coisas, que a nossa Constituição quis evitar com a exigência do fato certo e determinado.

6. Conclusão

As Comissões Parlamentares de Inquérito são multifuncionais, o que dificulta a precisão de sua função no sistema constitucional brasileiro. Servem como instrumento de equilíbrio da minoria parlamentar, de comunicação entre a opinião pública com os poderes do Estado e vice-versa, na medida em que, *a fortiori*, pode ser colocada a serviço da maioria para passar determinada “mensagem” governamental.

Fazem parte do controle parlamentar, que abrange fatos particulares e governamentais – desde que ambos contenham o interesse público. Na vertente governamental, o controle parlamentar não se confunde com o *impeachment* ou a destituição dos prefeitos, uma vez que deve ser entendido como meio de influência e persuasão na conduta governamental (controle-fiscalização) e não de destituição do chefe do Executivo (controle-responsabilidade). Enquanto este visa cassar o mandato do chefe do Executivo, aquele verifica, frente à opinião pública, se a atuação governamental corresponde ao que se entende oportuno nas circunstâncias vigentes. Na vertente privada, o controle se exerce sobre a sociedade, visando influ-

enciar a sociedade ou a ação governamental. Em ambos os casos, o parlamento funciona como uma *caixa de ressonância*, provocando uma *responsabilidade política difusa*, que, todavia, é bem real e efetiva.

Sua função investigativa é autônoma em relação à legislativa. Não se investiga para legislar e nem para punir o administrador ímprobo, mas sim para influenciar a sociedade e/ou o Governo. É nesse sentido que temos que compreender a assertiva de que a investigação é um fim em si mesmo. Como muito bem consignou Alfonso Arévalo Gutiérrez (1994, p. 443), “a potencialidade das CPIs não está em seu desfecho, que por todos é conhecido desde o primeiro instante, senão na embriagadora narração dos fatos e na ulterior reflexão e valoração pessoal que cada um de nós pode efetuar”.

Assim, é descabido falar que a única função da CPI é investigar para legislar ou para promover a responsabilidade do chefe do Executivo (controle-responsabilidade). Isso não se coaduna com a práxis parlamentar de país algum do mundo ocidental. Obviamente que ela pode investigar para aferir a eficácia da legislação e/ou visar a responsabilização em alguns casos, mas não em todos. Pelo seu caráter polivalente, há de se considerar as outras finalidades que por si só justificam sua criação, como a (in)formação da opinião pública pela minoria parlamentar ao lado do município das autoridades competentes (Ministério Público, Tribunais de Contas, ONGs, etc.) que tomarão as medidas cabíveis para restaurar a ordem lesada pelo fato determinado investigado pela CPI. Portanto, até mesmo os fatos particulares ou típicos na esfera penal poderão ser objeto de investigação das CPIs.

Notas

¹ BARROSO, 1987, p. 350.

² Fenômeno pelo qual o Executivo usurpa uma das funções do Legislativo, a de legislar, por meio das medidas provisórias.

³ Paulo Brossard (1983, p. 127, grifo nosso) já afirmava, ancorado em doutrina pátria e estrangeira: “o poder de investigar é inerente ao Poder Legislativo, ainda quando a Constituição seja omissa e omissa sejam as leis”. No mesmo sentido: OLIVEIRA FILHO, 151/11; COSTA, 9/110; GUTIERREZ, 1994, p. 365.

⁴ JANÁRIZ, 1994, p. 264.

⁵ Em nota de rodapé esclarece: “O surgimento histórico de casas de tipo parlamentar precedeu em muito quer o exercício, por elas, de atividades legiferantes, quer a doutrina de controle do poder estatal através da atribuição deste a órgãos distintos. Eles surgiram como casas de representação de estamentos sociais e de controle da atividade do Soberano, sendo também utilizados por este como forma de referendar a adoção de medidas graves para o corpo social, especialmente em matéria tributária. Cedo este apoio passou a ser negociado com o soberano, em troca de medidas consideradas necessárias por aqueles representantes. A possibilidade de negar ou alterar as propostas formuladas pelos detentores do poder demonstra que, ao lado da idéia de representação social, surgiu, como característica das estruturas de tipo parlamentar, a atuação de controle, em medida inicialmente tímida, dos detentores do poder. A possibilidade de elaborar normas gerais e abstratas sucedeu, historicamente, aos conceitos de representação social e controle. E só assumiu o local privilegiado no contexto das funções parlamentares por conta da Revolução Francesa” (GONÇALVES, 2001, p. 14, nota 13).

⁶ Em vernáculo: “Controle significa influência, não poder direto; conselho, não comando; crítica, não obstáculo; escrutínio, não posse; publicidade, não sigilo. Aqui está uma percepção muito realista de controle parlamentar.”

⁷ Wolfgang Zeh Bundestag (1994, p. 52) assevera: “A ameaça de que uma minoria do Parlamento possa conseguir a qualquer momento a criação de uma comissão de investigação exige do Governo e da maioria parlamentar, que o apóia, precaução e atenção, assim como autocontrole permanente a respeito de suas próprias atividades e as do Executivo”.

⁸ Diz o autor que, embora possa existir uma mistura de ambas as categorias, as primeiras seriam aquelas que visariam à apuração de irregularidades e responsabilidades, as segundas teriam como objeto a análise de determinados assuntos temáticos de interesse nacional, estadual ou até mesmo municipal.

⁹ Pontes de Miranda aduz que as CPIs, “além de não se destinarem à sentença, são informativas, como fim em si, que têm” (MIRANDA, 1946, p. 443). No mesmo sentido: GONÇALVES, 2001, p. 16, 50; BULOS, 2001, p. 13, 176.

¹⁰ MORILLO, 1985, p. 93.

¹¹ Para Thomas Cooley (2002, p. 163), “o fim do *impeachment* é punir a má conduta”.

¹² BASTOS, 2001, p. 365. Fenômeno que foi chamado de *transposição* por Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 171).

¹³ Sem grifos no original.

¹⁴ TJSP, 4ª C. Civil, v.u., AC nº 102.396-1, rel. Des. Alves Braga, j. em 1º/12/1988, *RJTJESP* 117/61.

¹⁵ *RJTJESP* 117/61.

¹⁶ *RJTJESP* 117/62. “O requerimento assinado por um terço dos parlamentares tem aí o seu ‘ato de criação’, não se trata mais de um projeto de Comissão de Inquérito. Existe um dever de criar a Comissão de Inquérito, atendidos outros pressupostos (...) Rosah Russomano afirma que o ‘requerimento de Comissão de Inquérito’, formulado por um terço dos parlamentares, é suficiente, por si só, para provocar, de modo automático, a constituição da Comissão” (BARACHO, 2001, p. 148).

¹⁷ Esses embaraços podem estar previstos no regimento interno da respectiva casa, mas isso não impede o controle pelo Judiciário, uma vez que a Constituição delimita todos os pressupostos para a instituição das CPIs. Não cabe aqui o inadmissível argumento, no Estado democrático de direito – que protege as minorias –, de tratar-se de ato *inter-na corporis*.

¹⁸ Por isso defendemos a inconstitucionalidade do artigo 35, § 4º, do Regimento da Câmara dos Deputados ao preceituar: “Não será criada Comissão Parlamentar de Inquérito enquanto estiverem funcionando pelo menos cinco na Câmara, salvo mediante projeto de resolução com o mesmo quórum de apresentação previsto no *caput* deste artigo”. É que tal texto reproduz a CF/69 (artigo 30, e), o que por si só já demonstra que espírito democrático e, *ipso facto*, afinado com a CF/88 não tem. Infelizmente o STF, em um típico caso de *interpretação retrospectiva* (BARROSO, 2003, p. 71), entendeu tal norma constitucional, uma vez que ela é disciplinadora do funcionamento da Câmara dos Deputados (ADIn 1.635/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 19/10/2000). Tal decisão baseou-se em uma interpretação retrospectiva porque encanou o presente (CF/88) com os olhos no passado (CF/69), ignorando o importante papel que as minorias desempenham nas democracias.

¹⁹ Correta a ponderação de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves de que, quando o Parlamento se autolimita, o que se dá através de normas aprovadas *pela maioria*, os direitos da minoria podem restar prejudicados. Se tal acontecer, a norma regimental terá ultrapassado seu espaço constitucional. Daí nossas ressalvas quanto a constitucionalidade de disposições como a que limita a quantidade de Comissões de Inquérito (Regimento da

Câmara dos Deputados, art. 35, § 4º) e a que não permite a investigação sobre certos assuntos (Regimento do Senado, art. 146)” (GONÇALVES, p. 50-51, grifos no original).

²⁰ No mesmo sentido: JANÁRIZ, 1994, p. 263; GUTIÉRREZ, 1994, p. 383.

²¹ “(...) tem a experiência demonstrado que a atividade da Comissão Parlamentar de Inquérito projeta o tema sob investigação para o primeiro plano da pauta política e jornalística do país, favorecendo o debate sobre as soluções possíveis para os problemas assim evidenciados” (GONÇALVES, 2001, p. 17).

²² Note-se que a Lei nº 10.001/00 exige que o relatório das CPIs seja encaminhado aos chefes do Ministério Público da União e dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso para a prática de atos de sua competência.

²³ “Não se volta, exclusivamente, porém, à atividade dos demais poderes, mas também a assuntos diversos de interesse público, ainda que já estejam sendo objeto de atuação do Poder Executivo (polícia, agências reguladoras, ministérios, etc.) ou o Poder Judiciário, através do devido processo” (GONÇALVES, 2001, p. 15).

²⁴ Marcello Cerqueira (1999, p. 5-21) defende que somente nas funções atípicas do Judiciário é que tal investigação é possível. Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 49) põe a questão em seu leito seguro, *in verbis*: “Quando se diz que o princípio da separação de Poderes impede a investigação de atos *estritamente* jurisdicionais, não se está querendo dizer que as CPIs não devem apurar e divulgar fatos determinados que estejam relacionados à atividade judicante. O que se traduz como insuperável limite substancial ao exercício do poder de inquérito parlamentar é a interferência das Casas Legislativas no mérito desses atos.”

²⁵ Conforme muito bem notado por Alexandre de Moraes (2000, p. 370-371), as CPIs devem obediência ao pacto federativo e, conseqüentemente, “a autonomia dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, cujas gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos”.

²⁶ Como nos ensina Marçal Justen Filho, “o exercício das competências públicas se orienta necessariamente à realização do referido interesse público” (“Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”, *RTDP* 26/115). Continua o autor: “Os poderes e competências estatais não são considerados como instrumentos e assumem a condição de fins em si mesmos. Para ser mais preciso, tais poderes e competências são tratados como instrumentos de realização do *interesse público*” (“Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”, *RTDP* 26/128).

²⁷ Assevera o Ministro Celso de Mello (1984, p. 129) que “somente fatos determinados, concretos e individuados, ainda que múltiplos, que sejam de relevante interesse para a vida política, econômica, jurídica e social do País, é que são passíveis de investigação parlamentar”. O § 1º do art. 35 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados considera fato determinado “o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do País, que estiver devidamente caracterizado no requerimento da constituição da Comissão”.

²⁸ “Não é lícito, pois, a uma Comissão de Inquérito apurar fatos determinados, ou que digam respeito a certos assuntos, estritamente particulares, que não correspondem, portanto, a um interesse geral” (BARACHO, 2001, p. 139).

²⁹ Montesquieu já ressaltava essa função de controle de eficácia das leis, especialmente de sua aplicação pelo Executivo, *in verbis*: “Entretanto, se num Estado livre, o Poder Legislativo não deve ter o direito de parar o Executivo, terá o direito, e deverá ter a faculdade, de examinar de que maneira foram executadas as leis que fez” (1994, p. 174).

³⁰ “(...) a forma pela qual o interesse público poderá ser restabelecido, em razão das investigações decorrerá, conforme a conclusão: a) com a promoção de medida judicial pelos órgãos competentes visando a responsabilização penal ou civil de infratores; b) com a elaboração de nova legislação ou deliberação pela respectiva Câmara; c) com apuração de crime de responsabilidade; d) para posterior controle parlamentar, com ou sem auxílio do Tribunal de Contas” (KIMURA, 2001, p. 23).

³¹ Já imaginamos a propositura de *writs* constitucionais por depoentes e testemunhas nas CPIs alegando que o objeto da CPI é fato típico, mesmo que nunca tenha sido considerado como tal, só para não depor, uma vez que o objeto da CPI seria constitucionalmente impossível.

³² RT 543/83.

Bibliografia

- ALDER, John. *General principles of constitutional and administrative law*. 4. ed. Bristol: Palgrave MacMillan, 2002.
- ATALIBA, Geraldo. Comissão parlamentar de inquérito e poder legislativo municipal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 9, n. 45-46, jan./jun. 1978.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 96, n. 350, abr./jun. 2000.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303, v. 4. tomo 1.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão parlamentar de inquérito: técnica e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BUNDESTAG, Wolfgang Zeh. Informe sobre la organización, las funciones y el procedimiento de las comisiones en el Bundestag. In: OCHOA, Juan Carlos da Silva (Coord.). *Las comisiones parlamentarias*. Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1994.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Controle parlamentar da administração. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n. 96, out./dez. 1990.
- CASTILLO, Florentina Navas. *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria: comisiones de investigación y comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*. Madrid: Collex, 2000.
- CASTRO, José Nilo de. *A CPI municipal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CERQUEIRA, Marcello. *Comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: Russell, 2002.
- COSTA, Moacyr Lôbo da. Origem, natureza e atribuições das comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 3, n. 9, jul./set. 1969.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Do impeachment no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FILHO, Marçal Justen. Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, ano 6, n. 26, jan./mar. 1973.

- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- GUTIÉRREZ, Alfonso Arévalo. Comisiones de investigación y de encuesta. In: OCHOA, Juan Carlos da Silva (Coord.). *Las comisiones parlamentarias*. Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1994.
- JANÁRIZ, Alberto Arce. Creación, composición y organos directivos de las comisiones parlamentarias. In: OCHOA, Juan Carlos da Silva (Coord.). *Las comisiones parlamentarias*. Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 1994.
- KIMURA, Alexandre Issa. *CPI: teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo II.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAL, A. Torres de. *Principios de derecho constitucional español*. 4. ed. Madri: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1998.
- MORILLO GARCÍA, Joaquín. *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*. Madri: Congreso de los Diputados, 1985.
- OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Comissões parlamentares de inquérito no Senado Federal: sua história e desempenho no período de 1946 a 1989*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991.
- OLIVEIRA FILHO, João de. Comissões parlamentares de inquérito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 151, 1954.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. A obrigação de depor perante as comissões parlamentares de inquérito criadas por Assembléia Legislativas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 16, n. 66, abr./jun. 1983.
- _____. *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*. Madri: Civitas, 1994.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A distinção entre *regras e princípios* segundo Robert Alexy

Esboço e críticas

Leticia Balsamão Amorim

Sumário

1. Introdução – Importância da distinção entre regras e princípios para a teoria dos direitos fundamentais. 2. As principais contribuições da teoria de Robert Alexy. 3. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios. 4. Distinção proposta por Alexy: os princípios como comando de otimização. 4.1. Colisões de princípios e conflitos de regras. 5. O diferente caráter *prima facie* de regras e princípios. 6. Regras e princípios como razões. 7. Princípios implícitos. 8. Três objeções ao conceito de princípio. 9. Algumas críticas e complementações à teoria de Alexy. 10. Conclusão.

1. Introdução – importância da distinção entre regras e princípios para a teoria dos direitos fundamentais

Muito se tem falado e escrito sobre a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy. Mas na verdade, há várias referências a esse autor e sua teoria sem um estudo realmente aprofundado. O objetivo deste artigo é justamente fazer um estudo minucioso da teoria de Robert Alexy acerca da distinção entre regras e princípios e colher também algumas críticas que foram feitas ao seu trabalho. Talvez esta análise nos possibilite entender de vez a distinção proposta entre regras e princípios por Alexy e verificar se ela se faz adequada ao nosso sistema jurídico.

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, publicado em 1985, foi o trabalho apresentado para sua habilitação na

Leticia Balsamão Amorim é Mestra em Direito Público – UERJ, professora universitária e advogada.

Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga.

Diante do novo caráter assumido pelos Direitos Fundamentais, em virtude da positividade nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos. A necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais se dava justamente pela vagueza das formulações dos catálogos desses direitos¹. E além do mais, as teorias clássicas e o método subsuntivo eram insuficientes para resolver os delicados problemas (*hard cases*) que envolviam esses direitos.

Se a discussão acerca dos Direitos Fundamentais não puder apoiar-se mais do que no texto constitucional e no terreno movediço de sua gênese, haveria que contar com quase um interminável e ilimitado debate de opiniões. Para a teoria tradicional (positivismo relativista, Kelsen, Hart), não havendo uma resposta racional pronta e acabada, retirada do próprio sistema normativo, caberia ao arbítrio ou à discricionariedade do julgador resolver os casos difíceis.

Assim, a distinção entre regras e princípios constitui a base da justificação jusfundamental e é um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Com essa distinção é possível fazer mais transparentes problemas como o efeito sobre terceiros e a divisão de competência entre o Tribunal Constitucional e o Parlamento.

E ainda, é o ponto de partida para responder a pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade dos direitos fundamentais.

Na verdade, diante de um caso difícil, o juiz não estará desamparado normativamente para decidir. O juiz não poderá decidir arbitrariamente, pois deverá estar amparado pelos princípios jurídicos (que são normas).

Enfim, a teoria de Alexy contribui ao cumprimento da tarefa de dar respostas *racio-*

nalmente fundamentadas às questões vinculadas aos Direitos Fundamentais, com isso, busca a reabilitação da axiologia prática ao sistema jurídico, tornando a teoria dos princípios uma axiologia isenta de suposições insustentáveis.

Mas não é só isso. Na verdade, a teoria de Alexy acaba por influenciar toda a ciência do direito, fazendo uma verdadeira “viragem metodológica”², modificando os conceitos até então postos como verdadeiros, como por exemplo: a teoria das normas jurídicas, do sistema jurídico, das fontes normativas, dos métodos hermenêuticos, das antinomias entre normas, e sua consequente forma de resolução de conflitos, da relação entre direito e moral, entre outras contribuições. Podemos concluir que Alexy é um dos mais importantes precursores da chamada escola pós-positivista.

2. As principais contribuições da teoria de Robert Alexy

Alexy faz parte de um elenco de autores³ que acabaram por criar teses que mudaram consideravelmente a visão da ciência do direito. A partir de inúmeras críticas ao positivismo jurídico, elaborou-se um novo modo de pensar o direito; inauguram, portanto, uma nova “escola do direito”, a do pós-positivismo. Resumidamente, podemos apontar as principais contribuições dessa nova corrente, na qual a teoria de Alexy está incluída:

I. Dá aos princípios valor normativo. Com isso derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário. “Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”⁴.

II. Reabilitação da razão prática: buscam-se procedimentos (regras de argumentação)⁵ que possam dar respostas racionais aos *hard cases* (colisão de princípios), repelindo, assim, as teorias decisionistas do di-

reito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico⁶; e, ainda, enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico⁷.

III. Aproxima a teoria moral à teoria do direito – reabilitação da axiologia dos Direitos Fundamentais. “A teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral” (ALEXY, 1997, p. 15) e “a posituação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” (ALEXY, 1997, p. 25).

IV. Dá relevância crucial à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito⁸.

3. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios, de acordo com Alexy (1993, p. 81), é de extrema importância, pois constitui a base da fundamentação jusfundamental e é um ponto importante para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, continua o autor, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Além do mais, essa distinção constitui um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da *racionalidade* no âmbito dos direitos fundamentais.

Por todas essas razões, Alexy considera que a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais⁹.

Essa distinção não é nova, mas o que realmente há é uma desconcertante variedade de distinção. A delimitação frente a outras coisas, como os valores, é obscura; a terminologia é vacilante.

Na verdade, a doutrina tradicional não contrapõe regras e princípios, mas norma e princípio ou norma e máxima (Esser).

Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o funtor de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Antes de propor sua distinção, Alexy colheu os critérios mais comuns dessa distinção proposta pelas teorias tradicionais e assim resumiu:

A *generalidade* é o mais frequentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Exemplo de princípio: liberdade religiosa. Exemplo de regra: “todo preso tem direito a converter outros presos”¹⁰.

Há ainda outros critérios que discutem a *determinabilidade dos casos de aplicação* (Esser); a *forma da gênese*; segundo este último critério, discute-se, por exemplo, a distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas (Shuman), o caráter explícito do *conteúdo valorativo* (Canaris), a *referência à idéia do direito* (Larenz) ou a uma *lei jurídica suprema* (Wolff) e a *importância para o ordenamento jurídico* (Peczenik).

Além do mais, as regras e os princípios diferenciam-se se são *fundamentos de regras* ou se são *as próprias regras* (Esser), ou se tratam de *normas de comportamento* ou *normas de argumentação* (Gross).

Partindo dessas distinções, Alexy elabora três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios. Senão vejamos:

1. *Tese de que essa distinção se faz em vão*: segundo essa tese, a distinção entre regras e princípios é inútil porque há uma pluralidade de similitudes e diferenças, analogias e dessemelhanças que se encontram dentro da classe de normas que impossibilita a divisão em apenas duas classes. Essa primeira tese, rodeada de ceticismo, entende que

nenhum daqueles critérios unilaterais, em razão da sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção.

2. *Tese da distinção somente de grau*: os seguidores dessa tese sustentam que o grau de generalidade é o critério decisivo. Para Alexy, essa é uma *tese frágil*.

3. *Tese da distinção não só de grau mas também qualitativa*: segundo Alexy, essa é a tese correta¹¹, que deve substituir as demais teses. Para ele, esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios.

4. *Distinção proposta por Alexy: os princípios como comando de otimização*

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização¹², que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do *juridicamente possível* é determinado pelos princípios e regras opostas.

Por outro lado, as *regras* são normas que só podem ser cumpridas ou não¹³. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por isso, as regras contêm *determinações* (definitivas) no âmbito do fático e juridicamente possível. Por essa distinção, alguns autores chegam à conclusão que, enquanto é possível utilizar o método subsuntivo para a aplicação de uma regra, esse método será inadequado para a aplicação de um princípio, daí a necessidade de outros métodos hermenêuticos para aplicação dos princípios¹⁴.

Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. E, por fim, Alexy conclui que *toda norma é ou bem uma regra ou um princípio*. “Nota-se, pois,

que a distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições de dever-ser” (BUSTAMANTE, 2002, p. 3).

4.1. *Colisões de princípios e conflitos de regras*

A distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

O conflito de regras

Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo em uma de suas regras uma *cláusula de exceção* que elimina o conflito *ou declarando inválida*, pelo menos, uma das regras. Exemplos: 1. É proibido abandonar a sala antes que soem os sinos. 2. Deve-se abandonar a sala em caso de alarme de incêndio. Se, todavia, não houver soado o sinal de saída e se for dado o alarme de incêndio, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. E esse conflito é solucionado acrescentando uma cláusula de exceção na primeira regra para o caso de alarme de incêndio.

Se não for possível introduzir uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, eliminada do ordenamento jurídico. O conflito de regras se opera no nível da validade jurídica, que não comporta graus; uma norma vale ou não vale juridicamente. Quando uma regra vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica.

Nesse caso, na escolha de qual regra deve ser eliminada, deve-se utilizar regras de solução de conflitos tais como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de

acordo com a importância das regras em conflito.

O que é necessário ressaltar é que a decisão sobre o conflito de regras é uma decisão acerca da validade.

A colisão de princípios

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja que ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Enquanto o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios – considerando que só podem colidir princípios válidos – tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso.

Exemplos da solução de colisões de princípios oferecem-nos as numerosas ponderações de bens realizadas pelo Tribunal Constitucional. Ex.: incapacidade processual¹⁵ e caso Labach.

a) A lei da colisão

Na ponderação entre dois princípios, de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. Assim, o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, *abstratamente do mesmo nível*, possui *maior peso diante as circunstâncias do caso concreto*.

Os dois princípios conduzem a uma contradição. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é soluci-

onada declarando que um de ambos princípios é inválido e deve ser eliminado do sistema jurídico. Tampouco se soluciona introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios de forma tal que em todos casos futuros esse princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, tomando em conta o caso, indicar as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. E, segundo outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Essa lei significa que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso, Alexy diz que só pode existir relação condicionada, ou concreta, relativa; e a questão decisiva é baixo quais condições qual o princípio deve prevalecer e qual deve ceder¹⁶.

Na verdade, não se fala em precedência de um princípio, interesse, pretensão, direito ou de algum outro objeto similar; mas se mencionam condições, segundo as quais se produz uma lesão de um direito fundamental.

A lei de ponderação pode assim ser resumida: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem a

base para diminuir a força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

b) Fases da ponderação

Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. É por isso que consideramos a teoria de Alexy como procedimental: (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros)¹⁷.

O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada¹⁸ conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece (SANTIAGO, 2000, p. 49).

Devemos sempre lembrar, antes de iniciar qualquer ponderação, que nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula *ceteris paribus* que permite estabelecer exceções¹⁹.

5. O diferente caráter *prima facie* de regras e princípios

Uma primeira propriedade importante que resulta do que até aqui foi dito é o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios.

Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não constituem mandados definitivos, mas só *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não

se infere que o que o princípio exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta.

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidade jurídica ou fática, o que pode conduzir a sua invalidez; mas se tal não é o caso, vale, então, definitivamente o que a regra disse.

Por isso, poderia pensar-se que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Esse modelo, que é defendido por Dworkin, é criticado por Alexy, por ser demasiado simples.

É assim que Alexy constrói sua teoria, incluindo no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção. Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer sobre a base de um princípio. E, contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios nem sequer são teoricamente enumeráveis (talvez poderíamos dizer que nesse ponto, especificamente, Alexy assume a possibilidade das regras, em casos muito excepcionais). Nunca se pode estar seguro de que, em um novo caso, não haja que introduzir uma nova cláusula de exceção; lembrando que é possível que o próprio sistema possa proibir a limitação das regras mediante a introdução de cláusulas de exceção (ex.: direito penal, em que é proibida a interpretação restritiva ou redução teleológica).

Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter *prima facie* que adquirem, pela perda do caráter defini-

tivo, é totalmente distinto do caráter *prima facie* dos princípios.

O caráter *prima facie* dos princípios pode reforçar-se introduzindo uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Mas o caráter *prima facie* das regras, que se apóia no fato de uma disposição já tomada autoritativamente ou transmitida, é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte. (Na verdade, acredito que as regras têm uma “pretensão de definitividade”, ou seja, nos casos normais, as regras são definitivas, e os princípios não têm essa pretensão).

6. Regras e princípios como razões

As reflexões até aqui apresentadas mostram que as regras e os princípios são razões de tipos diferentes. Os princípios são sempre *razões prima facie*; as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são *razões definitivas*.

Alexy considera que as normas são razões para ações e que regras e princípios são razões para normas.

Um dos critérios clássicos da distinção entre regras e princípios qualifica os princípios como razões (fundamento) para as regras e só para elas. Se esse critério for correto, os princípios não podem ser razões imediatas para juízos concretos do dever-ser. À primeira vista, parece algo plausível a concepção segundo a qual os princípios são razões para as regras e as regras razões para juízos concretos de dever-ser (normas individuais). No entanto, essa é uma visão bem simplista ou até mesmo incorreta. Também as regras podem ser razões para as regras e os princípios podem ser razões para juízos concretos do dever-ser.

7. Princípios implícitos

O fato de que normas “surgidas naturalmente” podem ser contrapostas às normas “criadas” se deve ao fato de que os princípi-

os não necessitam ser estabelecidos explicitamente, mas também podem ser derivados de uma tradição de normações detalhadas e de decisões judiciais que, geralmente, são expressões de concepções difundidas de como deve ser o direito.

8. Três objeções ao conceito de princípio

Antecipando os seus críticos, Alexy analisa algumas objeções que podem ser elaboradas diante de sua teoria. Vejamos estas objeções:

1. A invalidade dos princípios: essa objeção diz que haveria colisões de princípios solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um dos princípios. Ex.: princípio da discriminação racial. O princípio da discriminação racial mostra que, também em certos casos, os princípios podem apresentar a questão da validade, ainda quando esse problema surja raras vezes. No campo da validade, trata-se sempre de saber o que deve ser colocado dentro ou fora do ordenamento jurídico.

Ora, o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão. Por ele, a referência à possibilidade de catalogar os princípios como inválidos não afeta a teoria da colisão, senão que simplesmente revela um de seus pressupostos.

2. Princípios absolutos: nesse caso, tratamos de princípios que são sumamente fortes, ou seja, de princípios que em nenhum caso podem ser desprezados por outros. Se houver princípios absolutos, o teorema da colisão não é aplicável.

Mas Alexy considera fácil argumentar contra a validade de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Os princípios podem referir-se a bens coletivos e a direitos individuais. Quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite jurídico. Portanto, até onde chegue o princípio absoluto, não pode haver direitos

fundamentais. Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio têm de ceder diante do direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório. Portanto, vale o enunciado segundo o qual os princípios absolutos ou bem não são conciliáveis com os direitos individuais ou só o são quando os direitos individuais fundamentados por eles não correspondem a mais de um só sujeito jurídico.

No entanto, poderíamos pensar que há um princípio absoluto: o da dignidade humana. A razão dessa impressão é que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio; e também pelo fato de que, para o princípio da dignidade humana, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais há um alto grau de segurança acerca de que, de acordo com elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos. Assim, absoluto não é o princípio da dignidade humana, mas a regra, que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante. O princípio da dignidade da pessoa, por sua vez, pode ser realizado em diferentes graus.

3. A amplitude do conceito de princípio: os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a bens coletivos. O fato de que um princípio se refira a esse tipo de bem coletivo significa que ordena a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, numa medida mais alta possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão mais além da validade ou satisfação de direitos individuais.

Dworkin concebe o conceito de princípio de maneira mais estreita. Segundo ele, princípios são só aqueles individuais. As normas que se referem a direitos as chama de *policies*. Sem dúvida, a diferença entre

direitos individuais e bens coletivos é importante. Mas não é necessário nem funcional ligar o conceito de princípios ao conceito de direitos individuais.

9. Algumas críticas e complementações à teoria de Alexy

Apesar do grande sucesso e acolhimento por vários ordenamentos da distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios elaborada por Alexy, autores da mais especializada e respeitada doutrina vêm fazendo algumas objeções à referida tese. As críticas ora negam por completo a existência da distinção (não haveria regras e princípios, mas tão-somente diferentes “usos” ou “aplicações” de normas jurídicas), ora discordam tão-somente da existência de uma diferença quanto à estrutura lógica dos comandos normativos, ou seja, a única distinção entre regras e princípios continuaria sendo a do grau de generalidade (BUSTAMANTE, 2002, p. 2). Vejamos algumas dessas críticas:

Dworkin já havia antecipado que a distinção entre regras e princípios não é tão clara. Afinal, muitas normas que possuem conceitos indeterminados, termos como “negligente”, “injusto” ou “relevante”, fazem depender a aplicação das regras dos fins que aparecem nos princípios e, dessa forma, convertem as regras em algo muito parecido com princípios.

Günter (apud ALEXY, 2000, p. 299) faz parte de uma corrente doutrinária que acredita não existirem “princípios”, mas apenas normas que são usadas de diferentes maneiras. Segundo esse autor, a diferença entre regras e princípios não é uma diferença estrutural, mas uma “diferença de tipos de uso”. Alexy (2000, p. 299) chega a reconhecer que Günter está correto em dizer que, em determinados casos, não é fácil decidir se a norma deve ser tratada como regra ou como princípio. E reconhece que essa é uma questão de interpretação, e pode acontecer de não haver um critério para suprir de

maneira simples e clara respostas a esses casos. Mas para Alexy essa não é uma objeção que destrua sua teoria estrutural dos princípios²⁰.

Habermas elabora suas objeções apontando que o método usado por Alexy nas soluções de colisão de princípios é um método axiológico²¹ e afirma não ser possível confundir valores com normas. Habermas (apud GRAU, 2002, p. 162) observa que as normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas.

“Valores expressam a preferenciabilidade de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a determinadas finalidades. As normas surgem com uma pretensão de validade binária: ou são legítimas ou ilegítimas. Os valores, em contraposição, firmam relações de preferência que nos dizem que certos bens são mais atrativos que outros: daí podemos concordar mais ou menos com uma sentença avaliativa. Normas e valores, portanto, diferem-se entre si, primeiramente, por suas referências, respectivamente, ou a ações obrigatórias ou a ações teleológicas; em segundo lugar, os códigos ou binário ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro, por seu caráter ou absoluto ou relativo; e por fim, pelos critérios que os complexos de sistemas de normas têm que cumprir em face dos requeridos dos sistemas de valores”.

Assim, para Habermas, a prestação jurisdicional (prática decisória judicial) orientada por princípios tem que decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito – e não equilibrar bens ou relacionar valores. E por fim afirma que a validade

jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um comando, e não o sentido teleológico do que podemos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos.

Pietro Sanchis²² é um dos autores que mais recentemente trata da distinção entre regras e princípios. É adotada a seguinte posição: (i) quem sustenta que dentro do direito existem duas classes de ingredientes integrantes inteiramente distintos – as regras e os princípios (o que é sustentado por Alexy) – deve demonstrar que há alguma diferença estrutural ou morfológica entre ambos, que é possível identificar algum traço que se manifesta sempre que estamos diante de um princípio e jamais nas regras; (ii) se alguém sustenta, pelo contrário, que os mesmos enunciados podem às vezes funcionar como regras, às vezes como princípios, mas que a operatividade ou maneira de funcionar é substancialmente distinta, então a diferença qualitativa entre ambos não tem origem no direito, mas na argumentação ou – na dicção de Alexy – no lado passivo do direito; regras e princípios não aludiriam a duas classes de enunciados normativos, mas a dois tipos de estratégias interpretativas.

E prossegue: o que faz com que uma norma seja um princípio não é o seu enunciado lingüístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, em colisão com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estaremos diante de uma regra; se, em colisão com outra norma, cede ou triunfa conforme os casos, estaremos diante de um princípio.

Concluindo: a diferença entre regra e princípio, para Pietro Sanchis, surge *exclusivamente* no momento da interpretação/aplicação.

E termina por dizer que a técnica dos princípios é aplicável sempre, e não só na presença de enunciados normativos dotados de certas características, porque sempre está ao alcance do juiz transformar em princípios as regras que sustentam a posição de cada parte.

Para José Maria Rodriguez de Santiago, “o dualismo (regras e princípios) resultante parece mais formalmente brilhante que ajustado à realidade do Direito” (SANTIAGO, 2000, p. 45). Segundo esse autor, nem a separação entre princípios e regras é qualitativa, nem tampouco é categorial a diferença entre subsunção e ponderação como métodos de aplicação do direito. Ele critica a frase categórica de Alexy que “toda norma ou é uma regra ou é um princípio”. A crítica se faz porque o próprio Alexy reconhece que há normas que possuem um “duplo caráter”, ou seja, são ao mesmo tempo regra e princípio, como por exemplo a dignidade da pessoa humana. Isso é incompatível com a contundente afirmação de que toda norma ou é uma regra ou é um princípio.

Além do mais, o autor diz que as regras nem sempre serão subsumidas ao fato. Por exemplo, Alexy considera que a norma “deve-se virar à esquerda” é uma regra, e deve ser subsumida aos casos ordinários, mas na verdade essa regra pode ser submetida a métodos típicos da ponderação de princípios, como por exemplo se um indivíduo está levando uma senhora prestes a dar à luz e a única maneira de se chegar ao hospital é passando justamente pela direita. Recordar-se que Alexy sustenta que o âmbito do *juridicamente possível* para cada princípio é determinado por outros princípios e regras contrárias. E, desde o momento em que se aceita que um princípio pode concorrer com uma regra, já não cabe conceber esta última em termos concludentes, de maneira que só pode ser cumprida ou não cumprida. Se os princípios se caracterizam porque, ao entrar em conflito, admitem um cumprimento simultâneo, merecem a idéia de mandado de otimização, algo semelhante há de ocorrer com as regras – entre cujas exceções pode haver princípios – desde o momento em que entrem em conflito com um desses princípios. Assim, pode-se dizer que as regras também podem ser ponderadas²³.

Por isso Santiago (2000, p. 47) conclui que há regras, há princípios e há normas

que são predominantemente princípios e normas que são predominantemente regras. E acredita, por fim, que não há diferença qualitativa entre princípios e regras. Como tampouco crê que haja uma diferença categorial entre a subsunção e a ponderação como métodos de aplicação do direito, afinal, como visto, também deve haver ponderação na aplicação de normas que, segundo a terminologia de Alexy, deveriam ser qualificadas como regra, assim, por exemplo, em determinados supostos de aplicação de conceitos normativos indeterminados.

10. Conclusão

Não podemos negar que a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy está sendo largamente difundida nos corredores jurídicos. No entanto, antes de aceitá-la passivamente, deve-se conhecê-la sistematicamente e criticamente para que possamos adequá-la à nossa realidade jurídica.

Este artigo não tem a pretensão de dar uma resposta definitiva a esta última proposta, ou seja, a de adequar a teoria de Alexy à nossa realidade. Pretende-se, neste momento, dar apenas um primeiro passo e, não menos relevante, analisar minuciosamente uma teoria que muito se tem falado, mas que pouco se sabe verdadeiramente.

Notas

¹ Na maior parte das vezes, os princípios carecem, em si mesmos, de univocidade de conteúdo, possuem cláusulas gerais, que eram tidas com fórmulas vazias segundo as quais pode-se subsumir qualquer estado de coisas, deixando, portanto, um grande espaço para a arbitrariedade do intérprete.

² Na doutrina brasileira, considera-se leitura obrigatória a respeito dessa “viragem metodológica” feita pela teoria dos princípios a obra de Paulo Bonavides (1994).

³ Podemos citar como os principais doutrinadores precursores dessa corrente, além de Alexy, Perelman, Dworkin, Habermas, entre outros.

⁴ Na verdade, Alexy pertence a uma segunda etapa da teoria dos princípios, etapa que está mais preocupada com o aprofundamento da distinção entre princípios e regras. Nessa etapa, não se está

querendo provar a força normativa dos princípios, pois essa já estava aceita (de acordo com as teorias de Bachoff, Forsthoff, Larenz), mas determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação baseada neles.

⁵ O sistema de regras proposto pelo autor é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento, apresentadas em seu clássico “Teoria da argumentação jurídica”.

⁶ Alexy compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial.

⁷ Na obra de Dworkin, não há nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta, atendo-se o autor a afirmar que isso não implica a inexistência de tal resposta. Esta poderá, para Dworkin, ser obtida pelo juiz Hércules, que é um juiz ideal, munido de todas as informações e capacidades necessárias para a sua árdua tarefa (noção monológica do juiz ideal). É justamente este ponto de vista que Alexy critica na tese de Dworkin. E Alexy tenta elaborar um catálogo de regras de argumentação para que a decisão seja o mais razoável possível. Por isso dizemos que enquanto a teoria de Dworkin é material, a de Alexy é procedimental, que formula regras ou condições da argumentação prática racional.

⁸ É justamente no campo da teoria da argumentação que devem ser estudadas as estruturas da ponderação. Alexy enfatiza que os princípios e as regras a serem aplicadas não podem, eles mesmos, regular a sua aplicação. Por isso, Alexy (1994, p. 20) propõe um sistema de três níveis: “os níveis das regras e dos princípios devem, certamente, ser complementados com um terceiro, a saber com uma teoria da argumentação jurídica, que diz como, sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada”. É por isso que a teoria de Alexy pode ser definida como um sistema de regras, princípios e procedimentos.

⁹ Alexy observa que, não poucas vezes, as normas de direito fundamental são chamadas de “princípios”. Isso ocorre normalmente quando se fala em valores, objetivos, cláusulas abertas; mas, por outro lado, os direitos fundamentais são chamados de “regras” quando se diz que a Constituição deve ser levada a sério como lei ou quando se assinala a possibilidade de uma fundamentação dedutiva no âmbito dos direitos fundamentais. Mas essa caracterização não passa de insinuações. E Alexy conclui que falta realmente uma distinção precisa entre regras e princípios e sua utilização sistemática. É exatamente esse o objetivo dele.

¹⁰ Alexy observa que há distinção entre generalidade e universalidade. Esta última se refere aos destinatários e se contrapõe às normas individuais, e o conceito oposto, de generalidade, é a especialidade.

¹¹ Alexy (1993, p. 15) acaba por dizer que é impossível formular uma teoria forte do sistema de princípios (a qual, segundo Alexy, estaria pressuposta pela teoria da única resposta correta de Dworkin), pois uma teoria forte teria necessariamente que conter “todos os princípios, todas as relações de prioridade abstratas e concretas”. Assim, apesar de acreditar que a distinção estrutural é a mais adequada, Alexy reconhece que é uma teoria fraca, até porque apenas teorias fracas de princípios podem ser defendidas. Mas, para que sua teoria não fique como um mero catálogo de *topoi*, Alexy constrói suas regras de prioridade *prima facie* reguladoras do processo de ponderação.

¹² Alexy foi bastante influenciado pela teoria sobre a distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin, mas o próprio Alexy aponta algumas distinções entre a sua tese e a de Dworkin. Segundo Alexy (1993, p. 87, nota 27), sua distinção, apesar de muito parecida com a de Dworkin, dela se distingue por tratar os princípios como “mandados de otimização”, não fazer a distinção entre princípios e *policies* (feita por Dworkin) e ainda por atribuir às regras também um certo “caráter *prima facie*”. Além do mais, a proposta de Alexy será justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta racional.

¹³ Alexy (1993, p. 84) afirma que, mesmo para as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus, também haverá essa propriedade (ex: o comportamento negligente – maior ou menor culpa).

¹⁴ Vê-se que Alexy não abandona por completo a teoria hermenêutica tradicional, mas a completa por ser insuficiente no caso de interpretação e aplicação dos princípios.

¹⁵ Nesse primeiro exemplo de ponderação trazido por Alexy, trata-se da admissibilidade da realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão que tais atos trazem consigo, corre o perigo de sofrer um infarto (colisão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos constitucionais garantidos).

¹⁶ Para solução dessas colisões, os tribunais utilizam a “metáfora do peso”. Para Alexy, é uma metáfora exatamente porque esses interesses em conflito não podem ter peso em sentido quantificável. A relação de precedência demonstra isto: o princípio P1 tem, num caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2 quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 de acordo com circunstâncias específicas dadas pelo caso concreto.

¹⁷ No artigo Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de

direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 127, p. 55-66, jul./set. 1999. Alexy, a partir da lei de ponderação “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”, elabora as três fases da ponderação: (i) na primeira fase, deve ser determinada a intensidade da intervenção; (ii) na segunda fase, trata-se, então, da importância das razões que justificam a intervenção; e (iii) somente na terceira fase, sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio”. Exemplo do caso tabaco e do caso padeiro.

¹⁸ Alexy dá enorme importância à argumentação jurídica e chega a formular regras de argumentação para que se atinja uma decisão razoável.

¹⁹ No frequente caso de colisão entre o direito à honra e à liberdade de informação, por exemplo, o tópico que a jurisprudência constitucional poderia formular como uma dessas *regras de prevalência condicionada* seria: “se a informação é veraz (no sentido de cumprimento da carga de diligência na averiguação da verdade) e o assunto é de interesse público, prevalece a liberdade de informação sobre o direito à honra”.

²⁰ Após analisar as objeções feitas por Günter em relação à sua teoria dos princípios, Alexy conclui que a distinção entre comando para otimizar (impõe uma obrigação que algo deva ser realizado no maior grau possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas) e comandos para serem otimizados (estes são os objetos a serem ponderados) é o melhor método para capturar a natureza dos princípios. Nesse caso, os princípios são comandos a serem otimizados. Ver Alexy (2000, p. 300 et seq).

²¹ Habermas faz sua crítica porque para Alexy as reflexões relativas a valores também se aplicam aos princípios e vice-versa, já que do ponto de vista estrutural, segundo Alexy (1997, p. 138; 1993, p. 164), em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores.

²² Ver a posição de Sanchis em Eros Roberto Grau (2002, p. 165 et seq).

²³ Mas Alexy admite que as regras também têm um caráter *prima facie* (apesar de ser mais forte que o caráter *prima facie* dos princípios) justamente quando observa que as regras podem adquirir cláusulas de exceção para solucionar conflitos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direito do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, sept. 2000.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica*. [S. l.: s. n.], out. 2002. Mimeografado.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAIA, Antonio; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O Acordo da OMC sobre Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias

Loris Baena

Sumário

1. Introdução. 2. Antecedentes. 3. Objetivo. 4. Princípios. 5. Avaliação de risco. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Entraves à exportação de produtos agropecuários brasileiros, na forma de medidas sanitárias e fitossanitárias, são aplicados com frequência no comércio internacional. Cabe lembrar três situações ocorridas nos últimos meses de 2002: a) as autoridades sanitárias européias alegaram a presença de nitrofurano nas carnes de frango oriundas do Brasil; b) os Estados Unidos cogitaram cancelar as compras de frigoríficos canadenses que haviam adquirido o frango brasileiro; c) em meados de novembro, duas mil toneladas de carne bovina brasileira foram impedidas de entrar na fronteira do Chile sob alegação de contaminação pela febre aftosa. Nessas três situações, entre outras, o motivo alegado foi o mesmo: o risco sanitário. Essas questões suscitam um estudo sobre o Acordo da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (MSF).

O Acordo MSF estabelece as diretrizes às medidas destinadas a proteção à saúde pública e meio ambiente, com a condição de que não assumam caráter protecionista. Este artigo aborda os seguintes itens do Acordo MSF: antecedentes, objetivo das medidas

Loris Baena é Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

sanitárias e fitossanitárias, princípios e avaliação de risco. A avaliação de risco é o ponto nevrálgico do Acordo MSF, pois ela antecede a determinação do nível nacional de proteção sanitária e fitossanitária. Por sua vez, a determinação do nível nacional de proteção sanitária antecede a adoção de uma medida sanitária, a restrição comercial e as políticas públicas de inocuidade alimentar.

2. Antecedentes

Os requerimentos sanitários e fitossanitários como barreira comercial se encontravam no primeiro acordo do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) de 1947. Esse estabelecia no artigo XX (b) que os países poderiam proteger seus mercados (importadores) por meio de medidas de proteção à vida e saúde humana, animal e preservação vegetal desde que não constituísse uma restrição ao comércio justo. Tratava-se de uma exceção visando medidas menos prejudiciais ao comércio cujo significado exato permaneceu controverso. A norma não especificava o que era necessário (e os fatores para essa determinação) à proteção da saúde pública (GOH; ZIEGLER, 1998, p. 273).

Na rodada de Tóquio (1973-1979), os requerimentos sanitários e fitossanitários se encontraram inclusos no Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (BTC), o primeiro acordo no âmbito do GATT a regular as barreiras comerciais não-tarifárias.

O aumento progressivo da liberalização comercial ultrapassou a meta de diminuição de tarifas alfandegárias. Tornou-se necessário diminuir também as barreiras não-tarifárias e essa compreensão foi amadurecida no decorrer das rodadas. Na Declaração de Punta del Este (1986), houve a proposta de regulamentar os requerimentos sanitários e fitossanitários de forma autônoma. Por que somente na Rodada do Uruguai um acordo específico de medidas sanitárias e fitossanitárias e não antes? Pois somente nessa rodada que a liberalização agrí-

cola foi estruturada. Estes são os pilares da liberalização agrícola: acesso aos mercados, apoio doméstico, subsídio à exportação e medidas sanitárias e fitossanitárias.

Embora os temas da liberalização agrícola e aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias estejam relacionados, cabe ressaltar a diferença na área de abrangência entre os dois acordos. O Acordo de Agricultura se refere aos produtos agropecuários, enquanto o Acordo MSF se refere aos alimentos de origem animal e vegetal (destinados aos homens ou não). Desse modo, os produtos pesqueiros, que não se encontram abrangidos no Acordo de Agricultura, fazem parte do objeto de tutela do Acordo MSF.

3. Objetivo

O objetivo da medida sanitária e fitossanitária conforme o Acordo MSF é a proteção à saúde e vida dos homens e animais e preservação dos vegetais, sob a condição de que esta não constitua barreira comercial arbitrária de forma a discriminar os países exportadores. Estando esse acordo no contexto da liberalização agrícola, tem como finalidade incrementar as trocas mercantis, limitando as medidas protecionistas sem a devida justificativa científica. Houve o reconhecimento do nível de proteção sanitário nacional ou nível aceitável de risco como parâmetro à aplicação das medidas restritivas ao comércio.

Desse modo, a definição de medida sanitária e fitossanitária é ampla, pois abrange toda medida destinada ao alcance de seu objetivo. O Anexo A do Acordo MSF fornece uma definição de medida sanitária e fitossanitária. Esta inclui as várias espécies da normativa jurídica (leis, decretos, regulamentos e outros), como também os procedimentos de produção, inspeção, certificação, regime de quarentena etc.

Assim, o elemento caracterizador dessas medidas não é tanto o seu meio formal (lei, decreto, etc.) de aplicação, mas sim a fina-

lidade de proteção à saúde e vida animal e vegetal e preservação vegetal. É subjetivo o fator decisivo à classificação de uma medida como sanitária e fitossanitária (PAUWELYN, 1999, p. 643). Ou seja, a aplicação da medida sanitária e fitossanitária com base no Acordo MSF está vinculada ao objetivo de defesa à saúde pública e meio ambiente de um país-membro (Mc NIEL, 1998, p. 112).

Dois critérios complementam a finalidade da medida sanitária e fitossanitária. O primeiro critério é o de risco. A proteção à saúde e vida humana e animal e preservação vegetal inclui medidas de combate ao risco. O segundo critério se refere ao efeito direto ou indireto ao comércio internacional, como está expresso no artigo 1.1 do Acordo MSF. O regulamento sanitário de um país não é pertinente ao Acordo MSF se ele não afeta o comércio internacional.

O Acordo MSF é aplicado de acordo com o objetivo necessário à situação concreta. Assim, as medidas sanitárias e fitossanitárias previstas no acordo da OMC não são aplicáveis aos gêneros alimentícios, *a priori*. É necessário identificar o objetivo para determinar o fundamento da medida restritiva.

Não é o objeto da medida restritiva (sal-mão, carne tratada com hormônios promotores de crescimento, etc.) que determina o caráter sanitário. O que determina o caráter da medida sanitária e fitossanitária é o objetivo de tutela da saúde e vida humana, animal e preservação vegetal.

Uma situação que envolva rotulagem de alimentos pode ser do âmbito do Acordo MSF como do Acordo BTC. Se o conflito sobre rótulos envolver as normas de inocuidade de alimentos que estabelecem a advertência de perigos à saúde, será, portanto, no âmbito do acordo MSF. Se o conflito envolver as normas de posição, tipografia, conteúdo nutricional, será do âmbito BTC (PARDO QUINTILLÁN, 1999, p. 171).

O Acordo BTC também alcança o controle de doenças humanas. Entretanto, as doenças disseminadas por animais, vegetais ou alimentos não são de competência

do BTC, e sim do MSF. Comparando os dois acordos, verifica-se que a área de abrangência do MSF é mais restrita que a do BTC.

O objeto da medida restritiva ao comércio pode constituir conflitos de diversas ordens. O objetivo visado na medida restritiva determina a aplicação de um e/ou outro Acordo.

4. Princípios

A estrutura do acordo é composta de catorze artigos e três anexos que apresentam as diretrizes a serem desenvolvidas na prática comercial. Os princípios do acordo MSF são:

I. princípio da independência (art. 2): a medida sanitária ou fitossanitária aplicada por um país-membro não está vinculada a anuência de um outro país, organismo, etc. O país-membro possui independência no seu ato de proteger a saúde e vida animal e humana, e preservação vegetal. Esse princípio refere-se ao direito soberano de escolher e adotar o nível de proteção que o país julgar conveniente à proteção da sua população e meio ambiente. Trata-se do direito autônomo de o país estabelecer internamente um nível mais elevado de proteção sanitária que os de padrões internacionais. Direito autônomo não se confunde com direito absoluto. É necessária a *justificativa científica* à adoção de uma medida sanitária que representa um nível de proteção sanitária mais elevado do que os dos padrões internacionais;

II. princípio da harmonização (art. 3): os critérios de aplicação das medidas sanitárias seguem orientação de normas, guias e recomendações dos organismos competentes. A Comissão do Codex Alimentarius lida com as matérias referentes a alimentação humana. O Organismo Internacional de Epizootias (OIE) enfoca as matérias referentes a doenças animais. A Convenção Internacional de Proteção Vegetal (CIPV) trata das matérias referentes a plantas e produtos vegetais. Desse modo, a harmonização das medidas sanitárias e fitossanitárias de-

pende do nível de aceitabilidade das recomendações por parte dos países-membros. A harmonização dos requerimentos quanto à inocuidade alimentar está condicionada a um melhor entendimento e ampla aplicação da avaliação de risco (HATHAWAY, 1995, p. 273). O nível de proteção sanitária de um país não precisa ser idêntico ou limitado pelos padrões internacionais. O Acordo MSF promove a harmonização de medidas sanitárias e fitossanitárias tanto quanto possível, numa maior área de abrangência. Entretanto, há momentos em que a harmonização não é possível. Nesses momentos, é previsto o direito autônomo do país de adotar um nível de proteção sanitária superior aos padrões internacionais;

III. princípio da equivalência (art. 4º): estabelece o reconhecimento mútuo de padrões equivalentes de proteção sanitária e fitossanitária. Isso significa que o objetivo de proteção à saúde pública pode ser alcançado por diferentes medidas sanitárias e fitossanitárias. Não importa que a medida sanitária do país exportador seja diferente do país importador. Interessa que o nível de proteção seja equivalente. É o país exportador que possui o ônus da prova do padrão equivalente de proteção sanitária ou fitossanitária do seu produto ao país importador. O país exportador deve proporcionar acesso a inspeção e outros procedimentos da sua produção e processamento. Observa-se a diferença do tratamento do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) quanto à equivalência. O NAFTA estabelece ao país importador o ônus de provar o nível de proteção equivalente (SCHULTZ, 1995, p. 429);

IV. avaliação de risco (art. 5º): a aplicação das medidas sanitárias ou fitossanitárias deve ser baseada na avaliação de risco à vida e saúde humana, animal e preservação vegetal, que obedece critérios científicos. A determinação do nível de proteção considera a minimização dos efeitos negativos do comércio. Diante da alternativa de duas medidas sanitárias com nível de proteção

semelhante, opta-se por aquela menos restritiva ao comércio;

V. princípio das áreas livres de pragas (art. 6º): os países asseguram a adaptação das medidas sanitárias ou fitossanitárias às áreas de origem e de destino do produto de forma a evitar a propagação de pragas. O art. 6.2 utiliza os termos “geografia” e “ecossistema” com a finalidade de delimitação da área livre de praga. Essa delimitação geográfica difere da delimitação administrativa. Nesse sentido, ocorre a regionalização de áreas livres de pragas no ambiente interno nacional (GOH; ZIEGLER, 1998, p. 284-285). O art. 6.3 confere o ônus da prova ao país exportador da existência da área nacional livre de praga. Verifica-se o papel dos organismos internacionais na implementação, fiscalização e certificação da área livre de pragas;

VI. princípio da transparência (art. 7º): os países devem notificar as organizações internacionais de suas mudanças normativas que alterem o nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária;

VII. princípio do tratamento especial e diferenciado (art. 10): reconhecendo as desvantagens dos países em desenvolvimento, como meios técnicos e financeiros, eles devem possuir prazos mais longos e condições diferenciadas quanto à adoção das medidas sanitárias e fitossanitárias;

VIII. princípio de consultas e solução de controvérsias (art. 11): as controvérsias cujo objeto seja a aplicação das medidas sanitárias ou fitossanitárias devem ser submetidas ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O Sistema de Solução de Controvérsias limita a sua jurisdição a conflitos que abordam matéria dos acordos da OMC. A base legal da demanda é de um acordo da OMC. Entretanto, a lei aplicável na solução das controvérsias não se limita aos acordos da OMC (PAUWELYN, 2001, p. 560).

5. Avaliação de risco

O Anexo A, parágrafo 4, oferece uma definição de avaliação de risco¹. O Grupo Especial

na Controvérsia Comunidades Europeias – hormônios interpretou essa definição como um processo composto de duas etapas.

Sem se aprofundar sobre o tópico, o Órgão de Apelação na mesma controvérsia estabeleceu a diferenciação entre os termos “probabilidade” e “possibilidade”/“potencialidade”. A relação entre os termos é de gradação. “Probabilidade” possui um grau superior ao de “possibilidade”/“potencialidade”².

Essa questão é aprofundada pelo Órgão de Apelação da controvérsia Austrália – salmão. Este considera que a definição do Anexo A mencionada acima proporciona dois tipos de avaliação de risco:

a) “(...) avaliação da probabilidade de entrada, radicação ou propagação de uma doença, assim como das possíveis conseqüências biológicas e econômicas conexas”;

b) “(...) avaliação dos possíveis efeitos prejudiciais para a saúde das pessoas e dos animais (...)”³.

Para adequação da avaliação de risco abordada no item “a”, três são os requisitos:

1) “identificar as doenças cuja entrada, radicação ou propagação um Membro deseja evitar em seu território, assim como as possíveis conseqüências biológicas e econômicas conexas a entrada, radicação ou propagação dessas doenças”; (identificação do risco)

2) “avaliar a probabilidade de entrada, radicação ou propagação dessas doenças, assim como as possíveis conseqüências biológicas e econômicas conexas”; (avaliação do risco) e

3) “avaliar a probabilidade de entrada, radicação ou propagação dessas doenças segundo as medidas sanitárias ou fitossanitárias que podem aplicar-se”⁴ (gestão do risco)

Para Pauwelyn (1999, p. 647), não está claro se era a intenção dos redatores do projeto do acordo estabelecer uma diferença

entre esses dois passos no processo de determinação de avaliação de risco, talvez seja matéria de reconsideração numa futura revisão do Acordo MSF.

