



REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1996 • BRASÍLIA • ANO 33 • Nº 130

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 130

abril/junho – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

EDITOR

Diretor: João Batista Soares de Sousa

REVISÃO DE ORIGINAIS

Angelina Almeida Silva, Maria Idalina A. da Cruz e Yara Gontijo Araujo

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fabiana Gomes de Azevedo

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Mônica Monteiro Cocus e Paulo Henrique Ferreira Nunes

IMPRESSÃO: Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA: Cícero Bezerra e Paulo Cervinho

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

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 33 · nº 130 · abril/junho · 1996

Josaphat Marinho	Rui Barbosa e a Federação 5
José Pitas	Limites jurídicos da correção monetária trabalhista 13
Jete Jane Fiorati	A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros: um paralelo com o direito interno brasileiro e com o projeto de lei de aplicação de normas jurídicas 19
Manoel Adam Lacayo Valente	Cláusula de convalidação em medidas provisórias 35
Sérgio Sérvulo da Cunha	Reeleição do Presidente da República 49
Amandino Teixeira Nunes Júnior	Sindicalização, negociação coletiva e direito de greve dos servidores públicos 55
José Reinaldo de Lima Lopes	Costume – redemocratização, pluralismo e novos direitos 69
Fernando Luiz Ximenes Rocha	A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro 77
Oswaldo Agripino de Castro Júnior	Os direitos humanos no Brasil e a sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais 83
Luiz Almeida Miranda	Violência no campo 99
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes	A terceirização no serviço público 115
Carlos David S. Aarão Reis	A elaboração do BGB: homenagem no centenário do código civil alemão 121
Arnoldo Wald	O direito de parceria 133
Paulo Fernando de Almeida Cabral	Recolhimento de contribuição previdenciária e imposto de renda na fonte em processos judiciais trabalhistas 139
Jorge Luiz Fontoura Nogueira	Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do Mercosul 143

Ricardo Rodrigues Gama	Ação direta de inconstitucionalidade 151
Lourival de Jesus Serejo Sousa	Direito de resposta 155
Marcelo da Fonseca Guerreiro	Inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Complementar nº 70/91 161
Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho Tavares	O Presidente da República no sistema presidencialista brasileiro 165
Rubens Pinto Lyra	Os conselhos de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa 175
Alfonso de Julios Campuzano	Problemas de legitimidad en el sistema de partidos 183
Leila Ollaik	Esclarecimento a respeito da viabilidade econômica da capital do Brasil 203
Marcelo Dias Varella e Márcia Cristina Pereira	Propriedade intelectual sobre produtos da Biotecnologia 209
Gaspar Vianna	A exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição brasileira: interpretação da Emenda Constitucional nº 8 de 1995 219
Adriana de Albuquerque Hollanda	Despacho saneador 231
Fábio Bittencourt da Rosa	Crimes e seguridade social 245
Pinho Pedreira	A responsabilidade por dano moral no Direito do Trabalho 253

Rui Barbosa e a Federação

JOSAPHAT MARINHO

SUMÁRIO

1. *Rui e os princípios.* 2. *Rui e a Federação.* 3. *Resistência às deformações.* 4. *Repulsa à intervenção nos Estados.* 5. *Construtor do regime federativo.* 6. *Objetividade de pensamento e ação.* 7. *Inspirador do futuro.*

1. Rui e os princípios

A fidelidade de Rui Barbosa aos princípios, como idéias regentes das ações, é verdade histórica, longamente demonstrada pelos fatos, e não panegírico. Variou de pensamento, atenuou convicções, cedeu na aplicação de diretriz, porém preservou sempre a substância das crenças adotadas. Refletindo e observando, quando necessário comparando, submetia suas opiniões ao crivo da lógica e da realidade, para apurar e fixar o limite em que devia mantê-las ou dar-lhes outro conteúdo. Não era o ideólogo alheio ao mundo circundante, mas o pensador que caldeava as idéias com os fatos. Por isso, muitas vezes, críticos apressados, ou revestidos de paixão, acusaram-no de contraditório. Confundiam a verdade pesquisada, e assim suscetível de variações, com a subserviência a dogmas. Por falta de serenidade ou de investigação séria, não atentaram em que o pensamento e a ação de Rui tinham alicerces inalteráveis. Pode dizer-se, em resumo, que assentou seu modo de pensar e de agir nesta reflexão, de ampla abrangência, que assim enunciou: “No mundo moral como no mundo físico, todas as cousas mudam sempre sobre uma base que não muda nunca”¹. A força da inteligência e a visão de objetividade das “cousas” conciliaram-se para

Josaphat Marinho é Senador, Advogado e Professor da Universidade Federal da Bahia.

¹ BARBOSA, Rui. *Excursão eleitoral*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1965. p. 81. (Obras Completas de Rui Barbosa, v.36, t. 1, 1909).

traçar a linha fundamental de interpretação dos problemas. À luz da variabilidade das situações examináveis e da firmeza de idéias cardeais, estabelecia ou formulava o juízo de valor.

Nessa orientação de raciocínio e proceder, manteve um ideário permanente, do reconhecimento da superioridade incontestável da Constituição à defesa da ordem democrática e dos direitos e garantias individuais e sociais, sem abdicar do anseio de reforma da Carta de 1891. Mencionando acontecimentos e datas, ele não exagerou ao proclamar, já no entardecer, em 1919: “Sou assim de bem moço, dos mais verdes anos da vida, pertinaz e testudaço nas minhas idéias do bem e da verdade”². Dessa pertinácia deu exemplos singularmente educativos, sacrificando oportunidades e postos por amor de convicções, inclusive ao alienar apoios como candidato à Presidência da República e não ceder na proposta de revisão constitucional. Não sendo idólatra das “formas de governo”, segundo declarou no Senado em 1896³, já havia optado, contudo, ainda na Monarquia, do ângulo da estrutura do Estado, pelo sistema federativo. E não experimentou vacilação, mesmo quando as instituições republicanas emergentes foram abaladas nas suas raízes.

2. Rui e a federação

Em junho de 1889, na iminência, portanto, da República, salientou que a federação, sendo medida “essencialmente liberal”, era, “ao mesmo tempo, nas circunstâncias atuais do país, uma reforma eminentemente conservadora”, porque, diante do “descontentamento”, da “desconfiança” e do “desalento” das províncias com o Império centralizador, “consolidaria em granito a unidade da pátria”. Em setembro, escrevia que “a idéia federal”, decerto, não empolgaria como o abolicionismo, que, para vencer uma resistência sobre-humana, precisara de “todo um exército combatente”. E, sentindo a energia da realidade, advertiu:

“A federação, porém, tudo a prepara, tudo a facilita, tudo a exige: o meio americano, a natureza física, a heterogeneidade

² BARBOSA, Rui. *Uma campanha política* : a sucessão governamental na Bahia, 1919–1920. Texto organizado por Homero Pires. São Paulo : Saraiva, 1932. p. 84.

³ BARBOSA, Rui. *Tribuna parlamentar*. Rio de Janeiro : Casa de Rui Barbosa, 1954. V. 5 v. 2, p. 326-327: República. (Obras seletas de Rui Barbosa, v. 2). Discurso no Senado em outubro de 1896.

dos interesses regionais, o ódio acumulado das províncias, a convergência quase unânime dos partidos. E que obstáculos a encontram? Apenas algumas prevenções de espíritos atrasados, ou pessimistas, e o zelo áulico de um gabinete mais imperialista que o Imperador”⁴.

Apontava, dessa maneira, os motivos e os fundamentos políticos sobre que se instituíra a federação.

Também em junho de 89 demonstrava sua desambição e a robustez de seu espírito federalista. Como relembra João Mangabeira, subindo, então, o Partido Liberal ao poder, e designando Ouro Preto para organizar o gabinete, inclui o nome de Rui entre os ministros, com a aquiescência do Imperador. O Conselheiro Dantas comunica-lhe o fato e ouve a indagação: – e “Afonso Celso já admite, no seu programa, a federação?” Não obstante o próprio Afonso Celso lhe haver dito que no seu programa estava “a descentralização, que é meio caminho da federação”, Rui recusou o Ministério. Rematando os entendimentos, afirmou: “Não amarro a trouxa de minhas convicções, por amor de um Ministério”⁵.

Defensor, na teoria e na prática, da armadura federalista, resistiu, no Ministério da Fazenda do primeiro governo republicano, às deformações intentadas, providas sobretudo da Assembléia Constituinte. Diante de “exagerada concepção federalista, que hipertrofia até quase os limites da soberania a autonomia dos Estados”, observa Aliomar Baleeiro que

“Rui prevê, desde logo, os perigos que essa doutrina engendraria para a unidade nacional e para vários outros interesses magnos do país, como, por exemplo, o sistema de bancos e impostos”.

Em resguardo da federação autêntica e não-desfigurada, ou seja, da federação geradora de União fortalecida com Estados titulares de direitos próprios, sem risco de desequilíbrio ameaçador da coexistência consentida, pugnou decisivamente. “A sua ação na Constituinte, a essa luz” – acrescenta Baleeiro com a autoridade de professor de Finanças –, “deve ser contabilizada entre os seus mais inestimáveis serviços

⁴ BARBOSA, Rui. *Campanhas Jornalísticas*. Rio de Janeiro : Casa de Rui Barbosa, 1956. 3 v. V. 6, p. 169-175 e 215-220 : Império, 1886-1889. (Obras seletas de Rui Barbosa, v. 6). Artigos no Diário de Notícias.

⁵ MANGABEIRA, João. *Rui, o estadista da República*. 3. ed. São Paulo : Martins, 1960. p. 31-33.

ao país, resguardando a própria integridade do todo nacional contra a ignorância de uns e a obstinação regionalista de vários”. De anotar, ainda, é que agia com o senso do político, transigindo “num momento, como o fez acerca da pluralidade dos bancos emissores, (...) para reconquistar o campo meses depois, tendo diante dos olhos o Banco Federal de Hamilton”, e assim evitar a “anarquia monetária” e conter as “aspirações dos que pretendiam copiar os precedentes dos Estados Unidos sem conhecê-los nas suas raízes históricas e na sua realidade funcional”.⁶

3. Resistência às deformações

Crescia, porém, a tendência ultrafederalista na Assembléia Constituinte. Era forte a inclinação a construir-se um regime com grave cerceamento dos poderes da União, inclusive no campo tributário, e em favor da ampliação da órbita dos Estados. Pinto de Aguiar, no extenso e pormenorizado estudo *Rui e a Economia Brasileira*, ao lado de sua apreciação, invoca o testemunho de José Maria Belo e Felisbello Freire sobre esse movimento de ampliação excessiva da competência dos Estados.⁷

Diante disso, o Ministro da Fazenda do Governo Provisório não se limitou à ação administrativa. Autor principal do Projeto de Constituição, que nessa perspectiva seria profundamente alterado, compareceu à Constituinte e convocou os representantes eleitos à consideração da realidade. Salientando que “era federalista, antes de ser republicano”, realçou que “na União nascemos”. À vista da demonstração financeira que fez, observou: “fora da União não há conservação para os estados”. Baseado em dados históricos e concretos, desenvolveu a doutrina correta:

“A federação pressupõe a União, e deve destinar-se a robustecê-la. (...) Os que partem dos estados para a União, em vez de partir da União para os estados, transpõem os termos do problema”.

Dá não se há de imaginar que admitisse a tirania do centro sobre as unidades consorciadas. Fiel à pureza do regime, sabia que na prática de freios e contrapesos residia a forma de manter a

harmonia. Como esclareceu,

“a União deixou de ser a opressão sistematizada das localidades pelo centro. Sob o régimen federal, a União não é mais que a substância organizada dos estados, a individualidade natural constituída por eles, desenvolvendo-se pelo equilíbrio das forças de todos”.

Tinha, pois, visão nítida da estrutura e do funcionamento da federação, vendo a União e os Estados como forças interdependentes. A relativa preponderância da União não significava tipo de vassalagem dos Estados, porém mecanismo de garantia da unidade instituída. Tanto que censurou a teoria criadora de contraste entre ela e eles: “os que põem de uma parte os estados, de outra a União”, – ponderou – “estabelecem uma discriminação arbitrária e destruidora. Os estados são órgãos; a União é o agregado orgânico. Os órgãos não podem viver fora do organismo, assim como o organismo não existe sem os órgãos”. E depois de salientar que o político não pode proceder “como o anatomista, que opera sobre o cadáver”, e sim na posição “do biólogo, que interpreta a natureza viva”, aconselhou: “Não vejamos na União uma potência isolada no centro, mas o resultante das forças associadas disseminando-se equilibradamente até às extremidades”.

Preocupado, assim, com a correlação de valores na federação, ameaçada por idéias e emendas correntes na Assembléia Constituinte, entrou a examinar a razoabilidade do Projeto, que deferia aos Estados, privativamente, decretar impostos sobre a exportação de mercadorias, sobre a propriedade territorial e sobre transmissão de propriedade (art. 8º). À União foi reservada a competência exclusiva de decretar impostos sobre a importação de procedência estrangeira e de direitos de entrada, saída e estada de navios, bem como taxas de selo e contribuições postais e telegráficas, a criação e manutenção de alfândegas e a instituição de bancos emissores (art. 6º). Sem dúvida, vista hoje, essa distribuição de competência tributária não impressiona. É de ver, porém, que Rui sustentava no começo da República, noutra configuração econômica e quando as províncias do Império unitário apenas se transformavam em Estados autônomos. Além disso, dando relevo às “três fontes de renda” atribuídas às unidades federadas, ele dividiu procedimentos destinados a aumentar a arrecadação, observando: “muitos ramos de matéria tributável

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Rui, um estadista no Ministério da Fazenda*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1952. p. 106-107.

⁷ AGUIAR, Pinto de. *Rui e a economia brasileira*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1973. p. 491-510.

estão por aí ainda virgens” em campo “de considerável fecundidade”. Com ânimo de pesquisador, asseverava:

“Não havemos de cingir-nos, em matéria de impostos, aos instrumentos enferrujados, às fontes escassas, de que se sustentavam as províncias no antigo regímen”.

Não se restringiu, aliás, a essa observação da realidade. O reformador social acrescentou que “o imposto geral sobre a propriedade” – e não estritamente o imposto territorial – devia recair “englobadamente sobre o total dos haveres do contribuinte”. Era de abranger “a propriedade real e pessoal, não só a terra, as construções, todas as expressões diretas da riqueza, como o conjunto dessas representações convencionais dela, a que os americanos chamam *propriedade intangível*: os títulos, as ações, as dívidas de livro, a renda”. Com base no direito comparado, apontava outras fontes de receita, como o imposto sobre o álcool e sobre o fumo, indagando: “Que obstáculos nos inibem de romper caminho por esses rumos inexplorados?” Mentalidade renovadora, via à frente de seus contemporâneos, e o espírito público o levava, também, a reclamar dos Estados “os cortes possíveis, necessários, urgentes na sua despesa”.⁸

Como se vê, Rui era homem que não se submetia, em forma de rotina, às idéias e aos costumes vigorantes e criticava as omissões, tanto quanto os excessos, o que ele denominou, justamente com referência à federação, “preconcepções aéreas de teóricos, que nem a história, nem a ciência, nem a relatividade das circunstâncias podem justificar”.