A avaliação de risco antecede a elaboração do nível aceitável de risco. Não é possível aceitar ou recusar um determinado risco se esse não foi avaliado. A partir de um determinado risco avaliado, pode-se aplicar uma medida coerente para minimizar ou eliminar os efeitos negativos à saúde e vida humana, animal e preservação vegetal.

O papel da avaliação de risco é garantir suficientemente, fundamentar, justificar a medida sanitária ou fitossanitária. Nesse sentido, a avaliação de risco não precisa expressar apenas uma corrente científica, ou mesmo a predominante. Uma opinião científica que contrarie o consenso científico, desde que bem fundamentada, pode justificar a medida sanitária.

6. Considerações finais

O Acordo MSF agrega três tipos de valores: os sanitários, os ambientais e os comerciais.

Diversos focos de tensão são vislumbrados quando os valores à proteção da vida e saúde humana, animal e preservação vegetal são confrontados com os valores do livre comércio. Os conflitos se manifestam em nível nacional no momento em que a sociedade civil pressiona os órgãos públicos a adotarem medidas sanitárias e fitossanitárias. Em nível internacional, os conflitos geram retaliações e controvérsias comerciais.

Uma análise quanto à legitimidade das medidas restritivas às exportações de gêneros agropecuários brasileiros pode ter como ponto de partida a verificação da existência da avaliação de risco realizada pelos países importadores. Não basta a alegação do risco sanitário e nem a mera comprovação desse risco. O Acordo MSF estabelece a necessidade de uma relação coerente entre a

conclusão da avaliação de risco e o conteúdo da medida sanitária e fitossanitária. A avaliação de risco é o pressuposto de fato e de direito que fundamenta a proteção à saúde e vida humana, animal e preservação vegetal.

Portanto, a ausência de um vínculo causal entre a conclusão da avaliação de risco e a medida sanitária ou fitossanitária adotada constitui um parâmetro para caracterizar como protecionista uma determinada medida. A superação dos desafios impostos pelo comércio internacional de produtos agropecuários requer a identificação da legitimidade ou não das medidas sanitárias e fitossanitárias.

Notas

¹ O parágrafo 4º do anexo A do Acordo MSF apresenta a definição de análise de risco: "Análise da probabilidade de entrada, radicação ou propagação de pragas ou doenças no território de Membro importador segundo as medidas sanitárias ou fitossanitárias que podem aplicar-se; ou avaliação dos possíveis efeitos prejudiciais para a saúde das pessoas e dos animais da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos nos produtos alimentícios, bebidas ou ração".

² OMC. *Comunidades Europeas - medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*. Informe del Órgano de Apelación, parágrafo 184, 31 de enero de 1996.

³ OMC. *Australia - medidas que afectan a la importación de salmón*. Informe del Órgano de Apelación, nota de rodapé nº 69: "Mientras el segundo tipo requiere solamente la evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales, el primer tipo de evaluación del riesgo exige una evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas".

⁴ OMC. *Australia - medidas que afectan a la importación de salmón*. Informe del Órgano de Apelación, parágrafo 121. 1: "identificar las enfermedades cuya entrada, radicación, radicación o propagación un miembro desea evitir en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades; 2) evaluar la probabilidad de en-

trada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades según las medidas sanitarias o fitossanitarias que pudieran aplicarse".

Bibliografia

GOH, Gavin, ZIEGLER, Andreas. A real world where people live and work and die: Australian SPS measures after the WTO Appellate Body's decision in the hormones case. *Journal of World Trade*, Great Britain, v. 32, n. 5, p. 271-290, 1998.

HATHAWAY, Steve. Harmonization of international requirements under HACCP based food control systems. *Food Control*, Elsevier, Great Britain, v. 6, n. 5, p. 267-276, 1995. Disponível em: <<http://www.periodicos.capes.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2001. (Banco de dados Science Direct).

Mc NIEL, Dale E. The first case under the WTO's sanitary and phytosanitary agreement: the european union's hormone ban. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, v. 39, n. 1, p. 89-134, 1998.

ORGANIZACION MUNDIAL DE COMERCIO. *Australia - medidas que afectan a la importacion de salmón*. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS18/AB/R. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 12 jun. 2001.

_____. *Comunidades Europeas - medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS48/AB/R. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 12 jun. 2001.

PAUWELYN, Joost. The role of public international law in the WTO: how far can we go?. *American Society of International Law*, Washington, DC, v. 95, n. 93, p. 535-578, jul. 2001.

_____; PAUWELYN, Joost. The WTO Agreement on sanitary and phytosanitary (SPS) measures as applied in the first three SPS disputes: EC - hormone, Australia - salmon and Japan - varieties. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 2, n. 4, p. 641-664, dec. 1999.

SCHULTZ, Jennifer. The GATT/WTO Committee on trade and the environment - toward environmental reform. *American Journal of International Law*, Washington, DC, v. 89, n. 2, p. 423-439, apr. 1995.

O pressuposto ambiental da paz

Obrigação de análise prévia de impacto ambiental nas guerras

Carlos Maria Gambaro

Sumário

I – Introdução. II – As guerras e o meio ambiente. III – Da necessidade de a es pr -ativas. IV – Da questão da guerra preventiva. V – Do instrumento e processo. VI – Conclusão.

“ s vezes nosso destino parece uma árvore frutífera no inverno. Quem pensaria que esses ramos reverdecer o e florescer o? Mas esperamos que assim seja, e sabemos que assim será”.

Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832)

I – Introdução

A evolução do Direito como ciência está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento da humanidade e do pensamento humano. Isso se reflete diretamente nas correntes jurídicas e na hierarquia de bens considerados como de maior relevância, merecendo, por conseguinte, a proteção das leis.

A conquista dos direitos e liberdade individual, fundamentais para o desenvolvimento da consciência e potencial da humanidade, foi vitória significativa para um momento histórico em que os seres humanos eram classificados em patamares segundo sua linhagem, sexo ou posses. Surgem os direitos personalíssimos garantindo a todos os homens e mulheres tratamento igualitário e condenando práticas discriminatórias ou abusivas.

Garantidos os direitos pessoais e individuais, o pensamento jurídico debruçou-se sobre as inter-rela es entre os sujeitos de

Carlos Maria Gambaro   Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – Unesp; Especialista em Comércio Exterior pela Universidade de Franca – Unifran e Advogado.

direito, isto é, preocuparam-se os estudiosos do Direito com a regulamentação das atividades individuais ou coordenadas que poderiam produzir efeitos generalizados, coletivos, afetando direta ou reflexamente a vida e as atividades de outros indivíduos.

A esses “novos direitos” massificados convencionou-se denominar “Direitos Difusos” ou direitos de terceira geração, uma vez que os titulares destes não eram precisamente determináveis, pois interessavam e afetavam, em maior ou menor grau e extensão, coletividades de pessoas e, por vezes, contrapunham-se aos tradicionais direitos individuais.

Entre os Direitos Difusos, o Direito Ambiental destacou-se notadamente, uma vez que o envolvimento com o meio-ambiente é peculiar e presente a toda a humanidade, tanto no sentido individual de cada homem e mulher, como o gênero humano compreendido em conjunto.

Ocorre, entretanto, que, como já bem afirmou Norbert Reich (1990, p. 279), a simples “sobreposição” de normas que visam regular e proteger bens jurídicos distintos pode gerar conflitos e paradoxos quicá insolúveis, uma vez que não se pode falar em “bom direito” e “mau direito”, mas sim em bens juridicamente mais relevantes que outros. Mesmo assim, nesse caso, a questão pode-se apresentar conturbada, uma vez que, *v.g.*, o fechamento de uma empresa poluidora, se por um lado postula o bem geral do meio-ambiente saudável, por outro atinge negativamente o constitucional direito ao trabalho. Temos, portanto, um choque de gerações de direitos.

Assim, conforme postula o estudioso acima citado, a melhor e talvez única saída é a alteração dos direitos atuais de modo a que estes recepcionem, o menos traumáticamente possível, a nova geração de direitos, fruto do desenvolvimento do pensamento jurídico.

O exposto supra também se aplica à regulamentação de um dos mais ancestrais fenômenos nas relações entre países: as guerras¹.

No presente artigo buscaremos desenvolver o pensamento, sem a pretensão de exaurir o assunto, de como o Direito Ambiental poderia contribuir para a restrição das guerras.

II – As guerras e o meio ambiente

Muito já se discutiu a respeito das guerras, diversos Tratados e Convenções foram celebrados de modo a regulamentar, às vezes minimamente ou de forma geral, os conflitos internacionais entre Estados, sempre procurando a proteção das populações civis afetadas, dos direitos humanos, dos direitos dos exércitos envolvidos, proibição de utilização de determinados armamentos, das buscas de soluções não belicosas, enfim, a proteção dos direitos da humanidade². Não obstante, com o desenvolvimento do pensamento jurídico e o surgimento dos direitos de terceira geração, uma nova variável agregou-se às discussões travadas em torno de conflitos entre nações: *o imenso impacto causado pelas guerras ao meio-ambiente*³.

“As atividades humanas produzem impactos ambientais sobre o ar, a água de superfície ou subterrânea, o solo, o subsolo, a paisagem natural, o ambiente construído, o ambiente sócio-econômico e cultural. Causam impactos no ambiente a ação produtiva por meio da indústria, da mineração ou da agricultura; a ação individual ou coletiva, pública e privada e a ação militar. Para muitas das atividades humanas, a consciência ecológica ajudou a criar práticas de redução ou de minimização desses impactos negativos. Leis foram aprovadas e instituições, estruturadas. Criaram-se procedimentos e ferramentas como a avaliação de riscos ambientais e o licenciamento ambiental, que contribuem para prevenir, reduzir ou mitigar tais efeitos ambientais negativos. *Entretanto, esses cuidados ainda não foram estendidos à atividade humana potencialmen-*

te mais degradante e poluidora do ambiente: a guerra". (RIBEIRO, 2003, grifo nosso).

A despeito da importância do tema e profunda preocupação externada por cientistas, ecologistas, governantes, do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), e, em geral, por todos os povos, não se verificam medidas preventivas efetivas. Conforme afirma o Secretário-Geral das Nações Unidas, Sr. Kofi Annan (2002 apud RIZVI, 2002), "enquanto convenções internacionais controlam armas nucleares, químicas e biológicas, o meio ambiente continua à mercê das novas tecnologias, como o uso de munição com urânio empobrecido".

Nesse sentido, diversas vozes, notadamente ecologistas e ambientalistas, advertem para a necessidade de ações que visem prevenir as agressões ao meio ambiente em vez de buscar curá-lo após as degradações.

Cabe ressaltar que atualmente o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio também é considerado como *direito fundamental do homem*⁴, de forma que a proteção ambiental não se pode resumir à criação de obrigações e conscientização dos atores privados. Tal proteção deve ser estendida a todas as atividades que possuam potencial lesivo ao meio ambiente, mesmo que isso signifique mais uma restrição à soberania estatal.

III – Da necessidade de ações pró-ativas

"Na linha do tempo da história ambiental, foi depois da operação Ranc Hand, efetuada no Vietnã pelo exército dos EUA na década de 60, que começou a existir uma verdadeira preocupação em relação às consequências da guerra para o meio ambiente. A utilização pela Força Aérea estadunidense de poderosos herbicidas, entre eles o Agente Laranja, provocou a destruição química total de uma quinta parte das florestas e um terço dos manguezais vietnamitas. As dioxinas que continham os herbicidas penetraram

no sangue, nos tecidos adiposos e no leite materno provocando perturbações nas funções hormonais, imunológicas e reprodutivas dos habitantes da península. Posteriormente, outros conflitos registraram graves consequências ecológicas. É o caso da Guerra do Golfo, das múltiplas crises na África, em Kosovo, no Afeganistão e na Tchecênia. Em Kosovo, onde os EUA utilizaram munição radioativa, os problemas se multiplicaram de forma incontrolável". (CAPRILES, 2003).

Pela transcrição acima, verifica-se que, já há algum tempo, o meio ambiente vem sofrendo grandes atentados que têm ficado em segundo plano em virtude das mortes que se verificam nas guerras. Obviamente, não se pretende comparar as perdas humanas com as perdas ambientais, pois ambas são inestimáveis. Por outro lado, tampouco se pode ignorar que, em um conflito armado, a natureza também é atacada, servindo, muitas vezes, como instrumento bélico:

"A preocupação pela destruição 'intencional' do entorno natural cresceu diante do que foi encontrado por diversos pesquisadores em países devastados pela guerra, como Albânia, Macedônia, Guiné, Serra Leoa e Libéria. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) relata grandes quantidades de vazamento de petróleo e infiltrações de substâncias químicas por bombardeios contra fábricas, refinarias e depósitos, e destruição do hábitat e de terras agrícolas pela colocação de minas terrestres". (RIZVI, 2002).

Observamos, portanto, que os efeitos de um conflito armado para o meio ambiente são devastadores e duradouros.

Atualmente, diversas instituições, entre elas Organizações Não Governamentais – ONG's – e a PNUMA, desenvolvem estudos de forma a avaliar a quantidade de danos ao meio ambiente causados pelos conflitos e pelas armas utilizadas. Contudo,

ambientalistas alertam que tais estudos baseiam-se em guerras que já ocorreram e, em todos os casos, os danos já foram causados, restando apenas analisar e procurar minimizar seus efeitos⁵.

Devemos observar, contudo, que os estudos mencionados acima são de importância superlativa, pois fornecem subsídios para embasar planos de ação e programas de combate à degradação ambiental em virtude das atividades humanas, notadamente as bélicas. Porém, realmente eles se mostram tardios, uma vez que se concentram na análise de conflitos já ocorridos e, portanto, em danos já causados.

Teoricamente é claro que ações visando à proteção do meio ambiente deveriam ocorrer de forma pró-ativa, isto é, antes do início do conflito bélico; a quantificação dos potenciais danos a serem ocasionados em virtude da guerra apresentam-se extremamente mais interessantes, pois, dessa forma, estar-se-ia evitando os nefastos reflexos ambientais e, até certo ponto, restringindo o próprio conflito armado.

“Assim, já é chegado o momento de que os princípios, métodos e instrumentos utilizados para mitigar ou neutralizar os impactos negativos das demais atividades humanas tenham sua aplicação estendida à atividade da guerra. *Procedimentos como as avaliações de impacto ambiental e o licenciamento ambiental deveriam ser mandatórios e objeto de pactos internacionais obrigatórios, visando ao bem da humanidade, sempre que esteja em jogo a possibilidade de iniciar-se uma ação bélica potencialmente degradadora ou poluidora do ambiente.* Isso ajudaria a desenvolver a consciência global a respeito das consequências desse tipo de ação, com a cuidadosa avaliação prévia dos seus impactos. O licenciamento ambiental das guerras deveria contemplar, entre outros, os impactos bióticos, antrópicos e físicos desses eventos e, somente depois de detalhada e cuidadosa

avaliação de riscos, elas deveriam ser matéria de discussão nacional e internacional. *A aplicação rigorosa dos procedimentos de avaliação prévia de impactos ambientais às atividades bélicas poderia levar, no limite, à sua inviabilização, seja pelo exorbitante aumento de seus custos, que incluiriam os necessários recursos para recuperação da degradação que viessem a causar, seja pela conseqüente ampliação do tempo para a busca de consenso em torno a sua necessidade e para seu eventual preparo.* Nesta fase, inclusive, poderiam e deveriam ser colocadas em prática todas as maneiras e técnicas diplomáticas e de mediação e resolução não-violenta de conflitos, com vistas a evitar os embates bélicos”. (RIBEIRO, 2003, grifos nossos).

A corrente defensora da necessidade de implantar a obrigatoriedade de estudos prévios de impacto ambiental poderia ser tratada como utópica, uma vez que os Estados, quando interessados na guerra, dariam pouca atenção a um “detalhe” como os potenciais danos a serem causados à fauna, flora, solo, subsolo, complexo hídrico e ar do cenário do conflito.

Certamente trata-se de proposta inovadora; talvez por demais audaciosa, contudo, o próprio interesse no Direito Ambiental também é recente. Há pouco tempo, se levarmos em consideração a totalidade da história da ciência jurídica, falamos em Direito Ambiental, impacto ambiental e estudos para quantificar os danos das atividades humanas sobre o meio ambiente. É, portanto, como já ensinava Norbert Reich, uma exigência do desenvolvimento do Direito que novas normas, representando novos interesses e estágios de avanço jurídicos, venham a se colocar ao lado das regras anteriores, forçando estas a se amoldarem à nova situação.

IV – Da questão da guerra preventiva

Apesar de não existirem atualmente guerras de âmbito mundial, os reflexos ne-

gativos para o meio ambiente dos conflitos pontuais que se alastram em diversas partes da Terra é um assunto de interesse global, pois, ao se compreender que está a se falar de uma única biosfera, quaisquer danos causados à mesma, não importando se próximos ou distantes, afetam às diferentes regiões do planeta, mesmo que, à primeira vista, nada as conecte.

Exemplos recentes foram os intencionais incêndios de poços de petróleo ao fim da primeira Guerra do Golfo, quando “durante a sua retirada do Kuwait as tropas do Iraque incendiaram 732 poços de petróleo que queimavam seis milhões de barris por dia; isto significa 10% do consumo mundial diário. Esses incêndios, no seu conjunto, liberaram 500 milhões de toneladas de gás carbônico para a atmosfera”. (CAPRILES, 2003).

Pois bem, verificamos que as guerras são, entre as atividades humanas, algumas das que mais poluem o meio ambiente, mesmo que sejam esporádicas e pontuais, pois seus efeitos são tão devastadores que perduram por anos. Da mesma forma, existe uma consciência ecológica forte, ainda que nascente, unindo os diversos setores acadêmicos, sociais e institucionais em torno da necessidade de se encontrar soluções preventivas para os males ambientais causados pelos conflitos bélicos. Restaria uma questão: haveria vontade política suficiente para que os Estados se submetessem a uma regra internacional que os obrigasse a fazer uma análise prévia do impacto ambiental que a intencionada guerra causaria?

Prima facie a resposta seria negativa e um dos argumentos que respaldariam tal posicionamento seria o de que, em uma guerra, os Estados, ao já assumirem o risco da perda do bem maior – vidas humanas –, não teriam por que então se preocuparem com a eventual destruição da fauna, flora, complexo hídrico, solo, subsolo e ar do cenário do conflito.

A assertiva supra, em face do desenvolvimento da ciência jurídica e da ascensão dos Direitos Difusos não se poderia mos-

trar mais obtusa, uma vez que, se os Estados podem-se valer de seus povos para defender os interesses estatais, os quais, em última análise, *deveriam ser* os interesses dos próprios cidadãos, o mesmo não pode ser dito com relação ao meio ambiente, pois esse bem pertence a toda a humanidade, não importando qual sua localização geográfica. Isto é, a conservação da natureza em um conflito armado é de interesse de toda a Comunidade Internacional, cujo maior expoente é a Organização das Nações Unidas (ONU).

Não desejando adentrar à tempestuosa discussão a respeito dos benefícios e malefícios, vitórias e derrotas da ONU, observamos que ela há pouco tempo abrigou um acalorado debate que poderá gerar importantes futuros reflexos. Falamos do ataque norte-americano ao Iraque.

Como potência hegemônica do globo, os EUA há tempos já reuniam as condições técnicas e financeiras para realizar o ataque intencionado, sob a alegação que o presidente iraquiano possuiria armas de destruição em massa e estaria ligado a facções terroristas. Contudo, mesmo reunindo todo o aparato necessário para concretizar a guerra, os norte-americanos buscaram um consenso mundial, um aval da ONU. Observou-se, portanto, a ocorrência de um evento que poderá ser importante precedente para o futuro dos conflitos armados, pois se está a reconhecer que, sob determinado ponto de vista, a guerra traz conseqüências não só para os envolvidos, senão para todo o mundo, pois tal evento afeta diretamente toda a humanidade e os Direitos Difusos, entre eles, o Direito Ambiental.

Uma análise que findasse na conclusão de que a busca da adesão da ONU ao ataque norte-americano estaria baseada unicamente em motivos humanitários e ambientais seria a mais desejável, contudo, não seria verdadeira. Ocorre que, nesse conflito, seguindo-se a nova doutrina estratégica norte-americana, abraçou-se a teoria da *guerra preventiva*, segundo a qual,

“a defesa dos Estados Unidos requer a prevenção, a autodefesa e, às vezes, a iniciativa da ação. Defender-se contra o terrorismo e outras ameaças emergentes do século 21 pode muito bem exigir que se leve a guerra para o campo do inimigo. Em certos casos, a única defesa consiste numa boa ofensiva”. (RUMSFELD, 2003 apud LA GORCE, 2003).

Pela doutrina da guerra preventiva, os Estados atacariam àqueles que, *potencialmente*, poderiam causar-lhes prejuízos. Dessa forma, abandona-se a tradicional guerra reativa, dando lugar à guerra pró-ativa.

Pois bem, entre os requisitos para o início de uma guerra (preventiva), poder-se-ia incluir a obrigatoriedade de estudo do impacto ambiental que tal conflito causaria e, diante dos resultados da análise, somente então se decidir, levando também em consideração as demais variáveis envolvidas, se tal ato bélico seria aceitável.

O mesmo não se pode aplicar no caso de conflito em virtude de efetiva violação de direitos de um Estado por parte de outro, pois, ao país prejudicado, não se poderá impor a obrigação de avaliar os reflexos ambientais antes de iniciar sua atitude defensiva.

Existe ainda um terceiro caso em que se poderia pensar na imposição de análise prévia a conflitos: enquanto os Estados ainda buscam resolver o conflito de maneira pacífica. Nas conversações diplomáticas, os efeitos nocivos ao meio ambiente do cenário do iminente conflito constituiriam um argumento a mais em favor da solução não belicosa.

Vemos, portanto, que, nos casos de guerra preventiva e discussão ainda pacífica, a análise dos reflexos ambientais da guerra apresenta-se duplamente interessante, pois:

a) quantificar-se-iam e qualificar-se-iam previamente os possíveis prejuízos para o meio ambiente em virtude do potencial conflito, permitindo-se ações preventivas ou restringindo-

se o tipo de armamento a ser utilizado e;

b) ter-se-ia um argumento a mais para a paz.

As observações acima partem de duas premissas muito semelhantes: a aceitação da doutrina de guerra preventiva e a aceitação de busca de resolução pacífica antes do recurso às armas.

A aceitação da segunda premissa é global e consolidada historicamente, dispensando maior análise. Por outro lado, a aplicação da doutrina da guerra preventiva é recente, motivada principalmente pelos eventos de 11 de setembro de 2001 e experimentou forte oposição, por parte da opinião pública internacional.

Assim sendo, a adoção da obrigação de prévia análise de impacto ambiental a um iminente conflito armado tem como pré-requisito a aceitação da política da guerra preventiva, a qual, salvo melhor juízo, é intolerável. Dessa forma, entendemos que fica prejudicada a aplicação dessa ferramenta ambiental nos casos da modalidade preventiva de conflitos armados.

Sob o ponto de vista nacional, apesar de ser um país norteado internacionalmente pelo pacifismo, o Brasil não se vê livre dos nefastos efeitos nocivos ao meio ambiente em virtude de conflitos armados⁶. Exemplo presente dessa assertiva é a grande preocupação externada pelas autoridades e ambientalistas brasileiros com os possíveis reflexos negativos para a flora e fauna amazônica em virtude da utilização de agentes químicos na Colômbia, como parte da luta contra os narcotraficantes e Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC's)⁷.

V – Do instrumento e processo

Os instrumentos internacionais específicos para implementar uma proposta nos moldes apresentados neste trabalho ainda não existem, contudo,

“todos los tratados por los que se rige la conducción de las hostilidades, así

como el derecho consuetudinario internacional que obliga a todos los Estados, se basan en dos principios fundamentales relacionados entre sí: el de necesidad militar y el de humanidad que, juntos, significan que sólo están permitidas las acciones necesarias para derrotar al bando contrario, mientras que están prohibidas las que causan sufrimientos o pérdidas innecesarios". (COMITÉ INTERNACIONAL..., 1996, p. 177).

Além dos costumes e princípios⁸ norteadores do direito da guerra, podemos citar como normas internacionais relacionadas diretamente à proteção do meio ambiente durante conflitos bélicos:

a) a *Convenção Sobre a Proibição de Utilizar Técnicas de Modificação Ambiental com Fins Militares ou Outros Fins Hostis*, de 10 de dezembro de 1976, adotada pela Assembléia Geral da ONU (Resolução nº 31/72). Tal Convenção determina em seu art. 1º que cada Estado-Parte no documento "se compromete a não utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis que tenham efeitos vastos, duradouros ou graves, como meios para produzir destruições, danos ou prejuízos a outro Estado-Parte"; e

b) o *Protocolo Adicional aos Convênios de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais – Protocolo I* (Genebra, junho de 1977), o qual em seus arts. 35, § 3º, e 55 determina:

bi) ficar proibido o emprego de métodos ou meios de guerra que tenham sido concebidos para causar, ou dos que se deva prever que causem, danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente natural (art. 35, § 3º);

bii) que na realização da guerra se velará pela proteção do meio ambiente natural contra danos extensos, duradouros e graves. Esta proteção in-

clui a proibição do empregar métodos ou meios de guerra que tenham sido concebidos para causar ou dos que se deva prever que causem tais danos ao meio ambiente natural, comprometendo assim a saúde ou a sobrevivência da população, além de ficarem proibidos os ataques ao meio ambiente natural como represálias (art. 55).

Ao lado destes, conforme mencionado anteriormente, existem diversos instrumentos internacionais⁹ cujas normas, ainda que reflexamente, postulam pela conservação ambiental, porém, nenhum trata diretamente da obrigatoriedade de análise prévia do impacto de uma guerra ao meio ambiente onde se desenvolverá o conflito e muito menos condiciona a deflagração da mesma ao resultado de tal análise.

Vemos então que, diante da experiência de legiferância internacional sobre o tema e da necessidade de criar um documento jurídico válido para diversos países, o instrumento mais indicado para positivar uma proposta dessa natureza é a celebração de um Tratado ou Convenção internacional, notadamente no seio da ONU.

Por outro lado, os procedimentos técnicos para avaliação do impacto ambiental do eventual conflito deverão ser estipulados por profissionais capacitados a realizar tais levantamentos. Em verdade, tratar-se-ia de operações semelhantes às já executadas nos Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e Relatórios de Impacto Ambiental (RIMA), quiçá com técnicas mais modernas, tecnologia mais avançada, estudo de diferentes variáveis, abrangência mais ampla da região sob estudo *etc.*, mas certamente não seria uma novidade tanto na área jurídica como nas diversas disciplinas técnicas necessárias para realização desse tipo de averiguação.

Por outro lado, apesar de já existirem técnicas e processos semelhantes, a obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental poderá levantar questões controvertidas podendo, até mesmo, criar uma indústria de prestação desse tipo de serviço.

Vemos então que, como usualmente ocorre, o Direito deverá unir forças com outras ciências para obtenção de um resultado aceitável. Importante frisar que visitas de inspeção e/ou análises ou acompanhamentos de conflitos ou negociações por terceiros independentes são rotineiros em operações envolvendo diferentes países¹⁰.

VI – Conclusão

Falta um longo e espinhoso caminho a percorrer para o fim dos conflitos armados. Da mesma forma, a utilização do argumento ambiental contra a deflagração de conflitos armados ainda precisará ser exaustivamente estudada e muitos acordos tecidos, para uma efetiva aplicação.

Vemos a ascensão de uma nova faceta das guerras, o ataque prévio ante uma *possível agressão* – a guerra preventiva – a qual subverte e anula a busca da solução pacífica de conflitos, função dos meios diplomáticos. Ao mesmo tempo, torna-se mais assentada a consciência da necessidade de salvaguardar a incolumidade do meio ambiente, mais uma vítima inocente e silenciosa dos confrontos bélicos.

Da mesma forma, e *pari passu* ao exposto no parágrafo acima, as pressões por soluções não bélicas aumentam diante do surgimento de cada tensão internacional.

Observa-se que a idéia defendida por ambientalistas de implantar uma obrigatoriedade de análise de impacto ambiental previamente a um conflito armado tem campo de aplicação restrito em virtude da impossibilidade de se exigir tal atitude de um país que utilize armas para se defender e da falta de aceitação da doutrina da guerra preventiva.

Por outro lado, tal argumento pode-se apresentar valioso e convincente na fase de negociações que usualmente precedem a um conflito armado. Ter-se-ia, portanto, mais um motivo para a paz.

Apesar de que a idéia de obrigatoriedade da análise do impacto ambiental prévio

a uma guerra possa soar para alguns como utópica, ela não deve ser abandonada. De nossa parte, acreditamos firmemente que o desenvolvimento do Direito como ciência somente ocorre com a colocação de idéias e discussão das mesmas, não somente pelos estudiosos do Direito mas por cientistas e profissionais de todas as áreas do conhecimento humano e a sociedade em geral.

Certamente nos encontramos em um momento de modificação de paradigma e toda idéia que conduza à preservação do meio ambiente e, em última análise, à preservação da própria vida deve ser, a todo custo, levada adiante e, se caso uma guerra no futuro vier a ser evitada em virtude de suas potenciais conseqüências ambientais, todo o esforço terá valido a pena, pois como reverdecerá e florescerá uma árvore que foi destruída pela toxina invernal da guerra?

Notas

¹ No presente artigo, utilizamos os termos “guerra” e “conflito armado” indistintamente, a despeito de o segundo ter definição mais ampla e abrangente que o primeiro.

² Por exemplo: a) o *Convênio Sobre as Leis e Costumes da Guerra Terrestre* (Convênio IV, assinado em Haia, 1907) e seu Regulamento; b) o *Protocolo sobre a Proibição do Emprego na Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos ou Similares e de Meios Bacteriológicos de Guerra* (Genebra, 17 de junho de 1925); c) a *Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e do Armazenamento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) ou à Base de Toxinas e Sobre a Sua Destruição* (Londres, Moscou e Washington, 10 de Abril de 1972); d) a *Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais que Podem ser Consideradas Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados* (10 de outubro de 1980) e seus Protocolos; e) *Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a Sua Destruição* (Paris, 13 de Janeiro de 1993). Importante ressaltar que esses instrumentos, ao protegerem o ser humano (antropocentrismo) ou a propriedade, ainda que indireta ou reflexamente, também acabaram por salvaguardar o meio ambiente.

³ Conviene recordar que, en período de conflicto, los daños al medio ambiente son inevitables. En realidad, las guerras han causado siempre daños al

medio ambiente, algunos muy duraderos. Así, algunos de los campos de batalla de la Primera o de la Segunda Guerra Mundial, por no citar más que esos conflictos, aún siguen sin poder explotarse hoy, o presentan considerables riesgos para la población, debido a la presencia de material de guerra (particularmente minas y proyectiles). (BOUVIER, 1991, p. 603-616).

⁴ O Artigo 24 da *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (Carta de Banjul, assinada em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981) determina que “todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento”. No Brasil, *vide* Constituição Federal, art. 225.

⁵ La finalidad de las normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección del medio ambiente no es excluir totalmente los daños al medio ambiente, sino más bien limitarlos a una escala que pueda considerarse tolerable. Desafortunadamente, es de temer que el empleo en los campos de batalla de medios de guerra particularmente devastadores (con efectos que, en muchos casos, aún hoy se desconocen) ocasione daños inaceptables, que harían ilusoria la protección reconocida a toda la población civil por las normas de derecho internacional humanitario (BOUVIER, 1991, p. 603-616).

⁶ Com relação a esse aspecto, não podemos olvidar que “um relatório do Banco Mundial de 1995 já anunciava que as guerras do próximo século serão motivadas pela disputa de água, diferentemente dos conflitos do século XX, marcados por questões políticas ou pela disputa do petróleo”. Disponível em: <<http://www.klickeducacao.com.br:8000/Bv/Lc/PA/lcpa26/lcpa26.htm>>. Acesso em: [2004?].

⁷ “Apesar dos desmentidos oficiais, sabe-se que um item do Plano Colômbia, elaborado com a participação norte-americana, prevê a utilização de produtos químicos para matar os milhões de pés de coca e papoula. Daí tornar-se inevitável a comparação com o Vietnã, onde os Estados Unidos, a pretexto de desalojar os vietcongs da floresta, utilizou largamente o chamado agente laranja, um desfolhante de ação imediata, cujo efeito era provocar o apodrecimento e a queda das folhas das árvores, tornando mais fácil visualizar, de helicóptero, os esconderijos dos vietcongs”. (LOPES, 2000).

⁸ Entre os princípios relativos à conservação do meio ambiente dos cenários de conflitos armados, devemos também citar os princípios elencados na *Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92* (06/92), notadamente o *Princípio 24* – A guerra é intrinsecamente destruidora do desenvolvimento sustentável. Os Estados deverão portanto respeitar a legislação internacional que protege o ambiente em tempo de conflito armado, e cooperar no seu desenvolvimento, conforme for necessário; e

o *Princípio 25* – A paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são independentes e inseparáveis.

⁹ Apesar dos riscos evidentes que corre o meio ambiente em caso de conflitos armados não internacionais, nenhuma norma de direito internacional, aplicável a estas situações, protege especificamente o meio ambiente (BOUVIER, 1991, p. 603-609).

¹⁰ Exemplo recente foi o trabalho de inspeção realizado no Iraque pelos inspetores da ONU, que antecedeu à guerra dos EUA contra aquele país no início de 2003.

Bibliografia

ÁGUA, fonte da vida. *Klickeducação*, [S. l., 200-?]. Disponível em: <<http://www.klickeducacao.com.br:8000/Bv/Lc/PA/lcpa26/lcpa26.htm>>. Acesso em: [2004?].

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação: referências – elaboração. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 10520*: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, jul. 2001.

_____. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, jul. 2001.

BOUVIER, Antoine. La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, [Ginebra], n. 108, p. 603-616, nov./dez. 1991.

CAPRILES, René. A morte, a guerra e o meio ambiente. *Revista de ecologia do século 21*, Rio de Janeiro, n. 75, fev. 2003. Disponível em: <<http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=440>>. Acesso em: [2004?].

CARTA africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul). Banjul: Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, jan. 1981.

COMITÉ Internacional de la Cruz Roja. Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: compilación de convenios de la Haya y de algunos otros instrumentos jurídicos. Ginebra, 1996. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDM3D>>. Acesso em: [2004?].

DECLARAÇÃO do Rio sobre ambiente e desenvolvimento. Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 jun. 1992.

LA GORCE, Paul-Marie. EUA: guerra preventiva, estratégia perigosa. *Último segundo*, Caderno i, [S.

l., 2003?]. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/home/caderno/artigo/0,2945,926530,00.html>>. Acesso em: [2004?].

LOPES, Milano. Colômbia promete não usar desfolhantes. *Folha do Meio Ambiente*, Brasília, a. 11, v. 108, set. 2000.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1985.

MORAES, Alexandre de. Constituição da República Federativa do Brasil. Manuais de Legislação. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). *Revista de direito público*, cadernos de direito econômico e empresarial, São Paulo, n. 94, abr./jun. 1990.

RIBEIRO, Maurício Andrés. A guerra e o meio ambiente. *Folha do meio ambiente*, Ponto de vista, Brasília, a. 13, v. 134, fev. 2003.

RIZVI, Haider. Meio ambiente, alvo bélico. *Tierramérica*, [S. l.], 17 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.tierramerica.net/2002/1117/particulo.shtm>>. Acesso em: [2004?].

Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002

Gustavo Saad Diniz

Sumário

1. Importância do setor fundacional. 2. Intertemporalidade do sistema civil. 3. Código Civil de 2002 e a disciplina das fundações privadas. 4. Atualização interpretativa da correlação entre patrimônio e finalidades das fundações. 5. Adaptação da atuação do Ministério Público. 6. Ainda sobre o exercício de atividades econômicas. 6.1. Princípio da reversão dos lucros da atividade econômica. 6.2. Participação da fundação na qualidade de sócia de sociedade empresária (exercício indireto de atividades econômicas). 6.3. Fundação-empresa (exercício direto de atividades econômicas). 6.4. Instituição e constituição da fundação-empresa. 7. Conclusão.

1. Importância do setor fundacional

As fundações, como um dos pilares de sustentação do chamado terceiro setor, adquirem consistência e importância cada vez maior na sociedade brasileira, significando um meio de distribuição de renda e complementação de atividades sociais insuficientemente disponibilizadas pelo Estado.

Na atualidade, ainda é de se ressaltar, o assistencialismo alcança outra conotação. Aumenta-se a cada dia a distribuição do capital, por intermédio de incentivos fiscais, para a realização de atividades assistenciais, filantrópicas, culturais, pressupondo a divulgação do nome do patrocinador ou doador, reforçando a sua imagem ou marca. Inaugurou-se a era do *marketing* assistencial e do *marketing* cultural (este usufru-

Gustavo Saad Diniz é Advogado em Franca/SP, Mestre em Direito Empresarial pela UNESP/Franca.

indo de benefícios da Lei nº 8.313/91), em ambos os casos denominado correntemente *responsabilidade social empresarial*, trocando o mero assistencialismo por projetos visando ao *desenvolvimento social*.

Portanto, mais uma vez a regra de proporção do custo-benefício está sendo pesada pelo capital, que opta pelo assistencialismo, incentivo à cultura e *empowerment* (ensino transformador do homem) para reforçar a sua marca ou a sua imagem perante o consumidor e a sociedade de massa.

O Brasil também não foge a esse perfil, guardadas as suas peculiaridades. O problema é que a realidade de concentração de rendas *diminui* a base de contribuintes interessados em promover o assistencialismo e *augmenta* significativamente o número de pessoas que clama pelo auxílio do terceiro setor.

Estatística feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acerca de famílias por classe de rendimento médio mensal, em 1996, exclusive as pessoas que vivem no mercado informal e que não declaram rendas, demonstra que 22,9% da população recebe até 2 salários mínimos. Outros 29,2% recebem de 2 a 5 salários mínimos. De 5 a 10 salários mínimos, são 21% da população pesquisada. Para finalizar, de 10 a 20 salários mínimos e mais de 20 salários mínimos, são 12,5% e 8,4% da base de pesquisa, respectivamente.

Também o IBGE, no ano 1999, em pesquisa nacional por amostra de famílias por classe de rendimento familiar, exclusivo dos que estão no mercado informal, demonstrou pequena oscilação em relação à melhora de renda, o que não significou melhor distribuição. Em verdade, ainda que com plano econômico de estabilização da inflação, a concentração dos meios é enraizada no país. Até 2 salários mínimos, o percentual é de 27,6% das famílias. Entre 2 a 5 salários mínimos, o percentual é de 32,2%. Ou seja, 59,8% das famílias brasileiras recebiam menos de 5 salários mínimos como renda. De 5 a 10 salários, a estatística é de 18,6%.

Mais de 10 a 20 salários mínimos, são 9,9%. Sem rendimento, foram 3,5%.

São as estatísticas que fundamentam esse nosso raciocínio de concentração de renda e da importância que o setor fundacional assume no país. A desigualdade é um dos motivos que faz a população brasileira solicitar de forma crescente o auxílio benemerente das entidades que substituem o Estado no cumprimento das garantias básicas de cidadania participativa, dignidade e busca do bem comum. As disparidades sócio-econômicas dos países criam anomalias no crescimento do terceiro setor e exigem posturas diferenciadas para fazer frente às demandas públicas.

Diante desse contexto social, entrou em vigor o Código Civil de 2002, apresentando algumas mudanças tópicas nas regras gerais de regulamentação das fundações, sem contudo representar uma mudança estrutural significativa para a evolução sólida do setor. Também é com vistas a essa nova regulamentação jurídica que são delineados os argumentos de análise.

2. Intertemporalidade do sistema civil

Relevante questão é a intertemporalidade entre os sistemas de direito civil de 1916 e 2002, passando a incidir os dispositivos estruturais de adequação das normas aplicáveis. O Livro Complementar, que trata das Disposições Finais e Transitórias, consigna a *vacatio legis* no art. 2.044, de 1 ano após a publicação. Com a entrada em vigor, o art. 2.031 dispõe que “as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários”.

A exigência dessas adaptações gera, em princípio, o dever objetivo de cada uma das fundações já existentes se adaptar às novas regras de direito civil, que modificaram de certa forma o direito fundacional brasileiro, sobretudo se considerada a possibilidade

anterior de fundações com fins particularizados ou então as fundações instituídas e não constituídas, que tiveram o seu patrimônio convertido em títulos da dívida pública

Tal situação, além do art. 2.031 mencionado, também se verifica no art. 2.032 do CC/2002, que dispõe: “As fundações, instituídas segundo a legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se, quanto ao seu funcionamento, ao disposto neste Código”.

Entretanto, uma análise da norma não lhe afasta a inadequação perante o texto da CF/88, tendo em vista que há negócios jurídicos institucionais compostos por todos os seus elementos essenciais dentro das regras do sistema de 1916, sendo inconstitucional a retroatividade da lei para a exigência de modificação do ato jurídico perfeito.

Há inconstitucionalidade dos dois dispositivos em determinados casos. Negócios jurídicos de instituição da fundação, já registrados e formalizados como perfeitos e acabados, poderão ser agredidos pela necessidade de adaptação no prazo de um ano, violando-se o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, que protege o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Wilson Souza Campos Batalha (1980, p. 399), já na edição de 1980 de seu *Direito Intertemporal*, fazia a advertência de “questionável constitucionalidade do dispositivo”, justamente porque todos os elementos constitutivos foram implementados sob a égide da legislação anterior.

Se uma fundação se dedicava a fins de educação e criação de crianças de uma família (fins particulares), não se lhe pode exigir a adaptação para os casos do parágrafo único do art. 62 do CC/2002, porque a lei estará retroagindo sobre um negócio jurídico constituído com todos os seus elementos essenciais.

Interpretação distinta tem a exigência de se transferir para outra fundação o patrimônio dotado de forma insuficiente. Não há

retroatividade porque os patrimônios já transformados em títulos da dívida pública poderão ser destinados a outras fundações de fins semelhantes, uma vez que não há desvirtuamento das finalidades ou do negócio jurídico de instituição.

O que é inadmissível é a retroação sobre o negócio jurídico de instituição perfeito, de fundação já constituída, para lhe fazer exigências de modificação de suas finalidades ou que viole a proteção da vontade do instituidor.

Quanto à proteção do nome da fundação, que já era possível por interpretação sistêmica e agora, com o parágrafo único do art. 1.155 do CC/2002, foi igualada à do nome empresarial, não se pode ter como retroativa, porque se resguarda um direito reconhecido e não há modificação de seu conteúdo por norma futura.

Em relação aos arts. 64 a 67 do CC/2002, nada há para discussão, porque são dispositivos pouco modificados ou procedimentais, de aplicação concomitante aos fatos. É o caso, para exemplificar, do *quorum* de dois terços para alteração do estatuto, previsto no art. 67, inciso I.

Entretanto, o art. 68 do CC/2002 reduziu o prazo para impugnação, pela minoria vencida em assembléia, das decisões não unânimes. O art. 29 do CC/2002 trazia o prazo de 1 ano. Diante de um conflito, incide o prazo da norma vigente no momento em que ocorreu a decisão impugnável.

3. Código Civil de 2002 e a disciplina das fundações privadas

Buscando um pressuposto metodológico, entendemos que a fundação privada é organização com patrimônio afetado por uma finalidade específica determinada pelo instituidor, com personalidade jurídica atribuída pela lei. Para sua existência, fazem-se necessários esses três elementos nucleares, presentes no art. 62 do CC/2002, que passaremos a distinguir individualizadamente, com análise dos dispositivos norma-

tivos, que alteraram timidamente o tratamento da matéria no Direito brasileiro. Os arts. 62 a 69 do CC/2002 (Capítulo III, Título II, Livro I, da Parte Geral) trazem a regulamentação contida nos arts. 24 a 30 do CC/1916, com as adaptações que serão agora enumeradas.

O art. 62 regula o negócio jurídico de instituição por escritura pública ou por testamento, determinando que haja dotação especial de bens livres para um fim específico, com declaração da forma de administração. O que se acrescentou ao texto, em relação ao CC/1916, foi a imprescindibilidade de constituição da fundação “para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, conforme dispõe o parágrafo único do art. 62 do CC/2002. Compreenda-se, então, que houve um ajuste no sistema privado em relação às finalidades, que passam a ser essencialmente sociais, afastando-se a possibilidade de fundações para fins eminentemente privados ou de interesses exclusivos. Além disso, é de se dizer que a finalidade essencial da fundação deve ser social, mas não houve qualquer vedação ao exercício de atividades econômicas para servir de meio de sustentação da finalidade religiosa, moral, cultural ou assistencial.

Cabe anotar, entretanto, que ainda tem plena vigência a legislação especial que não contraria a regra geral, especialmente no concernente a fundação cuja finalidade é de entidade fechada de previdência complementar privada, prevista na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, inclusive com a excepcional regra de competência privativa do órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência privada em zelar pelas fundações (conforme art. 72 da LC nº 109/2001)¹.

O art. 63, por sua vez, modificou substancialmente a disciplina relativa à insuficiência patrimonial de bens, dissipando as dúvidas e controvérsias doutrinárias existentes. De acordo com a nova norma, em vez da conversão em títulos da dívida pública aguardando rendimentos (art. 25 do CC/

1916), na falta de disposição do instituidor os bens serão incorporados em outra fundação que se proponha a fins iguais ou semelhantes àquela instituída sem suficiência patrimonial.

Sem paralelo no CC/1916 é o art. 64 do CC/2002, que dispõe que, constituída a fundação (isto é, após o registro em Cartório), o instituidor tem a obrigação de transferir a propriedade ou outros direitos referentes aos bens dotados para a entidade. Não implementada a obrigação, os bens serão registrados em nome da fundação, por pedido do Ministério Público ou da administração nomeada, ingressando o mandado judicial no registro público para transferir a propriedade. Houve uma melhor adequação sistêmica, porque deverão ser transferidos os direitos sobre os imóveis ou demais bens livres transmitidos à fundação, que tem existência como pessoa jurídica após o registro. Antes de registrada, é possível a revogação do negócio jurídico de instituição, não incidindo o art. 64 do CC/2002 se não houver o registro do estatuto constituindo a pessoa jurídica. É expressa a exigência de *constituição* da fundação.

O art. 65 do CC/2002, por sua vez, tem parcial correspondência com o art. 27 do CC/1916, porque comina àqueles que devem aplicar o patrimônio o dever de formular as bases do estatuto e submeter à autoridade competente. Se o estatuto não for elaborado no prazo especificado pelo instituidor ou, não havendo prazo, em 180 dias, a incumbência passa a ser do Ministério Público, na forma do art. 1.200 do CPC.

Por se falar em Ministério Público, é ainda dele o dever de velamento pelas fundações (art. 66 do CC/2002), no Estado onde situadas. Entretanto, o CC/2002 peca no ponto em que regulamenta a fiscalização pelo Ministério Público e comete retrocessos que não se justificam, tais os casos de transferência da fiscalização das fundações situadas no Distrito Federal para o âmbito de atuação do Ministério Público Federal, suprimindo a competência do Ministério

Público do Distrito Federal. Ora, a Constituição Federal de 1988 (art. 128) foi regulamentada pela Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e pela Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), com competências estrita e sistematicamente fixadas. Diante dessa regulamentação, criou-se o Ministério Público do Distrito Federal com a competência idêntica ao Ministério Público dos Estados e seria um absurdo inconstitucional, senão um contra-senso injustificável, suprimir a competência fiscalizatória do MPDF sobre as fundações que no Distrito Federal exerceram as suas atividades.

O art. 67 do CC/2002 diz respeito à alteração do estatuto, repetindo parcialmente o art. 28 do CC/1916. A reforma deverá atender aos seguintes critérios: a) ser deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; b) não contrariar ou desvirtuar o fim da fundação; c) ser aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado (art. 1.201 do CPC).

Ainda com relação a *quorum* de deliberação, não se pode admitir a interpretação extensiva do art. 59 do CC/2002, que trata de associações. A utilização do dispositivo, por analogia, não pode ser exigida das fundações, uma vez que se trata de norma restritiva de direitos e porque pode representar óbice perigoso para a administração da entidade. Em especial, é de se dizer que a matéria regulamentada diz respeito somente às associações, que teriam, pelo menos em tese, a necessidade de *quorum* mais qualificado para apreciação das matérias especificadas no dispositivo.

Incorporando a norma de direito material contida no art. 1.203 do CPC, o art. 68 especifica que, se a alteração estatutária não tiver sido aprovada por unanimidade, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias.

Finalizando a enumeração dos dispositivos, o art. 69 do CC/2002 repete o art. 30 da codificação anterior, na medida em que dispõe que

“Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante”.

Ainda é de se dizer acerca da perda de oportunidade de se regulamentar o direito fundacional de forma sistematizada, tal como feito pela Espanha, a partir do art. 34.1 da Constituição de 1978 e da Lei nº 30/1994. Referida norma elevou o direito de fundações ao nível constitucional, conferindo-lhe a natureza de direito fundamental derivado da função social da propriedade, incluindo as conseqüências do art. 53.1, que dispõe: “los derechos e libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades (...)”. O mais imediato efeito desse tratamento, na Espanha, foi a imposição, perante os poderes públicos, da garantia de disposição de bens próprios para criação de uma fundação vinculada ao cumprimento dos fins sociais vinculados na criação.

4. Atualização interpretativa da correlação entre patrimônio e finalidades das fundações

A equação patrimônio-finalidade se resolve pelo equilíbrio de proporções, porque a legislação impõe ao instituidor o mister de observar a suficiência do patrimônio para a criação da entidade (art. 1.200 do CPC e, por extensão, art. 66 do CC/2002).

Quanto ao elemento patrimonial, por ser a base de sustentação da finalidade, há o imperativo da impossibilidade de alienação do patrimônio, ressalvada a hipótese de autorização do Ministério Público curador, após prévia requisição fundamentada de expedição de alvará judicial. Conforme é entendimento da doutrina espanhola de Lucía Linares Andrés (1998, p. 59), essa inalienabilidade relativa do patrimônio é fundamentada na limitação da autonomia privada, para proteção da vontade do instituidor e dos terceiros beneficiados pelos fins fundacionais.

De acordo com a obra de Werner Seifart (1999, p. 3), a finalidade representa a concretização da vontade do instituidor e a definição da linha condutora de atitudes da entidade. Por esse motivo, segundo Gerhard Brandmüller (1998, p. 57), o instituidor é livre para determinar os fins que a fundação irá perseguir. Dentro dessa limitação, os fins devem-se apresentar na instituição com caracteres bastante definidos, especialmente no que concerne à *possibilidade, licitude, determinabilidade e inalterabilidade*. A segunda questão a ser discutida diz respeito aos fins especificados no parágrafo único do art. 62 do CC/2002.

A finalidade deve obedecer, portanto, à *determinabilidade estrita*, como ato vinculativo à vontade do instituidor. Não há margens para a generalidade, porque o fim há que ser específico e demonstrado imediatamente pelo instituidor, ato próprio da exegese do art. 62 do CC/2002. Assim, não há que se cogitar de fim indeterminado, mas determinável de plano ou ao cabo do implemento de certa condição, termo ou modo para a eficácia plena do negócio instituidor.

Não se admite a determinação genérica. Ao contrário, deverá haver especificação para que o vínculo patrimônio-fim seja efetivo.

“Innanzi tutto deve essere determinato lo scopo. Esso designa i compiti precisi e permanenti ai quali è chiamato l'ente che sorge. Un'assoluta

vaghezza di fini non sarebbe compatibile col sorgere di una fondazione che, appunto, nello scopo trova la sua individualità” (ROMANELLI, 1935, p. 57).

O fim deverá ser *específico*, sob pena de atrair subjetivismos de interpretação que afastem a verdadeira intenção motriz instituidora. Esse fato se torna mais difícil no caso de instituição por ato entre vivos; entretanto, é plenamente suscetível quando for verificada por outra pessoa jurídica ou por negócio jurídico fundacional *causa mortis*. É de se exemplificar com o testamento que determina que o patrimônio será voltado à atividade de pesquisa, sem especificar qual a investigação científica a ser efetuada. Assim, os futuros administradores poderiam voltar o patrimônio para atividade desvirtuada do intento inicial, ou seja, de fins pacíficos para beligerantes ou então de pesquisa científica para aperfeiçoamento de substâncias episodicamente ilícitas.

Para exemplificar, é o caso de se vincular o patrimônio do instituidor a uma finalidade relacionada à saúde. Essa, a viga mestra a ser respeitada. Entretanto, é mister a especificação: qual momento da saúde: preventivo ou clínico? Qual área de atuação: pediatria, obstetrícia, ortopedia, oncologia? Qual a comunidade abrangida? Opcionalmente, quais as doenças: aids, hepatite, câncer? Ou que sejam todos esses pormenores ligados à saúde, guardada a devida proporção com o patrimônio vinculado. Ainda é bom perquirir: haverá manutenção de um hospital próprio da fundação ou a fundação será mantenedora econômica de outras entidades já existentes?

O que se quer demonstrar é que a especificação atende com melhor clareza àquilo que o instituidor pretendia, havendo aqui a incidência do princípio da proteção da vontade do instituidor, base condutora do velamento das fundações pelo MP.

Não obstante, ressalva a ser feita, é o caso de o negócio instituidor prever a possibilidade de complementação da finalidade genérica, isso por outra pessoa instituidora ou

por terceira pessoa que poderá ser o administrador. Nesse caso, a vontade inaugural da fundação autoriza e legitima o complemento da finalidade por outrem, que não o instituidor, sob a fiscalização do Ministério Público. Tome-se por orientação e exemplo o quanto é disposto no §87 do BGB (2º período), que permite a alteração dos fins após prévia aprovação da administração da fundação:

“Na transformação da finalidade deve ser atendida, tanto quanto possível, a intenção do fundador, dando particular atenção à circunstância de que as rendas do patrimônio da fundação, tanto quanto possível, fiquem mantidas no mesmo círculo de pessoas a quem elas deveriam caber na intenção do fundador. A autoridade pode alterar a constituição da fundação sempre que a transformação da finalidade o exigir”.

A finalidade da fundação é elemento essencial tanto do negócio de instituição quanto da pessoa jurídica, e sem ele a instituição se nulifica e os bens dotados seguirão o regime que o Código Civil brasileiro lhes destina (o que será abordado oportunamente).

Por derradeiro, a finalidade deve possuir a característica da *inalterabilidade relativa*, ou seja, estar adstrita às disposições instituidoras. É decorrência do respeito à vontade do instituidor, em seu mais amplo sentido de perpetuação. No Brasil, essa proteção tem alcance da norma positivada no inciso II do art. 67 do CC/2002 (anterior art. 28, inciso II, do CC/1916).

Com a ressalva feita em relação à retroatividade violadora de ato jurídico perfeito (discutida no item 2), o dispositivo mencionado vinculou os fins da fundação somente em religiosos, morais, culturais ou de assistência². Corrigiu-se antinomia anterior, em que, apesar de ser contrariada a essência da fundação, seria juridicamente possível admitir fins particularizados, conforme orientavam Ruggiero (1934, p. 439) e Bevilacqua (1931, p. 234).

Com efeito, compreendeu-se que a essência finalística das fundações é voltada para o *interesse social, que é conjugação de valores e fatos que beneficiam a sociedade em geral, impostos por necessidade de ordem social, política, econômica e moral*. Pode-se buscar a orientação de Rafael de Lorenzo Garcia (1993, p. 115):

“interés público es el compartible por cualquiera o por un amplio círculo de personas; lo cual supone destinatarios indeterminados, o, al menos, relativamente indeterminados. En esto consiste la despersonalización del beneficio conferido por la Fundación: se ofrece a las personas no en su individual consideración, sino en tanto se encuentren en una determinada situación o necesidad. En esta situación o necesidad, apreciada precisamente en cuanto común a un círculo de personas considerable, radica y consiste el interés público que la Fundación atiende”.

Também em sede de comparação de direitos, é interessante aproveitar o conteúdo do §52 da *Abgabenordnung* (AO), Código Tributário Alemão de 1977, sobre as entidades com objetivos de utilidade pública (*Gemeinnützige Zwecke*):

“Uma entidade tem objetivos de utilidade pública, quando a sua atividade é orientada no sentido da promoção social, que ela desenvolve desinteressadamente no campo material, espiritual ou moral. Deixa de ocorrer promoção social, se o círculo de pessoas beneficiadas é muito restrito, como, por exemplo, quando pertence a uma família ou ao quadro de pessoas de uma empresa, ou quando há de ser apenas de curta duração em razão das limitações impostas principalmente pelo seu restrito âmbito de atuação ou pelas características profissionais de seu trabalho. Não ocorre promoção social tão-só porque uma entidade entrega seus recursos a uma pessoa jurídica de direito público”.

O número 2 do §52 da mesma norma alemã ainda considera como promoção social:

“1. Fomento da ciência e da pesquisa; da formação e da educação; da arte e da cultura; da religião; do intercâmbio entre os povos; da ajuda para o desenvolvimento; da proteção do meio ambiente, da paisagem e dos monumentos; do civismo; 2. O fomento da assistência à juventude e à velhice; da saúde pública; do bem-estar social e do esporte”.

Continua a compreensão de impessoalidade e ausência de *interesse lucrativo* de quem quer que venha fazer parte do corpo administrativo da entidade. Contudo, a discussão se restringe: a) à extensão de conceito dos fins de utilidade social enumerados pelo art. 62 do CC/2002; b) à admissibilidade de fundações destinadas a grupamentos determinados; c) à admissibilidade de *Hauptgeldstiftung* (aplicação direta do patrimônio da fundação, por ela própria) e *Anstaltstiftung* (criação de pessoa intermediária, que recebe os recursos da fundação e realiza as finalidades).

Quanto ao primeiro tópico, é possível afirmar que a utilidade social se estende a um grupo indeterminado de pessoas, postas na sociedade de maneira indissociável, atendendo à demanda de serviços sociais, assistenciais e educacionais, prestados de maneira gratuita e de acordo com critério igualitário (ANDRÉS, 1998, p. 205-206).

Após o advento do parágrafo único do art. 62 do CC/2002³, podem ser incluídos entre os fins possíveis:

a) *religiosos*: giram em torno da celebração de cultos e fins relacionados à liturgia e seus respectivos locais, como decorrência da inviolabilidade de consciência e crença (art. 5º, inciso VI, da CF/88). Fim religioso engloba a própria celebração ritualística, a formação (inclusive ensino) dos clérigos e religiosos, o velamento e sepultamento dos mortos, bem como o culto à sua memória. De acordo com o art. 150, §4º, engloba-se na imunidade o patrimônio, renda e serviços

da atividade religiosa, inclusive o templo e casas paroquiais, tendo em vista que se trata do meio de sustentação da finalidade. Como paradigma para finalidades religiosas, tem-se o §54, Abs. 2, da AO alemã, ao dispor sobre *Kirchliche Zwecke*⁴.

b) *morais*: as finalidades admitidas como morais apresentam-se em rol amplo e englobando aspectos atinentes à formação humanista das pessoas, inserindo o homem no contexto de relações gregárias entre si e perante o meio ambiente, havendo conscientização e atuação ética (enquanto projeção da moral na sociedade). Por ampliação interpretativa adequada às regras de hermenêutica e decorrente da omissão da norma posta no art. 62 do CC/2002, podem ser admitidas como finalidades morais a proteção dos direitos humanos, proteção do meio ambiente (conservação de recursos naturais, controle da poluição, proteção e bem-estar dos animais, vida selvagem e preservação de ambientes rurais), estudos do desenvolvimento econômico e social da região ou comunidade, tutela da cidadania (organizações de direito, minorias étnicas, serviços jurídicos aprovados pela OAB, prevenção do crime, reabilitação social de delinquentes, apoio às vítimas, partidos políticos), também atividades internacionais como programas de intercâmbio, assistência de desenvolvimento, amparo em desastres, direitos humanos e organizações pacifistas, promoção da ética, da paz e de outros valores universais.

c) *culturais*: extensão da educação, inclui a promoção de investigação científica lícita, incrementação e fomento da arte e cultura nacional, regional e comunitária, além do incentivo a esportes, arte, museus, zoológicos e recreação.

d) *assistência*: a assistência⁵ engloba finalidades de promoção das necessidades básicas da pessoa, incluindo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e aos portadores de deficiência física, em todas as fases de formação física e psíquica. Incluem-se entre as finalidades a educação (escolas de todos os níveis de en-

sino e educação superior, treinamento vocacional, pesquisa médica, ciência e tecnologia, estudos de política empresarial), saúde (hospitais, reabilitação, asilos, saúde mental), trabalho, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, combate a doenças, serviços sociais (bem-estar da criança, serviços para jovens, famílias, idosos e deficientes, ajuda de emergência, complementação de rendimentos, assistência material). Para fins de comparação de direitos, o Código Tributário (AO) alemão discrimina quais são os fins beneficentes (*Mildtätige Zwecke*)⁶, de filantropia (*Selbstlosigkeit*)⁷, atividade assistencial (*Wohlfahrtspflege*)⁸, hospitais (*Krankenhäuser*)⁹ e qualifica as entidades de utilidade pública especiais (*Einzelne Zweckbetriebe*)¹⁰.

Em relação ao segundo ponto de discussão, é de se admitir que a finalidade da fundação privada se estenda a *grupamentos determináveis*, na medida em que se realizem fins que beneficiem essa coletividade irretiradamente. Assim, poderão ser entendidas as fundações privadas que persigam fins relacionados à saúde de uma coletividade ligada a uma atividade laboral sindicalizada ou, então, dos componentes de um partido político. Em outro exemplo, poderão ser inclinadas as fundações que buscam o culto religioso, já que atendem a grupamento determinado de pessoas. Deixa-se de lado a utilidade social, para se trabalhar com a utilidade coletiva.

Pode-se exemplificar com as fundações de previdência privada (abertas e fechadas). O art. 202 da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98, admite o regime de previdência privada, de caráter complementar, facultativo e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado pelas Leis Complementares nº 108 e 109 de 29 de maio de 2001 (regulamentadas pelo Decreto nº 4.206, de 23 de abril de 2002), revogando a Lei nº 6.435,

de 15 de julho de 1977 (e alterações da Lei nº 6.462/77). De acordo com a nova regra, a previdência privada é complementar e pode ser operada por entidades de previdência que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (art. 2º da LC 109/2001).

5. Adaptação da atuação do Ministério Público

O CC/2002 manteve a necessidade de atuação do Ministério Público no velamento das fundações privadas. Nesse sentido, José Celso de Mello Filho (1980, p. 32) enumera alguns dos atos judiciais que podem ser praticados pelo MP:

“1) anulação dos atos contrários à lei e aos estatutos praticados pelos administradores das fundações; 2) o seqüestro dos bens fundacionais irregularmente alienados, sem prejuízo de outras medidas cautelares, típicas ou atípicas; 3) a prestação de contas dos administradores e tesoureiros das fundações quando estes não o fizerem administrativamente; 4) a extinção das fundações quando se tornar ilícito o seu objeto, ou for impossível a sua manutenção, ou se vencer o prazo de sua existência; 5) a remoção dos administradores da fundação no caso de negligência ou malversação e a nomeação de administrador provisório; e 6) a elaboração dos estatutos quando o instituidor não o fizer, nem nomear quem o faça, assim como quando a pessoa encarregada de fazê-lo não cumprir o encargo no prazo fixado pelo instituidor ou, em não havendo prazo, dentro de seis meses”.

Com efeito e dentro desses pressupostos, as funções do MP podem ser enumeradas didaticamente em quatro, nomeadamente designadas:

– função *consultiva* do MP, seja das fundações já constituídas, seja das fundações não-reconhecidas e de fato;

– função *fiscalizadora*, exigindo prestação de contas e velando pela proteção de: *finalidade* (impugnando atos administrativos contrários aos preceitos estatutários); *patrimônio* (resguardando a integridade, observando o destino aos fins estatutários e controlando a administração); *vínculo* manifestado na vontade do instituidor projetada no estatuto;

– função *substitutiva* da administração, precedida de ordem judicial, em casos de impossibilidade e suprindo eventual deficiência nos órgãos administrativos da entidade;

– função *interventora*, que se desdobra na aprovação dos estatutos, imposição de modificações estatutárias e em casos de irregularidades (nesse segundo momento, com a necessária e antecedente autorização judicial para intervir), além da intervenção em processos judiciais em que as fundações sejam parte.

O MP ainda poderá examinar escritas, solicitar informações, pedir prestação de contas, requerer inquéritos policiais, pedir a prisão preventiva de administradores improbos, iniciar ação penal, pleitear anulação de assembléias e resoluções, pleitear também rescisões de contratos, enfim, tudo o que se fizer necessário para que a finalidade da fundação não se desencaminhe, nem se dilua, utilizando-se de ação civil pública com o pedido específico.

A respeito, pronunciou-se o julgado do Supremo Tribunal Federal: “Fundação. Intervenção. Ação Fiscalizadora do Ministério Público. Art. 26 do Código Civil. Vinculação ao juízo para obter o regular funcionamento da entidade. Mandado de segurança concedido” (STF – RE nº 91.537/1 – RJ – Rel. Min. Thompson Flores – 14.10.1980).

Como se disse, a ingerência do MP na administração da fundação somente deverá ser feita por meio de pedido junto ao juiz curador. Em linhas gerais, essa, a compreensão que se tira do dispositivo do art. 66, cumulado com o inciso III do art. 67 e art. 69, todos do CC/2002 (que manteve basicamente a mesma exegese nesse ponto), além das

disposições instrumentais e materiais inseridas nos arts. 82, III, 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil e na Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que muito pouco especifica as funções do MP na administração das fundações). Os dispositivos explicitam que o órgão do Ministério Público velará pelas fundações existentes na comarca, devendo, inclusive, intervir nos processos em que as fundações sejam partes.

6. Ainda sobre o exercício de atividades econômicas

Além de mínimas e meramente pontuais, as alterações trazidas pelo CC/2002 não contemplaram sob qualquer hipótese ou análise a questão do exercício de atividades econômicas pelas fundações. Relegou-se, então, aos intérpretes do Direito a análise sistêmica, de modo a adequar institutos em princípio díspares, mas que são sempre utilizados em harmonia para garantir a continuação da entidade.

Pelo princípio da liberdade de associação e liberdade de empresa, há plena licitude na admissão de exercício de atividades econômicas pelas fundações privadas, de forma que os benefícios econômicos auferidos pela atividade acessória sejam revertidos para o cumprimento dos objetivos fundacionais; a atividade econômica como produtora de um lucro, excedente de capital, que seria reaplicado pela fundação.

Não se pode esquecer que, pelo princípio da proteção da vontade do instituidor, é estritamente necessário que o negócio de instituição tenha previsão expressa de que a fundação deverá participar de sociedade ou deverá se constituir com atividade empresarial em conexão com seus fins. Ademais, por uma questão de licitude da proposta, verificamos que não existe incompatibilidade entre o direito regulador do funcionamento das fundações e o direito que regulamenta a atividade econômica e empresarial. O que se admite é o inter-relacio-

namento entre ambos, superando qualquer argüição de ilicitude e incompatibilidade pela restrição mútua de princípios em proveito dos fins fundacionais.

Em sede de comparação de direitos, é importante transcrever a recomendação que encabeça a Lei nº 30, de 24 de novembro de 1994, da Espanha, que regulamentou a matéria e dispôs no preâmbulo:

“Merecen destacarse dos aspectos que inciden sobre la actividad de las Fundaciones: el primero es la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales; el segundo consiste en la exigencia de que una determinada proporción de las rentas y de cualesquiera otros ingresos que obtenga la Fundación sea destinada a la realización de los indicados fines”.

A referida Lei nº 30/1994 fixa critérios básicos sobre as atividades mercantis e industriais das fundações, dispondo o art. 22:

“1. Las Fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. 2. Cuando formen parte de la dotación participaciones en las sociedades a las que se refiere el apartado anterior y dicha participación sea mayoritaria, la Fundación deberá promover las transformaciones de aquellas a fin de que adopten una forma jurídica en la que quede limitada su responsabilidad. 3. Las Fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas y deberán dar cuenta de dicha participación mayoritaria al Protectorado con carácter inmediato a que la misma se produzca”.

Ainda em busca das fontes de direito, aproveitamos a doutrina de Rafael de Lorenzo Garcia (1993, p. 203), sobre ordenamento espanhol:

“No existe ninguna duda de que, en el ordenamiento jurídico español,

las Fundaciones pueden utilizar todo tipo de medidas empresariales (incluyendo, por tanto, la propia constitución de empresas) y, consecuentemente, obtener ganancia o beneficio. Lo que sí está excluido es la distribución de esos beneficios fuera de la propia Fundación, es decir, entre los fundadores o personas representativas de un interés puramente particular, de forma que implique una desviación de tales ganancias más allá del ámbito propio de la Fundación o de su círculo de beneficiarios. Puede afirmarse por ello que, en la actualidad, casi todas las Fundaciones, para la consecución de sus objetivos, participan plenamente en la vida económica, ejerciendo de forma permanente actividades económicas remuneradas, a título principal o accesorio. En este sentido, habría que determinar hasta qué punto les son aplicables a estas entidades las reglas comunitarias generales que se imponen a los operadores económicos ordinarios”.

No Brasil, se não existe referida exigência em sede normativa, deverá o próprio Ministério Público verificar o estatuto e observar se a participação da fundação ocorre em sociedade sem limitação de responsabilidade do sócio ou então que a atividade empresária da fundação não seja preponderante sobre a finalidade de interesse social a que se vinculou o patrimônio.

6.1. Princípio da reversão dos lucros da atividade econômica

Para compatibilização entre empresa e fundação, é necessário que haja a enunciação de princípio de complementariedade e restrição mútua entre os institutos, para compatibilizar a situação híbrida gerada. Nesse sentido é que se enuncia a *reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais*, nos moldes do que Valero Agundez (1969, p. 116) entendeu por *inversión de su capital*, “para

obtener rendimientos con los que promover las finalidades que le son propias”. No direito alemão, apresentam mesmo entendimento Werner Seifart (1999, p. 4) e Gerhard Brandmüller (1998, p. 76).

Por definição, a atividade fundacional é desvinculada do elemento lucro, entretanto, nada impede que se reverta o lucro obtido em benefício do interesse público tutelado pela entidade. Dentro da proposta de criar uma atividade-instrumento de garantia de capital para realização da filantropia, é imprescindível que o capital obtido pela atividade econômica seja revertido para a fundação.

Seria inconcebível admitir a distribuição de lucros, entrando em franca contradição com os fins públicos das fundações. Além disso, deve-se atentar para a conservação do patrimônio fundacional, como uma das fundamentais diretrizes do direito das fundações.

Esse raciocínio se aplica em toda a extensão da fundação-empresa e à fundação sócia de sociedade empresária.

Com relação à participação da fundação em sociedade limitada ou em sociedades de capital, deve ser analisado que, muitas vezes, a fundação não será sócia quotista ou acionária única, entendendo-se nesse caso que os dividendos cabentes à fundação, estes sim, devem ser necessariamente aplicados na realização do fim idealizado pelo instituidor da fundação.

Na legislação espanhola, o art. 22 da Lei nº 30/1994 reconhece a possibilidade de a fundação exercer, direta ou indiretamente, atividades mercantis ou industriais, positivando o princípio da reversão dos resultados econômicos para cumprimento das finalidades fundacionais.

Ainda nessa lei espanhola, verifica-se a disciplina fiscal das rendas e ingressos incorporados pelas fundações, dispendo o art. 25 da Lei nº 30/1994 nos seguintes termos:

“1. A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o

cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la Fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado.

2. La Fundación podrá hacer efectivo el destino de la proporción de las rentas e ingresos a que se refiere el apartado anterior en el plazo de tres años a partir del momento de su obtención.

3. De conformidad con los artículos 12.2 y 17.2, se entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 13.6”.

6.2. Participação da fundação na qualidade de sócia de sociedade empresária (exercício indireto de atividades econômicas)

É plenamente admissível que a fundação privada, na qualidade de pessoa jurídica, participe de sociedade com fins lucrativos, comercial ou não, ainda que se trate de sociedade de pessoas (com subscrição de cotas) ou sociedade de capitais (com titularidade de ações). Entenda-se por titular imediato da empresa a própria sociedade, dentro da qual se insere a fundação.

O fundamento doutrinário do tema é sustentável, tanto que foi deduzido por Andrea Zoppini (1995, p. 172):

“Ancóra diverso, e più rilevante sul piano pratico, il caso in cui la fondazione abbia ad oggetto lo svolgimento *mediato* di attività d’impresa, che si realizza principalmente (ma

non esclusivamente) attraverso la partecipazione a società di capitali, attesa la legittimità – ormai generalmente riconosciuta – della partecipazione di un ente a scopo non lucrativo ad una società a causa lucrativa. Infatti, il dato della partecipazione di per sé non implica un'alterazione funzionale nel soggetto partecipante, che si realizza (solo) quando non è rispettato il vincolo di destinazione proprio della finis causale che gli pertiene”.

Dessa maneira, os lucros obtidos pela sociedade empresária seriam divididos entre os sócios, entre os quais estaria a fundação. Esta, por sua vez, teria a necessária obrigação de reverter os benefícios obtidos para a realização de seu escopo de instituição, que não se confunde com o objetivo da empresa. Este é consectário do *princípio de reversão dos lucros da atividade econômica para a realização dos fins fundacionais*, já enunciado.

Perceba-se que a distribuição de lucros pode não ser exclusiva para a fundação sócia-quotista ou sócia-acionista, uma vez que é possível existir mais de um sócio que não a fundação. Não obstante, como dito anteriormente e reafirmado aqui, os dividendos cabentes à fundação deverão ser necessariamente revertidos para a realização dos fins assistencialistas desenvolvidos pela entidade. Essa é a orientação de Brun-Hagen Hennerkes (1996, p. 47), que apresenta a participação fundacional na empresa (*Beteiligungsträgerstiftung*) como um meio de desenvolvimento do próprio fim da fundação:

“Bei der *Stiftung als Dotationsquelle* steht das Motiv des Stifters im Vordergrund, die für die Erfüllung des Stiftungszwecks erforderlichen Mittel über die Unternehmensbeteiligung bereitzustellen. Die Unternehmensbeteiligung ist für diese in der Praxis regelmässig gemeinnützigen Stiftungen folglich nur das Mittel zur Erfüllung des Stiftungszwecks”.

6.3. Fundação-empresa (exercício direto de atividades econômicas)

No caso de constituição da fundação com atividade empresária embutida na própria organização, é objeto da empresa a consecução do fim fundacional e não a geração de benefícios para eventuais sócios (*intuitio personae*). Há vínculo patrimonial e funcional (HENNERKES, 1996, p. 46). O patrimônio estará vinculado ao exercício de atividade econômica, que financia a realização do fim assistencialista. Materializa-se a divisão entre a atividade econômica (empresarial) e o escopo fundacional, como meio e fim em si considerados, respectivamente. A teleologia, entretanto, continua na prática do assistencialismo reconhecidamente intrínseco à fundação. Andrea Zoppini (1995, p. 171) faz alusão a essa separação e ainda concebe o conceito da fundação-*holding*, nos seguintes termos:

“Sempre con riguardo alla dialettica scopo/attività, quale esempio di fondazione che in fatto svolge esclusivamente attività d'impresa, la dottrina italiana già da tempo há segnalato il fenomeno della *fondazione-holding* di altre fondazioni: si tratta di una fondazione finanziaria che 'há per oggetto l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa, con l'obbligo, impostole dallo statuto, di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili d'impresa all'altra fondazione, o eventualmente ad una pluralità di altre fondazioni, a loro volta distinte fra loro in ragione dei diversi settori di attività; queste ultime utilizzano le rendite o gli utili ricevuti per la diretta realizzazione degli scopi della fondazione”.

Gerhard Branmüller (1998, p. 43) também considera essa possibilidade de fundação-*holding*, caracterizando-a pela administração e condução de um grupo de empresas, com participação no quadro societário (fundação como sócia de empresas, com rever-

são do capital à finalidade, conforme deduzido no capítulo anterior).

Na compreensão de Antonia Nieto Alonso (1996, p. 339), a fundação-empresa é a conjugação de preceitos da Constituição espanhola, em particular, a função social da propriedade (art. 33 da CE), o direito de fundação (art. 34 da CE) e a liberdade de empresa (art. 38 da CE).

Valero Agundez (1969, p. 169), por sua vez, enumera dois requisitos essenciais: a) titularidade jurídica imediata da fundação sobre a empresa; e b) conexão institucional entre ambas, sem confundir finalidades.

A titularidade e a unidade patrimonial sobre a empresa trazem a responsabilidade ilimitada para a fundação, por conta da conexão institucional. No exercício de atividades indiretas, a fundação sócia responde de acordo com a disciplina do capital da sociedade. No regime de fundação-empresa, por sua vez, as dívidas são assumidas pela própria fundação, que deverá responder diretamente por elas com o seu patrimônio.

O que se verifica, em um segundo plano, é que a fundação-empresa se dedica institucionalmente para a realização de proveitos econômicos que possam ser revertidos para os seus fins públicos. É o que se pode nomear *caráter institucional* da empresa, com suporte na doutrina de Valero Agundez (1969, p. 131), segundo o qual: “Ello no significa que el sustrato de este tipo de persona jurídica no está formado por una agrupación de personas, sino por una obra a realizar”. Continua o doutrinador espanhol, em sua magistral obra:

“La empresa queda en una situación intermedia entre la socialización de la misma en sentido estricto y su permanencia bajo la titularidad de un sujeto individual o en conexión con el interés particular del mismo. Porque, aun continuando la empresa bajo un titular formal de carácter privado, éste no es portador de intereses individuales particulares, sino de intereses

generales. Por otra parte, al ser la empresa en estos casos la base patrimonial de la fundación, se convierte, por virtud de su conexión con ésta, en ‘empresa para un fin’” (AGUNDEZ, 1969, p. 131).

Não há, portanto, a destinação dos resultados financeiros para sujeitos individuais interessados, mas sim uma reversão aos interesses finalísticos da própria fundação (*Unternehmen an sich*).

Essa proposta, além de demonstrar a institucionalização da empresa, ainda revela a socialização dos escopos empresariais, uma vez que os benefícios econômicos são revertidos para a realização dos fins da fundação. É a empresa de interesse social (na linguagem de Valero Agundez e para os alemães *Gemeinwirtschaft*) e, mais do que nunca, cumprindo uma função social.

Nada impede, entretanto, que a atividade empresarial da fundação siga as modernas regras de administração adequada, busca de qualidade nos produtos e também a obtenção do máximo rendimento, com o menor emprego de meios.

6.4. Instituição e constituição da fundação-empresa

Para a constituição de uma fundação-empresa, os requisitos são os mesmos do CC/2002 e CPC e legislação extravagante em vigor. Assim, o instituidor, por meio de dotação patrimonial, vincula esse conjunto de bens dotados a uma das finalidades do art. 62, parágrafo único, do CC/2002. No mesmo negócio de instituição, discrimina-se que, em conexão à atividade pública, a fundação atuará em atividade econômica mantenedora desses fins públicos. Além disso, os estatutos estarão dispendiosamente acerca da organização para exercício da atividade.

Verifica-se que existe um procedimento a ser seguido dentro do próprio negócio de instituição.

Primeiro, cria-se a dotação patrimonial e seu fim assistencialista. Depois é que ha-

verá disposição sobre a atividade econômica mantenedora, seja para criá-la em conexão institucional, seja para incorporação da empresa à fundação. No caso de exercício indireto, as quotas ou, então, as ações farão parte da própria dotação patrimonial.

O registro dos estatutos, por se tratar de fundação (ainda de natureza civil), será efetuado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Não há disposição legal que determine o arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Juntas de Comércio).

A fundação, portanto, será titular imediata da empresa, havendo conexão institucional ou de corporificação, mas com absoluta independência de atividades. A titularidade se projeta tanto no aspecto patrimonial, quanto no aspecto puramente funcional.

7. Conclusão

As alterações promovidas pelo CC/2002, em relação às fundações privadas, foram meramente pontuais e corrigiram algumas questões referentes ao *quorum* para modificação estatutária, o destino do patrimônio em caso de insuficiência na instituição da entidade, a obrigação de transferência dos bens para a fundação após o registro (constituição) e a uniformização do destino do patrimônio após a extinção.

Não obstante alguns pequenos avanços promovidos pela evolução doutrinária do instituto e pela jurisprudência, a disciplina normativa não contemplou a importante questão do exercício de atividades econômicas, relegando a matéria para uma imprescindível interpretação sistêmica da admissibilidade e compatibilização de uma atividade de produção de resultados financeiros para uma fundação. Tais critérios também repercutem na atuação do Ministério Público, que deverá ter no velamento uma forma de facilitação de resultados da fundação, sem se afastar da imprescindível fiscalização de aplicação dos resultados nas

finalidades essenciais da entidade. Obviamente, a condução do velamento é o reflexo da fundação: Ministério Público forte, moderno e aparelhado para observância das modernas práticas administrativas é sinônimo de uma fundação ágil e capaz de enfrentar a dinâmica exigida pelo mercado.

Espera-se muito do terceiro setor e, dentro dele, do setor fundacional como um dos pilares de sustentação da distribuição de renda e minimização dos efeitos das desigualdades que ferem a sociedade brasileira. O fortalecimento das fundações com regras jurídicas claras e bem definidas caracteriza elemento de segurança jurídica garantidora de previsibilidade para atuação dessas entidades. Sendo assim, a doutrina continua com a sua missão transformadora, criativa e construtiva de um sistema interpretativo que garanta às fundações a continuidade de suas respectivas atuações.

Notas

¹ Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

² Disposição semelhante, vinculando ao bem comum, mas sem enumeração de hipóteses, encontramos na Argentina, que possui legislação específica de regulamentação da fundação, consubstanciada na Lei nº 19.836/1972, que no art. 1º dispõe: “Las fundaciones a que se refiere el artículo 33 del Código Civil son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Para actuar como tales deberán requerir la autorización prevista en el artículo 45 del citado Código”. Mais rigoroso é o art. 188 do Código Civil português, que dispõe que “não será reconhecida a fundação cujo fim não for considerado de interesse social pela entidade competente”.

³ Critica-se o parágrafo único do art. 62 do CC/2002, porque enclausurou hipóteses de fins sociais, sem contemplar escopos eminentemente associados ao bem-estar comum e evidentemente ligados à essência do setor fundacional, exemplo da prote-

ção do meio ambiente, capacitação profissional, dedicação aos índios, entre outros. A solução é a ampliação interpretativa das quatro hipóteses (religiosas, morais, culturais e de assistência), de modo a inserir as atuações sociais que foram somente omitidas, mas não suprimidas pela nova lei. O dispositivo do art. 62 do CC/2002 também deve albergar as hipóteses do art. 3º da Lei nº 9.790/99 (OSCIP), que são essencialmente voltados para entidades com o perfil das fundações.

⁴ §54. (2) Constituem fins religiosos especialmente a construção, decoração e manutenção de templo e casas paroquiais, a celebração do culto religioso, a formação de clérigos e ministros, o ensino religioso, o sepultamento dos mortos e o culto de sua memória, bem como a administração do patrimônio da igreja, a remuneração dos clérigos e ministros, dos funcionários e auxiliares eclesiásticos, a instituição de fundos para o amparo à velhice e invalidez em favor dessas pessoas e de seguro social para as respectivas viúvas e órfãos.

⁵ Podem ser inseridos os objetivos da Lei nº 8.742/93, que organizou a assistência social no país.

⁶ §53. Desenvolve uma entidade fins beneficentes quando a sua atividade se orienta no sentido de amparar, desinteressadamente, pessoas

1. que, em razão de sua situação física, espiritual ou mental, dependem de auxílio de outrem, ou

2. cujos proventos não excedem o triplo do valor do benefício previsto no §22 da lei federal de assistência social; ou o quádruplo desse valor, quando se tratar de pessoas sem parentes ou de chefe de família. Não se aplica esta regra a pessoas cujo patrimônio é suficiente para assegurar permanentemente melhor padrão de vida e das quais se pode exigir que o apliquem para este fim (...).

⁷ §55. Considera-se filantrópica a atividade de estímulo e de assistência, se através dela não se perseguem preponderantemente fins econômicos – como, por exemplo, fins profissionais ou outros fins lucrativos – e desde que ocorram os pressupostos seguintes: 1. Os recursos da entidade só podem ser aplicados nos fins previstos no estatuto. Os membros ou associados (membros no sentido desta norma) não podem participar dos ganhos da entidade, nem dela receber, na qualidade de membros, quaisquer vantagens (...).

⁸ O §66 qualifica a entidade de assistência social a entidade de utilidade pública que assiste às pessoas enumeradas no §53.

⁹ Os hospitais têm a disciplina fiscal especificada no §67.

¹⁰ §68. Consideram-se especialmente entidades de utilidade pública:

1. a) albergues para velhos, asilos, casas de repouso, postos para serviço de refeições, quando

servirem de maneira especial às pessoas indicadas no §53;

b) jardins de infância, asilos para crianças, jovens e estudantes, granjas escolares e albergues para jovens;

2. a) estabelecimentos agrícolas e de horticultura, que servem para abastecer as próprias entidades, e assegurar, assim, adequada alimentação e abastecimento suficiente dos membros da organização;

b) outros estabelecimentos necessários para o abastecimento das próprias entidades, como carpintarias, serralherias, quando os fornecimentos e demais serviços prestados por esses estabelecimentos a terceiros não excederem o valor de 20% de todos os serviços executados, aí computadas as prestações feitas à entidade;

3. oficinas para incapazes, que, de acordo com a lei de estímulo ao trabalho, atinjam esse objetivo legal e ofereçam empregos a pessoas que, em razão da sua incapacidade, não podem participar do mercado geral de trabalho, assim como estabelecimentos para terapia de trabalho e ocupação que se destinem ao aproveitamento de incapazes;

4. estabelecimentos mantidos para assistência a cegos e a pessoas portadoras de defeitos físicos;

5. estabelecimentos para a assistência educacional do menor;

6. loterias e sorteios autorizados pelas autoridades competentes que uma entidade favorecida por incentivos fiscais organiza, no máximo duas vezes por ano, para fins exclusivamente de utilidade pública, beneficentes ou eclesiásticos;

7. a) estabelecimentos culturais, como museus, teatros e promoções culturais, como concertos e exposições de arte;

b) competições esportivas de uma associação de esportes que não promova jogos de futebol com jogadores seus inscritos segundo o regulamento da primeira divisão da Federação Alemã de Futebol;

c) promoções sociais de uma entidade favorecida com incentivos fiscais, quando o excesso da receita sobre os custos derivada das atividades econômicas indicadas nas letras a até c, na média dos últimos três anos, inclusive do ano do lançamento, atingir montante anual não superior a 12 mil marcos alemães e for aplicado em objetivos estatutários da entidade incentivada pelo imposto (...).

Bibliografia

BATALHA, Wilson Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRANDMÜLLER, Gerhard. *Gewerbliche Stiftungen*. Bielefeld: Erich Schmidt Verlag, 1998.

- DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRECO, Franco. *Le fundazioni non riconosciute*. Milano: Giuffrè Editore, 1980.
- HAURIUO, Maurice. *La teoría de la institucion y de la fundacion*. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- HENNERKES, Brun-Hagen; SCHIFFER, K. Jan. *Stiftungsrecht*. Frankfurt: Fischer – Heymanns, 1996.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei n. 10406, de 10.1.2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEHMANN, Heinrich. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 7. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1952.
- LINARES ANDRÉS, Lucía. *Las fundaciones: personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*. Valencia: Tirat lo Blach e Universidade de Valencia, 1998.
- LORENZO GARCIA, Rafael de. *El nuevo derecho de fundaciones*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1993.
- _____; CABRA DE LUNA, Miguel Angel (Coord.). *Las fundaciones y la sociedad civil*. Madrid: Civitas, 1992.
- MELLO FILHO, José Celso de. Notas sobre as fundações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, n. 537, p. 29-35, jul. 1980.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. Velamento das fundações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 49, n. 296, p. 43-70, jun. 1960.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Las fundaciones en la Constitución: presente y futuro de las fundaciones*. In: LORENZO GARCIA, Rafael de (Coord.). Madrid: Civitas, 1990. p. 21-31.
- NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NIETO ALONSO, Antonia. *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*. La Coruña: Venus, 1996.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2.
- ROMANELLI, Vincenzo Maria. *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1935.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 1.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977.
- SCHATZ, Roland. (Coord.). *Unternehmen Stiftung: Eine Anleitung für die denkende Hand*. Bonn: Innovatio Verlag, 1992.
- SEIFART, Werner. *Handbuch des Stiftungsrechts*. 2. ed. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- SENNA, Homero. Fundação de direito privado. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 39.
- SPRENGEL, Rainer. *Statistiken zum deutschen Stiftungswesen: Ein Forschungsbericht*. Berlin: Mäcenata Verlag, 2001.
- STRACHWITZ, Rupert Graf. *Stiftungen - nutzen, führen und errichten: ein Handbuch*. Frankfurt: Campus Verlag, 1994.
- VALERO AGUNDEZ, Urbano. *La fundacion como forma de empresa*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1969.
- ZOPPINI, Andrea. *Le fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*. Napoli: Jovene, 1995.

A mecânica do federalismo

Adalberto Pimentel Diniz de Souza

Sumário

1. Introdução. 2. História do federalismo: nos Estados Unidos e no Brasil. 3. O Estado federal. 4. Perspectivas sobre o federalismo. 5. Conclusão.

1. Introdução

Na visão de Aristóteles, o homem era um “animal político”. Partindo dessa premissa, é possível construir teorias e idéias capazes de decifrar o comportamento do homem em sociedade, uma vez que, no âmbito das relações sociais, as atitudes se apresentam de forma absolutamente complexas.

As Ciências Sociais procuram explicar e buscar soluções para a convivência humana, que exige a imposição de regras comportamentais, as quais possibilitam a pacificação entre os seres para o alcance do bem comum.

O papel do Direito é fixar limites, estabelecer regras, distinções e mecanismos capazes de estruturar fórmulas que proporcionem aos que vivem em sociedade maneiras eficazes de organização e relacionamento mútuo.

E na História são encontrados os subsídios para o estudo dos fenômenos sociais que ocorreram para a formação do mundo como se apresenta atualmente.

Vale dizer: a origem do federalismo é absolutamente perceptível no Estado Romano. Os exércitos romanos conquistavam novos territórios e ao grupo de pessoas que neles viviam impunham uma nova ordem jurídica, subordinada a Roma.

Adalberto Pimentel Diniz de Souza é Advogado e Professor de Direito Civil. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A palavra *federação* é originária do latim *foedus*, que quer dizer aliança, pacto, tratado. Assim, não é difícil afirmar que a federação é o resultado da união, da aliança entre Estados, membros de um todo.

Somente com a primeira Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, foi criado o federalismo, fruto dos anseios populares de valorização da liberdade como grande virtude, própria das idéias revolucionárias dos Iluministas.

Dessa forma, o primeiro Estado federal foi o americano. Na época, inúmeras argumentações a favor do federalismo foram expostas por Hamilton, Madison e Jay, no célebre “The Federalist”, em favor da ratificação da Constituição de 1787 (criadora do Estado federal), entre as quais a necessidade de separação dos poderes em legislativo, administrativo e judiciário, bem como a necessidade de dividir os poderes entre o governo federal e os governos estaduais, tudo para que os Estados se unissem para a consecução de objetivos comuns, a exemplo da somatória de forças contra ameaças externas e contra os problemas políticos, administrativos e econômicos internos.

O Estado federal surgiu, na verdade, em repugnância ao absolutismo, regime centralizador do poder, que, além de opressor, representava a corrupção, limitação de direitos, desigualdades sociais absurdas, demandas, injustiças entre muitas outras facetas que submetiam o povo a uma situação deplorável e ao jugo de insanos.

Com a noção de federalismo, surgiu a idéia de descentralização e limitação do poder, que permite uma maior proximidade do governo com a população, seus problemas e necessidades, sem prejuízo do estabelecimento da liberdade, fator preponderante para a busca de uma nova concepção de forma de Estado.

Conforme apontou Bernard Schwartz (1984, p. 10), o federalismo nos Estados Unidos da América comporta as seguintes características:

“(i) como em todas as federações, a união de um número de entidades políticas autônomas (os estados) para fins comuns; (ii) a divisão dos poderes legislativos entre o Governo nacional e os estados constituintes, divisão esta governada pela regra de que o primeiro é um ‘governo de poderes enumerados’, enquanto os últimos são governos de ‘poderes residuais’; (iii) a atuação direta, na maior parte, de cada um destes centros de governo, dentro de sua esfera designada, sobre todas as pessoas e todas as propriedades existentes dentro de seus limites territoriais; (iv) o aparelhamento de cada centro com o complexo mecanismo de imposição da Lei, tanto executivo quanto judiciário; e (v) a supremacia do Governo nacional, dentro de sua esfera designada, sobre qualquer informação conflitante de poder estadual”.

Sem dúvida, as características acima descritas são capazes de delinear o perfil do que seja o federalismo, ao menos teoricamente. É uma forma de Estado que visa conciliar esforços, prerrogativas, competência e poder entre a União e os Estados.

Conceituar o federalismo não é tarefa das mais fáceis, até porque não existe um conceito universal do que seja federalismo. Mas é possível afirmar que se trata de uma forma de organização do Estado em que o poder é exercido em dois planos, o primeiro é exercido pela União soberana e o segundo pelos Estados autônomos.

Note-se, por oportuno, que federalismo e federação são institutos distintos. O primeiro é fruto da teoria, do mundo de valores, e o segundo nada mais é que aplicação concreta daquele.

Estudar o federalismo exige que se façam distinções e sejam traçados perfis desse tipo de Estado, até porque, após a criação do federalismo em 1787, várias outras adaptações do federalismo foram adotadas por muitos outros países de realidades diversas, entre os quais o Brasil.

2. História do federalismo: nos Estados Unidos e no Brasil

Inicialmente, vale lembrar que as terras estadunidenses foram colonizadas e divididas em treze colônias pelos ingleses. Em razão da colonização, a Grã-Bretanha, por óbvio, deteve a condição de Metrópole. Com o decorrer do tempo, paulatinamente, surgia nos habitantes das treze colônias a intenção de se livrar das imposições britânicas, criando Estados independentes, capazes de decidir sobre seus próprios interesses. Assim, em 1776 as colônias firmaram a Declaração de Independência que originou, em 1781, o tratado conhecido como Artigos de Confederação.

Esses Artigos de Confederação deram origem aos Estados Unidos Reunidos em Congresso, órgão pelo qual as antigas treze colônias (agora como Estados participantes de uma confederação) tomavam decisões a respeito de interesses comuns, como por exemplo a adoção de medidas de defesa contra ataques externos, tendo em vista a constante ameaça representada pela Grã-Bretanha.

As antigas colônias passaram a ser Estados independentes, dotados de autonomia e soberania. Mas esse objetivo alcançado, ao mesmo tempo em que representava uma conquista, também expressava um problema a ser resolvido, qual seja: em razão da soberania, seria perfeitamente possível ao Estado retirar-se da Confederação, o que ensejaria um enfraquecimento de poder e força.

Como solução a esse quadro, representantes dos Estados participantes da Confederação reuniram-se na Convenção de Filadélfia, em 1787, com a ausência apenas do representante de Rhode Island. Naquela reunião, ficou estabelecido que a solução seria a adoção da forma federativa de Estado. Criou-se o Estado federal com a Constituição elaborada por Washington, Franklin, Madison e Hamilton (os pais da pátria norte-americana), inspirados nos ideais ilumi-

nistas que norteavam os pensamentos contemporâneos da época. “Essa arquitetura político-jurídica do federalismo só é um modelo de excelência porque seus notáveis autores souberam interpretar e modelar um governo essencialmente humano” (SORTO, 1996, p. 157).

E da inicial forma federativa de Estado surgiu o que chamamos hoje de Democratas e Republicanos (os grandes partidos políticos dos Estados Unidos da América), em que os primeiros defendiam ampla liberdade aos Estados membros e os segundos, um governo forte e centralizador.

Não se pode deixar de fazer referência à Guerra de Secessão (1861-1865) havida entre os Estados do Norte e do Sul, em que os pontos de conflitos giravam em torno de problemas relativos à escravatura e à autonomia dos Estados membros. E, com o fim da guerra, com a derrota dos sulistas, restaurou-se a federação e foi abolida a escravatura, preservando-se uma marcante característica autonomista entre os Estados.

Essa autonomia ainda hoje é marcante naquele país. A União possui competência legislativa limitada, e os Estados membros possuem ampla competência legislativa; o que não deixa de representar o forte sentimento de muitos que chegam a propugnar pela completa independência perante a União.

Sobre os fortes sentimentos autonomistas que permeiam os Estados membros, já dispôs a Corte Suprema dos Estados Unidos em 1868:

“a perpetuidade e a indissolubilidade da União, de modo algum implica a perda da existência distinta e individual ou do direito de auto governo pelos estados... Sob a Constituição, embora os poderes dos estados fossem muito restritos, ainda assim todos os poderes não delegados aos Estados Unidos nem proibidos aos estados são reservados aos respectivos estados ou ao povo. E já tivemos ocasião de observar a este respeito que ‘o povo de

cada estado compõe um estado, tendo seu próprio governo e sendo dotado de todas as funções necessárias para uma existência separada' e 'que sem os estados em união não poderia haver um corpo político como os Estados Unidos'. Portanto, não somente não pode haver perda de autonomia separada e independente para os estados, através de sua união sob a Constituição, como também não se pode dizer incessantemente que a preservação dos estados e a manutenção de seus governos estão inseridas nos propósitos e nos cuidados da Constituição do mesmo modo que a preservação da União e a manutenção do Governo nacional. A Constituição, em todas as suas disposições, cuida de uma União indestrutível, composta de estados indestrutíveis" [Caso *Texas versus White*, 7 Wall, 700, 725 (EUA, 1868) apud SCHWARTZ, 1984, p. 11-12].

Enquanto nos Estados Unidos da América, por meio da união das colônias, foi constituída a federação, no Brasil ocorreu o contrário: o poder central subdividiu o poder entre as Províncias, que passaram a ser denominadas Estados, perfazendo dessa forma a descentralização do poder. Assim, houve uma cópia do sistema criado pelos norte-americanos. Enquanto lá houve o que os teóricos chamam de atuação de uma "força centrífuga", aqui no Brasil atuou a "força centrípeta" para a adoção do federalismo.

Nesse sentido,

"A evolução do sistema demonstra a permanente revitalização histórica da matriz política original – baseada numa fórmula de agregação que se opunha ao estado centralizado – e que vem caminhando para a configuração de estruturas centrífugas, marcadas em maior ou menor grau pela repartição de competências e rendas entre os entes federados, e pela repre-

sentação político-partidária dos Estados-Membros no Poder Central" (RANIERI, 1994, p. 87).

A federação foi adotada pelo Brasil mediante o Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, juntamente com a Proclamação da República. E assim dispunha a Constituição de 1891:

"Art. 1º – A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil".

Dessa forma, o Brasil adotou o modelo norte-americano de forma de governo, de forma tripartida, com a União, Estados membros e Municípios dividindo as três esferas do Poder Público.

Tradicionalmente, as demais Cartas Magnas brasileiras mantiveram o federalismo como forma de governo, até mesmo com o Estado Novo em 1937; e mais, sempre se proibiu expressamente qualquer tentativa de vedação à federação. E assim também dispõe o art. 60, § 4º, da Constituição de 1988:

"§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;"

Exposta a realidade, é possível constatar que o federalismo foi uma fórmula adotada, ou melhor, importada, que na verdade não possui as mesmas características da orientação fornecida pela experiência norte-americana. Basta exemplificar com a limitada autonomia (política, legislativa, administrativa e financeira) dos Estados membros da República Federativa do Brasil, que está longe de ser aquela apregoada pelo verdadeiro modelo de federação. E mais, as próprias Constituições Estaduais são pouquíssimo usadas, prova de um desvirtuamento do federalismo, que apregoa equilíbrio de poderes entre o Poder Federal e os Poderes Estaduais.

Vale lembrar que a autonomia impede a hierarquização entre as esferas de poder, o que na verdade não ocorre na prática, pois aqui existe a idéia de que o “federal é melhor que o estadual, ou o municipal”, ou ao menos tem maior importância.

Assim, a forma de Estado brasileira na verdade é marcada por uma certa centralização de poder, o que de maneira alguma favorece a democracia, que exige descentralização, que por sua vez permite uma maior proximidade do povo com o poder. “A centralização retarda decisões e distancia a vivência do problema da competência decisória. A descentralização pode dar-se em vários graus e o mínimo é aquele em que somente a criação de normas individuais é conferida a órgãos periféricos. É a chamada descentralização administrativa” (GRASSO, 1993, p. 60).

3. O Estado federal

Conforme aponta Dalmo Dallari (1986, p. 15):

“A diferença fundamental entre a união de Estados numa confederação ou numa federação está na base jurídica. Na confederação os integrantes se acham ligados por um tratado, do qual podem desligar-se a qualquer momento, uma vez que os signatários do tratado conservam sua soberania e só delegam os poderes que quiserem e enquanto quiserem. Bem diferente é a situação numa federação, pois aqui os Estados que a integram aceitam uma Constituição comum e, como regra, não podem deixar de obedecer a essa Constituição e só têm os poderes que ela lhes assegura”.

Assim, no Estado federal tem-se um poder central (com base na Constituição Federal), com aplicabilidade em todo território nacional, e outro local (baseado na Constituição Estadual), composto por regras locais (dos Estados membros). Portanto, é correta a afirmativa de que, aumentando-se a cen-

tralização, restringe-se a competência dos Estados membros.

Particularmente, o Brasil apresenta uma variante ao federalismo, que é o Município, com competências e rendas asseguradas pela Constituição. A divisão política e econômica atual representa um alto grau de descentralização. É a esfera de poder em que o povo se encontra mais próximo, possibilitando aos governantes o contato direto com os problemas locais da comunidade, o que facilita soluções.

O federalismo cooperativo, entendido como a forma de governo em que a União estende recursos aos Estados e Municípios, deve ser restringido, de forma tal que os Estados membros possam aumentar sua autonomia e com isso a administração de seus gastos de acordo com seus próprios recursos. Para a realidade brasileira, isso pode representar uma grande guinada, que até agora não foi muito discutida, mas que a nosso ver tende a diminuir a incidência de muitos problemas, entre eles o da corrupção e o das constantes reclamações de alguns Estados membros sobre a desigualdade na distribuição de recursos federais.

Ao se criar um Estado federal, as unidades componentes perdem soberania, passam a integrar uma nova ordem jurídica, que deve seguir os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, que de forma alguma poderá ser sobreposta por norma originada do Estado membro, cuja competência há que ser estabelecida pela Carta Magna.

Uma vez criado o Estado federal, não há que se falar em dupla cidadania, que porventura coexistisse com a do Estado membro. Não existe cidadão paranaense, gaúcho, paulista e assim por diante, existe o cidadão brasileiro.

Um outro ponto de fundamental importância no federalismo é a proibição de retirada de qualquer Estado membro, ou seja, não se reconhece o direito à secessão. Na verdade, essa foi a solução encontrada pelos norte-americanos para o fortalecimento

da nova forma de governo instituída com a Constituição de 1787; e que destoa do sistema disposto pela Confederação, que permite o direito de secessão.

A questão da soberania cabe única e exclusivamente ao Estado federal quando da criação do mesmo, o que de forma alguma impede que Estados membros tenham seus governantes, legisladores e membros do Poder Judiciário, mas tudo deve ser guiado conforme o quanto for permitido pela Constituição Federal.

Relativamente à fixação dos níveis de competência entre União e Estados membros, é preciso que a Constituição delimite o campo de atuação a cada um, sem que haja o rompimento do equilíbrio que proporciona a federação.

No Brasil impera – como já foi dito – a idéia de hierarquização entre níveis de Poder Federal, Estadual e Municipal. Com efeito, entendemos que é preciso excluir esse pensamento das pessoas, e até mesmo das disposições legislativas, uma vez que é preciso valorizar o que é local, o que verdadeiramente está ao alcance da população. Deve-se valorizar o preceito que “nem a União é superior aos Estados, nem estes são superiores àquela. As tarefas de cada um são diferentes mas o poder político de ambos é equivalente” (DALLARI, 1986, p. 22).

São idéias fundamentais que devem nortear o estabelecimento dos níveis de competência:

“1^ª) é indispensável que não se estabeleça a supremacia da União ou das unidades federadas, devendo-se procurar uma distribuição de competências equilibrada (...) 2^ª) como regra, à União são atribuídas competências para as matérias de interesse geral (...) 3^ª) é conveniente que se faça a enumeração das competências na própria Constituição” (DALLARI, 1986, p. 19).

Uma vez estabelecidos os níveis de competência, por via de consequência dispõem-se de poderes e encargos tanto da União

como dos Estados membros. Assim, há que haver equilíbrio entre encargos e receitas, que serão estabelecidas em razão dos tributos competentes a cada um.

4. Perspectivas sobre o federalismo

Como foi acentuado, o federalismo foi criado como forma a combater o absolutismo, que era um imperativo da época, portanto, uma característica que a ele deve ser atribuída é a noção de liberdade dos povos, tudo que não era previsto pelo antigo sistema centralizador de poder.

No federalismo, a noção de solidariedade entre os Estados membros constitui outro fator que deve ser observado atualmente. Cada qual fornece recursos próprios para a manutenção do federalismo; dessa maneira, forma-se a união de todos para garantia da segurança e democracia, além da acomodação dos objetivos econômicos e de fortalecimento do poder federal.

Na realidade pátria, a solidariedade fica muito bem demonstrada quando a própria União distribui recursos financeiros para unidades federativas. Como por exemplo: a construção e manutenção das estradas federais que percorrem o país, bem como a criação e fomento às universidades federais.

Note-se, ainda, através da história, que é possível constatar a preocupação demonstrada pelos povos no que concerne à segurança. Ninguém quer perder ou ao menos sofrer ameaças com relação ao que é de seu domínio. Nessa linha de pensamento, a adoção do federalismo é uma maneira de fortalecer também o poder militar. Porventura, qualquer agressão a um Estado membro é entendida como agressão ao próprio país.

E a exemplo do fortalecimento militar, também o fortalecimento político e econômico constituem fatores preponderantes para que o federalismo seja tão difundido mundialmente. A livre circulação de mercadorias, pessoas e capitais entre os Estados membros proporciona criação de riquezas; e a união dos entes federados impõe o forta-

lecimento político, pois a federação dispõe de soberania, que na verdade resulta da soma da delegação de soberania de cada Estado membro.

A descentralização do poder governamental é um fator que também deve ser lembrado, pois caracteriza-se exatamente pela existência de vários centros de poder político, o que faz presumir a existência do regime democrático.

Nos dias de hoje, as formas ditatoriais ou centralizadoras de poder realmente perderam seus papéis, salvo algumas insistências que, a nosso ver, poderão subsistir pelas transformações sociais, políticas e econômicas que devem ocorrer no mundo, assim como ocorreu no Brasil na década de 80, quando ruiu o regime ditatorial que disfarçava a existência do federalismo pela mera citação constitucional.

O federalismo, observados seus pressupostos de democracia, autonomia dos Estados membros e de descentralização de poder político, é a forma de Estado que melhor se amolda à nova ordem mundial: ao mercado mundial, à concorrência econômica, ao aperfeiçoamento crescente dos meios de comunicação, de transportes, à formação de blocos econômicos a exemplo da União Européia e do Mercosul, enfim, da globalização.

O Estado federal traz as vantagens da União sem que se percam as vantagens locais de cada Estado membro, assim como a autonomia política, repartição de competência, atribuição de rendas próprias.

Ainda sobre o federalismo brasileiro, alguns teóricos chegaram a propor que o atual sistema fosse reformulado de modo a organizar os entes federativos por regiões, tal é o nível de características regionais que abrangem até mesmo vários estados. Assim, como exemplo, poder-se-ia supor um ente federal formado pelos Estados membros do sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

E a reforçar esse pensamento,

“A Constituição de 1988 mantém os casos de alterações territoriais – incor-

poração, subdivisão, desmembramento, anexação, para formação de novos Estados ou Territórios Federais –, requerendo para isto a aprovação de população diretamente interessada, através do plebiscito, e a do Congresso Nacional, por lei complementar (art. 18, § 3º)” (Horta, 1990, p. 70).

Mas a verdade é que caminhamos para uma certa homogeneidade entre a população brasileira; as características culturais de nosso país estão se consolidando. O espírito de união federativa é maior do que o de autonomia de Estado membro.

5. Conclusão

Cada Estado que se dispôs a adotar o federalismo, na prática, amoldou-o às suas próprias características. Não existe um sistema idêntico ao criado e mantido de acordo com o que se vê nos Estados Unidos da América.

É bom deixar claro que a adoção do federalismo se deve ao sucesso ocorrido quando da sua implantação, graças às idéias iluministas, fundamentadas em princípios de liberdade, democracia e descentralização de poder.

O federalismo, em suma, representa uma forma de Estado extremamente moderna, capaz de se adaptar às transformações sociais, políticas e econômicas do mundo atual.

No Brasil, os municípios completam o sistema federal, possuem prerrogativas e encargos próprios, bem como receitas para a realização de suas tarefas; e tudo é estabelecido pela Constituição Federal.

E, apesar de o federalismo ter sido uma fórmula importada, esse sistema já faz parte, como idéia até indissolúvel, da realidade social e política nacional. A idéia de Federação já está tão arraigada na concepção política dos nacionais que até com a discussão sobre a elaboração da Constituição de 1988 a forma federativa de Estado já estava assegurada, sem maiores oposições.

Vale afirmar, por oportuno, que não há hierarquia entre as leis federais, estaduais ou municipais. O que existe são diferentes áreas de competência, que possuem limites. “Ou seja, gozam os Estados de autonomia, sendo o seu Poder Constituinte livre para fazer ou estabelecer o que não lhes vedou o direito supremo, o da Constituição brasileira” (FERREIRA FILHO, 1991, p. 120).

Em razão da estrutura organizacional do federalismo brasileiro, até pela tradição que se formou em torno da instituição federal, a tendência é aprimorar o fortalecimento de características próprias e peculiares ao sistema nacional, dessa forma, conduzindo à coexistência harmônica entre os poderes exercidos nos níveis federal, estadual e municipal. É o que se espera.

Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 14, p. 16-26, 1996.
- _____. *Teoria geral do Federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UEMG, 1982.
- BARROS, Renato Paes de. *Do regime federal*. 1940. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1940.
- CARPISO, Jorge. *Federalismo en latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 1973.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado Federal brasileiro à luz da Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 86, p. 116-129, 1991.
- GRASSO, Marlene Savóia. O sistema Federativo. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 3, p. 59-79, 1993.
- HORTA, Raul Machado et al. *Perspectivas do Federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1958.
- _____. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, 1964.
- _____. O Estado-membro na Constituição Federal brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Imprensa Universitária, Belo Horizonte, n. 69-70, p. 61-89, 1990.
- KANT, Immanuel. Il Federalismo e la pace. In: *Il Federalismo*. Bologna: Il Mulino, 1975. p. 32-36.
- LA PERGOLA, Antonio. Regionalismo, Federalismo e poder externo do Estado. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Imprensa Universitária, Belo Horizonte, n. 67-68, p. 55-91, jul. 1988, jan. 1989.
- PROUDHON, P. J. *Du príncipe Fédératif*. Paris: E. Dentu, Libraire-Éditeur, 1863.
- RANIERI, Nina. Sobre o Federalismo e o Estado Federal. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 9, p. 87-98, 1994.
- RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do Federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S. A., 1965.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- _____. *O Federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SORTO, Fredys Orlando. O federalista e a Constituição dos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Imprensa Universitária, Belo Horizonte, n. 82, p. 133-157, jan. 1996.

Direito Ambiental

A legislação em defesa dos recursos naturais

Frank Larrúbia Shih

Sumário

1. O ponto de partida: a Constituição Federal. 2. O Direito Ambiental Penal. 3. O Direito das águas. 4. Proteção da fauna. 5. Os resíduos sólidos. 6. A questão da bioética e do biodireito. 7. Meio ambiente do trabalho. 8. O seguro ambiental. 9. As unidades de conservação. Anexos I e II.

1. O ponto de partida: a Constituição Federal

A atual Carta Magna houve por bem dedicar – especificamente – um capítulo ao meio ambiente. Um só artigo, seguido de vários incisos e seis parágrafos (CF, art. 225). É considerado um avanço na história jurídica constitucional brasileira, pois é a primeira Constituição a tratar com precisão cirúrgica a questão do meio ambiente.

Merece atenção, contudo, que essa concentração do dispositivo constitucional é apenas aparente, pois outros dispositivos da mesma natureza encontram-se pulverizados no Texto Constitucional, e não são poucos: arts. 20, II; 23, VI e VII; art. 24, VI, VII e VIII; 91, § 1º, III; 129, III; 170, VI; 174, § 3º; 186; 200, VIII; 216, V; e 220, § 3º, II. Não podem ser esquecidos os remédios constitucionais que são instrumentos de garantia para a defesa contra os atos lesivos ao meio ambiente, a exemplo da ação popular e da ação civil pública¹ e até mesmo os sistemas de controle de constitucionalidade difuso e concentrado no âmbito do Judiciário².

Frank Larrúbia Shih é Procurador Federal (RJ), Especialista em Direito do Estado e Administrativo, Professor da Faculdade Moraes Júnior (RJ), Professor da Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ), Professor da Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá (RJ), Instrutor do Centro de Estudos Jurídicos da AGU (DF) e Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP (SP).

Mas a efetividade das normas constitucionais não resulta – e nem se esgota – tão somente da singela compreensão jurídica do que venham a ser normas plenas, contidas ou programáticas. Além da legislação infra-constitucional e da sua regulamentação, os *instrumentos de gestão* têm especial e relevante função para se passar da *palavra à ação*, como, por exemplo, a criação efetiva das áreas de proteção ambiental (APA)³ e programas de educação ambiental⁴, com o propósito de conformar a população com o meio ambiente, tendo em vista a diretriz do desenvolvimento sustentável⁵.

Não é tarefa fácil. No plano constitucional, a competência legislativa e administrativa concorrentes para o trato das questões ambientais sugere constantes conflitos no âmbito do Poder Público, uma vez que cada nível da Administração – federal, estadual e municipal – pode estabelecer parâmetros e prioridades diferentes nas políticas de desenvolvimento e proteção ambiental, não escapando da observação que o Poder Público, como o grande gestor ambiental, é também um enorme e potencial ofensor do meio ambiente, na medida em que realiza empreendimentos de grande magnitude, como usinas hidrelétricas, rodovias, usinas de lixo e outras atividades de expressivo impacto ambiental.

A tensão permanente entre o desenvolvimento e a proteção ao meio ambiente faz parte justamente de um binário inseparável, haja vista que a desconsideração protetiva e o esgotamento dos recursos naturais levariam ao colapso o próprio desenvolvimento, na via de um processo autofágico e apocalíptico. Daí a importância da *Constituição Ambiental*, como expressão amadurecida da vontade política e ideológica de uma nação em encerrar uma lei fundamental comprometida com a proteção ao meio ambiente e os seus recursos naturais.

Fixados os marcos iniciais de orientação que a Constituição sinalizou ao legislador, o presente estudo está vocacionado para alguns dos pontos mais sensíveis e impor-

tantes em que a legislação atua como relevante instrumento de proteção ambiental.