4. Repulsa à intervenção nos Estados

Se defendeu a legítima ordem federativa no tecido da Constituição, guardou a postura de vigilante de sua prática regular. Não houve interesse político, partidário ou pessoal, que o demovesse de resistir às deformações do regime. Para varrê-las, procedia destemidamente, mesmo que sua atitude beneficiasse um adversário. Com determinada impessoalidade, já desdobrava seu “curso de educação constitucional”.

A intervenção federal nos Estados, embora

⁸ BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946. p. 141-204. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 17, t. 1, 1890) cits. p. 148, 158, 161, 188, 190-194 e 202.

prevista em estilo restritivo na Carta de 1891 (art. 6º), tornou-se praxe política, destruidora da autonomia dos Estados, por vezes em conchavo com situações locais. Ao analisar a “grande adulteração” desse dispositivo, no caso da intervenção de 1920 na Bahia, Rui opôs

“a reivindicação do direito constitucional nas suas intenções exatas, nas suas normas legítimas, nas suas verdades essenciais, contra os interesses do poder, que o tem abastardado em grosseiras deturpações”.

Argüindo sua qualidade de elaborador da Constituição, objetou que a cláusula interventiva pressupõe sempre a verificação de motivos reais que a autorizem. O preceito constitucional, frisou,

“quer dizer que não basta alegar-se a invasão dos Estados, não basta argüir-se a transgressão da forma republicana federativa, não basta acusar-se inexecução de leis ou sentenças federais, para que o governo da União deva logo intervir. Quer dizer que a esse governo a norma constitucional ensancha a descrição necessária, para só intervir, quando, não somente estiver averiguada a existência de qualquer desses casos, mas a sua realidade e gravidade forem tais, que não tenham a resolver-se por si mesmos, e exijam absolutamente a interposição da medida extraordinária, para o restabelecimento da ordem legal”.

E especificou, evitando dúvida:

“A forma republicana federativa pode sofrer, em qualquer Estado, violações acidentais e transitórias, que não demandem a ingerência do poder federal, para a manter”.

Se nessa época, no caso que propiciou tais ponderações, havia antes admitido a intervenção, Rui expõe que assim opinara prevendo a nomeação de um interventor sem paixões, “com os poderes do costume”, para restabelecer a tranqüilidade pública e a legitimidade eleitoral diante do governo estadual desenvolvido, que rejeitara a medida. A posterior intervenção, por pedido do poder local, refletia o conchavo que a desnaturava: “isto é – escreve ele – recusando a intervenção, *para manter a forma republicana*, e concedendo-a, *para manter a ausência dessa forma*, sustentando o governo estadual, que a excluía, fez o presidente o contrário, diametralmente o contrário, do que a Constituição

lhe requeria”. Ainda, porém, que a presença dele, na hipótese referida, envolvesse-o em suspeição quanto aos fatos discutidos, as idéias expostas condizem com a natureza da federação, e era verdade incontraditável a degeneração do regime, entre a “ditadura central” e as “ditaduras locais”⁹. Já antes, e também na Bahia, em 1912, havia-se projetado a desfiguração do regime republicano e federativo, embora sem ato formal de intervenção, com o bombardeio de áreas da capital por tropas federais e a ação abusiva de oficiais militares no meio político, reduzindo os governantes estaduais a situação constrangedora. Tais acontecimentos originaram sucessivos *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal, em que Rui pediu a proteção constitucional para diversas autoridades, em face da “onipotência armada”, que atribuía à responsabilidade do Presidente da República¹⁰.

Em Pernambuco e no Amazonas, Rui não tinha interesse político, senão de ordem institucional, mas reagiu à subversão com a mesma energia. No caso do Amazonas, analisou e criticou a violência, em discursos e pareceres, comprovando que

“o bombardeio de Manaus, a deposição do Governador pelas armas federais são extremos de anarquia e selvageria, cuja explosão inesperada nos acabrunha”.

Depois de demonstrar que a solução legal estaria entre as autoridades locais, sobretudo no Legislativo, condenou a hipertrofia dos poderes da União, sua “tendência absorvente” de “converter o Governo Federal em interventor contínuo da vida constitucional do Estado”¹¹. Marca superior dessa atitude, do ponto de vista político e moral, é que Rui, “assim procedendo, colocava-se contra Jônatas Pedrosa, baiano e seu amigo de infância”, (...) “e, em contraposição, defendia o direito de Antônio Bittencourt, seu desafeto”, como informa João Mangabeira, com o conhecimento direto dos fatos. Dele também é o testemunho pessoal sobre a postura de Rui quanto à intervenção em Pernambuco. “Por

⁹ BARBOSA, Rui. *O art. 6º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura; Casa de Rui Barbosa, 1975. p. 3, 21, 93, 100 e 112-113. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 47, t. 3, 1920).

¹⁰ BARBOSA, Rui. *O caso da Bahia: petições de habeas corpus*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1950. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 39, t. 1, 1912).

¹¹ BARBOSA, Rui. *Discursos Parlamentares : o caso do Amazonas*. Rio de Janeiro : Ministério da

cerca de quatro horas, – recorda o discípulo – a 12 de dezembro de 1911, ocupa a tribuna do Senado, examinando em todos os seus pormenores o caso de Pernambuco, já perturbado profundamente pela desordem”. E, logo ao começo de sua oração, pondo em relevo a atuação de Rosa e Silva, na vitória da candidatura Hermes, assim falava:

“Diante desses fatos, muitos suporiam que eu me houvesse de estar banhando em águas de rosas. Serão sentimentos alheios, não serão os meus. Não haveria sentimentos ou ressentimentos pessoais que me demovessem de estar, com a mesma firmeza, com a mesma devoção, ao lado daqueles que, neste momento, representam, aos meus olhos, a causa da lei, da justiça e do regime constitucional”.

Ao comportamento edificante do apóstolo dos princípios correspondeu o gesto decente de Rosa e Silva, no aparte de louvor como na iniciativa de ir, em seguida, à cadeira do orador para agradecer-lhe – “por mim e pelo meu Estado”¹².

Defendendo com tal nobreza a integridade da Federação, era Rui, ainda uma vez, o educador político, em dimensão incomparável entre seus contemporâneos e patrícios.

5. Construtor do regime federativo

O que imortaliza, porém, a cultura jurídica e política é a capacidade de seus agentes de construir as instituições e prever os mecanismos de sua complementação para que possam renovar-se dentro das mudanças supervenientes. Inexistindo essa visão do futuro, falta seiva às criações delineadas para seu desdobramento regular. Rui Barbosa, sem ter sido administrador público antes do Governo Provisório, revelou excepcional poder criativo e de execução das medidas necessárias na transição do Império unitário para a República federativa. O Relatório do Ministro da Fazenda, de janeiro de 1891 – que forma dois volumes das *Obras Completas* – é expressivo do conhecimento doutrinário e de legislação estrangeira, bem como da percepção experimental dele quanto aos problemas financeiros e de seus vínculos com as decisões políticas. No contexto desse Relatório, desde o começo, salienta que, vitoriosa a federação,

Educação e Cultura, 1965. p. 18-19. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 40, t. 4, 1913).

¹² MANGABEIRA, João, op. cit., p. 146-147 e 169-170.

“tem o nosso regímen financeiro de passar pelas transformações mais profundas, especialmente quanto às fontes de receita, algumas das quais não de transferir-se inevitavelmente da União para os Estados, obrigando-nos a reconstituir o nosso sistema tributário”.

Partindo dessa observação, examina os tributos a seu ver adequados ao sistema nacional, como o imposto de renda, o territorial, o imposto sobre álcool e o sobre o fumo, a tarifa aduaneira, revelando, a respeito de cada qual, perfeita ciência de sua natureza e de seus efeitos. A propósito do imposto de renda, que analisa longamente, faz observações sócio-políticas, atuais hoje. De um lado, realçando o “princípio de equidade”, adverte que

“as rendas provenientes da atividade pessoal, do trabalho diuturno do indivíduo não devem ser tão oneradas, quanto as que espontaneamente emanam do capital acumulado”.

Acentua a disparidade:

“A diferença estabelecida entre as primeiras pelo seu caráter aleatório e perecível e as segundas pela sua fixidez, pela sua certeza, pela sua perpetuidade reclamam distinção correspondente na proporção das taxas”.

Mostrando a inconveniência na demora da criação desse tributo e denunciando os que viajam exageradamente, apontou-os:

“Muitos, desocupados e opulentos, passam a vida a despender fora do país, em excursões mais ou menos ociosas, os frutos e a substância de capitais, que não contribuem, na pátria, onde foram adquiridos, para a sustentação das instituições nacionais. Outros, enfim, libertam-se inteiramente desse dever de solidariedade com o povo e o Estado, a que pertencem, empregando a sua opulência em títulos do Tesouro imunes de qualquer contribuição”.

O estudioso de profundidade era, também, como Ministro, o observador da realidade social geradora de abusos e desigualdades, que criticava.

Portador dessa acuidade, ao tratar da “tarifa aduaneira”, não se limitou aos aspectos do grave em si, mas buscou sua repercussão no meio econômico. Atentou, assim, na necessidade de

preservar a indústria nacional. Lucidamente assinalou que “o desenvolvimento da indústria não é somente, para o Estado, questão econômica: é, ao mesmo tempo, uma questão política”. E condenando o “regímen decaído”, incapaz de inquietar a bem-aventurança dos posseiros do poder, “verdadeira exploração a benefício de privilegiados”, reagiu:

“não pode ser assim sob o sistema republicano. A República só se consolidará, entre nós, sobre alicerces seguros, quando as suas funções se firmarem na democracia do trabalho industrial, peça necessária no mecanismo do regímen, que lhe trará o equilíbrio conveniente”.

Tinha o olhar posto na construção de nova sociedade, distante do Estado abstencionista. Tanto que no mesmo Relatório, em passagem anterior, aludiu aos “sacrifícios do Tesouro”, resultantes de motivos diversos, inclusive “da expansão orgânica do Estado moderno, por influxo do desenvolvimento natural da sua vida física, moral e econômica”. Em passo adiante, cuidou do auxílio à lavoura, entre outros objetivos, para que cessasse

“o monopólio da exportação dos nossos produtos, exercitada privativamente pelas casas estrangeiras no Brasil, filiais a casas matrizes situadas nos mercados europeus e americanos, as quais exploram o comércio dos frutos da nossa cultura a preços ditados pelo arbítrio dos interesses de uma especulação sem corretivos”.

A cultura universal dos problemas não lhe perturbava, pois, o espírito, na fixação e defesa dos interesses nacionais.

Desdobrando todas essas considerações em função da ordem federativa, não o fez com ânimo de parcialidade em favor da União. Preocupou-se com a “garantia de empréstimos aos Estados”, lembrando o esforço de “consolidação federativa” de Hamilton nos Estados Unidos. Delineando a situação brasileira, argumentou:

“Não pode haver boas finanças na União, se os Estados, que a compõem, impossibilitados de acudir a compromissos instantes e sagrados, inibidos de consolidar a sua dívida dispersa, virem-se paralisados entre as conseqüências funestas do regímen extinto e as severas exigências de novo regímen”.

Simultaneamente, e para não deixar dúvida

de que a União é um poder fiscalizado, descreveu a importância do Tribunal de Contas, como guardião do orçamento no “caráter de realidade segura, solene, inacessível a transgressões impunes”¹³.

Era, portanto, o construtor do regime nascente, introduzindo-lhe as práticas e os mecanismos complementares, indispensáveis a seu funcionamento adequado e renovador. Se a evolução foi incompleta, não lhe coube responsabilidade, dado que lutou até morrer pelo aperfeiçoamento das instituições políticas.

6. Objetividade de pensamento e ação

Sobrelevante notar é a visão objetiva de Rui sobre os problemas, não obstante ser o Ministério da Fazenda o primeiro – e seria o único – cargo executivo que ocupou. Por isso, ainda no discurso na Assembléia Constituinte, opôs a seus contraditores o grave problema da desproporção entre a receita e a despesa. E, ao lhe ser observado que “cada um gasta o que pode e não o que deseja”, rebateu com descortino de estadista:

“O meu interruptor desconhece, neste ponto, regras cardeais de administração em matéria financeira. Há despesas necessárias, sagradas, fatais no orçamento das nações; e é só depois de ter avaliado a importância desses sacrifícios inevitáveis, que o legislador vai fixar a receita. As nações não podem eximir-se a encargos quando as necessidades de sua existência lhes impõem. Sua condição não é idêntica à do pai de família, à do indivíduo previdente e morigerado, que pode até reduzir-se à fome, para manter a sua honra e satisfazer os seus compromissos”¹⁴.

A consciência social das questões fazia-o sobrepujar os adversários e lhes dar lição de bem perceber a realidade, com uma clarividência que ainda hoje esmagaria governantes e financistas de estreita compreensão dos deveres do Estado.

Não admitindo, entretanto, procedimento arbitrário, logo viu a necessidade de instituir-se um Tribunal de Contas, “como magistratura

¹³ BARBOSA, Rui. *Relatório do Ministro da Fazenda*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1949. t. 3, p. 6, t. 2, p. 38, 51, 132, 143, 218, 349, 352, 356, 361-362. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 18, 6..2-3, 1891).

¹⁴ OBRAS Completas de Rui Barbosa. v. 17, t. 1, 1890. cit. p. 152-153.

especial, envolta nas maiores garantias de honorabilidade, ao pé de cada abuso, de cada germen ou possibilidade eventual dele”¹⁵. Desse modo, conjugava o reconhecimento das exigências de ordem pública e as limitações do poder democrático em benefício da sociedade. Na era do liberalismo, afirmava o Estado republicano e federativo limitado, porém atuante, promotor do bem público.

Sempre na linha de transformações naturais, interpretadas à luz da experiência, louvou a sobrevivência centenária da Constituição americana e seus reflexos. Manifestando, ao mesmo tempo, suas convicções, acentuou que aquele notável estatuto permite

“interpretar ou restringir as exigências originárias da forma federativa, modificando o desenvolvimento de suas instituições, conforme o variar de certas circunstâncias dominantes e as necessidades de consolidação do laço nacional, pela harmonia política e econômica entre os interesses muitas vezes contraditórios dos estados”¹⁶.

Assim antecipou, no ocaso do século XIX, o ensinamento ou a observação a que Gaston Bérger deu relevo, na metade do século XX, em 1956, ao enunciar que o federalismo, por sua flexibilidade e por conciliar a soberania da União e a autonomia do Estado-membro, assegura a “unidade de civilização”¹⁷, ou seja, o equilíbrio entre disparidades acentuadas.

Viu tanto mais imperiosa essa “unidade de civilização” em face da complexa composição geográfica, econômica, social e política do nosso país. Diante da “vastidão” territorial diversificada, divisou, com a precisão de um sismógrafo,

“um mundo completo no âmbito das suas fronteiras, com todas as zonas, todos os climas, todas as constituições geológicas, todos os relevos do solo, uma natureza adaptável a todos os costumes, a todas as fases da civilização, a todos os ramos da atividade humana, um meio

¹⁵ OBRAS Completas de Rui Barbosa. v. 18, t. 3, 1891. cit. p. 361 e ss., e p. 380.