2. O Direito Ambiental Penal

As normas cíveis e administrativas prestam relevante função na efetividade da tutela ao meio ambiente. Todavia, essas normas gerais não se mostram suficientes à efetivação da proteção, especialmente pelo fato de que o interesse juridicamente tutelado tem caráter macrossocial, ou seja, implica ofensa aos direitos de massa – coletivos e difusos – transindividuais até mesmo no aspecto temporal, haja vista o comprometimento não só das gerações atuais, mas também das gerações futuras. Entra em cena, portanto, o Direito Penal, como instrumento de pressão para conter as mais graves violações mediante a criminalização ambiental.

A existência dessa acentuada danosidade social não escapou do trato constitucional, uma vez que a *Lex Magna* pontua a triplíce responsabilidade ao infrator ambiental: art. 225, § 3º (“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”). No regime legal, a Lei nº 9.605/98 concentra a mais significativa responsabilização de caráter penal no âmbito do ordenamento jurídico. Mas não basta. O Direito Ambiental Penal somente cumpre sua relevante função se presente o seu *caráter preventivo, educativo, repressivo e reparador*, dadas as inúmeras situações de complexidade que caracterizam os crimes ambientais. Assim, na referida lei, encontramos diretrizes fundamentais que atuam em várias frentes:

Prevenção universal

O traço distintivo do Direito Ambiental Penal é a sua função preventiva: Exemplo: art. 79-A1: “Para o cumprimento no disposto desta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA (...) ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas (...)”.

Regime educativo

É o caráter pedagógico com o fim de se evitar futuras agressões: Exemplo: art. 72, § 4º: “a multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”.

Regime repressivo

Tem caráter sancionatório e objetiva punir o infrator por violações mais graves. Exemplo:

art. 35. “Pescar mediante a utilização de:

I – explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante.

Pena – reclusão, de (um) ano a 5 (cinco) anos”.

Reparação do dano

É a reversão ao *statu quo* para a recomposição do meio ambiente: Exemplo: art. 17: “a verificação da reparação (...) será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente”.

Outro ponto merecedor de atenção é a *responsabilização criminal da pessoa jurídica*, dado o potencial ofensivo que têm as empresas na realização de suas atividades. Permite a lei, ainda, a *desconsideração da personalidade jurídica* quando necessário descortinar a responsabilidade de seus dirigentes. Vale dizer, “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade”, sendo que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”, e como consectário de viabilização “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (Cf. lei cit., arts. 3º, parágrafo único, e 4º).

Por outro lado, a lei *sub examinen* prestigiou a aplicação de *penas alternativas*, na exata medida em que permite que penas restritivas de direitos sejam *autônomas* e substituem as privativas de liberdade, tanto nos

delitos culposos como naqueles em que a pena privativa de liberdade seja inferior a quatro anos. Admite-se, ainda, a *transação penal* e a *suspensão do processo*, sendo que, nesse aspecto, a lei estabelece um mecanismo engenhoso ao condicionar esses benefícios à prévia composição do dano ambiental, inclusive com a admissão de prova técnica (laudo), de modo a garantir a máxima efetividade da reparação⁷.

3. O Direito das águas

A água é o alimento da humanidade e fonte de sustentação da vida. Sem esse recurso natural, não há atividade. Não há desenvolvimento. Não há sequer vida. Portanto, sua natureza é vital e constitui-se em patrimônio de interesse comum de todos.

A proteção das águas tem especial atenção da Constituição Federal, ao estabelecer o seu *regime dominial* (propriedade das águas), como, por exemplo, os lagos e rios e quaisquer correntes de água situados em terrenos de domínio da União (CF, art. 20, III); o *regime de utilização*, como é o caso de exploração de serviços e instalações de energia elétrica (potenciais hidroenergéticos); assim como o *regime de saúde pública*, seja inspecionando e fiscalizando alimentos (inclusive bebidas e águas para consumo), vigilância sanitária (trato de epidemias) e de saneamento básico (CF, arts. 200, II, IV e VI). Como a utilização da água se faz presente em quase todas as atividades humanas, a sua tutela é igualmente expandida. Não é por outra razão que são muitos os Tratados Internacionais aprovados pelo Brasil na tutela das águas, entre os quais podemos destacar: Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios; Convenção Relativa à Organização Hidrográfica Internacional.

No regime legal, a tutela das águas é uma rosa dos ventos, pois segue várias direções conforme a especificidade do bem tutelado. Assim, temos a título de exemplos: Decreto-

lei nº3.438/41 (Terrenos de Marinha e Manguezais); Decreto-lei nº 7.841/45 (Código de Águas Minerais); Decreto-lei nº221/67 (Proteção da flora e da fauna aquáticas); Lei nº 5.318/67 (Política Nacional de Saneamento); Lei nº 7.661/88 (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro); Lei nº9.433/97 (Plano Nacional de Recursos Hídricos); Lei nº 9.795/99 (Plano Nacional de Educação Ambiental); Lei nº 9.984/2000 (criação da Agência Nacional das Águas – ANA, autarquia federal responsável pela execução do PNRH).

Merece destaque a importância do Inquérito Civil e da Ação Civil pública como instrumentos do Ministério Público para a proteção ambiental das águas, assim como as atribuições dadas aos órgãos administrativos para executar e fiscalizar, com poder de sanção, as atividades dos particulares⁸.

É sensível perceber que todos os arca-bouços legislativos e administrativos são – apesar de suas amplitudes – insuficientes para a proteção que ainda se almeja, haja vista que ainda são freqüentes e diárias as notícias de degradação ambiental justamente neste importantíssimo recurso natural. Como bem salientado no *Seminário Meio Ambiente e a Tutela Jurídica das Águas*⁹, é imperativa uma efetiva política de educação jurídico-ambiental, econômico-ambiental, urbanístico-ambiental, agrícola-ambiental, médico-ambiental e científico-tecnológica, em um raio de ação circular que preserve as águas e a sadia qualidade ambiental propícia à vida em geral e ao bem-estar das presentes e futuras gerações.

Declaração Universal dos Direitos das Águas (ONU)

1 – A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos.

2 – A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura.

3 – Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia.

4 – O equilíbrio e o futuro de nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende, em particular, da preservação dos mares e oceanos, por onde os ciclos começam.

5 – A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.

6 – A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.

7 – A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.

8 – A utilização da água implica em respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.

9 – A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social.

10 – O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra.

4. Proteção da fauna

Nas Escrituras Sagradas, os animais tiveram precedência sobre a criação do homem, mas Deus privilegiou a potestade humana ao estabelecer que “... façamos o homem à nossa imagem, segundo a nossa semelhança, e tenham eles em sujeição os peixes do mar e as criaturas voadoras dos céus, e os animais domésticos, e toda a terra, e todo animal movente que se move sobre a terra” (BÍBLIA, A. T., Gênesis, 1: 26). Esse poder de sujeição, por certo, nunca foi para maltratar, torturar ou exterminar os animais, mas sim a responsabilidade humana – di-

ante do poder sobre as criaturas do céu, do mar e da terra – de *preservar e zelar* por eles¹⁰.

O art. 225, § 1º, VII, da Carta Política de 1988 dispõe expressamente sobre o dever do Estado e da coletividade em proteger a fauna e a flora (“Para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao Poder Público: proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade”). Tanto a União como os Estados e os Municípios têm competência legislativa concorrente e competência material comum (CF, arts. 23, VI e 24, VI), ou seja, podem tanto legislar quanto executar ações para a proteção da fauna. No plano infra-

constitucional, o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA está previsto na Lei nº 6.938/81, que é integrado por vários órgãos responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental.

As agressões à fauna¹¹ são de espantosa criatividade, haja vista que o sadismo humano é sem limites. Sua incursão vai desde “esportes” até aos requintes da mais profunda crueldade. É preocupação na ordem internacional, por exemplo, o tráfico de animais e a submissão em experiências cruéis.

A legislação protetiva da fauna segue em evolução no país, razão pela qual destacamos o quadro sinótico abaixo, com a indicação das principais leis por matéria:

Legislação	Matéria
Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967	Institui o Código de Pesca
Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967	Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências
Lei nº 6.638, de 08 de maio de 1979	Normas para a Prática Didático-Científica da Visisseção de Animais.
Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981	Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências
Lei nº 7.173, de 14 de dezembro de 1983	Dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos e dá outras providências.
Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1989	Proíbe a Pesca de Cetáceos nas Águas Jurisdicionais Brasileiras, e dá outras providências
Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989	Dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências
Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998	Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000	Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

No âmbito da jurisprudência da Excelsa Corte Constitucional, merece destaque a orientação de que costumes regionais brasileiros como “briga de galos” e a “farra do boi”

não mais têm lugar diante da proteção constitucional:

CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUEL-

DADE. “BRIGA DE GALOS”. I – A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre “galos combatentes”, autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F., art. 225, § 1º, VII. II – Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro. (ADI 1856 MC / RJ – RIO DE JANEIRO, Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJDATA-22-09-2000 p. 69).

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (RE 153531 / SC – SANTA CATARINA, Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, DJDATA-13-03-98 p.13)

Na Ordem Internacional, mostra-se relevante a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 15 de outubro de 1978:

Declaração Universal dos Direitos dos Animais

Considerando que todo o animal possui direitos,

Considerando que o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza,

Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo,

Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros.

Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante,

Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais,

Proclama-se o seguinte:

Artigo 1º

Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência.

Artigo 2º

1. Todo o animal tem o direito a ser respeitado.
2. O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito; tem o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais.
3. Todo o animal tem o direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem.

Artigo 3º

1. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis.
2. Se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia.

Artigo 4º

1. Todo o animal pertencente a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu próprio ambiente natural, terrestre, aéreo ou aquático e tem o direito de se reproduzir.
2. Toda a privação de liberdade, mesmo que tenha fins educativos, é contrária a este direito.

Artigo 5º

1. Todo o animal pertencente a uma espécie que viva tradicionalmente no meio ambiente do homem tem o direito de viver e de crescer ao ritmo e nas condições de vida e de liberdade que são próprias da sua espécie.
2. Toda a modificação deste ritmo ou destas condições que forem impostas pelo homem com fins mercantis é contrária a este direito.

Artigo 6º

1. Todo o animal que o homem escolheu para seu companheiro tem direito a uma duração de vida conforme a sua longevidade natural.
2. O abandono de um animal é um ato cruel e degradante.

Artigo 7º

Todo o animal de trabalho tem direito a uma limitação razoável de duração e de intensidade de trabalho, a uma alimentação reparadora e ao repouso.

Artigo 8º

1. A experimentação animal que implique sofrimento físico ou psicológico é incompatível com

os direitos do animal, quer se trate de uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer que seja a forma de experimentação.

2. As técnicas de substituição devem de ser utilizadas e desenvolvidas.

Artigo 9º

Quando o animal é criado para alimentação, ele deve ser alimentado, alojado, transportado e morto sem que disso resulte para ele nem ansiedade nem dor.

Artigo 10º

1. Nenhum animal deve ser explorado para divertimento do homem.

2. As exposições de animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal.

Artigo 11º

Todo o ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é, um crime contra a vida.

Artigo 12º

1. Todo o ato que implique a morte de um grande número de animais selvagens é um genocídio, isto é, um crime contra a espécie.

2. A poluição e a destruição do ambiente natural conduzem ao genocídio.

Artigo 13º

1. O animal morto deve ser tratado com respeito.

2. As cenas de violência de que os animais são vítimas devem ser interditas no cinema e na televisão, salvo se elas tiverem por fim demonstrar um atentado aos direitos do animal.

Artigo 14º

1. Os organismos de proteção e de salvaguarda dos animais devem estar representados a nível governamental.

2. Os direitos do animal devem ser defendidos pela lei como os direitos do homem.

5. Os resíduos sólidos

O processo de produção para a obtenção de um produto final leva, necessariamente, à formação de resíduos e dissipação de energia. A minimização quantitativa e qualitativa desses resíduos é um dos objetivos do Direito Ambiental, na busca de estratégias conciliadoras entre consumo, economia e meio ambiente. Não é tarefa fácil o equacionamento dessas vertentes, pois as exigências dos padrões de consumo hoje

existentes desequilibram vertiginosamente a *entropia*¹² no planeta, colocando a pique qualquer política de consumo sustentável.

Os resíduos sólidos deterioram o solo, subsolo e ocasionam envenenamento de águas subterrâneas e da própria atmosfera, em razão do ciclo da natureza. Mas o que se entende por *resíduos sólidos*? A NBR nº 10.004, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, adotada pela Resolução CONAMA nº 5/93, tem a seguinte definição: “resíduos nos estados sólidos e semi-sólidos, que resultam de atividade da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d’água, ou exijam para isso soluções técnicas e economicamente inviáveis, em face da melhor tecnologia disponível”.

A legislação aplicável à espécie está pulverizada em um cipoal de leis correlatas¹³, sendo preponderantes os atos normativos do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA¹⁴, sendo que várias legislações estaduais já disciplinam uma política de resíduos sólidos, sendo de especial valia as Normas Técnicas da ABNT. No plano federal, ainda se carece de uma Política Nacional de Resíduos Sólidos, existindo apenas em projeto de lei. Neste, constata-se a disciplina para a incineração de resíduos, aterros, reciclagens, usinas de compostagem, bem como a imposição de sanções penais e administrativas aos infratores.

Por ora, os doutrinadores vêm apontando várias soluções possíveis para a redução do lixo gerado pelos padrões de produção de consumo, entre os quais destacamos:

Política Administrativa Reciclagem	Método de Atuação
	Método já adotado em vários países. Consiste em reaproveitamento dos resíduos. Fator gerador de empregos.

Política Administrativa	Método de Atuação
Coleta Seletiva	Recolhimento de material reaproveitável. Auxilia o processo de reciclagem.
Educação Ambiental	Conscientização da sociedade, sendo dever do Estado. Art. 225, §1º, VI, da Constituição Federal.
Internalização do custo ambiental	Aplicação efetiva do princípio poluidor-pagador.
Responsabilidade pós-consumo	Atribui-se ao fabricante a responsabilidade pelo reaproveitamento de suas embalagens. Ex: pilhas e pneus ¹ .
Eco-eficiência e Eco- <i>design</i>	São políticas no âmbito das empresas para eficiência no aproveitamento da matéria-prima e a adoção de produtos racionais na sua composição, incluindo até biodeterioração.

6. A questão da bioética e do biodireito

Vivemos em uma época em que todos somos responsáveis por todos e os novos poderes da ciência importam em novos deveres ao homem. A bioética despontou com mais significância ao final da Segunda Guerra Mundial, quando veio ao mundo o conhecimento das experiências nazistas realizadas nos campos de concentração, em que seres humanos eram usados como cobaias em experimentos de laboratório. Assim, a bioética surge como um estudo sistemático de dimensões morais, avaliando a correção do agir humano, dentro do espaço ético-científico, ou seja, os valores éticos e filosóficos concernentes à ciência da vida e da saúde. Surgem, em razão disso, os chamados direitos de Quarta Geração, como expressão do avanço das biociências, preenchendo-se o vazio jurídico criado pelas incessantes situações produzidas pela evolução científica. É o biodireito.

A questão da bioética e do biodireito ultrapassa a esfera humana, até porque a bioética é – essencialmente – multidisciplinar, sendo imprescindível a colaboração de outras disciplinas para a sua formulação, razão pela qual guarda íntima ligação com a questão ambiental, especialmente quanto aos aspectos que envolvem a *Diversidade Biológica*.

O Brasil ocupa espaço privilegiado no cenário internacional, em face da enorme

quantidade de riquezas naturais na fauna e flora, com uma espetacular biodiversidade. No plano normativo, cabe destaque a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizado no Rio de Janeiro (ECO-92), ocasião em que foi elaborada a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Essa Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 2.159/98, sendo aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 02/94 e está em vigor no país.

Com a convenção, o Brasil obriga-se a implementar medidas técnicas, jurídicas e políticas para levar a efeito o pacto central. A própria legislação posterior à Convenção já é indicativa de que alguns tópicos são observados na feitura da legislação ambiental, como a exigência de conservação da diversidade biológica, dos ecossistemas, *habitats* e a utilização sustentável dos recursos naturais.

Enfim, a bioética e o biodireito constituem temas relevantes a serem considerados pelo operador do direito no exame da legislação ambiental como instrumento de defesa dos recursos naturais.

7. Meio ambiente do trabalho

Na dicção do art. 200, VIII, da Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde – SUS tem a atribuição de colaborar na proteção

ao meio ambiente, compreendido o do trabalho. Sobre o tema, deitou-se controvérsia tanto na doutrina quanto na jurisprudência relativa à exata compreensão dos níveis de competência para a regulação da matéria.

Observa-se, contudo, que, no Texto Constitucional, a regulação do meio ambiente genericamente considerado não se confunde com a saúde do trabalhador, até porque o direito ao meio ambiente é pautado em natureza difusa, ao passo que o direito à insalubridade do ambiente laboral tem natureza de direito individual homogêneo, ou, no prisma constitucional, um direito social.

Em que pese a essas divergências, não se pode negar a contribuição relevante prestada à proteção do meio ambiente quando se verifica – em linha direta – a proteção à saúde do trabalhador, como, por exemplo, na questão do uso de amianto, mineral que já foi banido até mesmo pela Organização Mundial do Comércio – OMC, em defesa da saúde pública¹⁶. Algumas leis estaduais brasileiras baniram a comercialização do amianto, porém o Supremo Tribunal Federal as têm como inconstitucionais, devido ao entendimento de que, na hipótese, havia invasão de competência¹⁷. Sendo essa a posição da Excelsa Corte, claro está que melhor será a edição de lei nacional coibindo o uso e a comercialização do amianto, pois a proteção ambiental será alcançada ainda que pela via da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (CF, art. 22, I).

Vencida a questão da competência, nossa consideração é mais inclinada para a contribuição que as normas protetivas do trabalhador possam prestar à questão ambiental, ainda que sob o prisma do meio ambiente do trabalho, aludida pelo art. 200, VIII, da Lei Fundamental.

Em sendo assim, é da nossa opinião que a análise da legislação ambiental não deve ser prescindida das normas concernentes ao meio ambiente do trabalho, pois a natureza diversa da linha legislativa não afasta a importante contribuição defensora ao meio ambiente e como tal deve ser considerada.

8. O seguro ambiental¹⁸

Um dos mais fascinantes relatos acerca de como era o Brasil após a sua “descoberta” não foi descrito por Pero Vaz de Caminha, mas sim pelo francês Jean de Léry (1980, p. 77-78), alguns anos após, com uma visão única e detalhada daqueles tempos imemoriais:

“Tivemos desde então vento de oeste que nos foi propício e permaneceu tão constante que a 26 de fevereiro de 1557, pelas oito horas da manhã, avistamos a Índia Ocidental ou terra do Brasil, quarta parte do mundo, desconhecida dos antigos e também chamada América, do nome daquele que em 1497 primeiro a descobriu. Não é preciso dizer que muito nos alegamos e rendemos graças a Deus por estarmos tão perto do lugar que demandávamos. Com efeito, há cerca de quatro meses já não víamos porto e flutuávamos num exílio sem solução. Por isso logo que verificamos ser o continente que víamos, pois muitas vezes nos enganaram as nuvens, velejamos para a terra e no mesmo dia, com o nosso almirante à frente fomos ancorar a meia légua de um lugar montanhoso chamado *Huuassú* pelos selvagens. Botamos na água o escaler e depois de ter disparado alguns tiros de peça para avisar os habitantes, conforme costume de quem chega a esse país, vimos reunirem-se na praia homens e mulheres em grande número. Nenhum de nossos marinheiros, já viajados, reconheceu bem o sítio; entretanto os selvagens eram da Nação dos *Margáia*, aliada dos portugueses e por consequência tão inimiga dos franceses que se nos apanhassem em condições favoráveis, não só não nos teriam pago resgate algum mas ainda nos teriam trucidado e devorado. E logo pudemos admirar as florestas, árvores e ervas desse país que, mes-

mo em fevereiro, mês em que o gelo oculta ainda no seio da terra todas essas coisas em quase toda a Europa, são tão verdes quanto na França em maio e junho. E isso acontece durante todo o ano nessa terra do Brasil”.

Naqueles tempos, as águas límpidas e o verde das matas já impressionavam os viajantes e a riqueza e a intocabilidade da fauna e da flora nunca poderão ser imaginadas pelas atuais gerações.

Os danos que a humanidade podia causar ao meio ambiente ainda eram limitados e decorrentes de atividades extrativistas. Com a Revolução Industrial, o confronto homem-natureza ganhou uma nova tensão e a expansão industrializada e tecnológica dos dias atuais – à medida que traz mais conforto ao homem – introduziu um problema de magnitude mundial, que é conciliar desenvolvimento com a preservação ambiental. A idéia do *desenvolvimento sustentável* é um dos maiores dramas atuais da humanidade.

O grande marco inicial que selou a preocupação internacional sobre danos ambientais foi a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, dando início à formação do próprio Direito Ambiental, com os países definindo a sua legislação ambiental. No ordenamento pátrio, as disposições constitucionais do art. 225 e seus parágrafos tratam especificamente do meio ambiente, sendo o seu *caput* definidor de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Por sua vez, a Lei nº 6.938/81 institui a Política Nacional do Meio Ambiente, e a Lei nº 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Nosso país tem uma das legislações ambientais mais modernas do mundo, mas os investimentos nessa área talvez sejam um dos piores. A despeito da proteção legislati-

va, judicial e administrativa ao meio ambiente, ainda assim todos os instrumentos ainda não são capazes de obter resultados satisfatórios para o almejado equilíbrio. Não existe solução monolítica. A solução é tarefa árdua e empreende várias frentes de ataque.

Uma dessas frentes de ataque é justamente o SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. Pela primeira vez, surge uma modalidade de seguro que *transforma as seguradoras em verdadeiras parceiras do Poder Público*. Explica-se: nenhuma seguradora concede cobertura a danos ambientais sem antes se certificar de que o segurado tenha efetivamente adotado as medidas preventivas para se evitar a realização do sinistro, que, no caso, seria também o cumprimento rigoroso da legislação ambiental, até porque o valor do prêmio é proporcional à gestão ambiental adotada pela empresa segurada. Ora, ao se exigir do segurado a preservação do bem, objetivando a minorar o risco do sinistro com a adoção de medidas protetivas, o que se tem é uma contribuição direta e efetiva na redução dos danos ambientais. Esse papel de *prevenção*, da qual as seguradoras não podem abrir mão, é um dos mais geniais e espetaculares instrumentos contra o dano ambiental: *dúplice proteção – prevenção e cobertura*.

O campo de atuação do seguro ambiental é uma galáxia, pois os temas ambientais mais em voga nos dão uma idéia da extensão em que é possível se estabelecer esse seguro: a) diminuição da camada de ozônio; b) aquecimento global; c) perda de biodiversidade; d) poluição do ar; e) poluição da água; f) produtos químicos tóxicos; g) questões nucleares; h) diminuição dos recursos naturais; i) qualidade de vida. Esses temas, inclusive, já são inseridos dentro da chamada *contabilidade ambiental*¹⁹.

O mercado segurador é extremamente otimista em relação à área ambiental, pois é consciente do amplo espectro de responsabilidade que traz para sua esfera de atuação (novos negócios). Todavia, todo esse entusiasmo não se tem revertido em casos

concretos. O seguro ambiental ainda não alcançou – no plano negocial – a sua efetiva realização e expansão que se espera. E por que não? Uma das grandes dificuldades para as entidades seguradoras é o problema envolto na pluralidade de vítimas (elemento difuso), da difícil reparação e da valoração do dano ambiental. Sim, porque, embora se possa definir um número certo de vítimas, haverá sempre uma pluralidade difusa de pessoas que podem ser afetadas pelo dano. Além disso, a *reparação* do dano ambiental traz outra dificuldade que é – em muitos casos – a impossibilidade da *restitutio in integrum*. O que se perdeu, perdido está. E, para a problemática de se instituir o prêmio do seguro, o dano ambiental é de difícil *valoração*, dada a dificuldade em se estabelecer parâmetros econômicos de sua reparação, seja pelo caráter difuso do dano, seja pela disseminação a longo prazo no ecossistema (efeitos que não se apresentam de imediato). Acrescente-se, ainda, a possibilidade de *danos morais*²⁰. Tudo isso funciona como um *speed brake* nas expectativas.

Todavia, essas dificuldades não podem ser vistas como as últimas palavras de um determinismo de impossibilidade. O seguro ambiental pode ser inserido dentro da margem de intervenção estatal que preconiza metas, programas e medidas para soluções concretas envolvendo empresas e o meio ambiente. Como dito antes, as seguradoras aqui são parceiras do Poder Público e como tais devem ser consideradas. Podemos aplicar – ainda que com certa variação – o chamado *TEOREMA DE COASE*, que prestigia a negociação nos problemas relacionados ao meio ambiente. Aqui não podemos tratar a negociação como mera barganha entre as partes envolvidas, até porque o ordenamento pátrio não comporta disponibilidade sobre bens ambientais. Mas podemos viabilizar essa negociação como meta ou programa da ação do Poder Público na execução da legislação ambiental. É o que anota Ricardo Carneiro (2001, p. 91): “é bem verdade que nesse modelo não temos um

processo de negociação puramente privada, propriamente dito, nem mesmo a exata definição de direitos de propriedade sobre os recursos ambientais, no sentido em que sugere a interpretação do Teorema de Coase. O que os órgãos colegiados de gestão asseguram é o espaço necessário a que os diversos atores sociais possam negociar as ações de política ambiental, reduzindo, por assim dizer, os custos de transação social a níveis minimamente razoáveis”.

Outra solução está no parâmetro da chamada *TARIFAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL*. Trata-se, em verdade, de modelo muito criticado porque, uma vez que a tendência é alargar ao máximo a reparação dos danos ambientais, a idéia de tarifação seria um retrocesso. Todavia, embora imperfeito, mostra-se como uma solução concreta e objetiva para muitos casos, sendo que a possibilidade de tarifação facilita – sem dúvida – a instituição do seguro ambiental considerados os elementos técnicos da contratação. Aliás, Paulo de Bessa Antunes (2001, p. 153) lembra que:

“No Direito Brasileiro existem diversas leis que adotaram critérios para o estabelecimento de mecanismos de tarifação da responsabilidade. A motivação é, evidentemente, a mesma que se faz presente em outros setores do Direito positivo: o elevado investimento, o elevado nível de risco da atividade e, igualmente, a necessidade de que o empreendedor tem de prever o montante aproximado de seu risco”.

Como podemos visualizar a aplicação prática do seguro ambiental em uma hipótese de tarifação como esta? A título de exemplo, a Lei nº 5.357/67 estabelece penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançarem detritos ou óleo em águas brasileiras, mediante multas administrativas. A securitização pelo pagamento das eventuais multas a que estaria sujeito o causador do dano parece irrisória perto do dano ecológico causado por um possível derramamento de óleo no mar. Contudo,

como já registramos, o *papel da prevenção* estaria vivo e presente na contratação do seguro, pois o segurador exigirá do segurado mais cautelas que talvez exigisse o próprio Poder Público. Não se trata de repasse de funções públicas. *Trata-se de ação conjugada de iniciativa do Poder Público e do próprio setor privado, pois presente a função social do seguro.* Diante de uma situação em que qualquer segurador recusaria dar cobertura a todo o dano ecológico e da imprevisibilidade de sua extensão, parece que o papel da prevenção em um modelo mais modesto de securitização já se reverteria em grande benefício para se evitarem danos ambientais.

É preciso dar início à intensificação do seguro ambiental, seja em que nível for. Aumentando-se o feixe de contratações no mercado, inicia-se a difusão da idéia de securitização ambiental, tornando-a parte da cultura econômica²¹.

No plano internacional, apesar da recusa do Governo Americano em assinar o Protocolo de Quioto, causando consternação internacional, a legislação ambiental norte-americana é considerada uma das mais avançadas, merecendo destaque o *Environmental Law Reporter* (1971) e o *National Environment Policy Act* – NEPA, que descentraliza a diversos órgãos a competência para o trato de questões ambientais. Na Holanda, adota-se uma Comissão que tem ampla independência e capacitação técnica; na França, a análise de impactos ambientais é criteriosa e tecnicamente complexa (EIA); no Canadá, a ação estatal é descentralizada em diversas agências, mas suas atividades são revisionadas pela *Federal Environment Assessment and Review Office* – FEARO. Em regra, as nações civilizadas dispõem de legislação e estrutura administrativa para a coalização da eficiência na prevenção e reparação de danos ambientais.

Por essa razão, sem prejuízo das diversas modalidades de “seguros ambientais facultativos” que enfim possam florescer no mercado, defendo – como primeiro passo – que os nossos parlamentares em Brasília

instituem o *seguro obrigatório ambiental*, nas modalidades de atividades empresariais de núcleo comum ou assemelhados (ex. atividade petrolífera, de produtos químicos, construtoras, marítimos, etc.), que definiria proporcionalmente os prêmios, assim como os limites máximos de indenização²². As empresas que apresentassem *certificação* na área de meio ambiente (ISO) poderiam ter o seguro obrigatório reduzido ou até excluído nos casos de contratação de seguro facultativo, efetivamente comprovados nos órgãos públicos competentes.

Essa proposta, por certo, não agrada a alguns segmentos empresariais, que vêm nisso mais um custo em suas atividades. Mas, como dizia Plutarco, “nos assuntos importantes é impossível agradar a todos”. Assim, é preciso ter em linha de projeção que o direito ao ambiente é um *direito fundamental* (art.225, CF), além do que, a securitização obrigatória do meio ambiente encontra seu fundamento no princípio da responsabilidade e no princípio do poluidor pagador (PPP), cabendo destaque que, na *Declaração do Rio, nº 16*, assentou-se a consagração destes princípios:

“As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”.

E – por último –, em matéria ambiental, sempre prevalecerá a máxima *lucrum sine damno alterius fieri non potest* (“não pode haver lucro sem prejuízo alheio”).

São essas as considerações em que convidamos o leitor para a reflexão.

9. As unidades de conservação

O desenvolvimento sustentável pressupõe, dentro de suas várias vertentes, ações

do Poder Público em demarcar áreas a serem protegidas, sem o que a efetividade da ação estatal na proteção ambiental seria quase nula. Sob este prisma, a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, III, privilegiou as unidades de conservação (“Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”). Observe-se que existem cinco áreas de conservação de *magnitude constitucional*, ao instituí-las como integrantes do Patrimô-

nio Nacional: A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira²³.

Regulando a matéria, a Lei nº 9.985/2000 institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, que é constituído por dois grupos: a) *Unidades de Proteção Integral* (destinadas a preservar a natureza, admitindo-se apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, salvo exceções da lei) e as *Unidades de Uso Sustentável* (compatibilizam a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais). Abaixo, elaboramos um quadro sinótico, demonstrativo de cada denominação, suas características e finalidade:

<i>Unidade de Proteção Integral</i>	<i>Características e finalidade</i>
Estações Ecológicas	Preservação da natureza e realização de pesquisas científicas. Acesso restrito.
Reservas Ecológicas	Preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais.
Parque Nacional	Preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.
Monumento Natural	Preservação de sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica.
Refúgio de Vida Silvestre	Proteção de ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.
<i>Unidades de Uso Sustentável</i>	<i>Características e finalidade</i>
Área de Proteção Ambiental	Área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.
Área de Relevante Interesse Biológico	Área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza.
Floresta Nacional	Área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas.

<i>Unidades de Uso Sustentável</i>	<i>Características e finalidade</i>
Reserva Extrativista	Área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.
Reserva de Fauna	Área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos.
Reserva de Desenvolvimento Sustentável	de Área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.
Reserva de Patrimônio Nacional	de Área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

ANEXO I

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo-se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar, proclama que:

Princípio 1

Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Princípio 2

Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano

de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Princípio 5

Todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Princípio 6

Será dada prioridade especial à situação e às necessidades especiais dos países em desenvolvimento, especialmente dos

países menos desenvolvidos e daqueles ecologicamente mais vulneráveis. As ações internacionais na área do meio ambiente e do desenvolvimento devem também atender aos interesses e às necessidades de todos os países.

Princípio 7

Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam.

Princípio 8

Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

Princípio 9

Os Estados devem cooperar no fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, mediante o aprimoramento da compreensão científica por meio do intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e mediante a intensificação do desenvolvimento, da adaptação, da difusão e da transferência de tecnologias, incluindo as tecnologias novas e inovadoras.

Princípio 10

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e ativida-

des perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Princípio 11

Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados.

Princípio 12

Os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento dos desafios internacionais fora da jurisdição do país importador. As medidas internacionais relativas a problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, na medida do possível, basear-se no consenso internacional.

Princípio 13

Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áre-

as fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

Princípio 14

Os Estados devem cooperar de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana.

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Princípio 16

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Princípio 17

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente.

Princípio 18

Os Estados notificarão imediatamente outros Estados acerca de desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente destes últimos. Todos os esforços serão envidados pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados.

Princípio 19

Os Estados fornecerão, oportunamente, aos Estados potencialmente afetados notifi-

cação prévia e informações relevantes acerca de atividades que possam vir a ter considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e se consultarão com estes tão logo seja possível e de boa-fé.

Princípio 20

As mulheres têm um papel vital no gerenciamento do meio ambiente e no desenvolvimento. Sua participação plena é, portanto, essencial para se alcançar o desenvolvimento sustentável.

Princípio 21

A criatividade, os ideais e a coragem dos jovens do mundo devem ser mobilizados para criar uma parceria global com vistas a alcançar o desenvolvimento sustentável e assegurar um futuro melhor para todos.

Princípio 22

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.

Princípio 23

O meio ambiente e os recursos naturais dos povos submetidos a opressão, dominação e ocupação serão protegidos.

Princípio 24

A guerra é, por definição, prejudicial ao desenvolvimento sustentável. Os Estados irão, por conseguinte, respeitar o direito internacional aplicável à proteção do meio ambiente em tempos de conflitos armados e irão cooperar para seu desenvolvimento progressivo, quando necessário.

Princípio 25

A paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis.

Princípio 26

Os Estados solucionarão todas as suas controvérsias ambientais de forma pacífica, utilizando-se dos meios apropriados, de

conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Princípio 27

Os Estados e os povos irão cooperar de boa-fé e imbuídos de um espírito de parceria para a realização dos princípios substanciados nesta Declaração, e para o desenvolvimento progressivo do direito internacional no campo do desenvolvimento sustentável.

ANEXO II

Documentos Assinados na Rio 92

Agenda 21

Roteiro de ações pactuadas pelas 172 nações que participaram da Rio 92. Os 40 capítulos são divididos em quatro seções: Dimensões sociais e econômicas; Conservação e Gerenciamento dos Recursos para Desenvolvimento; Fortalecimento dos Grupos Principais e Meios de Implementação.

Declaração do Rio

Constituído por 27 princípios. É uma orientação para os países. A inicial era elaborar uma Carta da Terra, mas não houve consenso.

Convenção sobre Mudanças Climáticas

Elaborada com o objetivo de reduzir os gases que aumentam o efeito estufa e provocam a alteração do clima do planeta. A disputa política em torno do Protocolo de Quioto, instrumento de implantação da convenção, deve-se à necessidade da revisão do padrão de consumo insustentável dos países ricos e do uso de combustíveis fósseis, os principais responsáveis pela poluição da atmosfera terrestre. Os Estados Unidos são responsáveis por mais de 20% de emissões atmosféricas.

Convenção sobre Biodiversidade

Elaborada com o objetivo de impedir a extinção das espécies vivas do planeta, compatibilizando a proteção dos recursos biológicos com o desenvolvimento social e econômico.

Declaração sobre Florestas

O nome oficial deste documento pactuado na Rio 92 é Declaração de Princípios com Autoridade Não Juridicamente Obrigatória Para um Consenso Global Sobre Manejo, Conservação e Desenvolvimento Sustentável de Todos os Tipos de Florestas. O *lobby* dos países madeireiros impediu a elaboração de uma convenção sobre florestas, um acordo internacional com poder legal.

Notas

¹ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. ESTAÇÃO ECOLÓGICA JURÉIA-ITATINS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ART. 82, III, DO CPC). INTERESSE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO. 1. A interpretação contemporânea do art. 82, III, do CPC, não pode desviar-se da vontade constitucional (art. 127) de outorgar ao Ministério Público a missão precípua de participar, obrigatoriamente, de todas as causas que envolvam aspectos vinculados à proteção do *meio ambiente*, por ressaltar a preponderância do interesse público. 2. Recurso especial do Ministério Público provido para determinar a nulidade do acórdão de segundo grau e da sentença, considerando-se legítima a sua participação no feito a partir da contestação. 3. Recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo prejudicado quanto aos demais dispositivos legais invocados como contrariados (STJ – RESP 374579-SC).

²AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170. *CAPUT*, II E IV; 1º; 18 E 5º *CAPUT*, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ADI 2396 / MS – MATO GROSSO DO SUL, Relatora Min. ELLEN GRACIE, DJ. 01 ago. 2003).

³É o caso da região de Itirapina-Botucatu e o Vale da Ribeira.

⁴Art. 225, § 1º, VI, da CF: “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

⁵ Nesse sentido também a prestigiada Professora Isabella Franco Guerra (1998, p. 153), ao lecionar que “cidadãos conscientes e participantes, uma melhor e mais justa distribuição de riquezas, investimentos em educação e pesquisa são fatores essenciais para que seja possível obter a adesão social às normas”.

⁶ Vide Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.8.2001.

⁷ Cf. Lei nº 9.605/98: “Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II – na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III – no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no *caput*;

IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano”.

⁸ ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO DE EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA CONTRATADA PELA PETROBRÁS. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA IMPOR SANÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO. (RESP 467212 / RJ, DJ, 15 dez. 2003, p. 193).

⁹ Realizado pela Escola Superior do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, em agosto de 2002, na sede, em São Paulo.

¹⁰ Porque o mal está nos homens e não nos animais: “Por conseguinte, Deus viu que a maldade do homem era abundante na terra e que toda inclinação dos seus pensamentos do seu coração era só má, todo o tempo. E Deus deplorou ter feito os homens na terra e sentiu-se magoado no coração” (BÍBLIA, A. T., Gênesis 6: 5-6).

¹¹ Entende-se por fauna os animais silvestres, nativos, exóticos, migratórios, domésticos e domesticados.

¹² Entropia é a energia que não pode mais ser usada por nenhum elemento do sistema, ou seja, trata-se de energia perdida sob a forma de calor. É considerada como medida do grau de desordem de um sistema.

¹³ Leis nº 4.771/65; 6.902/81; 6.938/81; 7.437/85; 7.802/89; 7.804/89; 8.078/90; 8.746/93; 8.974/95; 9.605/98; 9.795/99; 10.257/2001.

¹⁴ Resoluções CONAMA nº 01/86; 06/88; 06/91; 05/93; 07/94; 17/94; 19/94; 23/96; 228/97; 235/98; 244/98; 257/99; 258/99; 263/99; 264/99; 275/2001.

¹⁵ Resoluções CONAMA nº 257 e 258/99.

¹⁶ A Organização Mundial do Comércio – OMC bloqueou as importações do amianto, sob alegação de defesa da saúde pública e, em consequência, essa posição foi conflitante visto que o Brasil é considerado o 4º produtor mundial do mineral – em discussão às leis 9.055/66, 9.976/00 e também decretos 126/912 e 350/97 (este último regulamenta a lei 9.055/95) foi resultante da “utilização controlada” do amianto e não do seu banimento.

¹⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, CAPUT, II E IV; 1º; 18 E 5º CAPUT, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proi-

bição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul.

¹⁸ Este tópico é transcrição do capítulo “Esse estranho chamado *Seguro Ambiental*”, do próprio autor.

¹⁹ Já se fala em *contabilidade ambiental* que é uma técnica de gerenciamento que busca a melhor solução de problemas ambientais enfrentados pela sociedade. Assim, os custos ambientais são classificados em *convencionais* (relacionados ao uso de matérias primas ou equipamentos), *contingenciais* (os riscos que podem ocorrer ou não no futuro) e de *imagem e relacionamento* (imagem da empresa perante o público). Há também os *passivos ambientais* que são obrigações relacionadas aos custos ambientais de uma empresa (Ex. limpeza de uma área contaminada).

²⁰ Art. 1º e 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

²¹ A Circular SUSEP nº 9, de 11/04/88, aprova a consolidação das disposições aplicáveis ao Seguro Compreensivo de Florestas, mas não fixa a apólice e nem a proposta de seguro. Ou seja, não regulamenta as condições mínimas em que o seguro

possa ser estabelecido. Passados mais de 14 anos da Constituição Federal de 1988, nada de novo apresenta sobre essa matéria relevante. É incrível que uma autarquia que é especializada em seguros privados não preste – em nível técnico e, principalmente, jurídico – as diretrizes para o fomento e a regulação do seguro ambiental em nosso país. A SUSEP precisa mudar a sua política de administração de modo a atender aos interesses e às necessidades públicas, sob pena de seguir a mesma trajetória do vergonhoso e extinto DNER.

²² A idéia também é defendida por Roberto Durço (2001, p. 49-53), insigne promotor de justiça e autor do artigo em que preconiza as vantagens do seguro ambiental.

²³ CF, art. 225, § 4º.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BÍBLIA, A.T., Gênese. Português. *Bíblia Sagrada*: [S. l.: s. n.], [19—?]. Cap. 1, vers. 1.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DURCO, Roberto. Desastres ecológicos: seguro ambiental. *Revista APMP*, São Paulo, p. 49-53, dez./fev. 2001.

GUERRA, Isabella Franco. A efetividade do direito ambiental. *Advocacia pública & Sociedade*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 143-153, 1998.

LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1980. p. 77-78.

SEMINÁRIO MEIO AMBIENTE E A TUTELA JURÍDICA DAS ÁGUAS, 2002. São Paulo. *Anais...* São Paulo: Escola Superior do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 2002.

SHIH, Frank Larrúbia. Esse estranho chamado seguro ambiental. In: _____. *Temas relevantes de direito secundário: legislação, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 199-207.

O *recall* no Estado de São Paulo

Auro Augusto Caliman

Sumário

1. Representação política. Mandato livre e imperativo. 2. O *recall* nas Constituições Estaduais. 3. A regulamentação do *recall* nos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul.

1. Representação política. Mandato livre e imperativo

Na representação política, faz-se referência a duas formas distintas de mandato representativo: o livre e o imperativo (vinculado). O mandato livre foi pioneiramente expresso em sede constitucional pela Constituição francesa, de 3 de setembro de 1791, por influência da pregação de Emmanuel Joseph Sieyès, o abade Sieyès (1748-1836), de que os deputados eram representantes de toda a Nação: “Os representantes não serão representantes de cada Departamento, mas de toda a Nação, não podendo nenhum Departamento conferir qualquer mandato” (Título III, cap. I, seção III, art. 7^o)¹. O mandato imperativo, vinculando a vontade do mandatário às orientações do mandante, contrapunha-se, pois, ao ideal iluminista de liberdade, e que, juntamente com a igualdade e fraternidade, inspiraram o movimento revolucionário francês

O mandato imperativo não se coadunava, outrossim, com governo representativo plasmado na longa evolução do Parlamento inglês². Defensor do mandato livre, Edmund Burke (1942, p. 312), no célebre *Discurso aos eleitores de Bristol*, afirmava que o

Auro Augusto Caliman é Secretário-Geral Parlamentar da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, mestre em Direito Político e Econômico do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP, historiador (USP).

mandato imperativo contrariava o interesse geral³.

Inúmeros Textos constitucionais, em vigor atualmente, consagram a vedação do mandato imperativo⁴ como corolário da constatação de

“que o representante, uma vez eleito, rescinde a relação de mandato, no sentido técnico da palavra, com o eleitor, e deve ocupar-se dos assuntos gerais do país, donde, por conseguinte, não pode ser revogado por não ter executado as ‘instruções’ daqueles que o elegeram” (BOBBIO, 2000, p. 462)⁵.

A essa fundamentação jurídica, no entanto, Hans Kelsen (1998, p. 416) vertia sua crítica para descrevê-la como “ficção política”. Dizia o jurista austríaco:

“A fórmula segundo a qual o membro do parlamento não é o representante dos seus eleitores, mas do povo inteiro, ou, como dizem alguns autores, do Estado inteiro, e que, portanto, ele não está obrigado por quaisquer instruções dos seus eleitores e não pode ser por eles destituído, é uma ficção política. A independência jurídica dos eleitos perante os eleitores é incompatível com a representação jurídica. A afirmação de que o povo é representado pelo parlamento significa que, embora o povo não possa exercer o poder legislativo direta e imediatamente, ele o exerce por procuração? Mas se não houver nenhuma garantia jurídica de que a vontade dos eleitores será executada pelos eleitos, se os eleitos são juridicamente independentes dos eleitores, não existe nenhuma relação jurídica de procuração ou representação. O fato de que um corpo eleito não tem chance, ou tem apenas uma chance reduzida, de ser reeleito caso a sua atividade não seja considerada satisfatória pelos seus eleitores, constitui, é verdade, uma espécie de responsabilidade política; mas essa responsabilidade po-

lítica é inteiramente diferente de uma responsabilidade jurídica e não justifica a suposição de que o órgão eleito seja um representante jurídico do seu eleitorado, e muito menos a suposição de que um órgão eleito apenas por uma parte do povo seja o representante jurídico do Estado inteiro. Tal órgão ‘representa’ o Estado tanto quanto um monarca hereditário ou um funcionário por ele nomeado. Se os autores políticos insistem em caracterizar o parlamento da democracia moderna, a despeito da sua independência do eleitorado, como um órgão ‘representativo’, se alguns autores chegam mesmo a declarar que o *mandat impératif* é contrário ao princípio do governo representativo, eles não apresentam uma teoria científica, mas advogam uma ideologia política. A função dessa ideologia é dissimular a situação real, é sustentar a ilusão de que o legislador é o povo, apesar do fato de que, na realidade, a função do povo – ou, formulando mais corretamente, do eleitorado – limita-se à criação do órgão legislativo. A resposta à questão de saber se, de *lege ferenda*, o membro eleito de um corpo legislativo deveria estar juridicamente obrigado a executar a vontade dos seus eleitores e, portanto, a ser responsável para com o eleitorado depende da opinião sobre a amplitude em que é desejável que se concretize a idéia de democracia. Se é democrático a legislação ser exercida pelo povo, e se, por motivos técnicos, é impossível estabelecer uma democracia direta e se torna necessário conferir a função legislativa a um parlamento eleito pelo povo, então é democrático garantir, tanto quanto possível, que a atividade de cada membro do parlamento reflita a vontade dos seus eleitores. O chamado *mandat impératif* a cassação de mandato de funcionários eleitos são instituições demo-

cráticas, desde que o eleitorado seja democraticamente organizado”⁶.

2. O recall nas Constituições Estaduais

Uma das manifestações do mandato imperativo é o *recall* – revogação do mandato pelos eleitores –, adotado ainda em alguns países⁷.

A possibilidade de cassação do mandato parlamentar pelos eleitores foi ignorada por todas as Constituições do Brasil; não, porém, pelas Constituições Estaduais.

Decorrente da autonomia conferida aos Estados-membros pelo princípio federativo que acabara de ser adotado, as primeiras Constituições Estaduais goiana, paulista, rio-grandense-do-sul e catarinense traziam um peculiar mecanismo de perda individual do mandato parlamentar, o *recall*.

Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, observada essa ordem, inseriram o instituto do *recall* em dispositivos de suas primeiras Constituições.

Precedendo a promulgação das demais, a “Constituição do Estado de Goyaz”, de 1º de junho de 1891, estabelecia: “O mandato legislativo não será obrigatório e o eleitorado poderá cassar-o, declarando mediante o processo que a lei estabelecer, o mandatário carecedor de sua confiança” (art. 56).

A seguir, na mesma data, 14 de julho de 1891, foram promulgadas as primeiras Constituições paulista e rio-grandense-do-sul e previam, igualmente, a revogação do mandato parlamentar pelos eleitores.

O Poder Legislativo estadual em São Paulo durante a República Velha foi bicameral: Congresso Estadual, composto pela “Câmara dos Deputados” e pela “Câmara dos Senadores” (art. 5º da Constituição Estadual). De acordo com a Constituição paulista (1891, p. 1), o deputado e o senador estadual poderiam ter

“a qualquer tempo cassado o mandato legislativo, mediante consulta feita ao eleitorado por proposta de um terço dos eleitores, e na qual o represen-

tante não obtivesse a seu favor metade e mais um, pelo menos, dos sufrágios com que houvesse sido eleito” (art. 6º, § 3º).

A Constituição estadual do Rio Grande do Sul trazia em seu artigo 39: “O mandato do representante não será obrigatório; poderá ser renunciado em qualquer tempo e também cassado pela maioria dos eleitores”. O Poder Legislativo, unicameral, era constituído pela Assembléia de Representantes.

Após a dissolução do anterior, o segundo “Congresso Constituinte de Santa Catharina” promulgou, em 7 de julho de 1892, a Constituição com o seguinte dispositivo sobre perda do mandato: “Art. 14 – O mandato legislativo pode ser renunciado, e a sua revocabilidade se efetuará quando, consultado o eleitorado por um terço dos eleitores, não obtiver o deputado metade e mais um dos votos com que foi eleito.”

3. A regulamentação do recall nos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul

Ao contrário dos outros Estados referidos, São Paulo e Rio Grande do Sul regulamentaram a revogação do mandato parlamentar pelo eleitor.

Muito embora olvidada por juristas que discorreram sobre o tema⁸, a regulamentação do Texto paulista deu-se em 6 de fevereiro de 1892, seis meses após a promulgação da Constituição; e a do Texto gaúcho, em 12 de janeiro de 1897.

O Decreto nº 20, de 6 de fevereiro de 1892, editado pelo vice-presidente do Estado de São Paulo, José Alves de Cerqueira Cezar, com fundamento na Lei nº 21, de 27 de novembro de 1891, ao dispor sobre “Regulamento Eleitoral”, abriu capítulo específico para disciplinar a revogação do mandato parlamentar (artigos 154 a 159 e 197); e a Lei nº 18, de 12 de janeiro de 1897, promulgada pelo presidente do Estado do Rio Grande do Sul, Júlio Prates de Castilhos, dispon-

do também sobre a disciplina “Eleitoral do Estado”, cuidou da revogação do mandato de representante parlamentar do Estado no Título IV (artigos 98 a 104).

Comparando-se os diplomas normativos⁹ referentemente à revogação do mandato, observa-se neles a mesma estrutura de elaboração legal e, *mutatis mutandis*, uma similitude redacional.

As diferenças na disciplina do instituto do *recall* podem, no entanto, ser sublinhadas: a) o paulista podia ser deflagrado por *um terço do eleitorado do Estado*, enquanto o gaúcho pela *quarta parte do eleitorado do respectivo distrito*; b) a consulta para revogação do mandato parlamentar paulista abrangia *todos os eleitores do Estado*; e a consulta rio-grandense-do-sul era feita no *distrito eleitoral por onde tivesse sido eleito o parlamentar*.

Não obstante, em ambos os casos, o representante perderia o mandato se não obtivesse “em seu favor metade e mais um, pelo

menos, dos votos com que foi eleito”. Vê-se que eram irrelevantes os votos pela revogação do mandato (“*não*”). Tratava-se, pois, de uma confirmação de votos obtidos (“*sim*”); não dos votos dos mesmos eleitores, evidentemente, nem do mesmo número de votos obtidos, mas da maioria absoluta do número de votos obtidos pelo parlamentar para ser eleito. O princípio democrático da maioria decidindo haveria de ser observado, pois só perderia seu mandato o parlamentar que não obtivesse o equivalente à maioria absoluta dos votos com que fora eleito. Evidentemente, a fórmula paulista era menos rigorosa, pois o universo de eleitores consultados era mais abrangente, todo o Estado; enquanto a consulta gaúcha cingia-se ao distrito eleitoral onde o parlamentar obtivera os votos.

Eis o quadro comparativo das respectivas normas sobre revogação do mandato parlamentar:

São Paulo

Decreto n.º 20, de 6 de fevereiro de 1892, regulamenta a Lei Estadual n.º 21, de 27 de novembro de 1891

“Capítulo III

Da revogação do mandato

Artigo 154. Para ser REVOGADO o mandato legislativo, nos termos do art. 6.º, § 3.º da Constituição, é necessário:

- a) Que um terço dos eleitores assim o proponha;
- b) que na consulta feita ao Estado o representante em litígio não obtenha a seu favor metade e mais um, pelo menos, dos votos com que foi eleito.

Artigo 155. A proposta, *manuscripta* ou impressa terá as assignaturas dos proponentes reconhecidas por tabellião, e será instruída com certidão de se acharem, todos elles, inscriptos como eleitores nos livros ou listas do registro eleitoral das comarcas do Estado.

Artigo 156. *Esta ou não funcionando* o Congresso, deverá ser a proposta dirigida por intermédio da secretaria de Estado dos negócios do interior ao presidente da câmara de que fizer parte o representante, cujo mandato se pretender cassar, *afim de verificar o mesmo presidente si está ella nos termos legais*.

Artigo 157. No prazo de 20 dias, contados do que for entregue a proposta àquelle presidente, será comunicada a sua decisão à dita secretaria de Estado, que a fará publicar no DIÁRIO OFFICIAL.

§ 1.º – Si a proposta for considerada receptível, o governo mandará convocar o eleitorado para responder à seguinte consulta: “Deve-se ter por cassado o mandato legislativo do representante F...”

Rio Grande do Sul

Lei Estadual n.º 18, de 12 de janeiro de 1897

“Título IV

Da revogação do mandato

Art. 98. Para ser cassado o mandato de representante do estado nos termos do artigo 39 da Constituição, é necessário:

- I. que assim o proponha a quarta parte do eleitorado do respectivo districto;
- II. que na consulta feita ao districto o representante em litígio não obtenha em seu favor metade e mais um, pelo menos, dos votos com que foi eleito.

Art. 99. A proposta, *manuscripta* ou impressa, terá as assignaturas dos proponentes reconhecidas por notário e será instruída com certidão de se acharem, todos elles, inscriptos como eleitores nos livros ou listas do registro eleitoral do districto.

Art. 100. *Esta ou não funcionando* a Assembléa dos Representantes, deverá a proposta ser dirigida por intermédio do Secretário de Estado dos negócios do interior e exterior ao Presidente d’aquella corporação, *afim d’estee verificar si está nos termos legais*.

Art. 101. No prazo de vinte dias contados daquele em que for entregue a proposta, o presidente da Assembléa comunicará sua decisão à secretaria de Estado dos negócios do interior e Exterior, que a fará publicar na folha que insere o expediente official.

§ 1.º Si a proposta estiver nas condições da presente lei, o presidente do Estado mandará convocar o eleitorado para responder sobre a seguinte consulta: Deve-se ou não considerar cassado o mandato do representante do Estado, F.?

Decreto nº 20, de 6 de fevereiro de 1892, regulamenta a Lei Estadual nº 21, de 27 de novembro de 1891

§ 2º – A votação sobre a consulta terá lugar dentro de três meses, contados da data em que tiver sido comunicada ao governo a decisão de que trata este artigo, em dia que o mesmo governo designar.

§ 3º – Si dentro do prazo de vinte dias, marcado para a referida comunicação, não for feita, o governo considerará recebida a proposta dos eleitores e procederá pelo modo estabelecido nos dois paragraphos antecedentes.

Artigo 158. O eleitor escreverá em sua cédula – SIM – ou – NÃO, conforme quizer ou não cassar o mandato

Artigo 159. Si a consulta referir-se a mais de um mandato legislativo, o eleitor escreverá na sua cédula os nomes dos representantes em litígio, acrescentando adiante de cada um d'elles – SIM – ou – NÃO, nos termos do artigo antecedente.

Neste caso, a cédula que for omissa em mencionar algum dos nomes dos representantes, ou em acrescentar a partícula indicativa do voto será apurada somente quanto aos nomes a respeito dos quaes a resposta, afirmativa ou negativa, tiver sido expressada pela dita partícula.”

Lei Estadual nº 18, de 12 de janeiro de 1897

§ 2º A votação sobre a consulta terá lugar em dia designado pelo governo e dentro de três meses, contados da data em que tiver sido comunicada a decisão de que trata o art.101.

§ 3º Si dentro do prazo de vinte dias, marcados para a referida comunicação, não for esta feita, o governo considerará recebida a proposta dos eleitores e procederá pelo modo estabelecido nos paragraphos antecedentes.

Art. 102 – O eleitor escreverá em sua cédula: SIM ou NÃO, conforme quizer ou não cassar o mandato.

§ Único. O voto será dado nas condições prescritas no artigo 61.

Art.103. Si a consulta referir-se a mais de um representante, o eleitor escreverá na cédula os nomes dos representantes em litígio, acrescentando adiante de cada um d'elles SIM ou NÃO, nos termos do artigo antecedente.

§ Único. Quando a cédula for omissa em mencionar alguns dos nomes dos representantes, ou em acrescentar a partícula indicativa do voto, será apurada somente quanto aos nomes a respeito dos quaes a resposta, afirmativa ou negativa, tiver sido expressada.”

A revogação do mandato parlamentar mediante *recall*, no entanto, jamais se efetivou no Estado de São Paulo¹⁰, bem assim no Rio Grande do Sul¹¹. As razões que poderiam ser apontadas para tanto perpassam, à evidência, pelo bom desempenho do mandato pelos parlamentares; ou, sobretudo, pelas dificuldades no recolhimento do número de assinaturas dos eleitores, mercê da precariedade dos meios de comunicação, à época, e também do domínio do *coronelismo* na esfera política.

Sabe-se que o aprimoramento da vida política brasileira passou a ser exigência reclamada para se fazer jus ao que idealmente se fazia e se faz referência como sistema representativo, tantas eram as deformações constatadas nos processos eleitorais transcorridos no período monárquico e no da República Velha, familiarizados com a manifesta deturpação da liberdade de escolha, verificada em eleições fraudulentas decorrentes da ação dos ‘coronéis’ impondo o ‘voto de cabresto’ ao seu ‘curral eleitoral’¹², falsificação de títulos de eleitores, de votos e da apuração que, a seu turno, a sistemática da verificação dos poderes das Casas Legislativas não se contrapunha, ao contrá-

rio, servia à “máquina majoritária [que] assegurava a sua perpetuação, manipulando o instituto da *verificação dos poderes*¹³, decapitando os mandatos oposicionistas que conseguiam vencer as resistências na fase eleitoral”¹⁴. Assis Brasil (1998, p. 312) fazia a seguinte resenha desse sistema eleitoral:

“Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se por ventura foi alistado; ninguém tem certeza de que lhe contem o voto, se porventura votou; ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio”¹⁵.