¹⁶ OBRAS Completas de Rui Barbosa. cit. p. 177-178.

¹⁷ BÉRGER, Gaston et al. *Federalisme*. Paris : Presses Universitaires de France, 1956. p. 28 : Introduction psychologique et philosophique aux problèmes du federalisme. (Bibliothèque des Centres d'Etudes Supérieures Spécialisées, 1).

físico e um meio moral variáveis na mais indefinida escala”.

Dai inferiu, contrariando o processo de fáceis generalizações, que “o regímen da administração local necessita variar também ilimitadamente, segundo esses acidentes incalculavelmente múltiplos, heterogêneos, opostos, como uma espécie de liga plástica”. Atento a essa diferenciação, ainda agora muito desprezada, advertiu que “não bastaria decretar uma Constituição geral para os municípios rurais e uma Constituição geral para os municípios urbanos”. Penetrantemente observou que

“entre esses dois termos decorrem graduações inumeráveis, desde o litoral até às fronteiras, desde a bacia do Amazonas até à do Prata, desde as costas até os sertões, desde as baixas regadas pelos grandes rios até às regiões serranas, os vastos planaltos interiores”.

E assinalando, assim, a impossibilidade de “dar organização idêntica” a cidades do Norte, do Nordeste e do Sul, concluía:

“O mais idealmente perfeito de todos os planos de governo municipal falseia, esteriliza-se, oprime, desde que se procura aplicar às cegas, como estúpida rasoira, a situações tão diferentes”.

Feitas essas observações em 4 de outubro de 1889, no *Diário de Notícias*, pôde Rui rematar que não haveria “reorganização municipal séria, inteligente, fecunda antes da federação”¹⁸.

Tinha ele razão, pois, ao declarar, já no Ministério da Fazenda, que fora federalista, antes de ser republicano. Justo é acrescentar-se: e deu vida, na República, ao regime federativo.

7. Inspirador do futuro

Enfim, pela dimensão de suas idéias e por sua capacidade de as explicar e executar, considerando os fatores peculiares ao país, como o demonstrou nas funções de Ministro, Rui foi um pensador e praticante do federalismo evolutivo. Desprezou abstrações e excessos. Preconizou e adotou soluções de irrecusável objetividade, logicamente fundadas.

O exemplo de seu pensamento e de sua atitude, diante do destino do Brasil para o regime federativo, é fonte permanente de ilustração no exame dos problemas institucionais de hoje. Nem sempre suas advertências, teses e proposições serão aceitáveis, perante a variação de circunstâncias. Mas, mesmo quando não prevalectes, são valiosas como dados comparativos e de reflexão, por sua força informativa e dialética. Inspiram a busca das conclusões mais convenientes ao país. Em face da persistente diversidade sócio-econômica e cultural das regiões, que divide brutalmente as populações, os ensinamentos magistrais que nos legou servem de bússola no caminho de correção das desigualdades. É a projeção da inteligência que construiu para o futuro.

¹⁸ BARBOSA, Rui. Queda do Império : *Diário de Notícias*. Rio de Janeiro : Ministério de Educação e Saúde, 1948. p. 29-37. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 16, t. 7, 1889). cits. p. 35-37.

Limites jurídicos da correção monetária trabalhista

JOSÉ PITAS

SUMÁRIO

Introdução: a) legitimidade da correção monetária. 1. Da instabilidade legislativa: a) situação atual da questão. 2. Dos métodos de atualização: a) método sintético e método analítico. 3. Das ressalvas às tabelas: a) época própria, b) tendência jurídica e tendência econômica, c) aplicação da Lei n° 6.899, de 8.4.81. 4. Do fundamento jurídico: a) fato econômico e fato jurídico, b) diretrizes hermenêuticas. 5. Dos Juros de Mora: a) conceito leigo e conceito técnico, b) títulos inconfundíveis, c) obrigações vencidas e vincendas, d) taxas.

1. Introdução

a) legitimidade da correção monetária

Na aplicação da Lei n° 8.177, de 1° de março de 1991, torna-se prudente não incidir no equívoco induzido pelo raciocínio pré-lógico, confundindo aparência e conteúdo do Direito, uma vez que, por motivação político-legislativa, adotou-se forma literal com objetivo pedagógico de eliminação da “inflação inercial”, pela substituição, no artigo 39, da expressão “correção monetária” por “juros de mora” (conceito leigo).

Deve-se atentar que o fato econômico, por si, é insuficiente para conferir o direito de exigência coercitiva da atualização monetária, pois, desde os bancos acadêmicos, sabe-se que o fato comum só se convola em fato jurídico pela convergência de dois fatores essenciais: interesse e norma jurídica válida.

Não é a preferência do aplicador do Direito, mas, sim, a opção do legislador, que dirá qual critério deve ser adotado para a correção monetária.

José Severino da Silva Pitas é Juiz do trabalho, Presidente da 2ª JCJ de Franca-SP, Professor convidado da Faculdade de Direito de Franca e membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr.

Essa inteligência revela-se pela evidência histórico-sistemática da matéria e foi confirmada pelo § 6º do artigo 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (norma de interpretação autêntica).

Existe uma tabela que possa demonstrar a atualização monetária, de forma transparente, simples, sob estrita observância do Direito, liberando o usuário da dependência de especialistas ou de publicações mensais?

Os coeficientes das tabelas expressam fielmente as taxas oficiais da inflação, representam a correta variação temporal e correspondem ao conceito legal de época própria?

O fator TR/TRD constitui índice idôneo, padrão jurídico legítimo de correção monetária?

Os coeficientes trazem embutida, em seus fatores, a taxa de juros?

Qual o termo inicial de sua contagem?

1. Da instabilidade legislativa

As várias alterações havidas no Sistema Monetário Nacional têm gerado confusões, inseguranças e dificuldades ao tormentoso procedimento da liquidação de sentença.

A estabilidade das relações – fundamento principiológico e teleológico da autoridade do direito – chega a ser desestruturada ante a constante elaboração de normas jurídicas sobre a mesma relação.

a) situação atual da questão

Desde a instituição da correção monetária, pelo Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, até o advento do Plano Cruzado, no primeiro trimestre de 1986, a Secretaria do Planejamento do Governo Federal – Seplan – vinha publicando, regularmente, tabelas trimestrais para a atualização dos débitos judiciais trabalhistas.

Neste segmento, a unicidade de taxa e a oficialidade de sua publicação conferiram sustentação à estabilidade do mecanismo de correção monetária ao ponto de muitos ignorarem, mais tarde, a revolução trazida pela Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, no critério temporal de variação da ORTN – *índice oficial aplicável à correção monetária* – que passara de trimestral para mensal.

Em face da omissão do Governo, tabelas supletivas surgiram com o objetivo de sintetizar toda legislação e dar apoio ao usuário comum. A primeira tabela publicada nesta esteira, pelo que consta, foi divulgada pela Editora

Ltr, no Suplemento Trabalhista nº 81-388/86, de autoria de José Pitas, com apoio técnico do perito Francisco Cassiano Teixeira, de Jaboticabal-SP, fundamentada em tese aprovada no II Encontro de Juízes do Trabalho do TRT da 2ª Região, no ano de 1986.

2. Dos métodos de atualização

a) método sintético e método analítico

O método sintético fornece os coeficientes para aplicação direta sobre o valor nominal sujeito à correção. O produto resultante da multiplicação dos respectivos fatores (*valor nominal e coeficiente de atualização*) converterá o valor nominal original em valor nominal corrigido para o dia a que se refere a publicação do respectivo coeficiente.

Exemplares desse método são as publicações das tabelas trimestrais da Seplan, as Tabelas Mensais Pitas-Diva, Pitas-Sylvio, TRT da 2ª Região, Juarez Varallo, e Tabelas Diárias Pitas-Diva e Pitas-Sylvio Rodrigues.

O método sintético, introduzido por José Pitas (*Revista Ltr*, São Paulo, nº 171/94, p. 953-962. Suplemento Trabalhista; *Revista BIT*, nº 48, p. 47-52, abr. 1995) corresponde à *Tabela Permanente*, aplicável, alternativamente, após o advento da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

3. Das ressalvas às tabelas

a) época própria

Há tabelas cujos coeficientes tornam inexato o produto da atualização monetária, por desconsiderar o conceito de *época própria*, após o advento da Lei nº 8.177/91, que adotou a correção monetária pela variação diária do índice inflacionário.

Época própria para o Decreto-Lei nº 75/66, segundo as tabelas da Seplan, correspondia ao trimestre em que a obrigação teve seu vencimento. Época própria, após o advento da Lei Geral nº 6.899/81 e Decreto-Lei nº 2.322/87, correspondia ao mês em que houve o vencimento da obrigação.

E, época própria, para o artigo 39 da Lei nº 8.177/91, que adotou as disposições da Medida Provisória nº 294, de 31.1.91, *define-se pela data em que o empregador deveria pagar a obrigação prevista em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa,*

cláusula contratual, além das sentenças homologatórias e acordos extrajudiciais válidos (as duas últimas figuras não se encontram na literalidade do artigo 39).

As únicas tabelas que atendem à exigência legal de época própria, após fevereiro de 1991, são as Tabelas Diárias e a Tabela Permanente.

b) tendência jurídica e tendência econômica

A elaboração das tabelas de Correção Monetária sofre influência, ora da tendência jurídica, ora da tendência econômica.

Ponto que ilustra a tendência econômica verifica-se nas tabelas do economista e assessor do TRT da 9ª Região Juarez Varallo e nas tabelas do perito Décio de Oliveira em relação ao período que vai de 3 de março de 1986 a 1º de março de 1987, em que o Decreto-Lei nº 2.283, de 28 de fevereiro de 1986, em seu art. 6º, determinou a estabilidade (congelamento) do índice utilizado para indicação da inflação aplicável aos débitos judiciais trabalhistas. Nesse segmento essas tabelas adotaram coeficientes variáveis atribuindo-se às OTNs valores economicamente proporcionais.

Adotaram entendimento divergente das duas tabelas citadas e aplicaram o disposto no artigo específico a Tabela do TRT da 2ª Região e as Tabelas Pitas-Diva/ Pitas-Sylvio.

c) aplicação da Lei nº 6.899 de 8.4.81

Há tabelas, como a de Juarez Varallo, que mantêm o critério da trimestralidade da ORTN até o advento do Plano Cruzado, enquanto as outras substituíram este segmento temporal pela variação mensal da ORTN após a publicação da Lei Geral nº 6.899, de 8 de abril de 1981, como as Tabelas Pitas-Diva/ Pitas-Sylvio e a Tabela do TRT da 2ª Região.

A Lei nº 6.899 foi introduzida no ordenamento jurídico nacional com o objetivo de “determinar a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial”, conferindo ao instituto caráter universal.

Este atributo jurídico, bem como a carga de intensa eficácia reclamada pelos fatos e conferida pela lei, à época, encorajou a jurisprudência a reconhecer o efeito derogatório ao Decreto-Lei nº 75/66, que mantinha a variação trimestral do índice oficial de correção monetária, a ORTN.

4. Do fundamento jurídico

a) fato econômico e fato jurídico

Com o devido respeito a entendimentos contrários, há equívoco elementar de interpretação quanto ao índice oficial medidor da inflação nas relações trabalhistas, por descon sideração a lições preliminares aprendidas nos bancos da escola e conseqüente heresia à Jurisprudência pelo desuso da metodologia e objeto próprio do Direito.

Os fatos jurídicos (objeto do Direito) constituem o “ponto de apoio” sobre o qual a “alavanca do Direito” afirma a autoridade do interesse juridicamente protegido, ante a multifariedade conflituosa de vontades e valores.

A inflação é originariamente um fato meramente econômico e seus efeitos variam em proporção direta ao universo de artigos e serviços consumidos, bem como em relação à população consumidora, razão por que, como todo *fato não-jurídico*, sua medida é fluida no tempo e no espaço.

O fato econômico, por si só, não é necessariamente fundamento suficiente para converter o interesse geral em interesse juridicamente exigível perante o Estado. Todo *fato jurídico* passa a existir no universo do Direito pela confluência de dois elementos: a) interesse, e b) norma disciplinadora do direito.

Conseqüentemente, não será a interpretação do aplicador da lei com tendência a escolher um índice em detrimento de outro, porque julgue mais próximo da inflação, que conferirá autoridade à sua decisão, pois a validade, a legitimidade de interesse juridicamente protegido e elevado ao mínimo ético, coercivamente exigível perante o Estado, só encontra autoridade na norma jurídica.

É a lei que diz se este ou aquele índice constitui padrão de correção monetária, ou não, ante sua positivação por motivos políticos, sociais e econômicos. Ao aplicador da lei cabe utilizar-se, predominantemente, do raciocínio dedutivo para reconhecer o padrão selecionado pelo legislador e não, indutivamente, colocar-se no lugar do legislador, desprezando a lucidez da lei.

Habemus legem, e, por interpretação autêntica, o § 6º do artigo 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, reiterou de forma soberana que:

“Continua aplicável aos débitos trabalhistas o disposto no art. 39 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.”

Por outro lado, sabe-se que, tecnicamente, o artigo 39 da citada lei, em seu *caput*, ao referir-se a “juros de mora”, está tratando de atualização monetária e, evidentemente, não diz respeito à *remuneração do capital*, conteúdo técnico dos juros, cuja parcela está excluída do cálculo da TR. Os juros de mora, *stricto sensu*, como evidência a exegese histórica, sistemática e o conteúdo material do título, estão disciplinados no § 1º do artigo 39 da Lei 8.177/91.

O intérprete da lei não pode ser seduzido e iludido pela aparência do Direito. Aprende-se, desde cedo na escola, que o *nomen iuris* não corresponde necessariamente ao conteúdo do Direito.

Deve-se reconhecer, portanto, como fato jurídico pacífico que os débitos judiciais trabalhistas:

“(...) quando não satisfeitos, nas épocas próprias, serão monetariamente corrigidos pela variação da TRD acumulada no período compreendido entre a data do vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.” (deduzido do art. 39 referido).

A lei alude, expressamente, à Taxa Referencial Diária. A variação, portanto, deve ser de dia a dia.

b) diretrizes hermenêuticas

Pelos postulados e vetores inerentes à hermenêutica jurídica, tem-se como verdadeiro que, na interpretação da lei, o exegeta não deverá:

1. substituir a explicação simples pela complexa;
2. substituir a conclusão razoável pela absurda;
3. substituir o efeito mais eficaz pelo de eficácia insuficiente;
4. substituir o possível pelo impossível;
5. substituir o fato jurídico pela pretensão;
6. substituir o conteúdo do Direito pelo *nomen iuris*;
7. substituir a exigência dos princípios estruturais do Direito por sua aparência literal.

O fundamento lógico do Direito pressupõe a existência de princípios diretivos da reta interpretação, dentre eles, o de que o legislador é o transmissor da consciência coletiva jurídica e histórica do povo. Conseqüentemente, as normas jurídicas devem ser lidas sob o postulado

de que expressam inteligência, justiça e coerência, e principalmente se deve ter como premissa que o legislador não cuida do óbvio, não cuida do incontrovertido, não cuida do absurdo, nem cuida do impossível.