O *recall* no Estado de São Paulo vigeu até 9 de julho de 1905, quando foi revogado pelo Poder Constituinte Revisional. É que o artigo 71 da Constituição Estadual paulista de 1891 previa, a cada dez anos, um processo revisional constituinte. A qualquer tempo, também, de acordo com o seu artigo 72, a Constituição podia ser reformada por representação da maioria das municipalidades, ou por iniciativa da quarta parte dos membros de qualquer das Câmaras; essa é a hipótese ocorrida em 1905¹⁶.

No Rio Grande do Sul, o *recall* previsto pela Lei nº 18, de 1897, vigoraria até 11 de novembro de 1930 quando, como Delegado da Revolução, em nome do Exército, da Marinha e do Povo, Getúlio Dornelles Vargas assumiu o poder e, organizando o Governo Provisório, mediante edição do Decreto nº 19.398, dissolveu o Congresso Nacional e todas as Casas Legislativas dos Estados e dos Municípios.

As demais Constituições do Estado de São Paulo, promulgadas em 1935, 1947, 1967/69 e 1989, não previram a perda do mandato parlamentar mediante *recall* (Cf. FERREIRA; ROGERI, 2002, p. 32-38).

Notas

¹ Cf. MIRANDA, 1990, p. 65.

² Vicente Barreto acentua os seguintes marcos característicos do governo representativo:

“1^a – Os representantes têm poderes do povo; este transmite através de eleições um direito que reside nele mesmo.

2^a – Os representantes, ainda que eleitos por zonas eleitorais, representam por ficção o povo inteiro; podem deliberar sobre os assuntos de interesse geral ou local compreendidos em suas atribuições.

3^a – Os deputados, de acordo com a doutrina inglesa, têm inteira liberdade no exercício do seu mandato, não sendo simples delegados ou mandatários dos seus eleitores.

4^a – Os representantes devem ser eleitos para um mandato temporário. Isto porque uma das características do sistema representativo consiste no controle popular sobre os representantes, que é exercido periodicamente através de eleições.” Cf. BARRETO, 1980, p. 44.

³ “O Parlamento não é um congresso de embaixadores que defendem interesses distintos e hostis, interesses que cada um de seus membros deve sustentar, como agente e advogado, contra outros agentes e advogados, mas uma assembleia deliberativa de uma Nação, com um interesse: o interesse da totalidade; por isso devem conduzi-los, não os interesses locais, mas o bem geral de todos. Elegeis um deputado; mas depois que o houvestes escolhido, não é mais um deputado por Bristol, mas um membro do Parlamento” (BURKE, 1942, p. 312-313).

⁴ “Todo mandato imperativo é nulo” (art. 27 da Constituição da França). Na Espanha, o artigo

67.2 preceitua que os membros das Cortes Gerais não estão vinculados a mandato imperativo. Na Alemanha, o artigo 38.1 estatui que os membros do Parlamento Federal Alemão “serão representantes do povo como um todo, não estarão sujeitos a ordens ou instruções, mas apenas à sua consciência”.

⁵ Cf. BOBBIO, 2000, p. 462.

⁶ Cf. KELSEN, 1998, p. 416-418.

⁷ Por expressa previsão constitucional (art. 85), os mandatos dos deputados à Assembléia Nacional de Cuba podem ser revogados, a qualquer tempo, na forma estabelecida em lei. A Lei nº 89, de 14 de setembro de 1999, reclamada pelo art. 85, dispõe sobre a revogação do mandato dos eleitos a órgãos representativos do Poder Popular. Podem ser revogados os mandatos dos deputados à Assembléia Nacional; delegados das Assembléias Municipais e das Provinciais, como de inúmeros outros órgãos representativos.

⁸ Cf. PORTO, 2003, p. 285; REIS, 2002, p. 27-31.

⁹ Ver, em seguida, o quadro comparativo das normas sobre revogação do mandato parlamentar.

¹⁰ Cf. CALIMAN, 1998, p. 80.

¹¹ Walter Costa Porto registra que “não há notícia de sua utilização no Rio Grande do Sul”. E, após anotar fala de Oswaldo Aranha, em 1933, afirmando que “a cassação do mandato se tem exercido com grande e real benefício para a comunidade riograndense”. Costa Porto (1989, p. 198-199) observa, fundamentadamente, que, “no entanto, a bibliografia consultada silencia sobre qualquer cassação de representante na história do estado, durante o período”.

¹² Cf. LEAL, 1975, p. 19-57.

¹³ Aurelino Leal (1925, p. 255) discorre, com minúcias, sobre o processo da ‘verificação e reconhecimento de poderes’, à luz da Constituição de 1891. E para ele “seria uma temeridade adotar, em qualquer tempo, o alvitre de conferir a esta ou àquella autoridade judiciária competência para resolver sobre verificação de poderes. N’um regimen como o nosso, em que o Judiciário é o supremo contrasteador da Constituição, investil-o de tal atribuição seria levar-o da arena da justiça para o circulo quase sempre confuso e não raro anarchico dos partidos. Tal remédio augmentaria o mal, em vez de cural-o. Será melhor esperar da cultura civica do povo e da moralidade do parlamento o indispensável correctivo”.

¹⁴ Cf. RIBEIRO, 1988, p. 94.

¹⁵ Cf. ASSIS BRASIL, 1998, p. 312.

¹⁶ Henrique Coelho registra que, em 1901, “procedeu-se na forma do que estabelecia o art. 71, ao exame das suas várias disposições, para conhecer as que convinha modificar ou suprimir. Tocou o trabalho preliminar da organização do projecto, destinado a servir de base à discussão e delibera-

ção do segundo congresso constituinte de São Paulo, à comissão revisora, eleita a 17 de julho de 1901, e composta dos snrs. Duarte de Azevedo, relator, Rubião Junior, Herculano de Freitas, Julio Mesquita, Almeida Nogueira, Antonio Mercado e Mello Peixoto, os quaes, na sessão de 24 daquele mez de julho, enviaram à mesa o mencionado projecto e o parecer a elle relativo. Não chegou, porém tal projecto a ser convertido em *lei (sic)*, embora já apresentada a redacção official para a terceira discussão, de accôrdo com as alterações que soffrera, [entre ellas a supressão do § 3º do art. 6º que previa o *recall*] visto que, na sessão de 3 de setembro, foi todo elle rejeitado, assim como não obtiveram a necessária approvação as diversas emendas apresentadas, de sorte que continuou em vigor a Constituição de 14 de julho de 1891.

Para de novo revê-la, segundo o art. 72, reuniu-se e funcionou o terceiro congresso constituinte de São Paulo, o de 1905. (...) Na sessão de 18 de maio, apresentou [a comissão revisora] o seu parecer, juntamente com o projecto que confeccionára, e, na de encerramento, promulgou-se a *segunda constituição* do estado, a de 9 de julho de 1905”, com a supressão do instituto do *recall*, abrigado até então no § 3º do artigo 6º da Constituição de 1891. À evidência, não se tratava de uma *nova* constituição, assim referida por Henrique Coelho (1922, p. 8), mas de poder constituinte com natureza revisional.

Bibliografia

- BARRETO, Vicente. Voto e representação. In: BOBBIO, Norberto. *Curso de introdução à ciência política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *A democracia representativa na república*. Brasília: Senado Federal, 1998. Edição fac-similar.
- BURKE, Edmund. *Textos políticos*. México; Brasília: Fondo de Cultura Economica, 1942.
- CALIMAN, Auro Augusto (Coord.). *Legislativo paulista: parlamentares: 1835-1998*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1998.
- COELHO, Henrique. *A nova constituição do estado de São Paulo*. São Paulo: Typ. do Diário Official, 1922.
- FERREIRA, Maria Helena Alves; ROGERI, Silvia Regina Soares (Coord.). *Quadro comparativo das constituições do estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1925.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.
- MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.
- PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da colônia à 5ª República*. Brasília: Senado Federal, 1989.
- REIS, Palhares Moreira. O recall no direito brasileiro. *Revista de Direito e Administração Pública*, Brasília, n. 46, p. 27-31, abr. 2002.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- SÃO PAULO (Estado). Constituição política do estado de São Paulo. Diário Official do Estado de São Paulo, São Paulo, p. 1, 17 jul. 1891.
- SÃO PAULO (Estado). Diário Official do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 225, p. 2073, 10 fev. 1892.

Construção judicial do direito

Desde Kelsen e Hart. Ainda somos os mesmos... e vivemos

Artur Stamford da Silva, Murilo Otávio Lubambo de Melo e Romero Barreto Barbosa

Sumário

1. Contextualizando o texto. 2. Textualizando o texto. 3. Métodos tradicionais e crítica do voluntarismo. 4. Argumentos kelsenianos ao limite do arbitrário. 5. Argumentos hartianos ao limite do arbitrário. 6. E então... quase todo mundo que eu conheço quer ser feliz.

“Assim como falham as palavras quando querem exprimir qualquer pensamento, falham os pensamentos quando querem exprimir qualquer realidade”.

(Fernando Pessoa)

1. Contextualizando o texto

Falar em criação judicial do direito perdeu o foco. Tudo já foi dito. Não há nada de novo, salvo novas palavras para dizer a mesma coisa. É o que nos parece quando o pano de fundo é a busca de mecanismos para evitar decisões arbitrárias; “estranhas ao sistema”, *contra legem*; ou ainda a comercialização de sentenças. A depressão do pós-guerra, incita os seres humanos a essa busca, à busca de se construir parâmetros, critérios preestabelecidos à decisão. Poderíamos propor uma alteração terminológica, como fizemos no título: substituir o termo criação por construção. Mas isso não mudaria nada quanto à temática que esse problema comporta.

Se no primeiro momento – com o formalismo legalista da Exegese – prevaleceu a visão de o direito significar os textos legali-

Artur Stamford da Silva é Doutor em Teoria Geral, Filosofia e Sociologia do Direito pela UFPE. Prof. Adjunto da Faculdade de Direito do Recife.

Murilo Otávio Lubambo de Melo é Graduando em Direito pela UFPE. Monitor de Hermenêutica Jurídica. Bolsista PIBIC/FACEPE/CNPq.

Romero Barreto Barbosa é Graduando em Direito pela UFPE.

zados pelo Estado, na seqüência, os autores negam essa hipótese (COELHO, 1981, p. 177-200). Refiro-me aos movimentos do sociologismo e do realismo jurídico. Sem ignorar o normativismo kelseniano. Pois é. Nem mesmo Kelsen defende as teorias da Exegese, como veremos adiante.

O “conforto” do discurso da escola da exegese – por legitimar as decisões judiciais ao evocar o texto da lei, quando eximia os juristas da responsabilidade das escolhas feitas; juiz é a “boca da lei”, não cria direito – não teve vida longa, principalmente ao produzir o senso comum: “aos amigos, as *nuanças* da lei, para os inimigos, a lei pura”. Daí se questionar: texto tem vida própria? Sobre o tema, reporto o leitor à passagem do paradigma ontológico, bem como do paradigma mentalista ao paradigma lingüístico¹.

Desse questionamento, surgem propostas sobre a relação o texto jurídico e o jurista, com o sociologismo e o realismo jurídico ao provocar reflexões sobre a necessidade de aproximar o direito legislado (texto) de algo chamado realidade social (contexto) (TREVES, 1993, p. 103-140).

A motivação desse texto está em investigar o lugar do senso comum contido em frases do tipo: “os magistrados são irresponsáveis, ditadores, decidem como querem”. “Os magistrados não se preocupam com a realidade social”. “Os magistrados são formalistas, ignoram o viés social”. “Os advogados só querem-se dar bem”.

Para enfrentar essa motivação, investigamos, via entrevistas e observação não-participativa, a visão desses profissionais sobre a questão. O resultado revela o dubio o senso comum acima descrito. Inúmeros casos foram indicados de decisões baseadas numa busca de identificar o contexto social, principalmente decisões de primeira instância e em regiões do interior do Estado. Promotores relataram dificuldades de convencer uma comunidade de que linchamento não é direito². Magistrados revelaram suas preocupações em sua decisão gerar prece-

dentos, advogados apontaram insatisfações com a forma como o direito funciona na prática, etc. Diante disso, resolvemos arriscar uma abordagem científica.

Para tratar do tema, recorreremos ao aporte teórico da sociologia do cotidiano, por nos interessar a vida cotidiana das decisões jurídicas, a construção social do direito.

Os termos vida cotidiana e construção social tiveram origem na sociologia do cotidiano, quando vida cotidiana é a que se apresenta como realidade interpretada pelos seres humanos, a qual dispõe de um significado subjetivo de um mundo coerente, a realidade da vida cotidiana é entendida como sendo “o mundo intersubjetivo que comparto com os outros” (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 40). Daí se dizer que podemos duvidar da realidade cotidiana, porém, mesmo assim, estamos obrigados a suspender essa dúvida por existirmos rotineiramente na vida cotidiana.

Confrontamos, portanto, a perspectiva teórica com a prática forense, para tratar do tema. Assim, a busca de mecanismos capazes de limitar a atuação dos detentores do poder de decisão, noutras palavras, a busca de mecanismos para eliminar o arbítrio das decisões jurídicas proporcionou uma infinidade de teorias hermenêuticas, bem como de teorias da argumentação jurídica. Questiona-se: que mecanismo temos capaz de impedir o decididor de tomar uma decisão contrária a sua visão, ou ainda, que conteúdo estabelecer para a expressão “livre convencimento do juiz”?

Quando dizemos que os autores alteram a terminologia, mas ficam na mesma, é porque encontramos várias tentativas de evitar o arbítrio, mas todas recorrem ao discurso de um limite, de uma discricionariedade. Vejamos: Kelsen fala em comunidade jurídica; Hart, em regra de reconhecimento; Perelman, em auditório universal e acordo; Viehweg, em *topois*, lugar comum; Dworkin, em Hércules; e Alexy, em discurso prático (ALEXY, 2001, p. 17-19, 211-217, 301-313; ATIENZA, 2002, passim; DWORKIN, 2002,

p. 164-203; HART, 1994, p. 104-105, 111-112, 161-168; KELSEN, 1999, p. 260-286; PERELMAN; OLBRECHT-TYTECA, 1999, p. 15-53, 73-129; VIEHWEG, 1979, p. 51-70).

Sobre os limites da teoria, Kelsen, Hart e Dworkin lembram a necessidade de considerar os juristas como pessoas sérias.

“Do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos sobre se uma determinada pessoa praticou ou não certo homicídio. Estas opiniões são mais ou menos dignas de crédito, podem contradizer-se, e o próprio suspeito de homicídio pode confessar ou negar o fato. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer... tal sucede quando a decisão... transita em julgado (KELSEN, 1999, p. 266-267).

É possível que, numa dada sociedade, os juízes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou ‘por palpites’ e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encravavam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas acções ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral” (HART, 1997, p. 158).

Ainda, sobre a limitação da teoria em ter que partir do pressuposto da seriedade do jurista em sua tomada de decisão, a teoria de uma única decisão correta não defende que há um mecanismo garantidor do conteúdo da decisão e considera que os juristas sérios se ocupam em tomar a melhor decisão, mesmo que seja aquela por ele considerada a melhor; para isso, leva em consideração os argumentos que a comunidade terá como o mais correto.

“Em minha afirmação, argumentarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria³ não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos” (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Ficamos nesse limite da perspectiva teórica. Não há como teorizar pensando na possibilidade de corrupção como mecanismo decisório. Nenhuma hermenêutica tem sentido se considerarmos que as decisões são produtos de um mercado de compra e venda de sentenças, por exemplo. O que não nos exime de considerar que a atividade hermenêutica envolve o prisma dogmático, o sociológico e o filosófico. A hermenêutica não pode ignorar a importância e necessidade do estudo dos textos jurídicos, normas, jurisprudência e doutrinas (atividade dogmática), nem mesmo as interferências da interação social entre os atores jurídicos nas decisões tomadas (atividade sociológica),

bem como não afasta o constante questionar, duvidar e criticar (atividade filosófica).

Enfatizaremos a interação social, a vida cotidiana das relações face-a-face, por dela se produzirem os esquemas tipificadores, a padronização do agir. Aqui: a construção social do direito. É que, do ponto de vista sociológico, há uma negociação contínua entre os “esquemas tipificadores” nas interações sociais, quando o meu esquema entra em contato com o do outro (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 49). Pensando na comunidade jurídica, o direito é fruto dessa negociação contínua entre os atores jurídicos, e não deduções silogísticas provenientes dos textos das normas jurídicas.

A linguagem (a corporal – como o aspecto facial; a de objetos – que proclamam intenções subjetivas do meu semelhante, como a arma; a dos signos – permitindo a produção de informações de uma intenção, como o SOS; e a fala – expressão oral) é outra forma de coerção da vida cotidiana; estamos limitados a seus efeitos, adaptamos nossas condutas, decisões às suas pautas (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57). Assim, a vida cotidiana nos conduz à institucionalização, a nos habituarmos, constrói padrões, pois “todos os atos que se repetem com frequência criam uma pauta que logo pode reproduzir-se com economia de esforços e que *ipso facto* é apreendida como pauta por quem a executa” (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57).

Para corroborar e enfatizar essa perspectiva, citamos Hart (1997, p. 151).

“Os juízes podem mesmo ser afetados por sentimentos de compulsão quando decidem como o fazem, e estes sentimentos podem ser igualmente previsíveis; mas para além disto não há nada que possa ser caracterizado como regra que eles observem. Não há nada que os tribunais tratem como padrões de comportamento judicial correcto e, portanto, não há nada nesse comportamento que manifeste o ponto de vista interno característico da aceitação das regras.

A teoria, neste aspecto, obtém apoio numa variedade de considerações de peso muito diferente. O céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e, quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras”.

Tratamos a hermenêutica como espaço teórico para reflexões sobre o poder de criação do direito pelos juristas, questionando como limites à arbitrariedade a própria comunidade jurídica. Significa considerar que, se o direito não funciona bem, é porque nós (seres humanos, juristas) não funcionamos bem. Assim como se muda de opinião nas decisões da vida pessoal e social, muda-se nas jurídicas.

Nosso argumento é que os debates sobre os limites da interpretação do direito (texto) e sobre a criação judicial do direito ignoram que todos dizem a mesma coisa. Todos estão em busca de como exigir de quem tem poder para tomar a decisão, tome-a em favor de (...). Esse argumento está no entender que não há distinção entre os conceitos flexibilidade, razoabilidade e literalidade.

Esse é o ponto. Literalidade tem o mesmo significado de flexibilidade e razoabilidade quando o tema é criação judicial do direito. É que a relação termo (texto) e significado (conteúdo) do texto legislado, no momento hermenêutico da sua aplicação, não muda quanto se trata de declarar que se buscou o sentido literal ou se flexibilizou o

texto. As palavras já são flexíveis em sua literalidade. Não há uma coisa ou outra.

Quem defende a possibilidade de haver um sentido literal nega que contextualiza sua aplicação. Isso só existe no discurso. Simples: a súmula vinculante reporta o jurista ao mesmo discurso da interpretação analógica. É como não querer admitir que, considerar uma situação análoga à outra, é uma escolha do decisor. Não há qualquer mecanismo capaz de obrigar alguém a considerar dois casos concretos análogos se esse alguém prefere evidenciar seus aspectos de distintivos. Da mesma forma, súmula vinculante exigirá o exercício hermenêutico do argumento analógico. Voltemos ao tema deste texto.

Recorremos, propositadamente, aos autores Kelsen e Hart para falar que eles dizem o mesmo, pois a idéia de indeterminação não intencional em Kelsen em nada se distingue da idéia de textura aberta em Hart. Ambos defendem a impossibilidade de predeterminação de um conteúdo às palavras, menos ainda quando se trata da decisão judicial. Se Kelsen teme a vagueza da expressão indeterminação não intencional, para isso fala na moldura como limite, Hart teme a vagueza da textura aberta e fala em norma de reconhecimento, como limite à decisão jurídica.

É na filosofia da linguagem que o debate se dissolve, por isso vários autores têm recorrido a ela para dar continuidade ao tema. Nossa perspectiva é evidenciar que o debate na hermenêutica jurídica não tem mudado, apenas absorvido terminologias de outras áreas. Quem sabe para legitimar ou dar imagem de autoridades no assunto.

2. Textualizando o texto

Considerando que há uma busca em identificar critérios preestabelecidos à tomada da decisão judicial, mesmo no senso comum já se apontando que dados da política interferem na tomada da decisão judicial, temos como propósito simplesmente abordar as diferenças e semelhanças entre o pen-

samento kelseniano e hartiano quanto à concreção do direito, à decisão dos casos concretos. A escolha por Kelsen e Hart tem lugar por situarmos esses autores, do ponto de vista hermenêutico, como positivistas que rejeitam a postura formalista tanto quanto a cética.

Identificar a complexidade dos elementos envolvidos numa tomada de decisão requer considerar que esse processo envolve os seguintes temas: as fontes, o seletor de categorias, o gerador de amostras, o extrator de características, o tomador de decisões, o destinatário, o resultado (RAIFA, 1977, passim; SOUZA, p. 3-8). Localizado o direito como processo de tomada de decisão em situações de incerteza (SOUZA, p. 3-8, 443-487), consideramos hermenêutica como estudo do processo da decisão judicial.

Simplificando, esse processo envolve três fases: a cognitiva, a tomada da decisão e a fase das conseqüências. Na primeira, a cognitiva, cabe ao decisor levantar os dados e as fontes de informação que nortearão a decisão para, seguida da análise das informações, verificar os componentes da tomada da decisão. Aqui, hermenêutica como estudo do processo decisório, questiona-se o quanto, na prática judicial, os textos legislativos são considerados critérios preestabelecidos à decisão jurídica. Na segunda fase, ocorre a tomada de decisão. Resulta da primeira fase, quando se teve definido o caminho argumentativo a ser seguido, a escolha entre as alternativas. Por exemplo, um advogado penalista decide se argumentará pela negativa de autoria, pela diminuição da pena, etc. Na terceira fase, resta viver as conseqüências da decisão tomada. Cada uma dessas fases guarda sua complexidade.

O que nos chama a atenção, na obra de Kelsen e Hart, é justamente que ambos consideram que o processo hermenêutico, logo decisório, do direito envolve desde o estudo das fontes de informações que influenciam a tomada da decisão jurídica até o problema dos precedentes, quando os juristas calculam as conseqüências da decisão tomada (STAMFORD, 2000, p. 142-146).

Apontada a complexidade do processo decisório, identificamos como atividades hermenêuticas: a interpretação, a aplicação e a compreensão.

Essencial se torna esse estudo na medida em que as indagações acerca da Teoria Geral do Direito ocupam freqüentemente espaço na práxis jurídica. Os hermenutas (juízes, advogados, cientistas...), na produção da decisão jurídica, por meio de instrumentos diversos, afastam-se recorrentemente de determinado ramo do direito para basearem suas decisões em pressupostos cada vez mais gerais, válidos para todo o conhecimento jurídico.

Para textualizar este texto, foram traçados os paralelos entre as doutrinas de Hans Kelsen e Herbert Hart no tocante a Hermenêutica e, para tanto, lançamos mão não só de testemunhos escritos pelos próprios autores, como também do pensamento de outros doutrinadores – sobretudo de língua hispânica. Tiveram especial importância para o desenvolvimento deste estudo as considerações de Carlos Cossio, cuja classificação das correntes hermenêuticas serviu como parâmetro para a localização da matéria em questão dentro da teoria geral do direito.

É mister ainda ressaltar que, muito embora a doutrina de Kelsen e Hart divirjam sob diversos aspectos concernentes ao fenômeno jurídico, suas visões a respeito da interpretação no direito são, de fato, bastante semelhantes. Porém, só grosso modo poder-se-ia equipará-las sob uma mesma classificação.

3. Métodos tradicionais e crítica do voluntarismo

A busca pelo sentido da norma jurídica sempre permeou as reflexões jurídicas ao longo do tempo. Partindo do pressuposto de a apreensão das potencialidades hermenêuticas da norma refletir a incessante necessidade de um significado, criam-se métodos hermenêuticos com tal finalidade. Para Ferraz Jr. (1996, p. 286),

“Os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à *obtenção de um resultado*. Com elas procuram-se orientações para os problemas da *decidibilidade dos conflitos*. Estes problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática” (grifos nossos).

Se se tivesse que apontar uma característica comum a todos os métodos hermenêuticos tradicionais, essa, sem dúvida, seria a pretensão de ser o método por excelência ou a receita infalível para se extrair da lei a única decisão correta, por um processo estritamente intelectual: o intérprete contribuiria apenas com o seu entendimento e nunca com sua vontade (AFTALIÓN; OLANO; VILANOVA, 1972, p. 484).

Entretanto, os métodos hermenêuticos não têm hierarquia entre si, eles não superam uns aos outros, antes se complementam. O que se comprova por esses processos interpretativos se acumularem ao longo do tempo. Inclusive, a tradição jurídica insiste em indicar os métodos aos quais recorreram os decididores na construção da decisão tomada. Para confirmação dessa afirmativa final, indicamos uma consulta nas jurisprudências, inclusive a utilização dos métodos de interpretação como forma de busca de jurisprudências. Por exemplo, nas páginas da Internet dos tribunais estaduais ou tribunais superiores regionais, bem como do STJ ou STF, ponha-se método histórico ou método finalístico, ou interpretação sistemática, e verifique, leitor, quantas jurisprudências serão selecionadas.

Acontece que nem mesmo Kelsen (1999, p. 391) foi defensor dos métodos hermenêuticos como veículos à tomada de decisão judicial; antes, declara que “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”.

Insurge-se contra a hermenêutica tradicional – a formalista, na terminologia de

Hart – a corrente do voluntarismo. Aqui, além da negação dos métodos de interpretação, negam-se meios racionais para se chegar à única solução justa para o caso concreto. Para os voluntaristas, o ato de aplicação normativa corresponde, sempre, a uma escolha, ou seja: a um ato de vontade.

Tomando-se por base a classificação de Carlos Cossio (apud TORRÉ, 1991, p. 483), o ramo do voluntarismo se divide em: amorfo e estruturado. Os partidários do voluntarismo amorfo negam quaisquer limites da linguagem transmissora das normas, representando o que Hart denomina “cepticismo sobre as regras”. Assim, para essa espécie de voluntaristas, os magistrados seriam os verdadeiros criadores do direito, ou seja: a legislação e o precedente não possuiriam nenhuma força ante o livre arbítrio dos juízes. Adotam as idéias do voluntarismo amorfo, por exemplo, os sectários da Escola do Direito Livre, que tem em Kantorowicz o seu maior expoente.

O voluntarismo estruturado, por seu turno, é composto pelos defensores da idéia de que os aplicadores das normas estão necessariamente vinculados aos limites das expressões por meio das quais essas normas são fixadas. Assim, a vontade do aplicador está limitada à linguagem utilizada para comunicar a norma, não obstante reconheça a pluralidade de significado das expressões constantes nos textos legais, ocasionando mais de uma interpretação. É nesse último grupo que se enquadra a perspectiva da teoria pura do direito.

O pensamento de Hart não pode ser adequadamente abarcado pela classificação cossiana, uma vez que ele postula – como se vai mostrar mais adiante – uma posição diversa do intelectualismo e do voluntarismo.

4. Argumentos kelsenianos ao limite do arbitrário

A teoria pura do direito de Hans Kelsen pretende sistematizar a ciência jurídica. Aqui nos interessa apenas suas considera-

ções relativas ao tema da criação judicial do direito.

Para Kelsen (1999, p. 263), uma das partes da dinâmica do sistema jurídico está em que a aplicação de norma superior implica produção de norma inferior, por isso a decisão judicial ou administrativa são criações de direitos individuais entre as partes; é, portanto, norma jurídica decorrente do processo de concreção do direito.

Todos os atos jurídicos, dessarte, têm duas facetas: a aplicação (ou execução) e criação (ou produção), exceto os atos exclusivos de criação das normas constituintes e os atos de execução das decisões judiciais. Todos os demais atos, inclusive a sentença, envolvem aplicação de norma superior e produção de norma inferior. Tanto o processo legislativo de produção das leis ordinárias, para citar o art. 59 da Constituição Federal Brasileira, quanto a sentença têm natureza constitutiva de direito e não apenas declarativa porque transformam o abstrato em concreto. Esta é uma das falhas apontadas por Kelsen (1999, p. 264) da hermenêutica tradicional: ignorar que a decisão judicial é ato constitutivo e não cognitivo de direito.

Em outra oposição da visão formalista, da hermenêutica tradicional, Hans Kelsen (1999, p. 388) identifica os limites do processo dinâmico do direito, pois, ao se aplicar uma norma de um escalão superior, o aplicador (o legislador, se se tratar de uma lei constitucional, ou o juiz, se for o caso de uma lei infraconstitucional) sempre esbarra em restrições procedimentalistas, bem como conteudísticas, na produção da norma inferior. Esses limites são determinados pela própria norma superior.

Entretanto essa determinação nunca é completa, porque sempre a norma superior deixa àquele que vai aplicá-la uma margem de apreciação mais ou menos ampla, o que faz dessa norma uma espécie de moldura de possibilidades (KELSEN, 1999, p. 390) dentro da qual o aplicador pode mover-se sem sair da legalidade. Daí esse autor ser

identificado como defensor da postura dogmática.

A dúvida quanto a essa qualidade de Kelsen tem lugar quando ele escreve que, mesmo as ordens mais minuciosas, dão margem a várias indeterminações. Para exemplificar: se o órgão A dispõe que o órgão B detenha o súdito C, o órgão B terá que decidir, segundo seu próprio critério, quando, onde e como se realizará a ordem de detenção, decisões estas que não estão previstas pelo órgão legislativo (AFTALIÓN; OLANO; VILANOVA, 1972, p. 485).

Kelsen (1999, p. 388-389) assinala que essa relativa indeterminação das normas pode ser: intencional (quando a lei estabelece penas opcionais, por exemplo) ou não intencional (circunstâncias em que a norma contém conceitos vagos, cuja aplicação a certos casos individuais não pode ser realizada apenas por meios lógico-rationais). Segue-se daí que, se por interpretação se entende a verificação do sentido da norma que se pretende aplicar, o resultado da atividade interpretativa só pode ser a verificação da moldura que representa a norma e, portanto, das várias possibilidades que essa moldura comporta.

Logo, para Kelsen (1999, p. 478), seria um erro afirmar que a lei é susceptível de apenas uma interpretação, posto que consiste numa moldura de possibilidades dentro da qual cabem, pelo menos, duas soluções possíveis. Naturalmente, poder-se-ia perguntar qual das soluções seria a mais *justa*. No entanto, Kelsen sustenta que essa é uma questão político-axiológica e que, portanto, não pode ser respondida com base em conhecimentos científicos.

Fundamental lembrar que, para Kelsen (1999, p. 390), as interpretações têm o mesmo valor, desconsiderando, pelo menos juridicamente, a “carga retórica” e distintos “graus de convencimento” de cada uma delas, a partir de critérios de dentro do próprio ordenamento.

Ainda mais, Kelsen identifica o problema da decisão transitada em julgado, quan-

do então defende a possibilidade de decisão *contra legem* adquirir validade no sistema jurídico. Imaginemos uma sentença transitada em julgado *contra legem*. Não havendo mais recurso, como retirar a decisão do sistema jurídico? Kelsen fala em eficácia retroativa para tratar do tema. A decisão judicial passa a regular o caso concreto, ou seja, ela é norma jurídica reguladora de caso concreto anterior e, no sistema jurídico, não há mecanismo de retirada dessa norma jurídica, a decisão transitada em julgado do sistema jurídico. Logo, Kelsen admite a possibilidade de validade de decisão *contra legem* no sistema jurídico. Pois pior consequência seria advogar o não cumprimento da decisão transitada em julgado sob alegação de ser *contra legem*. Daí, o autor escrever:

“do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos (os julgadores) sobre se um determinado indivíduo praticou ou não um certo homicídio. Essas opiniões são mais ou menos dignas de crédito, podem contradizer-se, e o próprio indivíduo suspeito de homicídio pode confessar ou negar o fato. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer... a do tribunal. Unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante” (KELSEN, 1999, p. 266-267).

5. Argumentos hartianos ao limite do arbitrário

Assim como Kelsen, Hart (1994, p. 139) também não reconhece qualquer método de interpretação suficiente para eliminar as incertezas da decisão judicial. Hart parte da concepção sociológica dos padrões de comportamento para explicar a formação das regras jurídicas numa sociedade, do que resulta a explicação da existência do direito mediante a possibilidade de se comunicar padrões gerais de conduta (normas).

A eficácia do direito como sistema de regulação social, portanto, pressupõe a capacidade de os indivíduos reconhecerem atos, coisas e circunstâncias como casos das classificações gerais que o direito faz. É o que Hart chama de regra de reconhecimento, nesse caso, “os critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas” (HART, 1994, p. 137).

Segundo o autor, os padrões gerais de conduta podem ser comunicados por meio de duas formas: pela legislação (textos dotados de autoridade) e pelo precedente (repetição de conduta social alheia ou de decisões jurídicas anteriores). Entretanto, seja qual for o modo utilizado para a comunicação de normas, sempre haverá certo grau de incerteza quanto à forma de comportamento prescrito. Essa incerteza, diz Hart, origina-se essencialmente dos limites da linguagem humana e nenhum método interpretativo é capaz de eliminá-la.

Nesse sentido, Hart (1994, p. 143) detecta duas necessidades sociais: a primeira é a necessidade de regras explícitas aplicáveis diretamente, em uma zona central determinada, por indivíduos específicos ou pelos juízes, isto é, regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios; a segunda é a necessidade de regras com textura aberta, às quais, a todo momento, pode-se agregar novos conceitos, e que servem para serem aplicadas em um contexto, momento em que a regra vai adquirir um sentido mais claro, ou seja, é mister deixar em aberto, para resolução ulterior por uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto.

Todavia, há casos difíceis e casos simples. Para estes últimos, as normas são aplicadas com grande clareza por serem familiares a todos, já que há acordo geral ou consenso nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos utilizados. Como exemplo, Hart (1994, p. 139) cita palavra “veículo”:

se existir algo qualificável como “veículo”, um automóvel indiscutivelmente o é. Para Hart, as normas seriam inúteis se não existissem esses casos familiares e geralmente incontestáveis. Assim, não estão totalmente equivocados os intelectualistas ao defenderem o uso de operações racionais como meio de se obter a interpretação correta de um dispositivo legal, pois, em certos casos, a subsunção do fato à norma é feita de modo quase que automático.

As variantes dos casos familiares, contudo, muitas vezes, são de difícil classificação, gerando uma espécie de “crise na comunicação”. Nesses casos, não há uma convenção firme entre os juristas a respeito do sentido da linguagem utilizada para expressar a regra. Conseqüentemente, o raciocínio silogístico – no qual a norma seria a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; e a sentença, a conclusão – não mais seria suficiente. Apenas, diante desses casos, as dúvidas teriam de ser resolvidas por meio de uma escolha entre as várias alternativas abertas. Ou seja: a conclusão constituiria, na realidade, uma predileção ou uma preferência – aqui se nota uma certa semelhança entre o pensamento de Hart e o do voluntarismo estruturado.

Independentemente do processo escolhido (legislação ou precedente) para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos concretos, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto devido à textura aberta do direito. Significa que “há na verdade áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias entre interesses conflitantes que variam em peso” (HART, 1994, p. 148).

Em outras palavras, significa que existem no sistema jurídico casos não regulados diretamente, pois é mais adequado encará-los diante de sua concretude, ocasião

em que podem ser ponderados os valores e princípios aplicáveis.

Como se vê, Hart critica tanto a corrente do formalismo como a do cepticismo, ou seja, suas idéias são uma espécie de evolução de dialética resultante do confronto entre essas duas correntes extremadas. A tese do formalismo sobre as regras é a de que todos os atos dos tribunais são regidos por normas jurídicas, ou seja, pensa-se que cada passo percorrido pelo tribunal está coberto por uma regra geral que confira autoridade para o percorrer de modo que seus poderes criadores sejam sempre uma forma de poder legislativo delegado. Por sua vez, a tese do ceticismo sobre as regras dá-se justamente na descrença do direito derivada da discricionariedade do juiz diante da textura aberta das normas e da ausência de sanções ao juiz pela não aplicação das normas. Noutras palavras, reside no fato de as regras a que os juízes pretendem estar vinculados, ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta – “incerteza da linha de fronteira do uso dos termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação” (HART, 1994, p. 141) – ou terem exceções que não são desde logo especificadas (HART, 1994, p. 167-168).

Aquela, segundo ele, “procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha” (HART, 1994, p. 140-142) de tal forma que se consiga uma medida de certeza ou previsibilidade. Entretanto, fazer isso implica que, mesmo que se queira excluir certos casos do âmbito da regra, não será possível, por força da técnica, excluí-los. Ou seja: as finalidades sociais da regra serão desconsideradas e seremos obrigados a tomar uma decisão que consideramos injusta, pois os termos estão tão rigidamente definidos que nos elimina a capacidade de interpretá-los à luz da nossa moral. Já o cepticismo também não pode ser seguido à risca, pois, se assim agirem os tribunais, demasiadas coisas serão tratadas como casos permanentemente em aberto ou susceptíveis de revisão nos precedentes e atribui-se demasiado pou-

co respeito aos limites da linguagem. Para o céptico, o direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Entretanto, Hart acredita que tal concepção traz implicitamente dentro de si uma contradição, já que os próprios tribunais são constituídos por meio de normas. A própria noção de tribunal implica a idéia de regra, porque, para haver tribunais, tem de haver regras jurídicas que os instituem.

Finalmente, diz Hart (1994, p. 161) que “o formalismo e o cepticismo sobre as regras [...] são grandes exageros, salutarés na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles”. Assim, embora cada regra possa ser de teor duvidoso em certos pontos, é, na verdade, condição *sine qua non* de um sistema jurídico existente que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos.

Dessas críticas ao formalismo e ao cepticismo, Hart (1994, p. 156-157) propõe um meio termo entre essas duas concepções:

“a teoria jurídica tem nesta matéria uma história curiosa; porque está apta, quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas. Para escapar a esta oscilação entre os extremos, precisamos de nos recordar que a incapacidade humana para antecipar o futuro, que está na raiz desta indeterminação, varia em grau nos diferentes campos de conduta e que os sistemas jurídicos providenciam quanto a esta incapacidade através de uma variedade correspondente de técnicas.

Por vezes, o domínio que deve ser juridicamente controlado é reconhecido desde o princípio como um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto, em contextos socialmente importantes mas imprevisíveis, que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores. Por isso,

para regular tal domínio, o poder legislativo traça padrões muito gerais e delega então num corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais”.

Trata-se da regra de reconhecimento, quando o poder de decisão do juiz é limitado, é discricionário e não arbitrário, pois

“é possível que, numa dada sociedade, os juízes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou ‘por palpites’ e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encravavam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas ações ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral” (HART, 1994, p. 160-161).

6. E então... quase todo mundo que eu conheço quer ser feliz

Kelsen e Hart admitem a possibilidade do ingresso de decisões judiciais *contra legem* válidas no sistema jurídico, todavia como exceção, nas palavras de Kelsen, ou como decisões aberrantes, no conceito de Hart, adquirirem validade.

Há de se ressaltar o fato de esses autores representarem um marco na história do pensamento da Hermenêutica Jurídica. Conforme foi explicado anteriormente, antes de Kelsen e Hart, os teóricos do direito enalteciam as fórmulas metódicas na esperança de obterem justiça com o uso exclusivo do intelecto humano. Entretanto, viravam os olhos para a própria natureza contingente do homem e, por consequência, de sua linguagem, simplificando ingenuamente o problema da interpretação.

Como o processo hermenêutico deve ser visto holisticamente por envolver as atividades de interpretação, compreensão e aplicação, em Hans Kelsen e Herbert Hart encontramos um elenco de afirmações que vieram a desmentir o excessivo racionalismo reinante na teoria jurídica, ainda mais quando esse autores ressaltam o caráter inexacto da comunicação humana. Portanto, é lugar comum no pensamento de um e outro a idéia de os métodos hermenêuticos serem, diante da própria essência da linguagem, insuficientes à tomada de decisão judicial.

Com relação à compreensão do sentido das normas, Kelsen parte do pressuposto de que toda norma admite sempre mais de uma possibilidade interpretativa, posto que consiste numa – esta é a expressão cunhada por ele – “moldura de possibilidades”. Hart, por sua vez, afirma que, na aplicação e interpretação do direito, há uma zona vasta e central, na qual imperam a certeza e a segurança, enquanto há outra zona cinza e indeterminada.

No que se refere à aplicação, Hart (1994, p. 157) não nega que a linguagem pode muitas vezes não deixar dúvida a respeito do objeto que expressa; para esse autor,

“o céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a

textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras. Assim, o facto de as regras a que os juízes pretendem estar vinculados, ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta, ou terem excepções que não são desde logo exaustivamente especificáveis e o facto de o desvio das regras não acarretar ao juiz uma sanção física são freqüentemente usados para fundamentar a tese do céptico. Estes factos são acentuados para mostrar que ‘as regras são importantes na medida em que nos ajudam a predizer o que os juízes farão. Tal é a sua única importância, à parte do facto de que constituem lindos brinquedos’.

Argumentar deste modo é ignorar o que as regras efectivamente são em qualquer esfera da vida real. Sugere que estamos confrontados com o dilema: ‘ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões; ou não há regras, mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição’. Contudo, isto é sem dúvida um falso dilema”.

Tanto no modelo kelseniano quanto no hartiano se fala em poder discricionário do juiz. Hart se posiciona mais enfaticamente com relação ao poder discricionário de criação judicial do direito, reconhecendo-o nos casos das “zonas cinzas” indeterminadas em que impera a incerteza e a dúvida e o aplicador é obrigado a estabelecer um sentido mais palpável para a norma. Desse modo, o juiz utilizará seus valores e crenças na decisão, principalmente, de casos mais difíceis. Assim, são admissíveis decisões

contrárias de um mesmo caso. O juiz “tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes. Muitos casos podem ser decididos num sentido e noutro” (HART, 1994, p. 336). Kelsen, por outro lado, relega a escolha entre as possibilidades como metajurídica e não aborda com amplitude as situações obscuras.

Portanto, os autores atuais que enfrentam temas da hermenêutica jurídica não fazem mais que repetir as perspectivas teóricas já desenvolvidas e defendidas por autores clássicos como Kelsen e Hart. Recorrer a expressões pouco conhecidas no mundo jurídico como “giro lingüístico” não indica novidade teórica, mas simplesmente recurso a outra área de conhecimento para dizer a mesma coisa há muito já dita.

Ter, portanto, a filosofia da linguagem como aparato teórico para manter a mesmice teórica não é caminho para melhoria da teoria do direito. O que essa perspectiva filosófica proporciona vai muito além disso, principalmente por provocar a necessidade de revisita, só para citar dois exemplos, da teoria dos fatos jurídicos e da teoria das provas. Enfim, visitar toda a visão de mundo jurídico calcada na perspectiva ontológica e na mentalista.

Notas

¹ O paradigma ontológico, baseado na filosofia clássica, deposita no filósofo a função cognitivo-referencial, ou seja, a busca da verdade na essência do ser, da coisa em si. É dito o paradigma da “verdade como correspondência”. Defende-se uma objetividade na relação sujeito-objeto, com a produção de “leis do ser”. Aqui a linguagem é vista como veículo de conceitos. No paradigma mentalista, o foco passa a ser o sujeito, a consciência. A filosofia da consciência, com a função cognitivo-referencial, proclama a “verdade como experiências (opinião de um sujeito). Formulam-se “leis do pensamento”. A linguagem é vista como expressão de experiências. No paradigma da linguagem, com o giro lingüístico – linguagem como mundo significativo

–, não cabe mais a busca pela verdade do ser (da coisa, do objeto), nem se fala na consciência do sujeito, mas na comunicação. Trata-se da função interpretativo-compreensiva, na qual, se há uma verdade, é a verdade como relato. Elaboram-se leis do uso lingüístico. A linguagem é vista como mediação. Nesse paradigma, surgem as teorias do significado, como a da visão intencionalista, com Grice, para quem o falante transmite ao ouvinte seu estado de crenças ou suas intenções, enquanto o falante é um sujeito competente em relação ao mundo objetivo (capacidade para formar representações sobre as coisas e acontecimentos) e em relação ao mundo social (capacidade de traçar objetivos e planos de ação). Assim, os signos lingüísticos permitem influenciar as outras subjetividades no contexto de ação teleológica, introduzindo mudanças nas suas crenças ou influenciando-os para que façam algo. Na visão semântica, da teoria do significado, com Frege, busca-se identificar os requisitos que devem estar presentes na linguagem logicamente perfeita. Para esse autor, o Signo, a palavra ou expressão lingüística adquire sentido – modo de dar-se a designação ou referência – conforme tenha referência com um algo designado, formando significado segundo a representação da subjetividade que acompanha a transmissão ou compreensão do significado de um signo. Há, portanto, uma conexão interna entre significado e verdade – princípio semântico do contexto –, pois o valor semântico das expressões parciais depende da sua contribuição ao valor semântico (valor de verdade) da unidade significativa mínima, o enunciado. Por fim, há a visão pragmática, da teoria do significado, com Wittgenstein, ao tratar da semântica das condições de verdade. Para esse autor, as palavras cumprem uma função instrumental no contexto de determinadas atividades e em contextos de interação, de tal modo que permite ao falante realizar seus propósitos graças ao efeito coordenador da ação que essas ferramentas lingüísticas permitem. Há, portanto, jogos de linguagem como contextos práticos nos quais se determina o uso das expressões lingüísticas; esses jogos de linguagem são modos de comportamento, por isso, falar uma linguagem é inseparável da integração de uma forma de vida. A linguagem não é só o uso intencionalista, mas também narrar, ordenar, apostar, saudar, etc. (CORREDOR, 1999, p. 17-46).

² Sobre Direito Alternativo, ver Melo (2003).

³ Trata-se da teoria da única decisão correta.

Bibliografia

AFTALIÓN, Enrique R.; GARCIA OLANO, Fernando.; VILANOVA José. *Introducción al dere-*

cho. 9. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Peralman, Toulmin, MacCornick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.

BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

COELHO, F. L. A hermenêutica jurídica. In: _____. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 177-200.

CORREDOR, Cristina. *Filosofia del lenguaje*. Madrid: Visor, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O direito levado a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1996.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Direito alternativo e direito dogmático: exclusão social, justiça e legitimidade. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, 4., 2003, Recife. *Anais...* Recife: Bureau Jurídico, 2003. (Coleção Bureau Jurídico, Coletânea Jurídica, v. 6, p. 175-194).

PERELMAN, Chain; OLBRECHT-TYTECA. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PESSOA, Fernando A. C. *Poemas inconjuntos*. [191-?]. Disponível em: <<http://www.institutocamoes.pt/escritores/pessoa/inconjuntos.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2003.

RAIFA, Howard. *Teoria da decisão*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

SOUZA, Fernando M. C. *Decisões racionais em situações de incerteza*. Recife: Universitária UFPE, 2002.

STAMFORD, Artur. *Decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 10. ed. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1991.

TREVES, Renato. *Sociologia des diritta*: origini, ricerche, problemi. Torino: Einaudi, 1993.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

Embriões

A busca de um estatuto

Maria Edelvacy Pinto Marinho

Sumário

1. Introdução. 2. Teorias acerca da natureza do embrião. 3. O problema do descarte de embriões. 4. O que fazer com os embriões criopreservados? 5. Experiências envolvendo embriões. 6. Uma visão bioética. 7. Legislação: estudo comparado. 8. Tendência jurídica brasileira. 9. Conclusão.

Introdução

Os avanços das pesquisas científicas no campo biotecnológico têm promovido debates quanto à liberdade científica. Até onde pode ir a ciência? A bioética surge para tentar conciliar a ciência e os valores da sociedade. Trata-se de matéria de fronteira, em que os limites estão em constante questionamento. O problema do descarte de embriões constitui um desses temas de fronteira.

A desvinculação do sexo na geração de um outro ser representou uma quebra de paradigma, tanto na contracepção, quanto na evolução das técnicas de reprodução humana assistida. Foi possível a criação de seres humanos sem a necessidade do ato sexual como também o controle da reprodução por meios contraceptivos. A liberdade sexual apresentou como uma de suas conseqüências um novo posicionamento, principalmente no que se refere à mulher na sociedade.

As técnicas de reprodução humana assistida têm permitido a casais com problemas de fertilidade realizar o sonho de ter

Maria Edelvacy Pinto Marinho é Mestranda em Direito das Relações Internacionais – UNICEUB e bolsista da CAPES.

filhos. Para se ter uma idéia, estima-se que, a cada 10 casais, dois não conseguem conceber um filho sem algum tipo de intervenção. Constata-se que a busca por clínicas especializadas tem crescido exponencialmente. Ao reconhecer o direito à reprodução como um direito fundamental, o SUS tem realizado o tratamento.

Entretanto, na busca de se conceber um filho, os meios utilizados acabam por produzir, além da esperada criança, embriões excedentes que não serão implantados no útero, mas que serão criopreservados. O crescente número de embriões excedentes trouxe como consequência um problema de caráter ético e jurídico quanto ao destino a ser dado aos embriões.

Pelo que se pode observar, os “pais” dos embriões criopreservados não demonstram a intenção de que estes venham a nascer. Cientistas vêem nesse fato a possibilidade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas, tais como as desenvolvidas com células tronco que prometem muitos benefícios à saúde humana.

Por outro lado, a corrente dominante defende que, por-se tratar de vida humana, o embrião não poderia ser objeto nem de descarte, nem de experimentações. No Brasil, existem cerca de 130 clínicas especializadas em técnicas de reprodução humana assistida. Nessas, estima-se a existência de cerca de 20.000¹ embriões congelados. Que destino dar a esses embriões? O descarte é a solução?

A situação acima exposta explicita o problema de se determinar quando começa a vida. O problema se configura de difícil solução, pois passa pela conceituação do que seria o ser humano. O presente artigo busca apresentar o problema, nas suas diversas nuances, e analisar as soluções que estão sendo propostas em outros países. Não há pretensão de demonstrar o que seria correto nem de responder a questionamentos tais como quando começa a vida, por exemplo. A idéia é apresentar como o tema vem sendo tratado no Brasil e em outros países no intuito de assinalar a tendência jurídica.

2. Teorias acerca da natureza do embrião

O embrião é ser humano? Ser humano potencial? Objeto? A definição da natureza do embrião humano está na determinação de quando ocorre o início da vida, de quando se pode dizer que há um ser humano. Os parâmetros utilizados para determinação possuem, em sua maioria, fundamentos religiosos não aplicáveis a todas as comunidades. Essa pode ser apontada como uma das razões para o tema ser tão polêmico.

Eduardo Oliveira Leite (1996) aponta a existência de três teorias acerca da natureza do embrião². A teoria concepcionista defende a existência de ser humano desde a fecundação. O embrião seria pessoa, possuindo, dessa forma, todos os direitos principalmente o direito à vida (Cf. ALMEIDA, 1989). Seguindo esse raciocínio, as técnicas de reprodução humana assistida estariam indo de encontro à dignidade do embrião, uma vez que esse é tratado como objeto. A Convenção Americana de direitos humanos reconhece no seu artigo 4º a teoria concepcionista³. Doutrinadores como Silmara Chinelato Almeida, Francisco Amaral e Maria Helena Diniz defendem essa teoria⁴.

A teoria genético-desenvolvimentista assevera que o embrião seria um conjunto de células nos seus primeiros estágios de desenvolvimento. Seria apenas um material biológico. Assim, as fases que se seguirão desde a fecundação, “de tão elementares, não geram qualquer prerrogativa capaz de gerar direitos” (LEITE, 1996, p. 127). Há que se ressaltar que, ocorrendo a implantação no útero, os adeptos dessa teoria defendem o direito “da criança” de nascer. A comunidade científica se identifica mais com esse pensamento, principalmente aqueles que defendem o uso de embriões em experiências.

Quanto à natureza do embrião, a Suprema Corte Americana, no caso *Roe vs. Wade*, considerou que embrião não é pessoa, dessa forma, não estaria protegido pela 14ª emenda, que garante entre outros o direito à

vida. Foi adotada nessa decisão a teoria genético-desenvolvimentista.

Pelo caráter extremista, as teorias concepcionista e desenvolvimentista tendem a não serem aplicadas. Ao se falar que o embrião já é pessoa e que sua vida é inviolável, diante do caso de se preservar a saúde da mãe em detrimento da do embrião, qual interesse deveria ser defendido? O da mãe? O do embrião? Um dos problemas da teoria desenvolvimentista está em não determinar claramente em que estágio de desenvolvimento o embrião se tornaria pessoa.

A terceira teoria se apresenta como intermediária às duas estudadas acima. Por essa, o embrião seria pessoa em potencial. O embrião não seria ainda pessoa, nem poderia ser considerado apenas um conjunto de células. A natureza seria embrionária. Essa teoria defende a responsabilidade dos pais no desenvolvimento do embrião. O caráter humano do embrião “é adquirido pelo doar-se constante da mãe na gravidez” (LEITE, 1996, p. 129). A gestação teria a função de humanizar o embrião. A falha dessa teoria estaria em admitir que só haveria ser humano se o embrião se enquadrasse em um projeto familiar, na responsabilidade de seus genitores.

Silmara Chinelato Almeida (1989), ao analisar a natureza jurídica do nascituro, observa a existência de três teorias: a concepcionista, abordada acima; a natalista, segundo a qual o marco para existência da personalidade é o nascimento com vida; e a da personalidade condicional, que, apesar de assegurar o momento da concepção como referência, reconhece que esta fica condicionada ao nascimento com vida.

Ao analisar o problema, Casabona (1999, p. 256) critica a utilização do caráter apenas biológico na definição de quando começa a vida humana. Argumenta que o critério biológico não se revelou menos obscuro, sendo utilizado por ambas as partes do debate. Assim, a depender do posicionamento defendido, atrasa-se ou adianta-se o momento em que a vida humana inicia-se.

Para o autor, deve-se estabelecer um “critério de valoração das diferentes situações biológicas” para se determinar em quais situações há projeção de valores determinando, dessa forma, a existência de bens jurídicos a serem protegidos pelo direito.

Observa-se do exposto que não há unanimidade quanto à natureza do embrião. A Recomendação 1046 de 1986 do Conselho Europeu traça a atual conjuntura ao afirmar que as inovações biotecnológicas têm demonstrado a frágil natureza jurídica dos embriões. Informa também que a ausência de um estatuto é decorrente da pluralidade de opiniões no plano ético.

3. O problema do descarte de embriões

Em virtude da ausência de normas a respeito da reprodução humana assistida, e sobretudo quanto ao destino dado aos embriões excedentes, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução 1.358/92 com normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. O Conselho reconheceu, primeiramente, a infertilidade como um problema de saúde e que as técnicas de reprodução buscavam a solução desse problema.

Entre outras determinações, resolveu: “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído”. Estipulou ainda que o número de embriões a serem transferidos ao útero não deveria ser superior a quatro.

O Hospital Albert Einstein requisitou que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo se posicionasse quanto ao seguinte problema: antes de ter sido proferida a Resolução 1.358/92 do CFM, o hospital, ao promover a reprodução humana assistida, assinava contratos com os casais prevendo a possibilidade de descarte de embriões não utilizados mediante solicita-

ção do casal. Entretanto, com a Resolução, o descarte de embriões passava a ser proibido. Do exposto, questionava-se qual o destino a ser dado aos referidos embriões. Mediante parecer do CFM 23/96, o Conselho determinou que fosse reaberta a comissão que elaborou a Resolução 1.358/92 para que a hipótese de descarte de embriões fosse estudada com mais profundidade.

No corpo do parecer, o relator Dr. Henrique Pedrosa Neto afirma: “Finalmente, entendo que um pré-embrião em estágio de oito células sem desenvolvimento da placa neural não pode ser considerado um ser humano. É uma expectativa potencial de vida. Assim como, também, são expectativas de vida os gametas masculinos e femininos, isoladamente. São partes que se completam para permitir, através de sua fusão, a mágica maior da vida: o ser humano⁵”. Esse posicionamento é favorável ao descarte uma vez que não reconhece no embrião um ser humano.

Questionamentos como os citados acima tendem a aumentar no Brasil, uma vez que não há legislação específica sobre o assunto.

4. O que fazer com os embriões crioconservados?

Diante dos milhares de embriões que já se encontram congelados nas clínicas de reprodução humana assistida, há a necessidade de que uma solução seja apontada pela sociedade. Nesse sentido, as possíveis soluções estão relacionadas diretamente ao conceito adotado para o embrião.

A doação para outros casais inférteis, para que o embrião tenha possibilidade real de nascer, em um primeiro momento, pode parecer uma solução que não feriria o ordenamento jurídico. Entretanto, se o embrião for considerado pessoa, este não poderá constituir-se como objeto nesse ato unilateral. Não poderia ser objeto muito menos passível de comercialização. Seria uma afronta à dignidade humana.

A doação para pesquisa apresenta também um caráter, em princípio, nobre, uma vez que aqueles embriões não chegariam a nascer e poderiam, dessa forma, ser úteis no desenvolvimento de terapias que visassem o tratamento de enfermidades que dizimam milhares de pessoas a cada ano como o câncer; no desenvolvimento de tecidos; no auxílio das pesquisas em células tronco, entre outros. Sendo considerados pessoas, ou como defendem outros, possuidores do DNA humano que os individualizaria, não poderiam ser meio para pesquisa. As correntes desenvolvimentista e a que defende o embrião como ser humano em potencial aceitam essa hipótese utilitarista, na medida em que o embrião a ser utilizado não seria de fato pessoa.