No *caput* do artigo 39 onde o legislador menciona “juros de mora” toda razão jurídica revela que significa, portanto, “correção monetária”. A interpretação sistemática do próprio artigo assinala para esse fato. A necessidade política, principalmente na época de sua edição, esclarece o uso pedagógico da lei para se eliminar a chamada *inflação inercial*.

5. Dos juros de mora

a) conceito técnico e conceito leigo

Juros de mora não se confundem com correção monetária. Tecnicamente, correspondem a acessório, fruto, remuneração, “aluguel forçado” ou convencional do capital.

A propósito, a ficta parcela (conseqüente da correção monetária) destinada a reajustar o capital original, não deixa, por isto, de ser capital principal. Há quem erroneamente distinga esta parcela como título diverso, classificando-o como acessório. Capital nominal original ou capital nominal atualizado mantém a mesma natureza jurídica de capital principal. Os juros de mora, sim, constituem título acessório.

A parcela correspondente à correção monetária, objetiva satisfazer o mecanismo de redenominação do valor original da obrigação para nova denominação (valor atualizado, valor derivado) tal que se mantenha o valor real (poder de compra), juridicamente protegido.

A parcela correspondente aos juros de mora objetiva *remunerar o capital* licitamente usado (*empréstimo*), ou ilicitamente retido (*débito judicial*), segundo a taxa ajustada, ou a taxa prevista na lei.

As próprias Tabelas de Correção Monetária tornam evidente que os seus coeficientes se destinam, estritamente, a atualizar os débitos, o que por si exclui juros de mora.

Revela-se evidente, portanto, não se confundir a acepção técnica de *juros de mora* com a opinião leiga, para a qual se inclui na idéia de *juros de mora* toda e qualquer parcela acrescida ao capital original, seja a remuneração do capital, a correção monetária ou parcela relativa ao custo de expediente.

b) juros e correção: títulos Inconfundíveis

Algumas dúvidas surgiram à época em que a correção monetária era feita coincidentemente pelas mesmas taxas aplicáveis à poupança; contudo, exame atento revelará que a coincidência excluía, evidentemente, a taxa de juros sobre o capital. Da mesma forma, a TRD, malgrado receba o apelido de juros de mora (art. 39 /Lei 8.177/91), de fato, como se observa em seu cálculo pelo Banco Central, por suas normas e pela interpretação sistemática e evolutiva do Direito, corresponde à variação inflacionária.

c) obrigações vencidas e obrigações vincendas

Os juros de mora devem ser contados, na forma do artigo 883 da CLT e parágrafo primeiro do artigo 39, desde o ajuizamento da ação.

O legislador poderia exigir sua contagem desde o vencimento da obrigação, como seria lógico; contudo, preferiu penalizar a inércia do interessado. Conseqüentemente, por evidência lógico-jurídica, o termo inicial dos juros de mora para as obrigações vincendas coincidirá com a data de exigibilidade destas obrigações.

d) taxas legais:

a) Código Civil, art. 1.062: taxa de 0,5% ao mês até 26.2.87;

b) Decreto-Lei nº 2.322, de 26.2.87: taxa de 1% capitalizado ao mês até 31.1.91;

c) Medida Provisória nº 294, de 31.1.91 (Lei nº 8.177/91): taxa de 1% ao mês, simples, ou *pro rata die*, de 4 de fevereiro de 1991, em diante.

A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros

Um paralelo com o direito interno brasileiro e com o projeto de lei de aplicação de normas jurídicas

JETE JANE FIORATI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As convenções interamericanas de direito internacional privado. 3. A Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros. 4. O direito brasileiro atual e o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais. 5. O Projeto de Lei nº 4.905/95 sobre a aplicação de normas jurídicas. 6. Conclusões.

1. Introdução

Na sociedade global atual, de caráter complexo, estratificado, especializado e amorfo, composta por diversos e diferentes Estados, necessário o intercâmbio entre estes, seja para disciplinar a ocupação pacífica do espaço comum, seja para possibilitar as relações entre pessoas oriundas de Estados diversos, relações estas referentes à circulação de serviços, produtos, capitais e trabalho, essenciais para que todos possam ter acesso a melhores condições de vida. Assim a sociedade internacional organizou-se e busca estruturar-se por intermédio de tratados multilaterais que traduzem a tentativa de criação de um direito internacional uniformizado como o mais poderoso instrumento para tornar realidade o sonho de uma sociedade estruturada, devotada ao ideal de manutenção da paz e afeita à diminuição dos desequilíbrios regionais. Tratados internacionais convivem com normas internas elaboradas pelos Estados-Partes para disciplinar relações internacionais do próprio Estado, bem assim as relações entre pessoas submetidas aos ordenamentos internos no cenário internacional, relativas às trocas internacionais de bens, produtos, serviços e capitais.

Observa-se que o Estado moderno tem

Jete Jane Fiorati é Professora de Direito Internacional dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UNESP, Mestre e Doutora em Direito.

como detentor da soberania o povo, que não pode, salvo raríssimas exceções, exercê-la diretamente. Em feliz expressão *Kompetenz de la Kompetenz*, Jellineck abarcou a soberania como o poder incontestável do Estado de auto-regulamentação por meio da exclusividade na elaboração, execução e aplicação das leis¹. Após longa evolução, sangrenta em alguns períodos, a soberania passou a ser exercida por meio da representação, que tem seu corolário mais forte, hodiernamente, no princípio da igualdade perante a lei, no sistema eletivo e na tripartição de funções do poder estatal.

Se assim é, indefectível a proposição de que o Poder Legislativo, como detentor precípua da função de legislar, exerce parcela da soberania do Estado ao editar suas normas, que podem ser diversas das normas de outros Estados. Destarte, cada Estado tem suas próprias normas, incluindo-se, entre elas, aquelas que disciplinam o *Conflict of Law*, do direito consuetudinário, que os doutrinadores alemães denominam *Überrecht ou Recht des Rechtsordnungen*, influenciados pelos empiristas medievais que compreendiam o direito internacional privado ou conflito de leis como *Legum Leges* – leis que disciplinam a aplicação e a interpretação de outras leis. Conexas às regras que disciplinam a resolução do conflito de leis no espaço ou direito internacional privado estão as regras que se reportam ao reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros para efeitos de sua execução no território nacional.

Por outro lado, o Poder Judiciário, como o detentor precípua da função de julgar, também exerce parcela da soberania, estando suas decisões confinadas aos limites de determinado território e sob a égide da lei vigente neste mesmo território em determinado tempo. A independência dos Estados e a incontestabilidade da soberania cedem espaço à prática de determinados atos oriundos do estrangeiro por força da *comitas gentium*, da *reciprocam utilitatem* e da realização dos imperativos da Justiça vigentes na sociedade internacional. Dentre estes atos, destaca-se, pela importância de que se reveste, o reconhecimento de sentenças judiciais e laudos arbitrais provenientes de outros Estados para efeitos de execução no território nacional. Se a doutrina da *comitas gentium* justifica o reconhecimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros nos Estados

que se filiam à tradição jurídica continental, entre os doutrinadores do direito consuetudinário é dominante a idéia de que a sentença estrangeira tem semelhança com os *vested rights* e como tal deve ser internamente reconhecida².

Apesar de os Estados modernos como um todo reconhecerem e concederem execução às sentenças judiciais e laudos arbitrais em seu território, estes atos não se fazem automáticos: mister a sua submissão à apreciação da jurisdição local para que esta lhe conceda a eficácia plena. Configura-se essa apreciação no processo denominado *exequatur*, embora a denominação seja inapropriada, uma vez que, em sentido estrito, *exequatur* é a ordem proferida pela jurisdição local para a execução da sentença estrangeira e não o procedimento que lhe deu origem. Para a concessão da executoriedade às sentenças e laudos estrangeiros, portanto, há necessidade de prévio exame judicial, que no Brasil recebe a denominação de homologação. Em outros Estados a regra é a mesma: exige-se prévio exame do juiz ou tribunal local para que a sentença estrangeira possa ter sua execução garantida no Estado que não o de origem. A diferença vem à luz quando é feita a comparação, relativamente aos critérios adotados pelos diversos tribunais e juízes, acerca do âmbito e da amplitude que deva ter precitado exame.