Ao se aceitar a possibilidade de descarte, há a presunção de que o embrião não seja pessoa. E não sendo este mais útil, a melhor solução seria o descarte. Esse posicionamento, como veremos a seguir, tem sido adotado por boa parte dos países que legislaram sobre o assunto.

Contudo, se formos seguir a teoria concepcionista, os embriões excedentes, por serem considerados pessoas, teriam direito a nascer, tendo o direito de ser implantados para que se efetivasse seu direito à vida. Mantê-los crioconservados seria, nesse sentido, uma ofensa ao princípio da dignidade humana. Não obstante, diante da quantidade de embriões excedentes, esse direito não seria viável, factível para ser aplicado.

5. Experiências envolvendo embriões

Percebe-se, por parte da comunidade científica, o desejo de que sejam aprovadas as experiências envolvendo células germinais e embrionárias. As alterações que fossem realizadas em células germinais acarretariam modificações no patrimônio genético, o que afetaria, por conseguinte, outras gerações. Esse tem sido o principal argumento para a proibição dessas pesquisas. Além disso, há o temor de que a eugenia seja pra-

ticada quando for possível escolher livremente as características a serem repassadas aos descendentes. Outra razão para essa pesquisa ser tão desejada consiste no potencial das células embrionárias de se transformarem em qualquer tipo de tecido humano.

A liberdade científica assegurada na constituição (Art. 5º, inc. IX) tem sido evocada pelos favoráveis à experiência. Para esses, o estudo com embriões poderia auxiliar na compreensão da formação do homem e no desenvolvimento de terapias que ajudariam na cura de doenças degenerativas e hereditárias. Os contrários acreditam que experimentação em embriões configuraria ofensa ao princípio da dignidade humana por utilizar o ser humano como meio e não como fim nas pesquisas.

O Parlamento europeu, em relatório elaborado pela Comissão temporária sobre genética humana e outras novas tecnologias da medicina moderna, afirma não haver diferenças entre clonagem reprodutiva e terapêutica. Afirma ainda que a diferenciação entre estas visa atenuar a proibição existente aumentando as chances de utilização dos embriões. Verifica-se o aumento da pressão dos setores de desenvolvimento da pesquisa biotecnológica no sentido de permitir a utilização de embriões na condução de experiências.

No Brasil, a Lei 8.974/95 determina em seu artigo 13, III, que é proibida “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”. A produção de embriões não pode ter outra finalidade que não a reprodutiva. A lei também proíbe as manipulações genéticas com intuito de modificar a estrutura genética do ser humano com fins não-terapêuticos mediante intervenção nos gametas, embriões, fetos e sujeitos já nascidos.

Os favoráveis à experimentação ressaltam que ficariam impossibilitados de desenvolver técnicas terapêuticas se não puderem utilizar embriões em pesquisa. Argumentam ainda que, se os embriões não têm possibili-

dade de nascer, por que não poderiam ser objeto de pesquisas?

O impasse deve ser resolvido por meio de normas que disciplinem a matéria e que determinem qual bem é socialmente mais relevante.

6. Uma visão bioética

A bioética versa basicamente sobre conflito. O desenvolvimento das pesquisas no campo biotecnológico tem suscitado questionamentos éticos que têm incidência jurídica. Problemas como a natureza do embrião, clonagem terapêutica e reprodutiva, identidade dos doadores de material genético e patenteamento de genes são problemas que ainda não chegaram ao judiciário, mas carregam em si conflito de princípios como o direito a conhecer a origem, o direito ao sigilo dos doadores, liberdade científica e dignidade humana, por exemplo. A bioética, tida como ética prática, surge num clima de indefinição em relação a parâmetros éticos.

H. Tristram Engelhardt Jr. (1997, p. 31) define bem esse período, “portanto, a bioética contemporânea colocada diante de um fundo de considerável ceticismo, perda de fé, convicções persistentes, pluralidade de visões morais e crescente desafio das políticas públicas. É dentro desse caos moral que a política de assistência médica deve ser enquadrada”. Ceticismo, porque não se observa a confiança necessária nas instituições. Tem-se a impressão de que o poder econômico é que determina o caminho a ser seguido. Perda de fé, no sentido de que não se observa um poder religioso predominante, uma corrente de fato a ser seguida.

Ao longo dos anos, uma série de paradigmas têm sido quebrados e não se tem observado a formação de outros tão fortes quanto os anteriores. A revolução Copérnica (1543) retirou o homem do centro do universo. Darwin (1859) propôs que o homem é fruto da evolução das espécies. A ciência passava a contradizer as afirmações defendidas pela Igreja. O ceticismo e perda de fé

provocaram, segundo o Papa João Paulo II, “um obscurecimento moral”.

Quanto à pluralidade de visões morais, deve-se recordar que essas sempre existiram. O que se observa, no entanto, é que essas não podem mais ser ignoradas. Com o fortalecimento dos direitos humanos, a necessidade de se respeitar as diferenças culturais constitui um dos pilares do Estado democrático e as decisões do Estado devem respeitar essas comunidades morais⁶.

A bioética, assim, designa, como defende G. Hottois (1990, p. 136), “um conjunto de questões éticas, que coloca em jogo valores, originados pelo poder cada vez maior da intervenção tecnocientífica no ser vivo [...] designa também um certo espírito de aproximação entre a ética e os problemas científicos”. Os problemas tratados carregam um dilema ético, havendo conflito de princípios e direitos constituídos. Conforme assevera Débora Diniz (2001), a bioética trabalha com a idéia de tolerância em virtude do pluralismo das comunidades morais.

Para facilitar a compreensão do tema pelo ponto de vista bioético, utilizaremos a divisão proposta por Pegoraro (2002) que analisa a bioética a partir de quatro paradigmas: secular, confessional, principialista e fenomenológico. A bioética secular defendida por H. Tristan Engelhardt (1997) é contrária à instauração de princípios absolutos, devendo cada comunidade moral definir a cada caso; é defensor do pluralismo ético. A solução dos problemas passaria então pelo crivo cultural da comunidade.

Débora Diniz e Dirce Guilhem (2002, p. 51) fazem uma crítica acertada neste ponto: “Essa linha argumentativa, muito comum aos antropólogos culturais, é de uma fragilidade enorme quando transposta para os limites de uma dada cultura, já que a referência à cultura como entidade legítima de julgamento também se converte em uma instância cruel de manutenção de certos padrões de dominação e opressão. Não há espaço no modelo Engelhardiano para a crítica cultural, uma vez que a cultura seria o

limite e o conteúdo dos julgamentos”. A idéia de pessoa por esse modelo é desvinculada da idéia de ser humano. Existiriam, dessa forma, seres da espécie humana que não seriam pessoas. Ainda nesse modelo, só se considera ser humano o ser que tem condições de declarar a sua vontade, excluindo os embriões e nascituros. O pensamento de Engelhardt é baseado na idéia de propriedade em que a pessoa é proprietária dos produtos por ela organicamente desenvolvidos⁷. O embrião estaria nessa categoria. Além disso, para o autor, ser pessoa significa ter “o poder para permitir algo”⁸. O embrião, portanto, não poderia ser considerado pessoa. Adverte, entretanto, que as comunidades podem conceder uma personalidade fictícia a essas entidades.

A bioética confessional ou antropológica personalista se apresenta sob duas concepções: a primeira é tida como clássica e a segunda é chamada de contemporânea. A importância do paradigma está em conferir ao homem valor em si mesmo. Essa teoria tem por base, na primeira concepção, a dignidade do homem por sua origem divina e, na concepção contemporânea, o raciocínio do ser humano que o eleva à categoria de digno. Preza uma ética universal e é influenciado fortemente por valores cristãos. Por essa teoria, o embrião humano, por sua constituição, é possuidor de dignidade e deve ser protegido.

O modelo principialista⁹ tem por fundamento a instituição de princípios gerais. Foi desenvolvido ao longo das declarações internacionais com intuito de oferecer respostas práticas a questões bioéticas.

Na Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional foi apresentada às pesquisas científicas desenvolvidas pelos nazistas que chocaram o mundo. Em decorrência, foram instituídas normas de condutas éticas a serem adotadas pelos profissionais de saúde e pesquisadores que foram consolidadas no código de Nuremberg. A partir de então, estabeleceu-se a obrigatoriedade de informação ao paciente e a neces-

sidade de seu consentimento para autorizar o procedimento indicado pelos médicos e a pesquisa a ser realizada.

Em 1978, o Relatório de Belmont representou um avanço, pois, segundo o prof. José Roberto Godim (1997, p. 1), “foi a primeira vez que foi estabelecido o uso sistemático de princípios na abordagem de dilemas bioéticos”. O referido relatório fixou os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça que norteiam a bioética.

O princípio da autonomia determina que a vontade do paciente deve ser respeitada. O problema reside na determinação da vontade válida. Para que o princípio possa ser aplicado, é necessário que o paciente esteja informado a respeito dos procedimentos e conseqüências para que sua vontade não seja viciada. Desse modo, sendo o paciente absolutamente incapaz, a vontade a ser respeitada deve provir do representante legal.

O princípio da beneficência é aquele pelo qual deve-se buscar primeiro o bem-estar do paciente. Assim, experiências em seres humanos só podem ser realizadas para o benefício direto do paciente e não somente da pesquisa. O princípio da justiça, conforme Maria Helena Diniz (2001, p. 17), “requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente”.

Seguindo esse pensamento, consideraria-se o embrião como pessoa. Desse modo, esse poderia ser utilizado apenas em tratamento para seu próprio benefício e não de futuros embriões. Contudo, não se teria como afirmar que o embrião possua autonomia sendo esta assumida pelos responsáveis.

A bioética fenomenológica é baseada, segundo Pegoraro (2002, p. 116), “... numa contínua interpretação de quais sejam os valores morais embutidos nos fatos da vida pessoal, coletiva, biogenética e tecnocientífica”. A pessoa nessa concepção seria um eterno construir. Como se está em constante processo de construção, embrião seria pessoa em potencial.

Do exposto, observa-se que não há unidade quanto à definição de pessoa nas teorias bioéticas. A bioética, dessa forma, não poderia constituir-se como referencial teórico único. Portanto, em virtude da pluralidade de teorias, seria um equívoco defender que a bioética é contrária ao descarte de embriões. Cada teoria poderia embasar um posicionamento distinto.

7. Legislação: estudo comparado

O destino dos embriões crioconservados tem suscitado polêmica em diversos países em que se pratica a reprodução humana assistida. Observa-se uma tendência nos países europeus em permitir o descarte de embriões. A diferença nas legislações está concentrada no prazo estipulado para o descarte. Por essas normas, os embriões que não fossem utilizados para a reprodução seriam descartados após um prazo determinado na lei. Na Áustria¹⁰, Dinamarca¹¹ e Suécia¹², esse prazo é de um ano. Na Noruega, o prazo estipulado é de 3 anos¹³. Na Espanha¹⁴, o limite máximo para armazenamento é de 5 anos. Na Finlândia, o prazo chega a 15 anos. A Itália e a Bélgica não possuem leis específicas sobre essa matéria (Cf. NYS, 2002). De forma contrária à tendência, a Alemanha proíbe o descarte.

As diferenças mais marcantes nessas legislações ocorrem em relação às experiências e intervenções envolvendo embriões. O descarte não configura o ponto principal. O questionamento versa principalmente sobre a utilização de embriões para pesquisa. Nesse ponto, a Alemanha autoriza a intervenção desde que traga benefícios para o embrião, não autorizando a experiência¹⁵. A Dinamarca permite desde que haja a autorização de um comitê de ética regional e que o objetivo seja o melhoramento das técnicas de reprodução humana assistida ou que seja necessário um diagnóstico pré-implantação.

A Espanha diferencia-se dos outros países quanto à possibilidade de experimentação e intervenção ao estabelecer dois gru-

pos de embriões: viáveis e não viáveis. Assim, permite a pesquisa desde que a finalidade seja de investigação terapêutica em embriões viáveis e que não haja modificação no patrimônio genético. Nesse caso, não seria de fato experimentação, mas intervenção já que apenas a utilidade terapêutica é permitida. Em se tratando de embriões não viáveis, somente serão autorizados experimentos que não sejam possíveis de serem realizados em animais. A Noruega proíbe a experiência envolvendo seres humanos.

Constata-se nas legislações um consenso quanto à proibição de produção de embriões com outro fim que não seja reprodutivo. E quanto ao período do desenvolvimento do embrião fora do útero o prazo verificado costuma ser de 14 dias. Verificou-se que, na maior parte das legislações estudadas, as intervenções, entendidas como procedimentos cuja finalidade é terapêutica, são permitidas. Não obstante, as experiências com embriões continuam proibidas ou restritas a casos especificados em lei.

8. *Tendência jurídica brasileira*

O Código Civil, em seu artº 2, determina que os direitos do nascituro desde a concepção deverão ser preservados. Os doutrinadores¹⁶ defendem que o Código Civil brasileiro¹⁷ adotou em parte a teoria concepcionista por conferir direitos aos nascituros. A teoria não foi adotada totalmente porque não admite a existência de personalidade civil; assim, o embrião não poderia ser considerado de fato pessoa. Segundo Silmara Chinelato (1989), o código diferencia pessoa de personalidade.

Havendo o descarte, questiona-se a existência de aborto ou até mesmo homicídio. Tecnicamente, o descarte não poderia ser considerado aborto uma vez que este pressupõe a interrupção de uma gravidez. Homicídio também não se configuraria por faltarem elementos do tipo. Conforme princípios do direito penal, é necessário que haja conduta tipificada como crime para que o

autor seja incriminado. A analogia não pode ser aplicada. Entretanto, esse posicionamento não é unânime, havendo muitos doutrinadores que acreditam tratar-se de aborto.

A Lei 8.974/95 proíbe as intervenções nas células germinativas e nos embriões ao vedar a manipulação de material genético *in vivo*¹⁸. A intervenção em material genético *in vivo* só seria permitida com a finalidade terapêutica (corrigir defeitos genéticos). A lei define como crime no seu artigo 13, III, “a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”. Expressamente a lei veda a criação e a utilização de embriões para fins que não visem a reprodução.

A Instrução Normativa nº 8 da CTNbio proíbe a manipulação em células totipotentes (sejam elas embrionárias ou não). A Instrução Normativa nº 9 determina que os experimentos que envolvam manipulação ou intervenção no material genético humano devam obedecer à Resolução 196 do Conselho Nacional de Saúde, que trata de experiências envolvendo seres humanos. Sendo apenas permitidas, segundo a instrução, as experiências que envolvam células somáticas que atendam a finalidade terapêutica e a aprovação do protocolo de pesquisa. O projeto de lei sobre biossegurança aprovado pela Câmara proíbe a manipulação de células embrionárias e a formação de bancos de material disponível.

Em relação aos projetos de lei, neste artigo serão apresentadas as propostas contidas no projeto de lei 2.855/97, PL 4.664/01, 1.135/03 e no PL 90/99 e seus substitutivos.

O projeto de lei 90 de 1999 de autoria do Senador Lúcio Alcântara prevê a possibilidade de escolha dos usuários da reprodução humana assistida quanto ao destino dos embriões: descarte, doação para pesquisa ou para terceiros. O descarte ainda poderia ser obrigatório caso tivesse decorrido o prazo de 2 anos. Esse poderia ser solicitado pelos doadores e também no caso da morte de um dos doadores.

Os substitutivos de 1999 e de 2001 apenas prevêem a possibilidade de descarte em se tratando de gametas. Seguindo a linha favorável ao descarte de embriões, o projeto de lei 1.135 do Deputado Pinotti também prevê a hipótese de descarte ou doação após o prazo de 3 anos (art. 14, § 3º). Prevê o descarte caso o embrião apresente alterações genéticas que comprometam a vida saudável sendo necessário para tanto o consentimento do casal (art. 14, § 4º). Na justificativa do PL 1.135, o descarte não é tido como uma atitude antiética porque, segundo o autor, estaria respeitando os princípios bioéticos da beneficência, justiça e autonomia. Afirma ainda que os pré-embriões não têm autonomia, sendo que essa pertence aos beneficiários que são os responsáveis. Na justificativa, assevera: “O descarte de pré-embriões pela vontade expressa e única dos beneficiários não pode sequer ser considerado contrário à ética, pois atende os requisitos da autonomia, beneficência e justiça. Ora, o pré-embrião antes da implantação no organismo da receptora não tem autonomia, a autonomia e responsabilidade são dos beneficiários que devem lhe determinar o destino. Se o casal ou mulher não quer mais filhos e não deseja doá-los a um casal infértil, é correto obrigá-los a manter os pré-embriões congelados pelo resto da vida, arcando com as despesas do banco? Com que justificativa?”¹⁹.

O projeto de lei 4.664 de 2001 do Dep. Lamartine Posella proíbe expressamente o descarte de embriões. Atribui ainda a responsabilidade dos embriões às clínicas desde que decorrido um período de 5 anos. A clínica poderia apenas destiná-los à adoção. Observa-se que não se fala em doação. O embrião já é tido como pessoa.

Em se tratando da natureza do embrião, o projeto e o substitutivo do PL 90 de 1999 não o consideram com os mesmos direitos do nascituro. O substitutivo de 2001 (art. 13, § 2º) bem como o projeto de lei 1.135 afirmam que os embriões não são dotados de personalidade civil (art.12).

O PL 1.135 também impede pesquisas em embriões que não visem o tratamento do embrião. Não poderia, portanto, servir de meio para a pesquisa, devendo ainda obedecer ao prazo de até 14 dias para o desenvolvimento do embrião. Em relação à pesquisa, o substitutivo do PL 90 de 2001 inova ao permitir a pesquisa em embriões transferidos e espontaneamente abortados desde que haja autorização.

O projeto de lei 2.855/97 de autoria do Dep. Confúcio Moura permite a utilização de embriões em experiências mediante consentimento dos doadores e autorização do Conselho Nacional de Reprodução Humana Assistida. O projeto deve ser aprovado previamente devendo ter como finalidade exclusiva o caráter de diagnóstico, preventivo ou terapêutico (art. 32). O projeto indiretamente admite a alteração no patrimônio genético quando determina no parágrafo único que “não será permitida a alteração no patrimônio genético não patológico”²⁰. Os pré-embriões ou embriões inviáveis poderão ser objeto de experiências para fins inclusive farmacêuticos e científicos, dependendo, para sua execução, de aprovação pela Comissão Nacional de RHA. Observa-se nesse projeto a influência da Lei de Fecundação Humana e Embriologia de 1990 do Reino Unido. A lei cria ainda a Comissão Nacional de RHA (Reprodução Humana Assistida) que deverá estar vinculada ao Conselho Nacional de Saúde (art. 37). O projeto enumera quais são as finalidades de pesquisas admitidas em lei quando o embrião humano for objeto no art. 33²¹.

Em se tratando de manipulações genéticas, o legislador brasileiro tem-se preocupado com a possibilidade de clonagem. Experiências envolvendo o material genético podem ter diversas aplicações que não somente a clonagem. Entretanto, o temor social em relação à clonagem tem ditado as propostas apresentadas.

Em relação ao descarte, não se pode apontar uma tendência. A matéria, dessa

forma, deverá ser esclarecida apenas nas votações dos projetos.

9. Conclusão

Do exposto, não se observa real consenso quanto à natureza do embrião humano. Como se constatou, a pluralidade de comunidades morais dificulta esse consenso. O destino a ser dado aos embriões dependerá de lei, a decisão será dada pelas vias democráticas. Assim, a depender de cada país, poderemos observar diferentes determinações a respeito dessa matéria. A ausência de concordância, já explicitada acima, pode ser comparada à problemática na implementação de legislação sobre o aborto.

A tendência jurídica dominante defende a possibilidade de descarte. Quanto às experimentações, a proibição ainda permanece. Contudo, em se tratando de intervenção, a tendência é a de aceitar as terapias que tragam benefícios ao embrião. O direito, como busca a paz social, deverá ter um efeito moralizante. Significa dizer que, a depender do que for aprovado em lei, o conceito e a valoração de embrião, definidos pelo legislador, tendem a ser incorporados na sociedade.

Notas

¹ Projeto de lei n. 4664 de 2001. Lamartine Posella. Justificação.

² A nomenclatura das teorias analisadas baseou-se na distinção apresentada por Eduardo Oliveira Leite (1996).

³ Art. 4º Direito à vida “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

⁴ “Se a vida começa no momento preciso da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, como já está comprovado pela genética, medicina e biologia...terão de ser-lhe outorgados todos os privilégios e direitos, respeitando-se-lhe sobretudo a vida, que deve ser inviolável e respeitada por todos” (DINIZ, 2001, p. 30).

⁵ Parecer 23/96 CFM.

⁶ Ver mais em Engelhardt Júnior, (1997, p. 31).

⁷ “O indivíduo também é dono daquilo que produz. Aqui poderíamos citar tanto os animais como as crianças pequenas. Por serem ambos produtos da engenhosidade e das energias das pessoas, podem ser consideradas posses. No entanto existem obrigações especiais em relação aos animais em virtude da moralidade da beneficência que não existe com respeito às coisas... Em contraponto, fortes direitos de propriedade deixariam de existir quando as crianças se tornassem pessoas e, *sui juris*, donas de si mesmas. No momento em que uma entidade se tornasse autoconsciente, a moralidade da permissão ou mútuo respeito alienaria os direitos de propriedade dos pais sobre seus filhos” (Cf. ENGELHARDT JUNIOR, 1997, p. 199).

⁸ “O problema é que, quando se fala em termos de moralidade secular geral, nem todos os seres humanos são pessoas. Para ser um pessoa para a moralidade secular, é preciso que o indivíduo tenha poder para permitir algo. Somente aquelas entidades que podem consentir em algo, que podem transmitir autoridade moral em relação a elas mesmas e a suas posses podem ser denominadas pessoas” (Cf. ENGELHARDT JUNIOR, 1997, p. 289).

⁹ Defendido por Beauchamp e Childress (1994).

¹⁰ Áustria art. 17.

¹¹ Ver Dinamarca, ordem 392 de 17/03/1994.

¹² Art 3.

¹³ Art 2.12 da lei Norueguesa de 5.08.1994.

¹⁴ Lei 35 art 11(3).

¹⁵ art. 2 da lei 13.12.90 para proteção de embriões.

¹⁶ Eduardo Oliveira Leite, Silmara Chinelato, Francisco do Amaral Neto.

¹⁷ Art. 2º “A personalidade Civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹⁸ Art. 8 “É vedado, nas atividades relacionadas a OGM: I. qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta Lei; II. a manipulação genética de células germinais humanas; III. a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio; IV. a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível”.

¹⁹ PL 1.135 de 2003. Autoria: Dep. Dr. Pinotti – justificativa.

²⁰ PL 2.855/97.

²¹ Lei de fecundação humana e embriologia de 1990 do Reino Unido.

Bibliografia

- ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato. O nascituro no código civil e no nosso direito constituindo. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. Tradução de Nicolas Nymi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos, 1969, San José. Organização dos Estados Americanos, Washington. Disponível em: <<http://oas.org>>. Acesso em: 08 out. 2003.
- DINIZ, Débora. *Conflitos morais e bioética*. Brasília: Letras Livres, 2001.
- _____; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002. Coleção primeiros passos.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ENGELHARDT JUNIOR, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- HOTTOIS, G. *Novas tecnologias: o paradigma bioético*. Lisboa: Salamandras, 1990.
- HUXLEY, Aldoux. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista da faculdade de direito da UFPR*, Curitiba, a. 9, n. 29, 1996. p. 121-146.
- _____. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NYS, Herman. Experimentações em embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org). *Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey; PUC Minas, 2002.
- PEGORARO, Olinto. *A ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- REICH, Warren T. (Ed.). *Encyclopedia of bioethics*. New York: The Free Press; London: Collier Macmillan Publishers, 1978.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O nascituro e a criminalidade genética. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 7, n. 28, out./dez. 1999.
- WILKIE, Tom. *Projeto genoma humano: um conhecimento perigoso*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

A crise da Modernidade e o Estado Democrático de Direito

Wilson Roberto Theodoro Filho

Sumário

1. Introdução. 2. A Modernidade sob a ótica de Boaventura. 3. Os paradigmas constitucionais: o Estado Democrático de Direito. 4. Conclusões.

1. Introdução

O presente artigo tem o intuito de fornecer uma análise de algumas das relações existentes entre o paradigma da Modernidade e sua crise e o Estado Democrático de Direito. Propõe-se que as características apontadas pela teoria constitucional hodierna sobre o Estado Democrático de Direito respondem a várias das tensões que constituem a crise do paradigma da Modernidade.

Entre os vários relatos possíveis e válidos para a Modernidade Ocidental, a proposta teórica de Boaventura de Sousa Santos é útil para se compreender as relações entre a crise do paradigma moderno e o direito e a teoria jurídica do século XX. Não se tratando de uma visão única, ou superior a outras possibilidades de compreensão do paradigma da Modernidade, o pensamento do filósofo português, ao tratar diretamente das relações entre direito, ciência e sociedade, serve de esteio para uma análise do papel exercido pelo Estado Democrático de Direito em fornecer respostas adequadas aos elementos que constituem a crise do paradigma moderno.

Do mesmo modo, a teoria dos paradigmas constitucionais posta por Menelick de

Wilson Roberto Theodoro Filho é Advogado, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília.

Carvalho Netto é de fundamental importância para a compreensão da teoria constitucional desenvolvida ao longo do século XX, além de fornecer um relato coerente das principais características do Estado Democrático de Direito nos dias atuais. A contraposição entre o relato acerca dos paradigmas constitucionais e a crise da Modernidade possibilitará um melhor entendimento sobre o papel do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e suas possibilidades de estabelecer um novo equilíbrio entre o direito e a participação comunitária tanto no processo jurídico decisório quanto na atividade política – fornecendo, desse modo, algumas respostas para as tensões inerentes ao paradigma da Modernidade.

2. A Modernidade sob a ótica de Boaventura

Boaventura de Sousa Santos define a modernidade ocidental como o paradigma sócio-cultural dominante do pensamento filosófico e científico a partir do século XVI¹. A Modernidade, assentada em uma ideologia de base iluminista (racional, individualista e humanista, caracterizada pela prevalência do conhecimento científico sobre as outras formas de cognição humana), atuou sobre toda a atividade intelectual e social ocidental. Boaventura estabelece seu raciocínio crítico sobre a modernidade a partir da distinção e tensão entre a regulação social e a emancipação social. Três princípios caracterizam o pilar da regulação: mercado, Estado e comunidade. Três racionalidades caracterizam o pilar da emancipação: a racionalidade estético-expressiva, a racionalidade cognitivo-instrumental e a racionalidade moral-prática.

O pilar da regulação volta-se para o controle, para o estabelecimento de regras de conduta que possibilitem o desenvolvimento das sociedades modernas tendo em vista o projeto do paradigma da Modernidade. Nessa medida, o mercado funciona como o mecanismo de controle da produção e troca

de bens; o Estado detém a função de regular a atividade e participação políticas no seio da sociedade; e a comunidade é a instância na qual se realizam efetivamente as trocas sociais, a vida privada e pública em seus aspectos propriamente comunitários e participativos.

O pilar da emancipação volta-se para a possibilidade de desenvolvimento intelectual, social e espiritual humanos, vinculando-se diretamente ao conceito de liberdade, caro à proposta da Modernidade. Nessa medida, Boaventura compreende que todas as três formas de racionalidade que caracterizam a Modernidade guardam, ao menos em suas origens, o potencial e a intenção emancipatórios, voltados para a libertação progressiva do homem em todos os aspectos de sua atividade social.

A racionalidade estético-expressiva liga-se às artes, à literatura, à produção humana propriamente estética, ou seja, à produção de conhecimento cuja finalidade primeira é interior à própria criação. Procura estabelecer padrões de beleza e de prazer, tendo em vista a participação criativa e lúdica do homem no ambiente e na comunidade à sua volta.

A racionalidade moral-prática, que prescreve condutas, refere-se diretamente à ética, à religião, ao direito. Tenciona estabelecer formas, procedimentos e conteúdos para a atuação social e os relacionamentos comunitários, influenciando diretamente na organização dos três pilares: mercado, Estado e comunidade.

E a racionalidade cognitivo-instrumental caracteriza as ciências e a filosofia: trata-se de uma racionalidade que busca delimitar critérios objetivos para a construção do conhecimento e para a busca da “verdade” – estabelece padrões de reconhecimento para o que é cientificamente válido, ou seja, para qual conhecimento possui “valor”.

O projeto da Modernidade, se levado a cabo idealmente, promoveria a maximização do mercado, do Estado e da comunidade, e a máxima emancipação das racionalidades.

dades cognitivo-instrumental (científica), moral-prática (jurídica) e estético-expressiva (artística). Entretanto, Boaventura identifica uma série de distorções dentro da “execução” do projeto da Modernidade, que acabaram por saturar o paradigma e principiar sua crise.

No pilar da regulação, identifica-se o sufocamento da comunidade em face do Estado e do mercado. As relações capitalistas de troca e a atividade estatal superpõem-se às possibilidades comunitárias, que se atrofiaram em face de interesses que, em vez de as complementarem, terminam por diminuir seu potencial. Nessa medida, a comunidade fica excluída, tendo que sobreviver em contraposição, e não em harmonia, com os supervalorizados princípios do mercado e do Estado.

No pilar da emancipação, nota-se uma colonização das racionalidades moral-prática e estético-expressiva pela racionalidade cognitivo-instrumental. Os pressupostos e métodos científicos passam a reger também a produção ético-jurídica e a produção artística. Os pressupostos originais das racionalidades colonizadas enfraquecem-se, sendo substituídos pelos critérios e padrões da racionalidade científica.

O potencial emancipatório de cada uma das racionalidades diminui paulatinamente, à medida que as características individuais perdem-se e se amalgamam em um único critério válido de racionalidade – a racionalidade científica deixa de ser um mecanismo emancipatório para se tornar um mecanismo regulatório. O mercado, o Estado e a comunidade, portanto, passam a ser regidos também pela racionalidade cognitivo-instrumental, concebida, a partir desse momento, como a única racionalidade válida para a regulação desses setores: a emancipação torna-se subordinada e inferior à regulação.

No campo jurídico, foi possível observar primeiramente uma colonização da racionalidade moral-prática pela racionalidade cognitivo-instrumental. Entretanto, em um

segundo momento, após o direito revestir-se de um caráter científico (principalmente no século XX), nota-se uma recolonização de outros setores por uma nova racionalidade moral-prática de cunho científico, oriunda do campo jurídico.

Nessa medida, o Estado, as relações sociais, passam a ser regulados por regras de conduta que se revestem de uma forma científica, mas possuem caráter moral-prático. O direito torna-se um verdadeiro “leviatã”, que prescreve regras e padrões de conduta para todos os aspectos da sociedade, legitimado pela sua suposta “cientificidade”. A atrofia do pilar da emancipação se agrava, pois a racionalidade propriamente moral-prática e a racionalidade estético-expressiva são esquecidas em detrimento da “superioridade” científica; também a comunidade, espaço no qual poderiam exsurgir novas possibilidades emancipatórias, é prejudicada: o direito a regula totalitariamente, em todos os seus aspectos, e a esvazia de seu papel original dentro do plano paradigmático da Modernidade.

Os desequilíbrios entre o pilar da regulação e o pilar da emancipação deram causa à colonização das racionalidades artística e jurídica pela racionalidade científica, ao sufocamento do princípio da comunidade pelo mercado e pelo Estado e à atrofia da emancipação em face da regulação: o direito torna-se um mecanismo não emancipatório, unicamente regulatório, substituto da racionalidade científica como mecanismo de regulação.

Dessa forma, a crise da Modernidade vincula-se diretamente aos desequilíbrios entre os elementos que a compõem, sendo que o direito, colonizado pela racionalidade científica, esvazia-se de seu conteúdo emancipatório original (em relação ao paradigma da Modernidade) para se tornar um mecanismo de reprodução regulatória dos pilares do mercado e do Estado.

Assim, entende-se que o direito das sociedades hodiernas está diretamente vinculado ao paradigma da Modernidade, cons-

truído em torno da racionalidade moral-prática do pilar da regulação e suas inter-relações paradigmáticas decorrentes do desenvolvimento e desvirtuamento do projeto da Modernidade – dessa forma, também a teoria constitucional é tributária do processo de formação e crise da Modernidade, podendo ser analisada à sua luz.

3. Os paradigmas constitucionais: o Estado Democrático de Direito

Menelick de Carvalho Netto estabelece uma série de análises gerais sobre o direito, de acordo com os paradigmas constitucionais vigentes ao longo da história ocidental. Cada um desses paradigmas propõe uma forma diferente de pensar e fazer o direito, exercendo profunda influência sobre todos os campos vinculados ao sistema do direito.

A organização política e jurídica pré-moderna pode ser largamente condensada em um único paradigma, caracterizado por “um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 237). O direito é fixado de acordo com critérios de hierarquia e estratificação sociais.

A dissolução do paradigma pré-moderno, erodido pelo surgimento da moralidade individualista e racionalista característica da Modernidade, conduz ao surgimento do paradigma do Estado de Direito, primeiro paradigma constitucional moderno. O direito passa a ser compreendido como “um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 239). Idéias abstratas e racionais extraídas do jusnaturalismo, definidas e impostas pelos Estados Nacionais, tornam-se universalmente válidas para todos os membros da sociedade, homens livres, que são ao mesmo tempo proprietários e sujeitos de direitos.

O direito público tem a função de evitar o retorno ao Absolutismo, por meio da adoção dos princípios da limitação do Estado e da separação dos Poderes, promovendo a representação censitária da “melhor sociedade” na sociedade política. O direito privado deveria resguardar, por meio da menor quantidade possível de leis, a liberdade, a igualdade e a propriedade dos cidadãos. Há um fosso entre a sociedade civil e a sociedade política: o Estado controlado pela “melhor sociedade” restringe-se a estabelecer direitos negativos (direitos de primeira geração), pretendendo assim resguardar a liberdade de cada indivíduo.

Segundo Cristiano Paixão Araujo Pinto (2003, p. 19-20), há uma nítida assimetria entre o direito público e o direito privado, sendo que o último é superdimensionado e valorizado, e o primeiro é visto com desconfiança, reforçando uma concepção jurídica ligada a liberdades “negativas”. A atividade hermenêutica do juiz é compreendida como uma atividade mecânica, diretamente vinculada ao texto legal, evitando-se qualquer espécie de interpretação.

A inefetividade da liberdade e da igualdade meramente abstratas conduzem ao surgimento do paradigma do Estado Social, no qual pretende-se a materialização dos direitos anteriormente formais (a conquista dos direitos coletivos e sociais de segunda geração e a redefinição dos direitos de primeira geração). A liberdade e a igualdade pressupõem garantias materiais por meio do direito público. A propriedade passa a ser admitida apenas tendo em vista a sua função social. Todo o direito torna-se público, na medida em que o Estado passa a ser o responsável pela sociedade, tendo as suas funções extraordinariamente ampliadas e complexificadas². O Estado, acima da sociedade, deve promover a materialização do direito.

A atividade do juiz torna-se mais sofisticada, e reclama por métodos hermenêuticos “capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profun-

damente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura...” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 243).

A crise do Estado Social inicia-se com o fim da Segunda Guerra Mundial e aprofunda-se com a crise econômica, a falência da racionalidade tecnocrata e dos planejamentos econômicos, a antítese entre técnica e política. A falência do modelo de racionalidade do Estado-interventor dá causa ao surgimento de um novo paradigma constitucional apto a satisfazer as novas demandas e problemas que surgem no seio das sociedades modernas:

“É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o *Estado Democrático* de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor” (PINTO, 2003, p. 26-27).

O paradigma do Estado Democrático de Direito prefigura um direito participativo, pluralista e aberto, capaz de abarcar os direitos de terceira geração (direitos difusos) e dar novo significado aos direitos de primeira e segunda gerações, inserindo-os no debate público que informa a soberania democrática prevista pelo paradigma em questão. Nessa medida, a comunidade assume um papel de relevância fundamental na produção e consecução do direito; a atividade

do cidadão exige uma participação ativa da comunidade na atividade política e no processo jurídico decisional:

“A ênfase conferida ao paradigma emergente concentra-se na idéia de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa. Como seria de se esperar de uma mudança paradigmática, os direitos consagrados nos modelos anteriores de constitucionalismo são redimensionados. Verificam-se, no interior da sociedade, novas formas de associação: organizações não-governamentais, sociedades civis de interesse público, redes de serviço não-verticalizadas” (PINTO, 2003, p. 27).

A dicotomia entre direito público e direito privado é novamente redimensionada. Em um ambiente no qual a comunidade exerce papel efetivo na vida jurídica e política, o direito público e o direito privado se reforçam e se inter-relacionam constantemente, tendo em vista a promoção democrática da soberania popular e dos valores e princípios contidos na carta constitucional; as questões públicas não se restringem unicamente ao Estado, nem tampouco as questões privadas se limitam somente aos indivíduos – a participação ativa em prol da cidadania exige que ambos os campos tenham atenção constante tanto por parte dos cidadãos, quanto por parte do Estado:

“Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a tal ponto que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadim-

plente e omissão” (CARVALHO NETTO, 2001).

Assim, enquanto a esfera pública é revalorizada, na medida em que sua defesa e proteção é responsabilidade de toda a comunidade política, também a esfera privada ganha nova importância: a autonomia privada, diretamente vinculada às pretensões de autodeterminação e liberdade, torna-se independente da atividade estatal – o direito administrativo, eminentemente, perde o seu caráter de regulador precípua da vida social para se tornar um mecanismo emancipatório em prol da garantia democrática dos direitos e liberdades dos cidadãos. Setores anteriormente regulados pelo direito estatal tornam-se desregulados; do mesmo modo, aspectos originalmente vinculados à iniciativa privada passam a integrar o direito público³.

A atividade hermenêutica do juiz atinge novas dimensões. O juiz não só deve estar apto a interpretar racionalmente os textos jurídicos, mas deve também analisar e interpretar os elementos fáticos de cada caso concreto. Assim, cada decisão deve retrabalhar os elementos do direito vigente, buscando a harmonia dos princípios e regras jurídicas com o sentimento de justiça relativamente a cada caso concreto específico, tendo em vista a atividade constitucional realizada por toda a comunidade:

“Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 245).

Os princípios constitucionais passam a exercer papel fundamental para a interpre-

tação e decisão jurídicas, na medida em que o seu escopo de aplicação condiciona a validade de aplicação de uma norma a cada caso concreto específico. As normas não são consideradas auto-aplicáveis, na medida em que é necessário o “crivo” e “autorização” principiológicos, mediados pela atividade interpretativa do juiz, para a aplicação de uma norma a um caso concreto específico.

4. Conclusões

É clara a relação entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e a crise paradigmática da Modernidade. O paradigma do Estado Democrático surge como uma resposta aos efeitos da crise da Modernidade sobre o direito e a prática constitucional: ao prever a participação ativa da comunidade no processo jurídico, o paradigma pugna por um equilíbrio entre os pilares do Estado e da comunidade – a supremacia estatal parte-se diante de uma nova possibilidade emancipatória voltada para a maximização tanto das potencialidades estatais quanto das potencialidades comunitárias.

Do mesmo modo, o caráter regulatório do direito cientificamente colonizado é substituído por um retorno às potencialidades emancipatórias do direito, conforme concebido no projeto original do paradigma da Modernidade. O direito torna-se um mecanismo de participação comunitária na vida política, possibilitando uma interação coerente e equilibrada entre as diversas racionalidades, por meio do debate aberto entre as esferas pública e privada no seio da sociedade.

O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito encontra-se ainda em construção: mas é possível notar, pelo menos em seus delineamentos iniciais, que suas principais propostas são respostas aos elementos que deram causa à crise do paradigma da Modernidade.

Nessa medida, o surgimento de organizações não governamentais, a maior participação da sociedade civil na vida política e na defesa de interesses difusos, a preocupa-

ção com a tutela de direitos de última geração e de direitos cuja responsabilidade direta pertence ao Estado (direitos que não podem ser compensados, mas apenas protegidos: meio ambiente, proteção ao consumidor) constituem novas possibilidades de desenvolvimento da Modernidade, já que se voltam para a harmonização da problemática decorrente da supremacia da regulação sobre a emancipação, e da colonização das racionalidades moral-prática e estético-expressiva pela racionalidade cognitivo-instrumental.

Pretendeu-se, portanto, expor algumas das relações existentes entre a crise do paradigma da Modernidade, conforme identificada por Boaventura de Sousa Santos, e as respostas fornecidas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito às tensões e problemas inerentes ao direito e teoria constitucional hodiernas. A construção do Estado Democrático de Direito, ainda em andamento, volta-se, no intuito de apresentar novas propostas e soluções para a própria crise que deu causa ao seu surgimento, para a efetivação da participação da comunidade civil na vida política de forma responsável e soberana, potencializando, desse modo, as vias emancipatórias e democráticas que constituem a essência do Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ “A partir dos séculos XVI e XVII, a modernidade ocidental emergiu como um ambicioso e re-

volucionário paradigma sócio-cultural assente numa tensão dinâmica entre regulação social e emancipação social” (SOUSA SANTOS, 2000, p. 15).

² “É o que Kelsen observa muito bem (...) Para ele, podemos manter a distinção didática entre Direito Público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é estatal (...).” (CARVALHO NETTO, 2001).

³ “E, da mesma forma, algumas das disciplinas antes classificadas como de direito público passam a assumir uma feição cada vez mais aberta à possibilidade de argumentação, à inserção de elementos ligados à iniciativa individual. Um exemplo ilustrativo são as normas que autorizam transação penal ou suspensão da punibilidade em face da admissão do ilícito.” (PINTO, 2003, p. 29).

Bibliografia

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, v. 1998, n. 6, dez. 1998.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, mar. 2001.

A desmilitarização das polícias e a legislação ordinária

Mateus Afonso Medeiros

Sumário

1. Introdução. 2. As Constituições brasileiras: entre o controle do crime e o controle da federação. 3. A desmilitarização das polícias brasileiras. 3.1. Organização. 3.2. Treinamento e códigos disciplinares. 3.3. Emprego. 3.4. Controle. 3.5. Inteligência. 3.6. Justiça. 4. Conclusão.

Introdução

Desde que se encerrou o ciclo de regimes autoritários na América Latina, um dos pontos em comum na agenda de reformas institucionais tem sido a desmilitarização dos órgãos de segurança interna. Em países como El Salvador e Haiti, a desmilitarização das polícias foi inclusive uma condição para o processo de abertura política (Cf. WOLA, 1995; NEILD, 1995). O maior objetivo dessas reformas era evitar que se repetissem os abusos contra os direitos humanos cometidos pelos regimes militares, promovendo-se a criação de forças civis de segurança (Cf. CALL, 2002; ISACSON, 1997).

No Brasil, com o processo de redemocratização “lenta e gradual”, controlado pelo próprio regime, o modelo de policiamento permaneceu intocado em suas características principais. Não obstante a intensa transformação da sociedade brasileira, duas polícias estaduais – uma civil, investigativa e judiciária, outra militar, ostensiva e fardada – permaneceriam como as principais organizações de segurança pública. Mais ain-

Mateus Afonso Medeiros é Analista Legislativo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Mestrando em Ciência Política na Universidade de Brasília. Foi pesquisador-visitante do Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Columbia (2001-2002) e professor-substituto de Filosofia do Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (2001).

da, o modelo foi incorporado à nova Constituição Federal de 1988 (art. 144). Doravante seria ainda mais difícil transformá-lo.

Tornou-se lugar-comum o argumento de que, para desmilitarizar o policiamento ostensivo, é preciso emendar a Constituição Federal. Entretanto, a legislação federal ordinária que trata das polícias militares é dos anos de 1969 e 1983. Permanecem em vigor vários dispositivos legais, todos anteriores à redemocratização, que reproduzem o modelo policial da era autoritária. Além disso, uma polícia “militar” pode ser mais ou menos “militarizada”. A *Gendarmerie* francesa, por exemplo, é uma polícia “militar”. Entretanto, possui um comandante civil e seus membros não gozam de foro especial (justiça militar) em caso de crimes praticados contra civis. Sob esses aspectos, trata-se de uma polícia menos “militarizada” que as brasileiras.

Em outra oportunidade, desenvolvemos a idéia de que há seis dimensões fundamentais da militarização das polícias: organização, treinamento, emprego, controle, inteligência e justiça (Cf. COSTA; MEDEIROS, 2003). Este artigo parte daquelas categorias para abordar a desmilitarização do policiamento ostensivo brasileiro. Começaremos com uma breve análise histórica do arcabouço legal da organização policial militar. Isso nos permitirá situar e interpretar o atual ordenamento constitucional a partir de um padrão histórico. Como veremos, este padrão não foi inventado pelo regime militar, mas tem suas raízes em nossa organização federativa. Na última seção, aplicaremos as seis dimensões citadas às polícias brasileiras, sugerindo alterações infraconstitucionais as quais – mesmo sem alterar profundamente o padrão decisório – podem contribuir para a desmilitarização.

Cabe ressaltar que nosso tema não é a propaganda unificação das polícias militares e civis¹. “Desmilitarização” e “unificação” não são sinônimos. Como já dissemos, mesmo uma polícia civil – ou seja, uma polícia sem qualquer vinculação legal com as

forças armadas – pode ser altamente “militarizada”. Além da proposta da “unificação”, muito se ouve falar em “integração”: as polícias permaneceriam como duas organizações distintas, mas seriam obrigadas a trabalhar em conjunto (Cf. BRASIL; ABREU, 2002). Pode-se dizer que a “desmilitarização” proposta por este artigo segue a mesma estratégia da “integração”: propõe reformas sem a necessidade de alterações constitucionais. Desmilitarizar significa priorizar a segurança dos cidadãos, e não a do Estado. Ao mesmo tempo, contribui para a criação de organizações de segurança que estejam sob o efetivo comando da autoridade civil e que sejam melhor adaptadas à missão constitucional de garantia da ordem democrática.

2. As Constituições brasileiras: entre o controle do crime e o controle da federação

A preocupação com a criminalidade urbana é fenômeno recente na história brasileira e teve pouca influência na maneira como as polícias se estruturaram. Ao mesmo tempo, a preocupação com a unidade territorial e com o equilíbrio entre centro e periferia estiveram presentes em toda a nossa história política. O modelo policial e o federalismo brasileiro estão altamente relacionados.

Para afastar o constante risco da desintegração territorial, a elite política do Império se viu na necessidade de centralizar a máquina estatal (Cf. CARVALHO, 1981). Entretanto, dadas as condições da época e a vasta extensão territorial brasileira, a manutenção da lei e da ordem “não podia ser, senão minoritária e excepcionalmente, fruto da presença atual ou potencial do Estado” (CINTRA, 1974, p. 62), quanto mais de um Estado centralizador. Assim, a elite política nacional era obrigada a compactuar com os poderes locais (municipais). Os primeiros vinte anos do Império são marcados pela constante disputa por autoridade polí-

tica entre centro e periferia. O equilíbrio se deu no plano das províncias: aqui seriam organizadas as eleições, a tributação e as principais forças policiais e competências judiciais (FERREIRA, 1999, p. 30). As decisões seriam tomadas pelos presidentes de província (poder central), com influência dos proprietários rurais (poderes locais), mas desde que organizados em plano provincial, o que se deu pela formação das clientelas (Cf. GRAHAM, 1997). Sob o comando direto dos presidentes de província, surgem as organizações que seriam conhecidas como forças públicas e mais tarde polícias militares.

Na República Velha, inaugurada a forma federativa de organização política, o arranjo envolvia um reconhecimento da “hegemonia nacional de alguns estados, principalmente São Paulo e Minas Gerais, garantindo-lhes o controle da máquina do governo federal. (...) Nas regiões atrasadas ou em decadência, a dominação tradicional era mantida, apoiada pelo centro, em troca da manutenção da ordem interna e do apoio eleitoral” (CINTRA, 1974, p. 68-69). “O controle da política estadual alçava-se como troféu sedutor para os vários grupos, como fonte de empregos, benevolência fiscal, ajuda da força pública e do aparato policial nos confrontos com os oponentes (...)” (CINTRA, 1974, p. 66).

As forças públicas tinham como principal função atuar nesse conflito entre elites nacionais e locais, ou entre diferentes grupos das elites locais. Apesar de serem forças aquarteladas e de terem no Exército o seu modelo de organização, as forças públicas não eram, a rigor, polícias militares, já que não possuíam vinculação jurídica com as forças armadas². Eram verdadeiros exércitos estaduais, instrumentos à disposição do governador para que este fizesse frente a seus inimigos: movimentos populares, elites armadas em seus próprios estados (“coronéis” e seus “jagunços”), outras províncias ou até o poder central.

Na década de 20, o efetivo da força pública de São Paulo era dez vezes maior que

o efetivo do Exército estacionado em São Paulo. A “força aérea” de São Paulo era maior que toda a força aérea brasileira. Esse poderio era necessário para que São Paulo pudesse manter sua colocação hegemônica, evitando as tão frequentes intervenções federais que os estados mais fracos sofriam. Também significativas em poderio bélico eram as forças públicas de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul (Cf. FERNANDES, 1971; TORRES, 1961, p. 233-240).

Cabe notar que o Exército brasileiro demorou um longo período para se profissionalizar. É somente a partir da década de 20, com o tenentismo, e principalmente depois da era Vargas, que se pode falar no Exército como uma organização dotada de uma identidade própria, formada por pessoas ocupantes de cargos de atribuições definidas, formuladora de parâmetros de conduta e de eficiência profissional (Cf. COELHO, 1976).

Temos, portanto, nas três primeiras décadas do século XX, de um lado, um Exército Nacional que se profissionaliza e desenvolve os germes de uma Doutrina de Segurança Nacional. Do outro lado, estados federados, cada qual com seu próprio exército, em potencial conflito interno, entre si ou até mesmo contra o próprio Exército Nacional. Em 1930, o frágil acordo federativo é quebrado e incia-se o conflito que culminou com a ascensão de Getúlio Vargas, apoiado pelo Exército. Em 1932, ocorre algo crucial na história do policiamento brasileiro: a Revolução Constitucionalista, em São Paulo, quando a força pública daquele estado lutou contra o Exército Nacional, o qual, ironicamente, teve de contar com a ajuda de outra força pública, a de Minas Gerais.

Terminado o levante paulista, restou a idéia de que era necessário estabelecer um maior controle do poder central sobre as forças públicas. Em 1934, a nova Constituição Federal declarou as polícias militares “reservas do Exército” (art. 167, CF/34) e garantiu a competência privativa da União para legislar sobre “organização, instrução, justiça e garantias das forças policiais dos

estados e condições gerais da sua utilização em caso de mobilização ou de guerra” (art. 5º, XIX, I, CF/34). Estava inaugurado o padrão decisório em questões de policiamento que existe ainda hoje. As polícias são organizações estaduais, mas a Constituição Federal confere importante papel regulador à União. Esta exerce suas competências por meio da legislação e de órgãos executivos federais, como o Exército.

Desde 1934, há competências constitucionais da União e dos estados no que tange às antigas forças públicas e às atuais polícias militares. Ao declará-las como “forças auxiliares” do Exército, o regime de Vargas reduziu a probabilidade de novos conflitos federativos armados. O Estado Novo aumentou o controle com o Decreto-Lei 1202, de 8 de abril de 1938, que retirou das assembleias legislativas a competência de fixar o efetivo da força policial. Esta seria uma atribuição do governador ou do interventor, mediante prévia autorização do Presidente da República.

A Constituição de 1946 manteve o dispositivo que declara as polícias militares auxiliares e reservas do Exército. Entretanto, os estados ficavam livres para criar outras corporações de policiamento ostensivo, como as Guardas Cívicas, além de contarem com ampla discricionariedade no tocante à organização, formas de emprego da polícia e garantias de seus membros³.

A partir do Decreto-Lei 317, de 13 de março de 1967, a balança pesou para o lado da União. Os estados limitavam-se a arcar com o custo das polícias militares. A Inspeção-Geral das Polícias Militares (IGPM), órgão do Exército criado em 1969, controlava praticamente todo o resto: o currículo das academias, a distribuição geográfica dos batalhões e até as listas de promoção das polícias de cada estado. O Comandante-geral de cada polícia militar seria preferencialmente um oficial do Exército. Estavam extintas as guardas cívicas e proibidas quaisquer outras organizações de polícia ostensiva.

O atual regulamento constitucional trou-

xe a situação a um meio termo. O papel dos estados aumentou em termos de formulação de estratégias policiais, de treinamento e de listas de promoção. Mas as polícias militares ainda são as únicas corporações competentes para o policiamento ostensivo. Permanecem como “forças auxiliares”, sujeitas à convocação e mobilização federal. Os policiais sujeitam-se a regime jurídico militar, o que gera conseqüências em termos trabalhistas e da justiça competente para processá-los. A tabela 1 apresenta os principais dispositivos constitucionais relativos às polícias militares. Ao mesmo tempo, apresentam-se os detalhes que, a nosso ver, a Constituição reservou à legislação ordinária. (Vide TABELA 1)

A legislação ordinária que rege as polícias militares data de 1969 e 1983. Lembremos que o Ato Institucional n. 5 foi publicado em dezembro de 1968. O ano de 1969 seria o primeiro da “linha dura”. Para bem coordenar os esforços da repressão política – além de cortar pela raiz as possibilidades de resistência armada ao poder central –, a União abocanhava praticamente todo o poder decisório em matéria de policiamento⁴. Como os militares eram ao mesmo tempo o governo e a organização militar, na prática seria o Exército, por meio da IGPM, quem desempenharia as competências legais da União.

O ano de 1983 também seria crucial. Tomavam posse os primeiros governadores eleitos. Com a redemocratização em cenário, os novos governadores não estariam mais dispostos a simplesmente pagar a conta. Iriam influir de fato na política de policiamento. Coerente com a filosofia da abertura “lenta e gradual”, em que os militares consentiam em entregar o poder aos civis mas mantinham substanciais poderes de veto e prerrogativas, o general-presidente João Figueiredo editou o Decreto-Lei 2010, de 12 de janeiro de 1983. Esse diploma, por um lado, estabelece que o Comandante-geral da PM será preferencialmente um oficial da própria corporação, em vez de um oficial

Tabela 1

O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	O QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NÃO DIZ
<p>– As polícias militares são "forças auxiliares e reserva do Exército" (art. 144, §6º). Isso significa que as corporações podem ser convocadas e/ou mobilizadas pela União, no cumprimento de suas competências constitucionais previstas nos artigos 34 e 136.</p>	<p>– O tamanho do efetivo sujeito a mobilização federal, ou seja, se a convocação das polícias militares será no todo ou em parte.</p> <p>– Quando e como mobilizar as polícias. A competência atual para convocação é do Presidente da República (art. 3º, Decreto 88.540, de 20/7/83). O Decreto-Lei 667, de 2/7/69, e o Decreto 88.777, de 30/9/83, definem várias situações em que as polícias militares podem ser convocadas. Incluem-se entre os fins da convocação o de "assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina" (art. 3º, Decreto-Lei 667, modificado pelo Decreto-Lei 2.010, de 12/1/83) e o de "grave perturbação da ordem" (art. 4º, Decreto 88.777).</p>
<p>– A União tem competência privativa para legislar sobre "normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares" (art. 22, XXI).</p> <p>– Os membros das polícias militares submetem-se a regime jurídico militar. Isso significa que eles (a) serão julgados pela justiça militar estadual quando cometerem crimes militares (art. 125, §4º), (b) terão direito à aposentadoria militar (art. 142, §3º, X), (c) podem ser presos por motivos administrativos e/ou disciplinares sem direito a <i>habeas corpus</i> (art. 5º, LXI c/c art. 142, §2º), (d) não terão direito de greve nem de sindicalização (art. 142, §3º, IV), (e) enquanto estiverem na ativa, não poderão participar de partidos políticos (art. 142, §3º, V).</p> <p>– Que as polícias militares subordinam-se aos governadores de estado (art. 144, §3º).</p> <p>– Que as polícias militares têm competência exclusiva para realizar o policiamento ostensivo, embora os municípios possam instituir guardas municipais para proteger seus bens, serviços e instalações (art. 144, §5º e §8º).</p> <p>– Que as regras de ingresso nas polícias militares serão definidas em lei estadual específica (art. 42, §1º c/c art. 142, §3º, X).</p>	<p>– Que é o Exército que deve editar essas normas gerais. Essa é a situação de fato porque a legislação que regula a matéria data de 1983, quando o Exército ainda estava no poder. A legislação dá enormes poderes – de ação e de veto – ao Exército.</p> <p>– Que todos os crimes cometidos por policiais contra civis são crimes militares. É o Código Penal Militar que define quais são os crimes militares. Em 1996, o julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais passou para a competência da justiça comum (Lei 9.299, de 7/8/96). Entretanto, a lei manteve a competência da Justiça Militar para reconhecer se houve dolo. Outros crimes – como a lesão corporal, invasão de domicílio, o estupro e o constrangimento ilegal – continuam sob a seara da Justiça Militar.</p> <p>– Que o comandante das polícias militares tem de ser um membro da própria corporação. O Decreto-Lei 667, de 2/7/69, modificado pelo Decreto-Lei 2.010, de 12/1/83, estabelece, no art. 6º, que o comandante será ou um oficial-PM ou um oficial do Exército.</p> <p>– Que as regras de ingresso devem ser as mesmas aplicadas ao Exército. Em vários estados, o ingresso é separado entre praças e oficiais. As praças muitas vezes só poderão ascender à patente de subtenente.</p>

do Exército, como no regramento anterior. Por outro lado, agora as polícias estariam sujeitas à convocação não apenas em caso de guerra ou para reprimir grave perturbação da ordem pública, mas também para “assegurar à corporação o nível necessário de adestramento e disciplina” (art. 1º, Decreto-Lei 2010/83). As polícias militares voltavam a ter um caráter mais estadual, mas poderiam ser convocadas quando o Exército bem entendesse.

Os principais textos legais de âmbito federal em vigor sobre polícias militares são os seguintes:

a) Decreto-Lei 667, de 2 de julho de 1969, alterado pelo Decreto-Lei 2.010, de 12 de janeiro de 1983, que regulamenta o artigo 22, XXI, da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

b) Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, que estabelece o Código Penal Militar.

c) Decreto 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares.

d) Decreto 88.540, de 20 de julho de 1983, que regulamenta a convocação das polícias militares, para que estas possam cumprir sua função de “forças auxiliares” do Exército.

A legislação federal que trata do policiamento ostensivo foi editada por presidentes militares. Vários poderes de veto e prerrogativas foram conferidos ao Exército. Na prática, mesmo após a redemocratização, é o Exército que desempenha as competências constitucionais da União em matéria de polícia militar. Além disso, como permanecem, de fato, sob duplo comando – do Exército, estabelecido pela legislação federal, e do governador, estabelecido pela Constituição e pela legislação estadual –, as polícias militares adquirem grande independência institucional. Ora dispõem-se a cumprir o que o governador determina, ora invocam a

legislação federal, a qual não pode ser alterada pelos governadores, para tomar decisões por conta própria ou em conjunto com o Exército. Isso acontece principalmente nos estados em que as polícias militares têm maior tradição e maiores níveis de profissionalização. O comandante-geral pode invocar o art. 10 do Decreto n. 88.777/83, segundo o qual ele é o responsável pela administração e emprego da corporação. Certamente, ele é responsável “perante o governador”. Entretanto, como sua autoridade advém de legislação federal, restam dúvidas sobre o que aconteceria se o governador e o comandante dessem ordens contrárias à tropa. Pelas mesmas razões, mesmo nos estados em que as polícias militares integram a estrutura das Secretarias de Segurança Pública, não existe nem pode existir o comando único para as polícias militar e civil.

Como o grau de profissionalização das polícias militares e a legislação estadual são variáveis, este artigo se limita a sugerir exemplos possíveis de como os diversos atores influenciam a tomada de decisões sobre questões policiais. Assim teríamos:

a) Decisões tomadas pelo Exército, unicamente ou em posição de superioridade: fixar as dotações e características do material bélico das Polícias Militares (art. 29, Decreto 88.777); determinar que as polícias participem de exercícios ou atividades de instrução necessários às ações de defesa interna (art. 5º, Decreto 88.777).

b) Decisões tomadas pela polícia militar, unicamente ou em posição de superioridade: questões disciplinares; políticas internas de raça e de gênero; questões operacionais.

c) Decisões tomadas pelo estado, unicamente ou em posição de superioridade, seja mediante o Poder Executivo ou Legislativo: questões orçamentárias; nomeação do Comandante-Geral; aprovação do estatuto da polícia militar; questões relativas ao policiamento de movimentos sociais.

d) Decisões tomadas pelo estado e pela polícia militar, em posição de igualdade:

promoções; questões concernentes ao treinamento dos policiais; parcerias da polícia militar com a sociedade civil.

e) Decisões tomadas pela polícia militar e pelo Exército, em posição de igualdade: questões de treinamento; questões organizacionais, como o número de escalas hierárquicas da polícia militar.

f) Decisões tomadas pela polícia militar, pelo estado e pelo Exército: a criação de unidades policiais militares deve ser proposta pelo Comandante-Geral e aprovada pelo Estado-Maior do Exército (art. 7º, Decreto 88.777); qualquer mudança de organização, aumento ou diminuição de efetivos das Polícias Militares dependerá de aprovação do Estado-Maior do Exército (art. 38, Decreto 88.777).

g) Decisões tomadas pelo estado e pelo Exército em posição de igualdade: há poucas possibilidades. Uma delas é a solicitação, pelo governador, da presença emergencial das Forças Armadas em seu estado, como aconteceu por ocasião da greve dos policiais militares da Bahia, em julho de 2001⁵.

A simples existência de poderes de veto não significa que estes sejam utilizados com frequência. De fato, se compararmos os anos de democracia com os de regime militar, o Exército vem interferindo menos em questões de segurança pública. Entretanto, os poderes de veto reduzem consideravelmente a capacidade dos governadores de introduzirem mudanças substanciais nas polícias militares. Isso resulta na dificuldade de adaptação dessas forças para a situação específica de cada estado. Em dois estados, como São Paulo e Tocantins, em que as necessidades de segurança pública são completamente diversas, a estrutura policial não poderá ser tão diferente.

Todavia, se a existência de poderes federais de veto inibe a ação dos governadores, o uso das polícias militares como exércitos estaduais não parece ter ficado no passado distante da história brasileira. Por exemplo, em 1999, o governador Itamar Franco (MG) ameaçou usar a polícia militar para impe-

dir a privatização de Furnas. Em setembro de 2000, depois que o Presidente Fernando Henrique Cardoso enviou tropas do Exército para Buritis, em Minas Gerais, o mesmo governador acusou o Presidente de intervenção federal. Estacionou tropas da polícia militar a poucos quilômetros do local e ainda cercou a sede do governo estadual, utilizando um tanque e atiradores de elite.

Embora o coronelismo tenha perdido a importância enquanto mecanismo eleitoral, a sobre-representação dos estados do norte e nordeste no Congresso Nacional manteve o padrão de acordo político-eleitoral entre o centro econômico e as classes políticas tradicionais dos estados empobrecidos (Cf. STEPAN, 2000). Embora os bancos estaduais tenham sido privatizados e apesar da nova legislação de responsabilidade fiscal, os governadores ainda gozam de grande independência política e financeira. Apesar da maior autonomia dos municípios, muitos deles ainda dependem de recursos do caixa estadual. Os governadores ainda agem, na expressão de Fernando Luiz Abrucio (1998), como “barões da federação”. A máquina política estadual – instrumento utilizado pelos governadores para controlar “suas” bancadas no Congresso Nacional – é o fator mais importante na construção e destruição das carreiras de deputados estaduais e federais⁶.

Se os governadores precisam de maior autonomia, não se pode ter a certeza de que não a utilizarão em proveito próprio no conflito político-federativo. Em termos de reforma policial, portanto, ambos os fatores merecem reflexão. As propostas deste artigo assentam-se em duas premissas básicas:

a) Seja qual for a natureza do conflito federativo, não é o Exército que deve administrá-lo, mas o poder civil democraticamente constituído. As competências decisórias da União, pelo menos em sua maioria, devem passar do Exército para um órgão civil do governo federal.

b) Torna-se necessária uma distinção legislativa entre as tropas das polícias mili-

tares que cumprirão o papel constitucional de “forças auxiliares” do Exército e as que se concentrarão no trabalho de policiamento ostensivo. No caso destas últimas, pode-se dar maior autonomia aos governadores em termos de emprego, operacionalidade e estrutura. Apenas parte do efetivo das polícias militares ficaria sujeita à mobilização federal⁷.

Com base nessas premissas, na seção seguinte aplicaremos as dimensões de militarização das polícias para analisar o caso brasileiro.

3. A desmilitarização das polícias brasileiras

Costa e Medeiros (2003) apresentam seis dimensões de militarização das polícias⁸:

* *Organização*: A polícia absorve modelos organizacionais, símbolos e linguagem utilizados pelas forças armadas.

* *Treinamento*: A polícia adota armas, treinamento e códigos disciplinares militares.

* *Emprego*: Táticas e estratégias militares são incorporadas à atividade policial. Um bom exemplo são as unidades paramilitares de polícia.

* *Controle*: A estratégia policial é definida pelas forças armadas. Se as forças armadas não dirigem a ação policial, podem controlar alguns de seus aspectos, como a compra de armamento e a distribuição geográfica do policiamento.

* *Inteligência*: Atividades de inteligência são controladas pelas forças armadas ou de algum modo influenciadas pelo processo decisório militar.

* *Justiça*: A polícia está inteira ou parcialmente sujeita à jurisdição de tribunais militares.

As três primeiras dimensões são *internas* porque se referem à maneira como as forças policiais, mesmo sem estarem legalmente vinculadas às forças armadas, adotam um *ethos* militar, ou seja, são organizadas e empregadas como se exércitos fossem. As demais dimensões são *externas* porque dizem

respeito ao grau em que as forças armadas exercem poder sobre as polícias.

A classificação não apresenta um processo escalonado. A gradação não ocorre de uma dimensão para a outra, mas sim no interior de cada categoria. Em outras palavras, a polícia pode ser mais ou menos militarizada em termos de organização, em termos de treinamento, de emprego, e daí em diante. Em linhas gerais, polícias cujos membros possuem estatuto jurídico-militar – como as polícias militares brasileiras ou a *Gendarmerie* francesa – apresentam níveis médios e altos de militarização nas dimensões controle, inteligência e justiça. Ao mesmo tempo, forças civis, como as norte-americanas, podem ser altamente militarizadas em termos de organização, treinamento e emprego.

Passaremos, então, a aplicar essas dimensões ao caso brasileiro. Damos prioridade à estrutura legal porque a legislação federal é um dos pontos comuns a todas as polícias militares. Ao mesmo tempo, em termos das dimensões de militarização externa, as competências do Exército estão definidas em lei.

3.1. Organização

Praticamente todas as polícias do mundo moderno possuem algum grau de militarização organizacional⁹. Em princípio, o modelo militar, por ser calcado na disciplina e na supervisão, favorece o controle sobre a atividade policial. Entretanto, se for rígido demais, o código disciplinar terá uma tendência a atenuar a supervisão onde ela é mais necessária: no encontro policial-cidadão.

O trabalho policial é de natureza eminentemente discricionária. Ao contrário do que se poderia pensar, o policial não passa o dia correndo atrás de criminosos. Passa a maior parte do seu tempo em situações nas quais não há crime sendo praticado. Presta socorro, intermedeia brigas, mantém a ordem em eventos públicos, controla o trânsito. Diariamente, o policial se vê na obrigação de tomar decisões imediatas e comple-

xas, cujo amparo legal reside em proposições vagas como a “manutenção da ordem”. Nenhum manual é capaz de prever todas as situações em que o policial deve agir, nem como ele deve agir. Se há regras demais, respeitá-las todas se torna praticamente impossível. Os supervisores na linha de frente – cuja maioria, no Brasil, é de sargentos ou subtenentes – são colocados em uma situação comprometedoras. Precisam garantir que nada vai *dar errado*, em termos do código disciplinar, mas ao mesmo tempo não podem desencorajar a iniciativa de seus subordinados. O resultado é que os policiais de rua tendem a se ressentir de seus superiores, que raramente estão nas ruas e quase nunca são atingidos pelo código disciplinar (Cf. SKOLNICK; FYFE, 1993, p. 113-133).

Cria-se, então, um *gap* entre policiais de baixa e alta patente, de maneira que o policial de rua, principal alvo do modelo disciplinar, cria o seu próprio *esprit-de-corp*. O policial de comando, por sua vez, perde controle do que acontece nas ruas. No Brasil, onde na maioria das polícias as praças jamais serão promovidas a oficiais, o *gap* transformou-se num fosso. Esse problema ficou escancarado nas greves policiais ocorridas a partir de 1997 em vários estados. Entretanto, ele existe no dia-a-dia das corporações. As praças tendem a perceber os oficiais como policiais que não conhecem a realidade das ruas.

Em geral, as polícias militares possuem 12 escalas hierárquicas. Os estados podem eliminar um ou mais níveis, mas isso é difícil na prática, visto que a legislação federal impõe regras sobre a promoção para os postos de cabo, primeiro sargento, terceiro sargento, major e coronel (art. 14, Decreto 88.777/83). As mudanças no número de escalas hierárquicas deverão ser aprovadas pelo Exército (art. 8º, § 2º, Decreto-Lei 667/69). O Comandante-Geral das polícias deve ser um oficial-PM ou um oficial do Exército. (art. 9º c/c art. 11, Decreto 88.777/83).

Cada estado pode ter sua própria política de contratação e promoção (art. 14, De-

creto 88.777/83). Entretanto, na maioria dos estados o acesso é separado entre “oficiais” e “praças”. Na prática, é extremamente difícil para uma praça ultrapassar a escala de subtenente. A legislação federal não estabelece limite para participação feminina na força policial, mas exige que os percentuais sejam aprovados pelo Ministério da Defesa (art. 8º, § 2º, a, Decreto-Lei 667/69). Sempre que não colidir com as normas em vigor nas unidades da Federação, é aplicável às Polícias Militares o estatuído pelo Regulamento de Administração do Exército, bem como toda a sistemática de controle de material adotada pelo Exército (art. 47, Decreto 88.777/83).

Para uma efetiva desmilitarização, a legislação federal poderia exigir um número mínimo de escalas hierárquicas, estabelecendo como as eventuais escalas adicionais nas polícias militares devem corresponder às escalas das Forças Armadas. Também é possível permitir os comandantes civis das polícias militares, como já ocorre na *Gendarmerie* francesa. A lei estadual pode estabelecer o acesso único à corporação, diminuindo o *gap* entre o policial de rua e o de comando. Cada policial deve começar sua carreira no posto de soldado e ter a perspectiva de chegar a coronel. Também seria necessária uma participação mais equilibrada de homens e mulheres na força policial.

3.2. Treinamento e códigos disciplinares

Há uma série de limitações legais impostas à atividade policial. Por exemplo, independentemente do treinamento que ele tenha recebido, ao policial só será permitido entrar em uma residência com mandado judicial ou em casos de flagrante. Por outro lado, a lei também concede à polícia um alto nível de discricionariedade. Com relação ao uso da força, esse é um ponto fundamental: quando e como se deve usar de força?

A polícia deve empregar a força “necessária e proporcional” para cumprir a lei. Mas o que é a força necessária? Quais são as circunstâncias em que ela é necessária?

A lei pode dar orientações gerais, mas o que vai definir a atitude da polícia será sua própria experiência. Além dos parâmetros legais, toda organização cria mecanismos de avaliação de seus membros: parâmetros profissionais, reproduzidos por códigos de conduta, treinamento e pelas práticas do dia-a-dia (Cf. MESQUITA NETO, 1999).

Quando a polícia adota códigos de conduta militares, tende a enfatizar a hierarquia e a disciplina, negligenciando o controle do uso da força. O policial que chega atrasado ao serviço é considerado um infrator, mas o que abusa da força é considerado um “bravo”¹⁰. Códigos disciplinares e normas administrativas são o aspecto que mais afetam a maneira de agir do policial nas ruas. É fundamental tornar os regulamentos internos das polícias mais sensíveis a, principalmente, mais detalhados a respeito do controle do uso da força (Cf. COSTA, 2003).

Há grande variedade de currículos de treinamento e de normas disciplinares nos diversos estados da federação. Se compararmos o treinamento dado hoje com o dado à época do regime militar, veremos que, nesse aspecto, as polícias foram bastante desmilitarizadas (Cf. SAPORI; SOUZA, 2001). Entretanto, se as atividades desempenhadas pelas polícias são eminentemente de natureza civil, os regulamentos disciplinares são militares e entram em poucos detalhes quando estabelecem normas de controle do uso da força.

O art. 18 do Decreto-Lei 667/69 estabelece que as polícias militares serão regidas por regulamento disciplinar “redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação”. A maioria das polícias militares tem códigos disciplinares estritamente militares. A dicotomia entre o treinamento militar e a atividade policial gera uma crise de identidade nas polícias (Cf. MUNIZ, 2001).

Em geral, normas disciplinares são estabelecidas por políticas internas à corpora-

ção. Entretanto, a legislação (federal e estadual) pode estabelecer princípios gerais. Se houver uma melhor definição legal entre aquelas tropas que servirão como forças auxiliares do Exército e aquelas que realizarão exclusivamente o policiamento ostensivo, o treinamento pode ser mais diversificado. Os códigos devem estabelecer normas mais detalhadas e punição mais severa para infrações como uso indevido de arma de fogo. A punição seria menos severa para as infrações de quartel.

Ao consagrar a possibilidade de prisão militar administrativa, a Constituição Federal quis ser rígida com relação a infrações disciplinares. Entretanto, não estabeleceu quais seriam essas infrações. A maioria das infrações administrativas é definida em normas internas e estaduais. O número e o alcance das infrações a serem punidas com prisão administrativa podem ser amplamente reduzidos.

3.3. Emprego

Estudiosos norte-americanos vêm apontando uma crescente militarização das polícias daquele país (Cf. KRASKA; KAPPELLER, 1997; KOPEL; BLACKMAN, 1997; PARENTI, 2001; ERICSON; HAGGERTY, 1999). Trata-se do aumento em número e da diversificação no uso de tecnologias militares e de unidades paramilitares de polícia. Diferentemente do policial comum que patrulha as ruas, essas unidades usam formação militar. Enquanto o policial comum trabalha misturado aos cidadãos, esquadrões de elite operam em rígida cadeia de comando, mantendo distância dos “alvos” ou “objetivos”. Em vez da patrulha regular, são “mobilizados”. A alta possibilidade de uso da força é uma das características de sua atividade.

Sem dúvida, há situações, como distúrbios civis, em que o uso de formação militar faz-se necessário. Contudo, determinados padrões no emprego dessas estratégias simplesmente refletem a *policialização* de questões *políticas*, como a desigualdade social.

No caso norte-americano, as operações paramilitares – antes restritas a situações de terrorismo, distúrbios civis ou tomada de reféns – possuem cada vez mais o objetivo de realizar “batidas” em “áreas quentes de criminalidade”, onde residem populações latino- ou afro-americanas. No Brasil, situação parecida ocorre nas constantes “invasões” de favelas. Para “subir o morro”, a polícia certamente deve estar em baixo. Em vez de policiamento ostensivo, muitas favelas convivem com a “emergência” paramilitar.

Essas políticas não dependem de legislação, mas de órgãos executivos estaduais. Entretanto, outras dimensões de militarização interna exercem forte influência sobre o sucesso dessas políticas. Por exemplo, um programa efetivo de policiamento comunitário pode ser seriamente comprometido por uma cadeia rígida de comando com 12 escalas hierárquicas (Cf. MUNIZ, 1997). Em geral, a legislação federal não trata das estratégias a serem adotadas no policiamento ostensivo. Estas são decididas no plano do estado, por órgãos civis, pela polícia militar ou por ambos. Por exemplo, as estratégias de policiamento de movimentos sociais e políticos variam consideravelmente.

O dia-a-dia da atividade policial permanece militarizado no que diz respeito ao policiamento de favelas. Entretanto, já foram testadas experiências alternativas, como programas de policiamento comunitário (Cf. SOARES, 2000). No caso do policiamento de movimentos sociais, o governador de estado pode estabelecer procedimentos especiais a serem seguidos pela polícia antes que esta dê cumprimento a determinadas ordens judiciais, como reintegrações de posse. Procedimentos especiais podem ser adotados antes de operações cuja natureza envolva alta possibilidade de uso de força pela polícia.

3.4. Controle

Em qualquer lugar do mundo, a polícia e as forças armadas possuem uma conexão

política inerente: ambas estão encarregadas de exercer o monopólio estatal da violência. Ambas carregam armas. Se há uma forte oposição entre as duas, há uma tendência à instabilidade¹¹. Quando as forças armadas controlam a polícia, ou há uma forte interferência do poder central no poder local, em países federativos, ou as forças armadas são o próprio poder central, como ocorreu na América Latina na segunda metade do século passado.

Independentemente da situação política, a tendência desse tipo de militarização é a de reduzir o controle da autoridade civil. No caso brasileiro, quanto mais poder se dá ao Exército, mais se tira dos governadores. Estes, democraticamente eleitos e os maiores responsáveis pela segurança pública, têm sua capacidade de ação cerceada. O Decreto 88.540/83 autoriza o Presidente da República a mobilizar as polícias militares por motivos que vão da grave perturbação da ordem à garantia do “nível necessário de adestramento e disciplina”. Em caso de mobilização, as polícias saem do comando do Governador e passam ao comando das forças armadas. O Comandante-Geral é exonerado e substituído por um oficial do Exército.

O Exército pode, a seu critério, determinar a participação das polícias militares em manobras e instruções (art. 5º, Decreto 88.777/83). Deve aprovar a compra de materiais e armamento para as polícias militares (art. 3º c/c art. 29, Decreto 88.777/83). O Exército publica especificações gerais sobre o tipo de equipamento permitido. A criação e localização de unidades policiais militares dependem de aprovação pelo Estado-Maior do Exército (art. 7º, Decreto 88.777/83). Qualquer mudança de organização, aumento ou diminuição de efetivos das polícias militares depende de aprovação do Estado-Maior do Exército (art. 38, Decreto 88.777/83). Mesmo nos estados em que a polícia militar integra a estrutura da Secretaria de Segurança Pública, o Exército, por meio da IGPM, tem competência para co-

municar-se diretamente com o comando da polícia militar (art. 42, Decreto 88.777/83).

Uma maior desmilitarização na dimensão do controle envolveria uma divisão clara entre as tropas policiais que serão preparadas para a função de força auxiliar do Exército e as tropas que farão o policiamento ostensivo. Essa solução é adotada pela *Gendarmerie* francesa. Os poderes da esfera Federal podem ser mais limitados com relação às tropas que fazem policiamento ostensivo. Ao mesmo tempo, os poderes de veto exercidos pela União não precisam ser de competência do Exército. Questões como a do material bélico devem ser reguladas por um órgão civil. Alguns poderes de veto, como a necessidade de submeter à aprovação federal pequenas mudanças estruturais nas polícias, podem ser completamente abolidos.

3.5. Inteligência

A conexão política entre a polícia e as forças armadas não ocorre apenas com relação a armas, mas também com a informação. Atividades de inteligência em política externa – justificadas por variadas interpretações da razão de Estado de Machiavel – gozam de grande independência do escrutínio político. Mesmo em democracias consolidadas, a fronteira civil-militar em agências de informação não se define claramente. Se essa fronteira é obscurecida também na segurança interna, haverá pouco controle civil sobre o tipo, quantidade e uso da informação coletada.

Além disso, a inteligência militar tende a se concentrar em dissidentes políticos ou em atividades vistas como ameaças à segurança do Estado. Esse tipo de inteligência serve pouco ou nada ao planejamento da segurança pública. Não é por acaso que as polícias brasileiras até hoje não institucionalizaram a prática da produção de dados confiáveis sobre a criminalidade. O Decreto 88.777/83 estabelece que as polícias militares “integrarão o Sistema de Informações do Exército, conforme dispuserem os Coman-

dantes de Exército ou Comandos Militares de Área, nas respectivas áreas de jurisdição” (art. 41). A recente criação do Sistema Brasileiro de Inteligência e da Agência Brasileira de Inteligência (Lei n. 9.883, de 7 de dezembro de 1999) manteve essa situação inalterada.

No plano dos estados, praticamente inexistente controle civil sobre o tipo de informação coletada pelos serviços policiais de inteligência (as chamadas P2), menos ainda sobre o uso dado às informações. É necessário separar os serviços de informações do Exército e das Polícias, estabelecendo sobre esses mecanismos de controle externo (controle legislativo, ouvidorias civis).

3.6. Justiça

Há grandes variações no grau em que as polícias sujeitam-se a tribunais militares. Na França, os membros da *Gendarmerie* são policiais militares. Entretanto, existe uma ampla distinção entre matérias de direito comum e direito militar. Em regra, crimes praticados contra civis são julgados pela justiça comum. Infrações administrativas ou crimes contra o patrimônio ou contra a instituição militar são de competência de tribunais militares.

A maior desvantagem da justiça militar não é que ela tende a deixar os policiais impunes. A questão da impunidade depende mais de quem investiga do que de quem julga. Entretanto, tribunais militares são apenas mais um mecanismo de controle interno. Tendem a punir com mais rigor as infrações consideradas como quebra da conduta militar, tais como a indisciplina, e com menos rigor as infrações contra civis.

No Brasil, a maioria dos crimes cometidos por policiais militares em serviços é julgada pelas justiças militares estaduais. Excetua-se os crimes dolosos contra a vida, a tortura, o racismo e o abuso de autoridade. Permanecem sob a jurisdição da justiça militar os crimes contra a propriedade, o homicídio culposo, a lesão corporal, a corrupção de menores, a ameaça, a violação de

domicílio, a violação de correspondência, o constrangimento ilegal, o estupro e muitos outros (Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, que estabelece o Código Penal Militar). Mesmo no caso dos crimes dolosos contra a vida, é a justiça militar que decide se houve ou não o dolo. A investigação permanece a cargo da própria polícia militar.

A Lei 10.446/2002 dá competência à Polícia Federal para investigar crimes contra os direitos humanos que o Brasil tenha se comprometido a reprimir em decorrência de tratados internacionais. Ainda, a reforma judiciária, em tramitação no Congresso Nacional, pretende estabelecer a chamada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos. Mas a legislação ordinária pode ir além, estabelecendo, por exemplo, que qualquer crime cometido por um policial contra um civil seja julgado pela justiça comum.

4. Conclusão

Não somos contrários a uma emenda constitucional que venha a extinguir o policiamento militar no Brasil. Em verdade, somos céticos quanto à sua aprovação, que exigiria *quorum* qualificado e duas votações em cada casa legislativa. De qualquer maneira, para ser efetiva, qualquer alteração constitucional deverá lidar com o conflito federativo brasileiro, que não se encerrará com a eventual desmilitarização. Mesmo que seja alterada a Constituição, permanecerá a necessidade de reformar a legislação ordinária.

Os governadores dos estados enfrentam graves problemas no campo da segurança pública e precisam de burocracias *utilizáveis* para solucioná-los¹². Quanto mais militarizadas, menos *utilizáveis* serão as polícias. A militarização externa (a) retira a segurança pública das mãos de quem a deve dirigir, (b) dificulta a adaptação das polícias a situações locais, (c) superdimensiona o papel do exército na segurança interna. A militarização interna (a) gera o corporati-

vismo, (b) distancia a polícia do cidadão, (c) aumenta custos sem melhorar resultados.

A questão da desmilitarização das polícias não tem recebido tratamento independente na discussão política. Quase sempre, tem sido tratada como subitem da discussão sobre a unificação das polícias. Se houver apenas uma polícia por estado, esta será uma polícia civil. À primeira vista, um argumento bastante lógico. Entretanto, ao que parece, em um primeiro momento a sociedade brasileira optará pela “integração” das polícias, que pode ser feita por meio da legislação ordinária. Esse caminho, conquanto mais fácil em termos do esforço político necessário, tem deixado de lado o problema da desmilitarização. Isso coloca em risco a própria idéia de integração. As polícias civis, em geral, operam em expressiva descentralização administrativa. Muitas das decisões são tomadas no plano da delegacia. Em contraste, as polícias militares são centralizadas. Para que a integração alcance sucesso, há que se equalizar essas diferenças, centralizando mais o comando policial civil e descentralizando o militar. Tudo isso requer expressiva desmilitarização, que, como este artigo demonstrou, pode ser alcançada por meio da legislação ordinária.

Notas

¹ No ano de 2002, uma Comissão Mista Temporária de Segurança Pública do Congresso Nacional aprovou proposta de emenda à Constituição que determina o prazo de oito anos para unificação das forças civis e militares nos estados.

² Excetuadas as disposições relativas à polícia do Distrito Federal, a organização das forças policiais ficou ausente da Constituição de 1891. Cabe notar que as democracias que possuem polícias militares – França, Itália, Espanha, Chile – são Estados unitários e não federativos.

³ Para uma excelente comparação dos dispositivos relativos à organização policial nas constituições estaduais do período 1946-1964, vide Dias [19--].

⁴ As forças públicas de São Paulo, Minas Gerais e da Guanabara, sob o comando dos governadores Adhemar de Barros, Carlos Lacerda e Magalhães

Pinto, deram suporte decisivo ao golpe militar de 1964. Em 1965, houve eleição direta para governador em dez estados brasileiros. A oposição foi vencedora em Santa Catarina, Mato Grosso, Minas Gerais e na Guanabara. Nesses últimos, “os dois governadores opositoristas [Israel Pinheiro e Neirão de Lima] só assumiram com uma condição: o Governo Federal teria o direito de indicar os Secretários de Segurança dos dois estados. Tendo aprendido a lição do golpe de 64, quando Carlos Lacerda e Magalhães Pinto usaram suas milícias estaduais contra o presidente, o governo militar precaveu-se” (ABRUCIO, 1998, p. 62).

⁵ Esse e outros episódios de greve dos escalões inferiores das Polícias Militares motivaram a edição do Decreto n. 3.897, de 24 de agosto de 2001, que fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

⁶ “Por um lado, esse novo poder dos governadores [após a redemocratização] representou avanço com relação à situação federativa vigente no regime militar (...), eliminando o poder arbitrário que possuíam o Executivo Federal e o Presidente da República. Mas por outro lado, a atuação dos governadores no plano nacional contribuiu ainda mais para aumentar o grau de fragmentação do sistema político, e, por conseguinte, agravar o impasse governativo que marcou o país por boa parte da redemocratização. Isso aconteceu porque, embora os governadores tivessem obtido grande poder no plano político nacional, a atuação conjunta deles concentrou-se apenas no veto a qualquer mudança na ordem federativa que implicasse a alteração da distribuição de poder e recursos. O fato é que os governadores formaram coalizões de veto específicas e não coalizões de governo, sendo um dos fatores que prejudicaram a governabilidade no âmbito federal ao longo da redemocratização” (ABRUCIO, 1998, p. 108).

⁷ As Propostas de Emenda Constitucional (PEC) n. 514/97 e 613/98, de autoria do Poder Executivo e da deputada Zulaiê Cobra, respectivamente, prevêm a criação de uma Guarda Nacional a ser formada por membros das polícias estaduais. A proposta deste artigo é ao mesmo tempo similar e diversa. Diferente porque, conquanto formada por membros das polícias estaduais, nos termos das PECs citadas, a Guarda Nacional seria uma organização a parte. Similar porque apenas um número limitado de membros das polícias estaduais estaria sujeito à convocação e mobilização.

⁸ Charles Call (2002) propõe uma lista de sete indicadores de níveis de militarização da segurança interna. Nossa classificação se difere por ser especificamente centrada nas organizações policiais. Vide também Bayley (1993).

⁹ Em estudo comparativo sobre corporações policiais de vários países, todas elas polícias civis,

David Bayley (1994, p. 145) defende que as polícias devem tornar-se mais *desmilitarizadas* no futuro.

¹⁰ Dois breves e contundentes exemplos: a gratificação por “atos de bravura”, concedida pelo governador Marcello Alencar (RJ), que premiava os policiais que abusassem do uso da arma de fogo. Interessante notar que a gratificação foi instituída por um general, Nilton Cerqueira, no comando da Secretaria de Segurança Pública. O segundo exemplo é bem conhecido. Trata-se de Otávio Lourenço Gamba, policial que protagonizou as cenas de brutalidade da Favela Naval, exibidas em rede nacional. Em 12 anos de serviço, o policial só havia sido punido por chegar atrasado ao quartel. Seu apelido, “Rambo”.

¹¹ Vários podem ser os motivos de conflito entre a polícia e as forças armadas. Há casos, por exemplo, de tensões em países em que a polícia e as forças armadas eram constituídas por grupos étnicos diferentes (Cf. ENLOE, 1976).

¹² Aqui utilizamos o conceito de Alfred Stepan e Juan Linz (1996, p. 11, tradução nossa) de burocracia *utilizável*. “Para proteger os direitos dos cidadãos e prestar outros serviços básicos, um governo democrático precisa ser capaz de efetivamente exercitar seu direito de monopólio da força legítima em seu território. Mesmo que o estado não tivesse qualquer outra função, teria de cobrar impostos obrigatórios para custear polícias, juizes, e serviços básicos. A democracia moderna, portanto, necessita de capacidade efetiva de comando, regulação, extração. Para isso ela precisa de um estado que funcione e de uma burocracia estatal considerada utilizável pelo novo governo democrático”.

Bibliografia

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

BAYLEY, David. *Police for the future*. New York: Oxford University Press, 1994.

_____. What's in a uniform?: A comparative view of police-military relations in Latin America. In: BETWEEN PUBLIC SECURITY AND NATIONAL SECURITY, 1993, Washington, D. C.: Centro Woodrow Wilson, out. 1993.

BRASIL, Gláuciria Mota; ABREU, Domingos. Uma experiência de integração das polícias civil e militar: os distritos-modelo em Fortaleza. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 8, p. 318-355, 2002.

CALL, Charles. War transitions and the new civilian security in Latin America. *Comparative Politics*, New York, v. 35, n. 1, p. 1-20, 2002.

- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- CINTRA, Antônio Carlos. A política tradicional brasileira: uma interpretação das relações entre o centro e a periferia. *Cadernos do Departamento de Ciência Política*, Belo Horizonte, n. 1, p. 59-112, 1974.
- COELHO, Edmundo Campos. *Em busca de identidade: o exército e a política na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1976.
- COSTA, Arthur; MEDEIROS, Mateus. A desmilitarização das polícias: policiais, soldados e democracia. *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte, v. 1, n. 11, p. 66-89, 2003.
- _____. *Estado, polícia e democracia*, 1993. Tese (Doutorado)-Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas da Universidade de Brasília, Brasília, 2003.
- DIAS, José Luciano de Mattos. *Federalismo, governos estaduais e políticas públicas: uma análise das instituições federais no Brasil*, [19—?]. Tese (Doutorado)-Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, [19—?].
- ENLOE, Cynthia. Ethnicity and militarisation: factors shaping the role of police in third world nations. In: ENLOE, Cynthia; SEMIN-PANZER, Ursula (Org.). *The military, the police and domestic order: British and third world experiences*. Londres: Richardson Institute for Conflict and Peace Research, 1976.
- ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. The militarization of policing in the information age. *Journal of Political and Military Sociology*, Illinois, v. 27, n. 2, p. 233-255, 1999.
- FERNANDES, Heloísa Rodrigues. *Política e segurança*. São Paulo: Alfa-ômega, 1971.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- GRAHAM, Richard. *Clientelismo e política no Brasil do século XIX*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1997.
- ISACSON, Adam. *Altered states: security and demilitarization in latin america*. Washington, D.C.: Center for International Policy and Arias Foundation, 1997.
- KOPEL, David; BLACKMAN, Paul. Can soldiers be peace officers?: the waco disaster and the militarization of american law enforcement. *Akron Law Review*, Akron, n. 30, p. 619-659, 1997.
- KRASKA, Peter; KAPPELER, Victor. Militarizing american police: the rise and normalization of paramilitary units. *Social Problems*, Califórnia, v. 44, n. 1, p. 1-18, 1997.
- MESQUITA NETO, Paulo. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFI, Dulce Chaves (Org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 129-148, 1999.
- MUNIZ, Jacqueline. *A crise de identidade das polícias militares brasileiras: dilemas e paradoxos da formação educacional*. Trabalho apresentado à REDES – Research for Education in Defense and Security Studies: Center For Hemispheric Defense Studies, Washington. D.C., maio 2001.
- _____; LARVIE Sean Patrick; MUSUMECI, Leonarda; FREIRE, Bianca. Resistências e dificuldades de um programa de policiamento comunitário. *Tempo Social*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 197-213, 1997.
- NEILD, Rachel. *Policing Haiti: preliminary assessment of the new civilian security force*. Washington, D.C.: The Washington Office on Latin America, 1995.
- PARENTI, Christian. *Lockdown America: police and prisons in the age of crisis*. New York: Verso, 2001.
- SAPORI, Luís Flávio; SOUZA, Silas Barnabé de. Violência policial e cultura militar: aspectos teóricos e empíricos. *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte, n. 7, p. 173-214, 2001.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- SKOLNICK, Jerome H.; FYFE, James F. *Above the law: police and the excessive use of force*. New York: Free Press, 1993.
- STEPAN, Alfred. Brazil's decentralized federalism: bringing government closer to the citizens?. *Daedalus*, [S. l.], v. 129, n. 2, p. 145-169, 2000.
- _____; LINZ, Juan. *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America and post-communist Europe*. Baltimore; London: John Hopkins University Press, 1996.
- TORRES, João Camillo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.
- WOLA. *Demilitarizing public order: the international community, police reform and human rights in Central America and Haiti*. Washington, D.C.: The Washington Office on Latin America, 1995.

Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira

Amélia Regina Mussi Gabriel

Sumário

1. Introdução. 2. Origem da proteção dos direitos humanos. 3. Hierarquia jurídica das normas internacionais no Brasil. 3.1. Posição doutrinária. 3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal. 4. Hierarquia jurídica das normas internacionais de direitos humanos no Brasil. 5. Conclusão.

1. Introdução

“A Terra é minha pátria, a humanidade é minha família”. Esses versos imortalizados pela sabedoria árabe de Gilbran refletem o delicado momento de redefinições de soberanias e de delimitações geográficas entre as nações, numa Terra em que a regra de conduta mais indicada para a manutenção da ordem é a solidariedade recíproca e generalizada entre os povos, onde o Direito Internacional surge como o grande pilar de sustentação desse ideal a ser seguido.

Os direitos humanos foram concebidos pelos fundadores do Direito Internacional como a forma de proteger os mais fracos e vulneráveis, resguardando-lhes seus direitos e garantias em face das várias arbitrariedades cometidas no decorrer da história. Daí a maior parte de os Estados nacionais possuírem em sua legislação interna a salvaguarda dos direitos humanos, com instrumentos eficazes de garantia para que sejam efetivamente realizados.

É por isso que o objetivo deste estudo está em determinar qual o posicionamento hie-

Amélia Regina Mussi Gabriel é Advogada. Mestre em Direito pela Unesp-Franca. Professora de Direito Internacional.

rárquico da norma internacional de direitos humanos dentro do sistema normativo brasileiro, antes e depois do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou novo parágrafo ao art. 5º, elevando ao *status* de emenda constitucional o tratado de direitos humanos¹ que passe pela aprovação do Congresso Nacional em dois turnos e sob o *quorum* da maioria de 3/5 dos membros de cada casa, de forma a expor os posicionamentos até então existentes sobre o tema.

Embora seja uma novidade dentro do sistema normativo brasileiro, esse dispositivo do constituinte derivado afasta a interpretação mais progressista sobre o tema, se comparada com o entendimento da doutrina mais autorizada sobre o art. 5º, § 2º, da CF, conforme será demonstrado *infra*.

Antes, contudo, será necessário delimitar os direitos humanos e a sua importância para o Estado de Direito.

2. Origem da proteção dos direitos humanos

Embora os filósofos gregos como Eurípedes e Aristóteles, na Antiguidade, já tivessem delimitado o conceito de isonomia e equidade, e manifestado alguns direitos como próprios da essência humana, as questões relativas aos direitos do homem só tiveram maior repercussão quando da formação do Direito Internacional, em meados do século XVII, sendo considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos autores da época, que ficaram conhecidos como os fundadores do Direito Internacional.

Nesse sentido, vale ressaltar a participação, nesse processo, dos teólogos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suárez (1612), para quem o *jus gentium* ou direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano, e, sobretudo, do mestre Hugo Grotius, que de fato inaugurou a atual concepção do direito das gentes, origem do Direito Internacional. Sua obra, *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625, é consi-

derada um grande marco, já que dispõe que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana. A obra admitia, já naquele século, a possibilidade de proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado (REMEC, 1960 apud TRINDADE, 2004, p. 203).

Não obstante, as reflexões dos denominados fundadores do Direito Internacional, que o concebiam como um sistema universal, foram suplantadas pela doutrina positivista que dotou o Estado de poderes supremos e absolutos, enfraquecendo o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a direito estritamente interestatal, não mais “acima”, mas “entre” os Estados soberanos, com conseqüências desastrosas historicamente conhecidas (TRINDADE, 2004, p. 204-205).

Vale mencionar, contudo, alguns documentos históricos que valorizaram a pessoa humana e ressaltaram direitos, embora de forma isolada e sem a repercussão merecida, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França e da Declaração de Direitos do Estado da Virginia, de 1776, nos Estados Unidos da América².

O século XVIII foi marcado pelas várias manifestações humanistas, como bem ensina Norberto Bobbio, no livro “A Era dos Direitos”, para quem “para conhecer a sociedade é preciso conhecer os homens que a compõem”, sendo essa concepção advinda do século das luzes. Daí vários autores entenderem o século XVIII como o do “nascimento” dos direitos humanos.

Contudo, a doutrina internacionalista mais autorizada inclina-se a indicar como momento decisivo para o “nascimento” dos direitos humanos o holocausto da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), momento em que houve mais de 11 milhões de mortes, entre as quais estimam-se 6 milhões de judeus³. Já não se tratava de proteger indivíduos sob condições especiais, como no passado (proteção de minorias, de habitantes de territó-

rios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho, etc.), mas doravante de proteger o ser humano como tal (TRINDADE, 1999, p. 79).

A sociedade internacional, horrorizada, viu-se na obrigação de normatizar os direitos humanos, como forma de impedir que novas atrocidades ocorressem novamente.

Com essa normatização, o Estado responderá, no plano externo, quando internamente não apresentar respostas satisfatórias na proteção dos direitos humanos. O Estado passa, assim, a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção dos direitos humanos.

Surge, a partir daí, o denominado “Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos”, composto pela Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e dos Pactos de 1966, conforme será mencionado *infra*.

Criada em São Francisco, EUA, em 26 de junho de 1945, e com entrada em vigor no mesmo ano, a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU)⁴, além de estabelecer expressamente a proibição de guerra, em diversos momentos, menciona a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, a exemplo do artigo 1.3, *in verbis*:

“Art. 1. Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos *direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (grifo nosso)⁵.

Entretanto, não estabeleceu o conteúdo dessas expressões, o que só veio a ocorrer três anos mais tarde, com o advento da Declaração de 1948. Não obstante, a grande contribuição da Carta deve-se ao fato de ter conseguido universalizar os direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse inter-

nacional e não adstrito à jurisdição local dos Estados ou regionalizada.

A principal preocupação da Declaração foi, pois, positivar os direitos mínimos dos seres humanos, complementando a Carta da ONU em seu propósito de proteger “os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

A Declaração foi proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução nº217 da Assembléia Geral da ONU. Composta de 30 artigos e um preâmbulo, a Declaração conjugou num só documento i) todos os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de “direitos e garantias individuais”, nos artigos 1 a 21, e ii) todos os direitos sociais, econômicos e culturais, nos artigos 22 a 28.

A Declaração não é tecnicamente um Tratado, mas um acordo moral entre os Estados, uma recomendação da ONU, o que significa dizer que não foi submetida à ratificação por parte dos Estados após a sua aprovação⁶. Não obstante, ela é entendida como a interpretação mais autorizada da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” constante da Carta da ONU, fazendo parte integrante desta e, portanto, adquirindo “força” de Tratado. Deve, pois, ser respeitada universalmente por todos os Estados.

Nesse sentido, com razão, Norberto Bobbio (1992, p. 26-28) revela que

“[...] o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns va-

lores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.”

Como forma de garantir a eficácia das normas da Declaração de 1948, em plena “guerra fria”, em 16 de dezembro de 1966, sob os auspícios da ONU, em Nova York, foram firmados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (que regulamentou os artigos 1 a 21 da Declaração) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (que regulamentou os artigos 22 a 28 da Declaração)⁷.

Por meio do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os Estados ficaram comprometidos com a promoção de direitos tais como o direito à vida, o direito a julgamento justo, o direito à igualdade perante a lei, a liberdade de movimento, as liberdades de opinião e expressão, o direito à reunião pacífica, etc.

Mediante o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados aderentes obrigam-se a adotar medidas com vistas à realização de vários direitos, entre os quais o direito ao trabalho, à remuneração justa, à liberdade de associação a sindicatos, a um nível de vida adequado, à educação, à idade mínima para a admissão em emprego remunerado, à participação na vida cultural da comunidade, etc.

Como consequência da universalização dos direitos da pessoa humana, hoje são inúmeros os Tratados conhecidos que versam sobre o tema e todos eles têm em comum a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição⁸. Basta a condição de ser “pessoa humana” para que todos possam exigir seus direitos porventura violados, tanto no plano interno quanto internacionalmente.

Daí a feliz conceituação de Harkenhoff (1994, p. 30), que coincide com a idéia pre-

conizada pelos clássicos da Antiguidade, para quem “direitos humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza, pela dignidade que a ele é inerente”. Denota-se, pois, que o conceito permanece em constante processo de construção, tendo em vista o surgimento de novos temas a serem incluídos no rol de proteção de direitos da pessoa humana, a exemplo do direito ao desenvolvimento sustentável, do direito de acesso à tecnologia, entre outras novidades.

3. Hierarquia jurídica das normas internacionais no Brasil

3.1. Posição doutrinária

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, reconhecida pela sociedade internacional como regra declaratória do direito costumeiro vigente e por isso obrigatória mesmo para os Estados não signatários⁹, adotou em seus artigos 26 e 27 as seguintes regras:

“Art. 26 – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé.

Art. 27 – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

A regra circunscrita na máxima *pacta sunt servanda* consiste em norma *jus cogens*, ou seja, norma imperativa do direito internacional, de posição hierárquica superior em relação a qualquer outra, conforme a doutrina de Hans Kelsen (1926), e, portanto, situa-se num patamar superior ao direito interno de qualquer Estado. Daí o tratado internacional não poder ser descumprido por alegação de direito interno, dada a prioridade do Direito Internacional sobre a jurisdição interna.

De fato, no Brasil, até 1977, a teoria da supremacia do Direito Internacional em face do direito interno era adotada pelo Supre-

mo Tribunal Federal (STF), conforme será mencionado oportunamente.

Com efeito, a maioria doutrinária no Direito Internacional brasileiro acredita que o Tratado prevalece até que seja ele denunciado internacionalmente¹⁰.

Nesse sentido dispõe o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 (âmbito da América): “Tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes”.

Ao contrário da posição atualmente adotada pelo STF, conforme será demonstrada, abaixo, os internacionalistas primam pela superioridade do Tratado devidamente ratificado. A justificativa para tanto está no fato de o Tratado possuir forma própria para sua revogação, ou seja, a denúncia. De outra forma, só podem ser alterados por normas de igual categoria.

Não é compreensível a lógica de que norma interna revogue compromisso internacional, já que o Poder Legislativo, ao aprovar o compromisso internacional, assume a responsabilidade de não editar leis posteriores ao Tratado que com ela conflita. Trata-se de uma obrigação negativa assumida pelo Congresso Nacional, que o impede editar leis posteriores que contradigam o conteúdo do Tratado internacional anteriormente aprovado.

Além do mais, há de ser realizado um “controle preventivo” da constitucionalidade e da legalidade do tratado em face do ordenamento interno e dos interesse do Brasil. Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade, após a internalização do tratado no ordenamento brasileiro, dá-se pelo STF (via recurso extraordinário), nos moldes do art. 102, inciso III, alínea “b” da CF, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de Tratado, ou pelo STJ (via recurso especial), em conformidade com o art. 105, inciso III, alínea “a” da CF, quando a decisão recorrida contrariar Tratado ou negar-lhe vigência.

3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal

Tratado x norma constitucional

Em caso de conflito entre norma internacional, de qualquer natureza, incluindo normas de direitos humanos, e CF, a posição do STF é no sentido de dar supremacia à CF. Assim, de acordo com o posicionamento até então adotado pelo STF, desde 1977, o tratado devidamente internalizado teria um *status* de lei ordinária.

Nesse sentido, leciona Resek (2002, p. 96) “[...] posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.”

Não é por outro motivo que, após internalizada, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versava a respeito do término das relações trabalhistas por iniciativa do empregador (ADIN 1.480 – DF – 1996), foi denunciada por entrar em conflito com norma já disposta na Constituição Federal.

A Convenção entrou em conflito com norma constitucional anterior, no caso, o art. 7º, inciso I, da CF. Segundo a norma constitucional, norma complementar deveria disciplinar a respeito de indenização compensatória, entre outros direitos, para despedida arbitrária sem justa causa.

A Convenção, dessa forma, não podia disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar, posto ter *status* de lei ordinária (vide comentários ao Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, *infra*), o que levou o Brasil a denunciar o Tratado.

Tratado x lei posterior

Até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia à norma internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de

1977, o SFT tem adotado o SISTEMA PARITÁRIO, segundo o qual norma internacional e lei interna têm o mesmo *status* de lei ordinária¹¹.

O entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b”, em que está disposto que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”¹². Assim, a interpretação desses doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa “ou” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico.

Esse entendimento foi consagrado no precedente do julgado por ocasião do R. Extraordinário 80.004, de 1977¹³. Trata-se do caso envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, e uma lei posterior, o Decreto-lei 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, pois, o Decreto 427/69.

Segue a transcrição da ementa:

“Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias – Aval apostado à nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que instituiu o registro

obrigatório da nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido¹⁴.”

A partir de então, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO, ou seja, *lex posterior derogat priori*¹⁵.

Mais recentemente, na ADIn 1480-DF, o STF determinou que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Um precedente importante alterou a regra do STF, que, além de adotar o critério cronológico, também adotou o critério da especialidade.

Trata-se do conflito ocorrido entre o Pacto San Jose da Costa Rica, em seu art. 7º, § 7º, e o art. 5º, LXVII, da CF, que recepcionou o Decreto-lei 911/69, em questão que envolve a prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e devedor infiel¹⁶. A norma internacional, mais branda, limitava a hipótese de prisão civil ao caso do devedor de alimentos.

Eis os dispositivos legais:

“Art. 5º, LXVII da CF: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Art. 7º, § 7º do Pacto: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

O STF, em julgamento ocorrido em 1998 (HC 77.631-5), determinou que a norma in-

ternacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial da CF (*lex specialis derogat legi generali*).

Esse entendimento, ressalte-se, é controverso, tendo em vista que no direito pátrio não há que se falar em hierarquia entre normas gerais e especiais (vide art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil – Dec.-lei n. 4.657/1942).

Como bem se posiciona Maria Helena Diniz (1998, p. 39), a respeito do tema de conflito de normas,

“[...] uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes [...] A norma geral só não se aplicará ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial.”

A questão está em determinar os elementos de “maior relevância jurídica”. Em sintonia com o entendimento de Carla Pinheiro (2001), defende-se que o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF), estabelece que terá maior relevância jurídica a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser humano. No caso, o valor de liberdade deveria sobrepor-se ao da segurança jurídica do credor.

Contudo, na jurisprudência está registrada a argumentação do Ministro Moreira Alves, que, por ocasião do indeferimento do pedido de HC 72.131, em 1995, afirma que o Pacto de San Jose da Costa Rica estabelece normas gerais enquanto a CF/88, em seu art. 5º, inciso LXVII, estabelece norma especial¹⁷.

Assim, a partir do julgamento do HC 77.631-5, o STF passou a adotar o “critério cronológico + especialidade”¹⁸, não obstante o posicionamento em contrário de alguns magistrados¹⁹.

Tratado x lei anterior

Conforme o critério do STF, a princípio, em caso de conflito entre Tratado e lei infraconstitucional anterior, prevalece a norma

internacional, por ser mais recente (critério cronológico). Contudo, há de se verificar se a norma mais recente é apta a revogar a anterior, ou seja, se é especial em relação à norma anterior.

4. Hierarquia jurídica das normas internacionais de direitos humanos no Brasil

Em 8 de dezembro de 2004, a proposta de emenda constitucional da reforma judiciária foi aprovada e promulgada, entrando em vigor na data da sua publicação, em 31 de dezembro do mesmo ano²⁰.

Interessa-nos, no momento, o entendimento do enquadramento hierárquico das normas internacionais de direitos humanos entre as fontes normativas do sistema jurídico brasileiro.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 45, o posicionamento da doutrina mais autorizada a respeito do tema convergia pela superioridade hierárquica da norma de direito internacional, especialmente a de direitos humanos, que, no caso, ingressaria no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional, segundo o entendimento do art. 5º, § 2º, da CF, combinado com os arts. 1º, III (a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil), e 4º, II (o princípio da prevalência dos direitos humanos como um dos que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil), da CF.

É por isso que nem mesmo a denúncia posterior poderá tirar a força obrigatória das normas de direitos humanos já incorporadas no ordenamento brasileiro. Por se tratar de cláusula pétrea, em conformidade com o art. 60, § 4º, IV, da CF, nem mesmo Emenda Constitucional poderia alterar a norma. Muito menos em se tratando de simples Decreto de execução presidencial, como é no caso da denúncia.

Havendo conflito de normas de paridade constitucional, adota-se a teoria da nor-

ma mais benéfica, conforme a tese defendida por ilustres internacionalistas brasileiros²¹.

Com o advento do § 3º ao art. 5º da CF, a questão passa a adquirir maior visibilidade, já que expressamente dispõe de critérios formais para que a norma internacional de direitos humanos possa ingressar no sistema jurídico com natureza de emenda constitucional. Eis o texto normativo:

“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Assim, conforme a interpretação literal ou gramatical do texto jurídico, o tratado sobre direitos humanos só poderá ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com equivalência de emenda constitucional se aprovado pelo Congresso Nacional, na forma disposta.

Em outras palavras, estabelece-se uma condição implícita na expressão “que forem aprovados”, levando à conclusão de que tão-somente as normas internacionais de direitos humanos que forem aprovadas pelo Congresso Nacional serão equivalentes a uma emenda constitucional, mas não todas, restando o parlamento com poder discricionário para essa cisão.

Não obstante, os direitos humanos nasceram e até hoje representam uma limitação ao poder soberano, sendo esse o entendimento histórico dos direitos humanos e do atual sistema global de direitos humanos, desde os escritos de seus fundadores, no século XVII. Daí não ser plausível que se crie barreiras a esses direitos fortemente consagrados.

Com o sistema global de direitos humanos, descartou-se, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Des-

vencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas. (TRINDADE, 1999, p. 88).

Assim, levando-se em consideração a supremacia das normas internacionais de direitos humanos, elas só cederão espaço para a norma de direito interno que for mais benéfica ao indivíduo.

Parece claro, pois, que é obrigação do Estado assegurar o respeito aos direitos humanos protegidos, adequando o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Conforme ensina Cancado Trindade (1997, p. 441-442), esta última requer que

“[...] se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção, – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos. Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes.”

Dessa forma, todos os Poderes devem cumprir tal obrigação, criando os mecanismos para a internalização das normas internacionais de direitos humanos, e tomar as medidas positivas para proteger tais direitos, dando-lhes eficácia no plano interno.

Foi para salvaguardar esses direitos e garantias que a nossa Constituição Federal reservou um título especial para os direitos e garantias fundamentais (Título II), além de destacar, no art. 5º, § 2º, que nenhum direito e garantia expresso na Constituição excluirá outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados internacionais em que o Brasil faça parte²².

Ora, o art. 5º, § 3º, da CF reconhece a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, o que consagra o entendimento que a doutrina mais autorizada já vinha defendendo há décadas, mas impõe, para tanto, a sua aprovação pelo Congresso Nacional nos limites formais que já vinham estampados no art. 60, § 2º, do texto constitucional (forma de aprovação de emenda constitucional), portanto, mais rígida se comparada à forma de aprovação comum de Tratados até então praticada (aprovação do Congresso Nacional, em conformidade com o art. 49, I, da CF).

Se, por um lado, o dispositivo avançou por sedimentar a tese doutrinária de que as normas internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional e, portanto, de hierarquia máxima dentro do sistema normativo doméstico, por outro, retrocedeu ao limitar tal natureza apenas às normas evidentemente internalizadas da forma rígida estabelecida no texto da lei.

Outra questão que merece destaque é a relativa à retroatividade da norma contida no art. 5º, § 3º, em relação às normas internacionais de direitos humanos anteriormente ratificadas pelo Brasil.

Assim, a discussão está em exigir ou não o cumprimento da formalidade de aprovação normativa requerida pelo art. 5º, § 3º, por parte das normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda Constitucional nº 45.

Certo está que não há que se falar em retroatividade de norma, conforme asseguram o art. 5º, XXXVI, da CF e o art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõem que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

É cediço, pois, que continuem com *status* de norma constitucional todas as normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda nº 45, mediante procedimento comum de aprovação parlamentar, sob pena de ferimento do princípio da segurança jurídica.

5. Conclusão

Conforme depreendido do estudo, não havia, desde a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, qualquer cláusula que indicasse expressamente a supremacia do Direito Internacional de qualquer natureza, em face do direito interno. Existiam, sim, dispositivos que regem as relações internacionais e também a aplicação dos Tratados pelos tribunais internos, uma vez incorporados estes ao direito interno.

Mas havia o § 2º do art. 5º que estabelecia que os direitos e garantias expressos na CF não excluiriam os dispostos em tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. De sua interpretação, nasceu a acertada tese doutrinária de que, ao ingressar na órbita jurídica interna, a norma internacional de direitos humanos teria *status* de norma constitucional e não de lei ordinária, como defendia o STF.

Tais dispositivos constitucionais, que continuam em vigência, ganharam uma regra expressa a respeito do posicionamento hierárquico da norma internacional de direitos humanos em face do sistema jurídico brasileiro. Segundo a novidade, reconhecesse a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, tal como preconizado pela doutrina mais autorizada a respeito e em contrariedade com o posicionamento até então prevalente do STF.

Contudo, para que a norma ingresse com natureza constitucional, faz-se necessário cumprir a formalidade de aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, e com *quorum* de 3/5 de cada casa, o que não se exigia quando da interpretação do art. 5º, § 2º, da CF, mas tão-somente o procedimento comum de internalização de um tratado no sistema jurídico brasileiro. Segundo a nova regra, em não sendo aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos dispostos, não há que se falar em internalização de norma internacional de direitos humanos com natureza de constitucional.

Há, pois, de se cuidar para que o critério formal mais restritivo de aprovação pelo Congresso Nacional, como condição para o ingresso da norma internacional de direitos humanos no mundo jurídico, com natureza de emenda constitucional, conforme regra insculpida no § 3º do art. 5º da CF, não obstaculize o cumprimento das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos, nem macule a garantia de validade e eficácia das normas internalizadas antes da EC/45. Afinal, já ponderava Montesquieu que nem o Estado, nem sua soberania são um fim em si mesmos; mas estão a serviço do homem e são limitados pelos direitos humanos.

Notas

¹ O termo correto teria sido “norma internacional de direito humano”, já que pode haver regras disciplinando a matéria de direitos humanos e regras de outra natureza dentro de um mesmo tratado, sendo que só as primeiras pertencerão ao rol dos direitos fundamentais. Contudo, no decorrer do trabalho, o termo “tratado de direitos humanos” será usado toda vez que se fizer menção ao texto do art. 5º, § 3º, da CF, entre outros textos legais que usam tal denominação.

² Merece também citação a “Magna Carta” assinada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra.

³ Para Hobsbawm (2003, p. 50), essa estimativa encontra-se certamente exagerada, mas “seria menor o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões, mas 5 ou 4 milhões? [...] Os prédios podem ser mais facilmente reconstruídos após essa guerra do que as vidas dos sobreviventes”.

⁴ Ratificada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945.

⁵ Encontra-se a expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” também nos artigos 13.1.b, 55.c, 56, 62.2, 68, 76.b da Carta.

⁶ A Declaração foi aprovada por cerca de 48 Estados, com o voto do Brasil.

⁷ Ambos os Pactos foram ratificados pelo Brasil em 21 de janeiro de 1992.

⁸ Cite-se, como exemplos, alguns desses Tratados: a Carta Internacional de Direitos Humanos (composta pela Carta da ONU, de 1945, a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de

1966); os instrumentos básicos de proteção dos Direitos Humanos no âmbito das Nações Unidas (Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes) e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, representado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da Costa Rica”).

⁹ Embora signatário, o Brasil ainda não ratificou a Convenção, encontrando-se em fase de aprovação do Congresso Nacional desde outubro de 1995.

¹⁰ Nesse sentido, vide a tese de Mirtô Fraga ([1997]), no sentido de que o poder constituinte é limitado e não arbitrário a ponto de desprezar os compromissos internacionais. FRAGA, Mirtô. *Conflito entre Tratados e Lei Interna*, ed. Forense.

¹¹ Segundo alguns autores, esse sistema paritário poderia ser denominado monismo moderado, havendo a equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária com as seguintes conseqüências: a) subordinação do tratado à Constituição; b) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para a solução de antinomias. Nesse sentido, vide Binenbojm (2000), Dolinger (2003), Araújo (2003, p. 145-146).

¹² No mesmo sentido, o art. 105, inciso III, alínea “a”, da CF.

¹³ A íntegra do acórdão está em RTJ 83/809.

¹⁴ Vide RE 80.004, in RTJ 83/809. Para maiores detalhes sobre o tema, vide Jacob Dolinger (2003).

¹⁵ Vale ressaltar que o critério cronológico não se aplica aos Tratados fiscais e de extradição, que por sua natureza contratual demandam denúncia formal para deixarem de ser cumpridos. Nesse mesmo sentido, Jacob Dolinger (2003). Vide também o artigo 98 do CTN, que configura a exceção *supra* mencionada. Nesse sentido, vide RE 114.784, RTJ 126/804; RE 113.156, RTJ 124/347.

¹⁶ Vale ressaltar a discussão existente na doutrina a respeito da terminologia “devedor infiel”, de forma a incluir ou não o devedor fiduciante. O entendimento majoritário é no sentido de que o legislador, ao equiparar o devedor fiduciante ao depositário infiel, no Decreto 911/69, teve como objetivo encontrar uma forma rápida de evitar o elevado número de inadimplência que o credor vinha sofrendo. Segundo o acórdão que indeferiu o pedido de *Habeas Corpus* n. 72.131-SP, em 1995, o atual entendimento do STF é no sentido de que o devedor fiduciante é depositário infiel, já que a CF 88 recepcionou o Decreto *supra* mencionado. Com esse entendimento, como bem asseverou Nelson Nery Jr., “a prisão civil passou de exceção à regra” (1997, p. 1274).

¹⁷ É notório o posicionamento do Ministro Moreira Alves a respeito do *status* de lei ordinária

para os tratados internacionais em geral: “Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”, RHC 79785/RJ, julgado em 29.03.2000, publicado em 22.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno. Vide também o Recurso Extraordinário 253.071-9/GO, relatado pelo Ministro Moreira Alves.

¹⁸ Nesse sentido, vide RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434.

¹⁹ É o caso do magistrado Antonio Carlos Malheiros, em relação à questão da prisão civil por dívida do depositário infiel, conforme demonstram as decisões proferidas pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo no *Habeas Corpus* 574.380-2 e na apelação 613.053-8.

²⁰ Ressalvado o prazo de 180 dias para a implantação do Conselho Nacional de Justiça e o do Ministério Público.

²¹ Vide, nesse sentido, tese de doutoramento de Piovesan (2002, p. 67), e seguintes. Augusto Cançado Trindade, Celso Mello e H. Accioly endossam essa teoria. Na jurisprudência, Antonio Carlos Malheiros segue esse entendimento nas questões que envolvem a prisão civil do depositário infiel e o Pacto de San Jose da Costa Rica, conforme já mencionado.

²² Vale ressaltar que, uma vez internalizada a norma internacional de direitos humanos e a corte brasileira determinar pela inobservância do seu conteúdo, haverá ainda a possibilidade de corrigir o *imbroglio* e reaver o direito via decisões arbitrais ou de cortes internacionais, as quais, segundo interpretação do art. 102, I, alínea “h”, da CF, não demandam homologação por parte do STF para a execução das ordens manifestadas. Pela complexidade da questão, optou-se por não incluir, neste trabalho, a temática do não cumprimento de norma internacional de direitos humanos internalizada.

Bibliografia

ARAÚJO, Nadia. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 350, p. 39-48, abr./jun. 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRAGA, Mirtô. *Conflito entre tratados e lei interna*. Rio de Janeiro: Forense, [1997].

HARKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. Guarulhos: Acadêmica, 1994. v. 1.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

KELSEN, Hans. *Lês rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. *Recueil des Cours*, Paris, v. IV, t. 14, 1926.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RESEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SUÁREZ, Francisco. *De legibus ac deo legislatore*. Coimbra: [s. n.], 1612.

TRINDADE, Augusto Cançado. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O legado da declaração universal de 1949 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto. *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A Fabris, 1997. v. 1.

A licitação eletrônica e a prevenção da corrupção

Luiz Fernando Bandeira

Sumário

1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais. 2. A experiência dos Estados Unidos da América. 3. As iniciativas europeias. 4. A experiência brasileira. 5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico.

1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais

1.1. O e-Procurement do ponto de vista das empresas

A doutrina de administração empresarial norte-americana criou a expressão *e-Procurement* (compras por meio eletrônico) para designar uma nova onda, surgida nos anos 90, de sistemas automatizados de compra de produtos.

Os sistemas de *e-Procurement* se caracterizam por um trato totalmente ou quase totalmente informatizado das entradas de mercadorias, seu consumo e as emissões de novos pedidos de fornecimento, sempre de maneira integrada com o fornecedor, por meio de um sistema eletrônico e com mínima intervenção humana.

Uma empresa adaptada ao *e-Procurement*, por exemplo, registraria as vendas de produtos em sua loja, diminuindo a quantidade de seu estoque que, ao atingir o nível mínimo, dispararia uma ordem de compra imediata ao fornecedor para que a quantidade armazenada da mercadoria voltasse ao patamar ideal, impedindo que ocorressem fal-

Luiz Fernando Bandeira é Consultor Legislativo do Senado Federal, advogado e professor universitário. Mestre e Bacharel em Direito pela UFPE, é atualmente doutorando pela Universidad de Salamanca, na Espanha.

tas. Isso tanto poderia ser aplicado em empresas do comércio, em relação aos produtos disponíveis para venda, como também para empresas de todo gênero, especialmente com materiais destinados ao consumo interno das funções administrativas, com ligação à atividade-meio ou à atividade-fim do negócio.

O crescimento do *e-Procurement* a princípio não foi como esperado, não apenas em virtude de seus elevados custos de implantação, mas também por um medo natural de entregar às máquinas o controle das compras da empresa.

Havia uma necessidade de estabelecer parcerias com os fornecedores, não somente para que instalassem sistemas compatíveis, mas também para dividir os altos custos da instalação das conexões telefônicas dedicadas à operação desse sistema. Além disso, a falta de uma experiência anterior de sucesso de outras empresas fez com que muitos dos empresários adiassem seus planos (BEDELL, 2002, p. 155-156).

Com o advento da *Internet*, essa situação sofreu mudanças radicais. Primeiro, porque foi criado um padrão de comunicação uniforme por meio eletrônico, que facilitou muito a criação de aplicações compatíveis entre si. Segundo, porque não era mais necessário ter uma linha dedicada ligando a empresa a cada fornecedor, pois, uma vez conectada à *Internet*, a empresa tem como se comunicar com todos os fornecedores que igualmente possuem conexão à mesma rede. Terceiro, porque os custos, embora ainda altos, reduziram-se significativamente. Quarto, em razão das experiências de grandes empresas, como o Banco da Irlanda, 3M, Microsoft e IBM, que alcançaram economias em seus custos administrativos com o manuseio de pedidos de compra, respectivamente, da ordem de 30%, 70%, 90% e até mesmo 97%, segundo anunciado (Cf. HEYWOOD, 2002, p. 104-105), através da utilização de mecanismos de *e-Procurement*. Considerando que essas são empresas de alto nível tecnológico, as consultorias em-

presariais, como KPMG e Goldman Sachs, calculam que para as empresas em geral a economia poderia ser entre 15% e 30%. Também os níveis de estoque poderiam ser reduzidos entre 25% e 50% dos valores necessários para o funcionamento das empresas sem *e-Procurement*, em virtude de ser menor o tempo necessário para a reposição das mercadorias (Cf. HEYWOOD, 2002, p. 64).

A redução dos custos administrativos deriva-se da simplificação e agilização dos procedimentos. Em um pedido de compra tradicional, um funcionário que tenha uma necessidade qualquer vai preencher um formulário de requisição, geralmente indicando: quem é, a que unidade da empresa pertence, do que necessita, em que quantidade, para quando o necessita e eventualmente uma estimativa aproximada de seu custo. Dependendo da distribuição do poder para autorizar gastos, o funcionário irá assinar a requisição ou enviá-la para a pessoa com tais poderes. Uma vez assinada, a requisição seria processada pelo departamento de compras para ter seguimento. Esse processo manual quase sempre toma dias ou semanas para completar-se, dependendo da estrutura e agilidade da empresa, enquanto o formulário de requisição passeia entre as mesas de um e outro gerente.

A capacidade dos sistemas de *e-Procurement* para automaticamente identificar as necessidades, consolidando-as e enviando-as para as pessoas responsáveis instantaneamente, ou mesmo diretamente para o fornecedor, pode permitir terminar o procedimento em minutos, reduzindo o tempo gasto e os custos administrativos envolvidos, além de permitir reduzir o nível dos estoques, com evidentes vantagens financeiras e patrimoniais.

1.2. O *e-Procurement* aplicado à Administração Pública

Evidentemente o nível de automação a que podem chegar as empresas privadas nem sempre é possível à Administração Pública. Isso advém especialmente das li-

mitações estatais para escolher seus fornecedores e de sua vinculação muito mais estrita ao orçamento.

Mas nada impede que os mecanismos eletrônicos sejam utilizados para agilizar muitos dos procedimentos públicos de compra. Como se verá adiante, muitas vantagens podem ser obtidas com a publicação dos editais de convocação em páginas *web* na *Internet*, mediante a centralização dos procedimentos de compra e a descentralização das solicitações internas. Igualmente, os meios eletrônicos de compra podem ajudar a Administração Pública a ter um maior controle sobre os preços pagos por cada tipo de produto, segmentado por suas divisões regionais ou unidades. Ainda, um melhor emprego da tecnologia pode ajudar na elaboração de orçamentos mais precisos e adequados, assim como evitar a falta de produtos essenciais à prestação de um serviço público de qualidade.

Não queremos aqui deixar transparecer a impressão de que nos afastamos de nosso tema, que é a discussão de como a licitação eletrônica pode servir como instrumento de prevenção à corrupção, mas compreendemos que é essencial uma introdução ao perfil geral do *e-Procurement*.

A automação diminui bastante os espaços para a prática de atos corruptos em licitações, seja porque limita a discricionariedade no procedimento, seja porque aumenta a publicidade dos editais de convocação, seja ainda porque torna mais evidentes os desvios de preço e de quantidades.

Com um sistema *on-line* pela *Internet* e aberto a toda a população com os dados das compras governamentais, todos saem ganhando: o fornecedor de bens e serviços à Administração Pública, porque pode identificar, por área ou período do ano, por exemplo, a demanda de seus clientes e assim planejar-se para prestar um serviço melhor e por menor preço, inclusive aumentando de uma escala regional para outra, possivelmente nacional, seu âmbito de atuação; o administrador público, que pode ter facil-

mente uma comparação da situação no restante do país e assim medir seu próprio desempenho e o de seus subordinados; o promotor ou auditor dos Tribunais de Contas, que podem mais facilmente identificar situações estranhas de aumentos inexplicáveis de quantidades ou preços e assim destinar melhor sua atenção aos casos com maior probabilidade de possuir vícios; por fim, o cidadão, que, além de poder também controlar o funcionamento da máquina pública, certamente será beneficiado com um Estado mais eficiente no momento em que todos esses elementos forem favorecidos.

Especialmente com o controle da corrupção, todos saem ganhando, além do Estado, evidentemente, que contratará melhor e a menor custo, sobrando-lhe recursos para realizar ainda maiores investimentos e assim gerar mais emprego e renda.

2. A experiência dos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos foram pioneiros na implementação do *e-Procurement* para a Administração Pública, fazendo uso da maior autonomia administrativa que sua cultura jurídica lhes permite.

No entanto, a criação de um programa de computador com erros e pouco eficiente para controlar o sistema, num momento em que as empresas ainda não tinham a estrutura corporativa para transações *on-line*, causou o fracasso da tentativa que recebeu o nome de FACNET (*Federal Acquisition Computer Network*). A credibilidade dos usuários na FACNET foi prejudicada por seu mau funcionamento no envio e recebimento de transações, com experiências comuns de atrasos, perdas e duplicidade de registros. Em muitos casos, propostas enviadas tempestivamente só eram recebidas depois do prazo e não raro chegavam com até duas semanas de atraso em relação ao seu envio (DAVIES, 2000, p. 639). Poucos fornecedores se cadastraram para atuar na FACNET, especialmente os pequenos e médios, para quem os lu-

culos com pouco volume não justificavam os custos de implantação e adaptação ao sistema. Como consequência disso, as agências e demais órgãos governamentais frequentemente tinham que cancelar suas solicitações eletrônicas e voltar a realizá-las pelo método tradicional, em virtude da ausência de recebimento de resposta pelos fornecedores (DAVIES, 2000, p. 642).

Claro, isso foi muito antes do surgimento e consagração da *Internet* como meio viável e confiável de transação eletrônica. Desde aí, algumas iniciativas interessantes foram tomadas, porém abandonando o projeto de um sistema federal centralizado e passando a desenvolver diversos módulos para cada agência, que somente agora estão passando por uma tentativa de reintegração, com o objetivo de fazer com que os diversos sistemas comuniquem-se uns com os outros, reduzir os custos com manutenção de diversas bases de dados distintas e solucionar problemas de incompatibilidades e inconsistências internas.

3. As iniciativas européias

A Comissão Européia já tomou diversos passos na direção de ampliar ou mesmo estabelecer, em alguns casos, um sistema eletrônico de compras governamentais, não apenas visando a uma maior eficiência das Administrações Públicas, mas também para tentar quebrar as barreiras nacionais entre os diversos países que a compõem, que não são poucas, especialmente quando se fala em compras governamentais. Seus objetivos estão expressos em comunicações da Comissão (UNIÃO EUROPÉIA, 2004a; 2004b), em que se previa que, já no ano de 2003, uns 25% das compras públicas seriam realizadas por meio eletrônico.

Um dos primeiros passos foi criar o *Common Procurement Vocabulary - CPV* (Vocabulário Comum de Contratos Públicos)¹, que consiste em descrições padronizadas de bens e serviços por referências a mais de 8.300 códigos de nove dígitos, cuja utilização está

sendo bastante encorajada² na divulgação do objeto das licitações. Esse é um passo essencial para possibilitar o intercâmbio de informações em uma área com tantas línguas oficiais como a Comunidade Européia³.

Na prática, o CPV funciona vinculado ao objeto do edital convocatório, associando-o a uma relação padronizada de bens e serviços. Se, por exemplo, um empresário da Dinamarca que produz filmes de finalidades educativas ou de formação quisesse obter contratos dentro da União Européia não teria que conhecer todas as possíveis variações idiomáticas de seu produto para buscar por editais de licitação, mas tão-somente precisaria buscar pelo seu código no CPV (92111100-3) e teria todas as ofertas publicadas à sua disposição. Apenas para que se tenha idéia do nível de detalhes a que chega o CPV, o cidadão tcheco que tenha uma empresa de extração de pedras ou simplesmente revenda seixos polidos poderá buscar pelo código 14212120-7. Da mesma forma, o pecuarista francês que quiser vender fígado de ave de capoeira poderá buscar pelo código 15112300-9, mas que não deve se confundir com a pasta de fígado de ganso (o famoso *pâté de foie gras*), que possui outro código: 15112310-2.

Nossa intenção aqui é meramente ilustrar a variedade e ao mesmo tempo especificidade a que pode chegar o CPV. Ele possui a sua tabela com o vocabulário principal, com os já referidos mais de 8.300 códigos, e um vocabulário suplementar, que pode eventualmente ser utilizado para completar as descrições do vocabulário principal e que é composto por uma letra e quatro dígitos. Por exemplo, o edital de licitação para produção de um filme educativo para crianças, que interessaria ao nosso personagem dinamarquês, receberia o código 92111100-3 E002-7.

O CPV encontra-se vinculado ao SIMAP (*Système d'Information pour les Marchés Publics*), que dispõe de todas as convocatórias para compras governamentais cujo valor exija divulgação ampliada na *Internet* e apresen-

ta alguns bons resultados, ainda que sejam frequentes problemas na publicação de informações sobre licitações em virtude de imprecisões e má inserção de dados no sistema pelos funcionários encarregados em cada um dos órgãos públicos dos diversos países (Cf. DAVES, 2000, p. 637).

Como comenta González-Varas (2003, p. 155-160)⁴, a nova Diretiva da Comissão Européia sobre compras governamentais⁵ estimula a adoção de meios eletrônicos de licitação pelos países membros. Inclusive, para estimular essa prática, diminui o prazo de publicação de convocatórias de 12 para 5 dias quando enviadas por meio eletrônico e ainda diminui outros cinco dias ao longo do procedimento quando o poder adjudicador permitir o acesso por meio eletrônico à íntegra do texto do edital de convocação e à documentação complementar. Também os artigos 39, 40, 42.1 e 42.3 fazem expressa referência à possibilidade de recebimento do edital de licitação por meio eletrônico, bem como, para parte das empresas licitantes, abrem a possibilidade do envio de propostas por meio eletrônico.

No entanto, vale ressaltar que, até a presente data, ainda não existe, no plano nacional dos Estados-Membros, o leilão regressivo nos moldes do pregão eletrônico brasileiro, embora isso deva ser implementado com rapidez, uma vez que acaba de ser incluída sua previsão no art. 54^o da Diretiva 2004/18/CE aprovada no fim de março do ano passado.

4. A experiência brasileira

4.1. Um panorama da situação anterior

No procedimento licitatório brasileiro tradicional (e aqui nos referimos exclusivamente ao contemplado na Lei 8.666/93), as licitações, independentemente de sua espécie, têm sempre uma etapa anterior, na qual são entregues os envelopes com os documentos que comprovam a situação jurídico-econômica da empresa (etapa de habilita-

ção/qualificação), e uma posterior, na qual se entregam os envelopes com as propostas de preço. Por vezes, ainda existe uma etapa intermediária, de natureza técnica, apenas aplicada às licitações que envolvam “serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”⁶, salvo na hipótese do §4^o do art. 45 da Lei 8.666/93.

A lógica é que somente sigam para a etapa seguinte os licitantes que sejam qualificados na anterior, de maneira que os que não superem as exigências de qualificação jurídica, econômica e técnica não terão suas propostas de preço avaliadas.

O que frequentemente ocorre é que, na prática licitatória brasileira, os licitantes desqualificados por algum motivo material (falta de cumprimento de algum requisito) ou formal (omissão em apresentar algum documento essencial ou apresentá-lo de maneira diversa da exigida) buscam o Judiciário por meio de procedimentos cautelares ou mesmo do mandado de segurança para ver garantido seu direito a participar da licitação. Receosos de permitir alguma ofensa ao direito do licitante, os juízes brasileiros, com frequência maior que a desejável, suspendem provisoriamente, até uma decisão final, o processo licitatório.

Assim, frequentemente as licitações ficam suspensas por meses, até que o Judiciário decida se o licitante tinha ou não o direito de continuar no processo e então determine o seguimento do procedimento administrativo. Não raro se percebe que, mesmo que o licitante inicialmente desqualificado seja reintegrado ao embate licitatório pelo Judiciário, não possuía proposta de preço com condições de vencer o certame. Ou seja, todo o procedimento foi atrasado por uma manobra absolutamente inútil.

Claro, é necessário manter a possibilidade de recorrer ao Judiciário (até mesmo

em decorrência do inciso XXXV do art. 5^o da CF/88), especialmente porque as etapas de qualificação jurídica, econômica e técnica são as mais propensas a permitir julgamentos corruptos por parte dos funcionários que compõem as comissões de licitação⁷. Uma das questões mais discutidas nos recursos judiciais contra desqualificações (ou inabilitações⁸) é a possibilidade de que, em licitações, seja feita tal ou qual exigência, uma vez que elas estão reguladas na lei brasileira de maneira bastante restritiva. Salvo quando se trata da licitação de um objeto muito específico, exigências estranhas em editais de licitação costumam ser acrescentadas para dirigir o contrato para um determinado licitante. E em parte é justamente por esse motivo que os juízes suspendem com relativa facilidade os processos licitatórios.

No entanto, isso causa um problema enorme para a Administração Pública, que acaba por ver-se sem material ou sem a prestação dos serviços de que necessita para continuar funcionando. Ocorre que, em virtude dos atrasos causados pelas suspensões, surge uma situação de urgência que autoriza o administrador público a contratar por meio de dispensa de licitação (JUSTEN FILHO, 2002, p. 242-243), com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Ou seja, em virtude de tanto se discutir quem tem o direito de contratar com a Administração Pública, acaba-se por permitir a ela que decida discricionariamente com quem irá contratar, sem nem mesmo tomar conhecimento das propostas de preço dos concorrentes da licitação em curso⁹. É possível que, dessa maneira, esteja-se substituindo, conforme definição já preconizada neste trabalho, uma eventual corrupção de funcionário público por uma corrupção de agente político.

Por tudo isso se mostrava necessário buscar um sistema que, garantindo os direitos dos licitantes, prevenisse a corrupção e dotasse de maior agilidade as contratações governamentais.

4.2. O pregão eletrônico e suas vantagens

Recentemente, uma experiência criativa trouxe resultados muito bons às licitações brasileiras. Inicialmente criada pela Medida Provisória 2.026/00, depois convertida na Lei 10.520/02 e regulamentada pelo Decreto 3.555/00 (que foi editado anteriormente à lei, a fim de regulamentar a Medida Provisória), a modalidade de licitação denominada *pregão eletrônico* causou uma verdadeira revolução no mecanismo de compra estatal. Consiste em um sistema eletrônico de publicação de editais de convocação numa página *web* central (www.comprasnet.gov.br), por meio do qual os licitantes podem cadastrar-se, enviar suas propostas de preço iniciais e, ao final, participar de um leilão de lances com valores regressivos buscando um preço mínimo.

A utilização desse sistema já apresenta resultados notórios, entre eles especialmente a redução de 25% nos valores pagos pela aquisição dos principais bens e serviços objeto das compras governamentais, assim como uma redução em mais de 50% do tempo necessário para selecionar o contratado (Cf. CLIC-RBS, 2004; CARVALHO, 2002, p. A12; LEDO, 2002, p. 13).

Não é difícil imaginar o motivo de tais reduções. No sistema tradicional, por exemplo, as compras de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) podem ser realizadas pela modalidade de licitação “convite”¹⁰. Costumava ser o método mais comum para compras de material de expediente ou mesmo contratos de obras de pequeno porte. Nessa modalidade, a Comissão de Licitação deve enviar convites para ao menos três empresas, no intuito de que tomem parte no procedimento. O sistema é uma larga porta aberta à corrupção, em virtude de possibilitar que se dirijam esses convites às empresas que pagam subornos ou que têm relações pessoais com os funcionários. Por vezes, chega-se a criar uma empresa “fantasma” apenas para participar de determinada licitação e atingir o número mínimo de participantes. Evi-

dentemente, esse sistema não garante para a Administração Pública o menor preço.

Com o pregão eletrônico, os editais passaram a ser publicados na *Internet* e assim se obteve uma publicidade muito maior, não apenas na região da entidade licitante, mas em todo país ou mesmo no exterior. Ampliada dessa maneira a possibilidade de competição, resultou muito mais difícil beneficiar um ou outro licitante, virtualmente impossibilitando a restrição do conhecimento do edital tão-somente aos participantes de esquemas corruptos.

Mas as vantagens não pararam por aí. Como já havíamos dito, o sistema tradicional tinha mais de uma fase. Imagine-se que cada uma dessas fases requeria a presença física de um representante da empresa, ainda que fosse apenas para entregar um ou mais envelopes com documentos e a proposta de preço e assinar a ata da sessão de sua abertura.

Ocorria que para empresas situadas em pontos geograficamente distantes da sede da licitação não valia a pena participar dos processos cujos contratos não fossem de grande valor, pois a mera possibilidade do lucro com pequenas contratações não compensava pagar o custo de passagens aéreas, acrescido de diárias e outras despesas, para enviar um representante às várias sessões do processo licitatório.

Com o pregão eletrônico esse problema foi solucionado, uma vez que a participação pode dar-se de qualquer ponto do mundo conectado à *Internet*. Assim, a busca por melhores preços poderá ser mais eficiente, bem como a manipulação dos participantes torna-se praticamente impossível.

O sistema de pregão eletrônico também impede que haja “corrupção privada” entre os licitantes, ou seja, que um faça uma oferta para que o outro não participe ou se retire da disputa de preços. Isso foi bastante comum no pregão presencial, que surgiu como uma etapa intermediária para o pregão eletrônico. Os licitantes faziam acordos e paravam de fazer lances, mantendo os preços

altos e dividindo os lucros, com prejuízo para a Administração Pública¹¹.

O pregão eletrônico anulou esse risco não apenas em virtude da eventual distância geográfica entre os licitantes, mas especialmente porque, durante a sessão de ofertas de preço, os licitantes não sabem com quem estão competindo, mas tão-somente o preço mais baixo que já foi oferecido para cada um dos itens em disputa. Isso tornar-se-á mais claro quando esmiuçarmos o procedimento mais adiante.

A transparência também resultou ampliada, pois todas as fases, desde a publicação da convocatória, passando pela sessão de ofertas, pela publicação do resultado, etc., estão disponíveis na *Internet* em tempo real, bem como depois da adjudicação e mesmo da celebração do contrato. A ata é gerada automaticamente, com todos os dados referentes ao pregão, inclusive as mensagens trocadas entre pregoeiro e licitantes, tudo recebendo certificação digital. Ainda relacionada à transparência, a comparação dos preços pelos quais a Administração Pública, por meio de seus diversos órgãos, está comprando os mesmos bens se fez possível, ainda que essa informação não esteja ainda compilada para fácil visualização, instrumento que julgamos essencial para uma eficiente gestão dos contratos governamentais.

O direito de petição dos licitantes também restou mais garantido, uma vez que agora a polêmica quanto às redações das atas está suprimida. Discussões sobre se algum protesto ou manifestação vai ou não entrar na ata não mais existirão, uma vez que, como já dito, todas as mensagens trocadas estão automaticamente incluídas na ata gerada ao final do procedimento.

A possibilidade de redução de custos se acentua em virtude de aqui ser possível ao licitante diminuir sua proposta original de preço. Antes, elaborar os preços era um jogo de probabilidades. Tentava-se prever quem iria participar do procedimento licitatório e assim se fazia uma previsão do preço máxi-

mo que seria possível propor. Daí que uma surpresa no momento da abertura dos envelopes com as propostas de preço poderia retirar da competição um licitante que tivesse feito uma má previsão, ainda que lhe fosse possível oferecer um preço mais baixo, em virtude do procedimento não lhe permitir elaborar uma nova proposta.

Com o advento do pregão eletrônico, depois de publicitadas as propostas originais (que já são apresentadas por meio eletrônico), é possível baixar os preços na fase de lances, até o limite em que não surjam ofertas mais baixas, o que sempre resulta em economia para a Administração.

Alguém poderia dizer que agora o licitante pode sempre começar com o preço mais alto, mantendo-o no caso de não haver, por alguma casualidade, outros competidores. No entanto, isso não obriga a Administração a contratar com o licitante solitário, especialmente porque o pregoeiro tem o poder de recusar propostas que sejam consideradas demasiadamente altas¹².

Além disso, conforme adiante veremos com mais detalhes, no caso em que um licitante ofereça um preço excessivamente alto e surjam outros licitantes com propostas inferiores, provavelmente incidirá o limite de 10% sobre o menor preço oferecido, excluindo-se automaticamente da disputa na etapa de lances aqueles fornecedores que estiverem fora dessa “margem de tolerância”, salvo se não for preenchido o número mínimo de três licitantes para essa fase. A cláusula de barreira existe justamente para obrigar os licitantes a desde o princípio formularem propostas baixas.

Um outro elemento importante no regimento do pregão eletrônico é a exigência de que, anteriormente à realização do pregão, o valor estimado do contrato seja depositado em conta-corrente específica do Banco do Brasil, a ser levantado pelo vencedor da licitação tão logo execute o contrato. Essa condição afasta o medo do licitante de não receber o pagamento pelo bem ou serviço fornecido e em consequência faz com que

ele exclua essa variável de risco da sua composição de custos.

Por fim, o problema da fase de qualificação, já referido antes, foi bastante diminuído. Agora a qualificação é prévia e genérica, ou seja, não faz mais parte do procedimento licitatório. Uma vez cadastrado no *Compras-Net*, o licitante está automaticamente apto a participar de qualquer licitação pública no âmbito federal. Apenas será verificada, como medida assecuratória da confiabilidade dos registros eletrônicos, a documentação do licitante vencedor do pregão. De toda maneira, os documentos que podem ser solicitados são previamente conhecidos de forma taxativa¹³, o que impede que um órgão determinado ou sua Comissão de Licitação tentem criar requisitos atípicos ou extravagantes para favorecer um ou outro licitante.

Por outro lado, para que isso fosse possível, comprometeu-se em parte um êxito maior do pregão eletrônico. Como o sistema ainda não prevê em sua sistemática qualquer discussão quanto à qualificação técnica do produto, inclusive quanto à sua qualidade intrínseca, limitou-se a possibilidade de utilização do pregão eletrônico às licitações cujos objetos fossem “bens ou serviços comuns”. A definição legal para tais bens ou serviços comuns fixa-os como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”¹⁴. O decreto que regulamentou a aplicação do pregão eletrônico nos trouxe uma definição ligeiramente modificada: “Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser *concisa e objetivamente* definidos no *objeto do* edital, *imperfeita conformidade com* as especificações usuais *praticadas* no mercado, *de acordo com o disposto no Anexo II*”¹⁵.

O Anexo II citado no texto do decreto simplesmente arrola vários bens e serviços considerados “comuns”, porém sem limitar essa classificação àqueles, ou seja, sem pretender ser um rol taxativo. Ainda assim, é

uma definição bastante problemática, que merece uma análise mais cuidadosa.

4.2.1. A definição de “bem ou serviço comum”

Alega-se haver sido necessário limitar a aplicação do pregão eletrônico aos bens e serviços “comuns” para poder realizar o cadastro prévio e genérico dos fornecedores, bem como padronizar a documentação a ser exigida do licitante vencedor. Embora não concordemos com a limitação, parece-nos importante a distinção entre o que se caracteriza ou não como comum, até mesmo porque é assim que dita o texto normativo. A idéia do sistema é estabelecer determinados produtos que qualquer um possa fornecer, sem a necessidade de ater-se a maiores detalhes subjetivos do licitante contratado. Ora, se tratamos de adquirir um bem que é facilmente encontrado no mercado, verdadeira *commodity*, qualquer dos fornecedores qualificados naquele segmento comercial deve ser capaz de vender o bem independentemente de suas qualificações técnicas particulares.

Por exemplo, uma resma de papel formato A4 poderá ser fornecida por qualquer empresa do segmento de papelaria, assim como o combustível para os carros da Vigilância Sanitária ou da fiscalização da Secretaria da Fazenda, *v.g.*, poderá ser vendido por qualquer posto de combustíveis. De forma que basta à papelaria e ao posto de gasolina cumprirem os requisitos legais para contratar com o Estado e estarão habilitados para qualquer licitação que vise à aquisição de papel ou combustível no Brasil. Isso porque se pressupõe que para a compra desses bens ou serviços não há que discutir nenhuma qualidade intrínseca do produto.

Claro que há, por exemplo, gasolina de diferentes procedências e com diferentes padrões de qualidade. Mas haverá sempre um produto *standard*, padrão, ou seja, absolutamente convencional, que atenderá aos requisitos mínimos de qualidade. Se existem postos vendendo gasolina com quali-

dade inferior a essa, será um problema a ser controlado pela agência especializada. No entanto, uma vez que tenha o produto legalmente à venda, fato de que fará prova quando de sua qualificação, o posto estará habilitado para vender ao Estado.

É possível que determinados setores do Estado necessitem de uma gasolina melhor, por exemplo, com algum aditivo para os motores turbo da Polícia Rodoviária Federal. Mas nesse caso, obviamente, deixará de ser um bem ou serviço comum e sua licitação não poderá dar-se por meio do pregão eletrônico no Brasil.

Isso decorre da lógica do procedimento. Seu enfoque é o preço, pois parte de um pressuposto de igualdade do produto entre os licitantes. Não cabe nenhum juízo de valor sobre a qualidade do produto, mas simplesmente analisar o cumprimento das especificações contidas no edital.

Nas situações em que o domínio das técnicas para a elaboração do produto ou serviço de que o Estado necessita não está disseminado, ou seja, quando o objeto tenha que ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto, então será necessário um procedimento de qualificação técnica, utilizando-se de uma das modalidades licitatórias tradicionais¹⁶.

Infelizmente, a distinção nem sempre é clara, ao menos se utilizamos o conceito legal, que definitivamente não foi muito feliz. Um dos principais autores na área de direito licitatório brasileiro da atualidade, Marçal Justen Filho (2001, p. 19), entende que o conceito de bem ou serviço comum passa pela noção de fungibilidade, ou seja, a característica de ser permutável por outro similar, sem preocupação com a essência, que também estará contida no produto similar. Todo bem comum seria fungível, ainda que a qualidade de ser comum não se esgote na fungibilidade. O citado professor elege a padronização para chegar à natureza do que é “comum”.

Ainda que estejamos de acordo com a reputada opinião, compreendemos que tam-

bém é necessária uma disseminação no mercado, uma facilidade em obter o bem ou serviço. Para que um bem seja fungível, basta que haja outro que possa substituí-lo. Para que seja comum, deverá também existir facilmente no mercado, com características padronizadas.

Levando o raciocínio ao extremo com o fim de torná-lo mais claro, podemos dizer que uma escultura de Rodin é um tanto quanto fungível, pois de cada modelo existem alguns tantos originais e a substituição de um por outro não produziria maiores problemas, ou talvez nem sequer fosse percebida. Mas de nenhuma maneira se pode dizer que tais esculturas sejam comuns ou que estejam disponíveis no mercado.

Com essa noção nos parece mais fácil trabalhar o conceito para enfrentar os problemas eventuais da prática licitatória dos órgãos públicos. A relação contida no Anexo II do Decreto 3.555/00, modificada pelo Decreto 3.784/01, ainda que meramente ilustrativa, serve para exemplificar bem alguns dos bens e serviços mais licitados pela Administração Pública através do pregão eletrônico.

4.2.2. O procedimento do pregão eletrônico

Uma vez que já deixamos claro a que hipótese se aplica o pregão eletrônico, faz-se necessário baixar aos detalhes do seu procedimento.

A primeira etapa é a publicação no sítio *web* do edital de convocação, acompanhada, necessariamente, de aviso no Diário Oficial ou em jornal de grande circulação¹⁷. Nele deverá constar, entre outras coisas, a descrição objetiva dos bens ou serviços de que a Administração necessita, bem como suas quantidades e outros elementos relevantes para a valoração do preço¹⁸.

Os licitantes interessados que já sejam cadastrados¹⁹ como fornecedores deverão então enviar suas propostas diretamente na página da *Internet* específica para esse fim, preenchendo campos de um formulário virtual em que especificarão a marca do produto (se aplicável) e o preço inicial²⁰. A

marca não poderá ser utilizada como fator de decisão de quem será agraciado com o contrato, mas simplesmente para possibilitar a verificação no ato de entrega do produto. Os licitantes que ainda não sejam cadastrados terão que fazê-lo no prazo entre a publicação do edital e a data programada para que ocorra o pregão.

Na data e hora designadas, o pregoeiro, um funcionário público especialmente treinado para essa função, que poderá ou não ser vinculado ao próprio órgão proponente da licitação, irá iniciar a sessão de pregão eletrônico, à qual todos os licitantes deverão acudir por meio de acesso virtual ao sistema, pela *Internet*, com seu nome de usuário e senha. As propostas que foram inicialmente apresentadas serão simultaneamente divulgadas, por item ou grupo de itens, conforme disponha o edital. Far-se-á então uma seleção preliminar, admitindo na fase seguinte, a dos lances regressivos, apenas os licitantes cujas propostas iniciais tenham sido iguais ou inferiores à da menor acrescida de 10% (dez por cento). Ou seja, se a menor proposta para a aquisição de determinado bem for de 100 reais, somente admitir-se-ão na fase de lances aqueles licitantes que oferecerem inicialmente seus bens até o limite de 110 reais, excluindo-se automaticamente todos os demais.

Apenas na hipótese de que não haja mais que três licitantes na margem de 10% sobre a menor proposta admitir-se-ão os seguintes, partindo da proposta mais baixa, até completar um número total de três licitantes para a fase seguinte.

Esse método tem a finalidade de fazer com que os licitantes desde logo façam suas melhores ofertas, evitando assim o prolongamento desnecessário da sessão de lances, assim como diminui o risco de que, na hipótese de surgir apenas um licitante, ele se beneficie dessa situação e decida não baixar sua proposta, na tentativa de pressionar de alguma forma o órgão que esteja necessitando bastante do fornecimento. Dessa maneira, os licitantes que optarem por oferecer

preços mais altos saberão que correm o risco de ser sumariamente eliminados. Além disso, ainda que tenham a sorte de se encontrarem sozinhos em algum pregão específico, o pregoeiro poderá sempre recusar as ofertas cujos valores não lhes pareçam razoáveis e encerrar o pregão sem consagrar um vencedor.

Então, selecionados os licitantes que vão à etapa seguinte, começará a oferta de valores regressiva, ou seja, diminuindo os valores oferecidos, o que será feito simplesmente digitando o novo valor da proposta, assim como, quando se tratar de um grupo de bens ou serviços em licitação, o número do item e sua nova oferta de preço. Uma oferta que seja igual ou superior a alguma já oferecida será desde logo rechaçada e o edital poderá estabelecer um valor mínimo para diminuir da proposta mais baixa, ou seja, uma diferença mínima para realizar um novo lance, a fim de evitar que os licitantes se ponham a reduzir em centavos suas propostas.

Durante o procedimento, os licitantes não sabem quem são os outros que participam na disputa, de maneira que é praticamente impossível fazer acordos paralelos, inclusive porque em virtude de não haver mais barreiras geográficas para a participação, os licitantes podem estar localizados em diferentes partes do país ou do mundo²¹. Tudo o que sabem os licitantes resume-se ao último preço que foi oferecido para cada item do pregão.

Atingindo um ponto a partir do qual ninguém realize novas propostas mais baixas que as já existentes, o pregoeiro encerrará o pregão para cada um dos itens que já hajam chegado ao preço mínimo. Na hipótese em que os licitantes permaneçam baixando pequenos valores de seus preços (especialmente quando o edital não estabelece um mínimo para baixar entre um preço e outro), como centavos em compras de milhões, o pregoeiro avisará que será ativado o término aleatório do pregão, ou seja, haverá um comando para que o computador a qualquer tempo em um intervalo entre dez minutos e

meia hora termine o pregão, atribuindo o contrato ao licitante que no momento tinha a proposta mais baixa.

O pregoeiro não pode terminar imediatamente o procedimento por vontade própria sem que isso fique gravado na ata do pregão, de maneira que não tem o controle sobre o momento exato em que a sessão será encerrada, não podendo assim favorecer nenhum licitante.

Esse será mais um incentivo a que os licitantes cheguem logo ao seu preço mínimo, para que não acabem perdendo o pregão por um erro de estratégia, ainda que no momento do encerramento aleatório seja relativamente comum que os licitantes já estejam próximos ao seu valor mínimo, realizando lances mínimos apenas na tentativa de saírem vitoriosos com o término aleatório da sessão. O encerramento aleatório da sessão não traz nenhum prejuízo ao erário, uma vez que as propostas chegam a esse nível praticamente equivalentes, não constituindo fator relevante uma eventual redução de centavos que poderia ainda ser realizada por um ou outro licitante caso houvesse alguns segundos a mais para a sessão.

Ao concluir a sessão do pregão, o pregoeiro perguntará aos licitantes se desejam interpor algum recurso e, caso queiram, eles deverão de imediato expressar sua intenção, dizendo sinteticamente contra que pretendem insurgir-se, devendo ainda no prazo decadencial de 48 horas entregar por escrito as razões de seu recurso. Depois da manifestação sobre a intenção de interpor recursos, o pregoeiro publicará imediatamente a ata do pregão (que é automaticamente gerada pelo computador, com inclusive a hora em que cada oferta ou mensagem foi enviada), deixando-a disponível para consulta pública via *Internet*.

5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico

Da maneira como está regulamentado, o pregão eletrônico já é bastante eficiente para

prevenir a corrupção dos funcionários públicos. Sem embargo, necessita de alguns ajustes para que possa ser eficaz também contra a corrupção dos agentes políticos ou autoridades hierarquicamente mais altas.

Isso ocorre porque, como já explicamos em outras oportunidades (BANDEIRA, 2004, p. 38-51), existe uma diferença fundamental na maneira como são praticados os dois tipos de corrupção. As altas autoridades, mais freqüentemente, irão dirigir os contratos públicos por meio de processos de dispensa de licitação, especialmente em virtude de uma alegada urgência ou notória especialização²².

No sistema tradicional de licitação, que na média levava de 2 a 3 meses entre a decisão administrativa de iniciar o processo e a assinatura do contrato, era de certa maneira compreensível a alegação de urgência (por vezes até intercorrente, ou seja, ocorrida durante o processo de licitação), uma vez que um prazo tão longo poderia facilmente comprometer a qualidade da Administração. Porém, com a modalidade de pregão eletrônico, o tempo médio baixou para 10 a 20 dias, podendo baixar ainda mais com alguns ajustes nos prazos.

Parece-nos que com essa média temporal para a celebração dos contratos já não mais se apresenta aceitável o elevado índice de procedimentos de dispensa de licitação em virtude de urgência na aquisição. Salvo em circunstâncias imprevisíveis, um mínimo controle dos estoques pode fazer com que a Administração anteveja com 15 dias suas carências e inicie os trâmites necessários para evitar uma situação de urgência.

Ainda assim, é possível imaginar situações em que o controle adequado não tenha sido feito e seja necessário solucionar o problema de uma forma adequada. Imaginamos que é possível regulamentar tais situações excepcionais, de maneira a permitir que seja realizado um pregão eletrônico com prazos curtos em caráter extraordinário, ainda que algumas garantias do rito ordinário sejam

flexibilizadas. Poder-se-ia, em caso de comprovada urgência, imaginar um rito que permitisse a conclusão de todo o processo de seleção em 48 horas, reduzindo-se o prazo entre a publicação do edital na *Internet* e a realização do pregão para 24 horas, determinando-se a notificação dos interessados através do envio de correio eletrônico (*e-mail*) certificado a todos os fornecedores cadastrados para o tipo de bens ou serviços em questão, estabelecendo-se apenas uma instância recursal, etc.

É inevitável que aqui voltemos ao constante debate sobre os conflitos e ponderações entre valores na licitação. Abre-se mão de garantias procedimentais para buscar uma maior eficiência. Entretanto, esse suposto sistema que aqui se propõe constitui um avanço considerável se comparado à realidade atualmente existente, de absoluta discricionariedade por parte do administrador público, que pode dirigir como queira o contrato, adjudicando-o sem qualquer procedimento de competição ao simplesmente alegar urgência.

Entendemos que a utilização do regime atual de dispensa por urgência deve permanecer possível, para aquelas contratações que necessitam ser concretizadas em menos de 48 horas, sob pena de grave prejuízo para a ordem ou o patrimônio público. Evidentemente, tais contratos deverão ser submetidos a rígidos controles de preços e, se provocada, a autoridade judicial deverá averiguar com rigidez a necessidade de fazer-se tal contratação em menos de 48 horas. De toda forma, será bem mais fácil para o juiz avaliar o cabimento da dispensa de licitação nessas circunstâncias, com um referencial objetivo, que simplesmente apreciar a hipótese de tratar-se de uma contratação “urgente”.

Sem dúvidas que a utilização dessa modalidade de pregão com prazos excepcionalmente curtos não poderia se tornar um hábito, inclusive para não incentivar as Administrações irresponsáveis. Nesse sentido, podem ser estabelecidas diversas mo-

dalidades de controle, a primeira das quais seria estatística. Uma vez que os pregões sejam todos feitos por meio da página *web* central do *ComprasNet*, é possível saber quantas vezes cada órgão utilizou o procedimento extraordinário e quanto isso representa se contraposto ao total de licitações realizadas e ao valor total dessas contratações.

Igualmente, é perfeitamente possível, por um simples cruzamento da base de dados, saber o valor médio pago em cada licitação por determinado produto, seja em âmbito nacional, regional ou local, e assim identificar se eventualmente a utilização da modalidade extraordinária trouxe ou não dano ao erário.

Claro que para fazer essa comparação seria essencial uma codificação geral dos produtos e serviços, para o que se podem utilizar os códigos já existentes para outras finalidades (como a classificação do Imposto sobre Produtos Industrializados, com acréscimos) ou mesmo uma codificação criada especialmente para essa finalidade, como o Vocabulário Comum de Compras (CPV), da Comunidade Européia.

Tanto no caso da comparação estatística de volume de contratação por procedimentos extraordinários (estatística quanto aos meios) quanto no caso da comparação dos custos finais (estatística quanto aos resultados) podem ser impostas sanções aos gestores ou a órgãos administrativos como um todo.

Esse controle deve ser duplo, pois, se apenas faz-se um controle quanto aos resultados, nada impede que se favoreça uma determinada empresa que tenha ligações com os funcionários públicos encarregados das licitações, ainda que os preços praticados sejam os mesmos do mercado. Claro, porque nem sempre a vantagem de uma transação comercial está no preço, mas em sua quantidade e frequência. Igualmente, um controle apenas com relação aos meios pode fazer com que numa única manobra licitatória ilegal se favoreça exageradamente uma determinada empresa, agraciando-lhe com

um contrato superfaturado. Resulta daí a necessidade de saber o quanto se pratica a modalidade excepcional de licitação e, nas oportunidades em que é praticada, quais são os seus resultados. Com esses dados em mãos, é possível buscar a aplicação de sanções contra os administradores públicos que abusarem do sistema.

As sanções poderiam ser das mais diferentes espécies, desde a suspensão da atuação na área de licitações²³ (que inclusive pode ser tomada como medida preventiva durante o procedimento de investigação), passando por outras sanções de natureza administrativa, como suspensão sem remuneração²⁴ ou demissão, até as de natureza política ou penal, como a suspensão do direito de ocupar ou candidatar-se a cargo público, até o próprio cerceamento de liberdade. Independentemente de qual seja o tipo e tamanho da medida legislativa adotada, é sempre necessário ter em mente que a penalidade não deve se dirigir apenas ao funcionário de baixo nível hierárquico, mas também ao chefe que haja autorizado o procedimento extraordinário ou a contratação sem licitação²⁵.

Dessa maneira, estar-se-ia muito mais próximo de lograr o fechamento de uma das mais largas portas para a corrupção em licitações. Seguirão ocorrendo casos cujo procedimento de licitação não resolverá todos os problemas. Licitações do tipo “melhor técnica” serão difíceis de serem controladas quanto à manipulação da valoração das exigências e seu impacto na avaliação final da proposta. Ainda que se amplie o pregão para objetos além dos “comuns”, sua contribuição dar-se-á tão-somente quanto à etapa dos preços, que, nesse tipo de licitação, não raro participam com apenas 10% da avaliação final.

Sem embargo, é necessário convir que, no momento em que 80% do volume das compras forem realizadas pelo procedimento eletrônico, será em grande parte facilitado o trabalho dos auditores e fiscais dos diferentes órgãos de controle, que poderão localizar e concentrar seus esforços nos ou

tros 20%, mais suscetíveis à ocorrência da corrupção.

Notas

¹ A versão oficial em português pode ser encontrada na página *web* do SIMAP, em <http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-PT.xls>. Acesso em: 15 jan. 2004.

² A primeira sugestão para seu uso estava contida na Recomendação 96/527/CE. Sua última versão foi publicada no Regulamento (CE) nº 2195/2002 e atualmente sua publicação é requerida em alguns casos, como o previsto no item 1.a do art. 35^a da Diretiva 2004/18/CE.

³ González-Varas (2003, p. 174) dá o testemunho de que o CPV se converteu num mecanismo essencial de busca de oportunidades de licitação, até mesmo porque os editais na íntegra só têm que ser publicados em uma das línguas oficiais da EU, o que fará com que sempre seja a língua do país promotor da licitação. Pelo CPV, determinado objeto licitado seria sempre acompanhado pelo mesmo número, em qualquer língua.

⁴ À época da publicação da obra, a Diretiva 2004/18/CE ainda estava em discussão.

⁵ Atualmente, as compras governamentais, no âmbito da União Européia, são reguladas principalmente por quatro Diretivas: as licitações em geral são reguladas pela recém-aprovada diretiva 2004/18; os recursos administrativos são tratados na 89/665 e os chamados “setores excluídos” (água, energia, transportes, telecomunicações, etc.) são regulados pelas Diretivas 2004/17 e 92/13.

⁶ Trata-se de excerto do *caput* do art. 46 da Lei 8.666/93, que regula as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço”.

⁷ Ressaltando-se que, no Brasil, segundo o art. 51 da Lei 8.666/93, as comissões de licitação são compostas por pelo menos três funcionários públicos, dos quais no mínimo dois deverão fazer parte da instituição pública responsável por conduzir o processo licitatório.

⁸ Tecnicamente, há uma diferença entre inabilitação e desqualificação. A primeira tem a ver com a habilitação jurídica, ou seja, com a comprovação de que o licitante é uma pessoa jurídica regularmente constituída e que está devidamente representada, que não apresenta pendências junto à Receita ou à Seguridade Social, etc. A desqualificação relaciona-se com a capacidade econômica (não ter contra si processo de falência, ter liquidez e os balanços em dia, etc.) ou técnica (contar com profissionais habilitados, ter experiência anterior no fornecimento dos produtos ou prestação dos serviços, etc.). Por sua vez, fala-se em desclassificação quan-

do a empresa, após habilitada e qualificada, não preenche os requisitos finais da proposta de preço a fim de ser uma possível contratante. Em preenchendo tais requisitos, será julgada “classificada” em uma determinada posição e eventualmente poderá ter-lhe adjudicado o contrato caso por algum motivo aquelas que a precedem na ordem de classificação resem impedidas ou incidam em inexecução contratual.

⁹ O art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos arrola as hipóteses nas quais é dispensável a realização de processo licitatório. Uma delas é justamente a de “urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares” (inc. IV). Por isso, pode-se dizer que as suspensões de licitações realizadas para permitir a discussão judicial sobre quem tem direito de passar para a etapa seguinte e ter apreciada sua proposta de preço acabam por causar um atraso no cronograma da contratação que permite ao administrador alegar urgência e, consequentemente, selecionar livremente com quem contratará.

¹⁰ Conforme art. 23, I, a, da Lei 8.666/93.

¹¹ Essa e outras informações contidas nesta seção não foram colhidas em fontes escritas de rigor científico, mas foram todas coletadas da experiência do autor em sua atuação profissional com licitações, seja como funcionário público, seja como responsável pelo lidando com o setor de vendas ao governo de empresas privadas, seja como advogado especializado nesta matéria. Nesse caso específico, relatam-se diversas ocasiões em que os licitantes, chegando ao local onde seria realizado o pregão antes da hora marcada, abordavam seus concorrentes e negociavam a saída de cada um deles em variados itens, de forma a dividir o “produto” sem ter que baixar excessivamente o preço.

¹² Art. 11, incisos XII e XIII do Decreto 3.555/00.

¹³ Art. 13 do Decreto 3.555/00.

¹⁴ Art. 1^o, §1^o, da Lei 10.520/02: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

¹⁵ Art. 3^o, §2^o, do Decreto 3.555/00.

¹⁶ Acreditamos que esse possa ser um ponto a ser alterado numa eventual revisão legislativa da matéria. Retomaremos essa discussão em trabalhos futuros, por questões de limitação de espaço.

¹⁷ Art. 11, I, do Decreto 3.555/00, c/c art. 7^o do Decreto 3.697/00.

¹⁸ Art. 4^o, II e III, da Lei 10.520/02, c/c Art. 11, II, do Decreto 3.555/00 e art. 7^o do Decreto 3.697/00.

¹⁹ Art. 3^o do Decreto 3.697/00.

²⁰ Art. 7º, incisos III a VI, do Decreto 3.697/00.

²¹ Não é necessário que a licitação seja da modalidade “concorrência internacional” para que permita aos estrangeiros participarem. Na verdade, o que permite a modalidade internacional de excepcional é, basicamente, a possibilidade de cotar preço em moeda estrangeira. Sobre a matéria, verificar Bittencourt (2002, p. 61 et seq.).

²² Sinteticamente, a doutrina especializada reputa como “grande corrupção” aquela praticada em geral pelas altas autoridades públicas, que tende a dar-se pelo preenchimento inadequado dos conceitos jurídicos indeterminados ligados às diversas formas de evitar a licitação, seja a fim de justificar sua dispensa ou sua inexigibilidade. A “pequena corrupção”, por sua vez, é mais focada no descumprimento de regras procedimentais, deixando de realizar atos que contribuam com a publicidade ou isonomia do processo licitatório. A pequena corrupção, portanto, é o descumprimento frontal de normas ligadas ao processamento da licitação e oferece àquele que a pratica um maior risco de ter sua conduta detectada (ROSE-ACKERMAN, 1978, p. 67-84).

²³ Esse tipo de sanção existe em quase todos os ordenamentos licitatórios e especificamente no Brasil encontra-se regulado no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/93.

²⁴ Essa hipótese não encontra guarida no ordenamento brasileiro.

²⁵ É essencial que façamos aqui uma importante ressalva: entendemos que o chefe do órgão deve responder pelas irregularidades praticadas nos processos licitatórios sempre que, e apenas quando, participe ativamente na emissão de algum juízo discricionário ou na concretização de algum conceito jurídico indeterminado. Não é possível que se siga adotando uma postura muito em voga no Brasil, que é jogar nas costas do superior hierárquico do órgão o peso de todos os atos de seus subordinados. A responsabilidade há de ser diluída na medida da autonomia administrativa de cada funcionário. O que ocorre hoje é um abuso que não raro impele pessoas capacitadas e sem maiores interesses políticos a não aceitarem cargos-chave na Administração para não serem obrigadas a depois custearem advogados ao longo de anos, às suas próprias expensas, para provarem ao Judiciário que não têm responsabilidade pelos erros que seus subordinados cometeram.

Bibliografia

BANDEIRA, Luiz Fernando. *Novos mecanismos de prevenção à corrupção em licitações públicas*. 2004. Dis-

sertação (Mestrado)-Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2004.

BEDELL, Denise. Como evitar as dores de cabeça do e-procurement. *HSM Management*, Barueri, v. 6, n. 35, nov./dez. 2002.

BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

CARVALHO, Antônio Carlos Passos de. O Estado pode comprar bem, barato e com transparência. *Valor Econômico*, São Paulo, 16 out. 2002.

CLIC-RBS (Agência de notícias). Pregão eletrônico trará economia de 20% para o Estado. *Bolnet, Business OnLine*, Porto Alegre. Disponível em: http://www.licitacao.net/noticias_mostra.asp?p_cd_notc=293. Acesso em: 15 jan. 2004.

DAVIES, Ariel. Electronic public procurement initiatives within the community. *European Law Review*, Southampton, v. 25, n. 6, dez. 2000.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.

HEYWOOD, J. Bryan; BARTON, Michael; HEYWOOD, Carolina. *e-Procurement: managing successful e-procurement implementation*. United Kingdom: Pearson Education Limited, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *O pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001.

LEDO, Rodrigo. Contas públicas: economia de até 25%. *Correio Braziliense*, Brasília, 25 mar. 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: New York Academic Press, 1978.

SIMAP. Vocabulário comum para compras governamentais. *Simap*, [S. l.]. Disponível em: <<http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-PT.xls>>. Acesso em: 15 jan. 2004.

UNIÃO EUROPÉIA – Comissão Européia. Public procurement in the European Union: exploring the way forward. *BT Group*, [S. l.]. Disponível em: <<http://www.btplc.com/pda/Corporateinformation/Regulatory/RegulatoryInformation/Europeancommissiondocuments/Public/response.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2004a.

_____. Los contratos públicos en la Unión Europea: comunicación. *Europa – O portal da União Européia*, [S. l.]. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l22007.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2004b.