Hodiernamente, três são os sistemas adotados para a concessão do *exequatur*: *actio iudicati*, revisão de mérito e delibação. Adotado sobretudo nos Estados que se filiam à tradição do direito consuetudinário, a *actio iudicati* consubstancia-se na ausência de valoração pela jurisdição local da sentença estrangeira, exigindo do beneficiário que promova nova ação, juntando a decisão estrangeira como prova dos fatos e direitos alegados. Em suma, pela *actio iudicati* a sentença estrangeira é tomada como fato notório, mas fato, peculiar ao sistema francês, e sua jurisprudência é o sistema da revisão de mérito, onde a jurisdição local aceita a sentença ou laudo estrangeiro se, após reexaminado o mérito da decisão, esta se encontrar consentânea ao direito do Estado de origem e ao direito local. Comum aos Estados Latino-Americanos, como o Brasil e a Argentina, e aos Estados que sofreram influência da doutrina alemã em sua legislação, o sistema da delibação prescreve a aceitação para efeitos de *exequatur* da sentença ou laudo estrangeiros após a

¹ JELLINEK, G. *Teoria General do Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires : Albatros, 1954. p. 356-379.

² BATALHA, W.C.S. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1977. V. 2, p. 345-346.

verificação do cumprimento das formalidades legais no Estado de origem e a ausência de contrariedade entre estes atos e a ordem pública local.

Passíveis de críticas são os dois primeiros sistemas. No que tange a *actio iudicati*, esta, além de ser uma ofensa às regras de solidariedade internacional, configura-se também num atentado ao princípio da economia processual: força-se a obtenção de um título judicial por tudo e em tudo semelhante ao já possuído pelo interessado, uma vez ser difícil a qualquer tribunal decidir contrariamente a um fato notório. Quanto à revisão de mérito, a crítica que se lhe impinge é a seguinte: ao rejulgar o mérito da decisão, a jurisdição local termina por reconhecer, de fato, a jurisdição estrangeira como mera instância inferior, cujas decisões são sujeitas a reexame. Tanto a *actio iudicati* quanto a revisão de mérito possuem natureza de jurisdição contenciosa, uma vez que implicam novo julgamento ou re julgamento, respectivamente, da mesma questão objeto da sentença estrangeira.

Na doutrina brasileira também a homologação tem natureza de jurisdição contenciosa, possuindo efeito constitutivo, uma vez que concede exequibilidade à sentença estrangeira, criando, a partir de sua data, direitos e deveres a autor e réu no território nacional. Nesse sentido se posicionam Pontes de Miranda³, Wilson Batalha⁴, Osiris Rocha⁵ e, com algumas ressalvas, Frederico Marques⁶. Amílcar de Castro qualifica a delibação como jurisdição voluntária, acreditando inexistir lide a compor entre os interessados, uma vez não se tratar de novo julgamento⁷.

Ao ser homologada, a sentença estrangeira torna-se nacional, da mesma forma que a norma de direito estrangeiro aplicável por força das regras do conflito de leis⁸. Destarte, é possível a rescisão de uma sentença homologatória de decisão estrangeira porque é a homologação que torna apta a sua produção interna de

efeitos. No entanto, é impossível a rescisão de sentença estrangeira pela jurisdição local. Esta afirmativa é válida para os três sistemas existentes para a concessão do *exequatur*, mesmo na *actio iudicati* onde as sentenças estrangeiras são tomadas como fatos, torna-se impossível a rescisão de fatos.

Analizadas estas questões introdutórias, cumpre um estudo aprofundado acerca da Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais.

2. As convenções interamericanas de direito internacional privado

Na segunda metade do século passado, com a publicação dos estudos de Savigny sobre a natureza da ordem pública em direito internacional privado, da obra de Mancini acerca das nacionalidades e da obra de Jitta, desenvolvendo os estudos de Savigny, acerca da utilização dos métodos em direito internacional privado, solidificou-se a doutrina prevalescente e incontestada até tempos muito recentes sobre a natureza jurídica do direito internacional privado: este é um ramo do direito público e interno de cada Estado. Destarte, cada Estado possui suas normas específicas acerca do conflito de leis, normas estas que podem diferenciar-se em relação a outros Estados. Observa-se que os estudos de Savigny, Jitta, Bartin e Kahn, além do trabalho dos tribunais franceses, favoreceram o reconhecimento dos problemas gerais do direito internacional privado incidentes sobre as grandes questões especiais, o que gerou a necessidade de sistematização dos princípios gerais do conflito de leis em meio às tentativas de codificação da parte especial.

Se assim é, qualquer tentativa de unificação das regras ligadas à disciplina do conflito de leis somente poderia advir por intermédio dos tratados internacionais. Dessa realidade conscientizaram-se, ainda no final do século passado, europeus e latino-americanos. Na Europa, apesar do impulso das idéias de codificação das regras gerais de direito internacional privado com os estudos de Bartin e Kahn acerca da qualificação e com a sistematização, pela Corte de Cassação Francesa, da doutrina do reenvio, pouco se fez relativamente à unificação das normas do conflito de leis até a metade deste século. Recentemente a Convenção de Bruxelas (1967) sistematizou alguns tópicos referentes aos aspectos especiais de direito internacional

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo : Saraiva, 1972. V.3, p. 527.

⁴ BATALHA, W.C.S. *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. 2.ed. São Paulo : RT, 1977. V. 2, p. 438.

⁵ ROCHA, O. *Curso de Direito Internacional Privado*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 166.

⁶ MARQUES, J.F. Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária. São Paulo : Saraiva, 1955, V.2, p. 257-258.

⁷ CASTRO, A. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. V.2, p. 292.

⁸ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 530 e 602.

privado no âmbito da União Européia, podendo ser citada como exemplo a unificação de regras sobre o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros e sobre questões ligadas à competência.

Por outro lado, Mancini, quando ministro das relações exteriores da Itália Unificada, propôs aos Estados da Europa e da América Latina a unificação das normas do conflito de leis através de tratados internacionais. Sob a influência de Pradier-Fodini, discípulo de Mancini, foi realizada a primeira tentativa de codificação pelos Estados da América Latina através da elaboração do Tratado de Lima, que somente foi ratificado pela Costa Rica e pelo Peru em 1877. Outros Estados não o ratificaram tendo em vista que o Tratado adotava teses personalistas em flagrante contrariedade à tradição dos Estados Latino-Americanos, especialmente a Argentina e o Uruguai, que sempre defenderam o domicílio como regra de conexão para as questões pessoais. Apesar de praticamente não ter entrado em vigor, boa parte das disposições do Tratado de Lima foram reproduzidas no Tratado de Quito, firmado, já neste século, entre Equador e Colômbia.

Dez anos depois, a não-ratificação dos Tratados de Lima e o desejo de criar normas que sistematizassem o conflito de leis no âmbito da América Latina motivaram a celebração de um congresso em Montevidéu, ao qual se fizeram presentes representantes do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile e Bolívia. Nove foram os tratados celebrados, em sua maioria ratificados por todos os Estados participantes do Congresso, à exceção do Brasil, que ficaram conhecidos como Tratados de Montevidéu. Celebrando o cinquentenário do Congresso de Montevidéu, em 1939 foi convocado o Segundo Congresso de Montevidéu, do qual participaram os mesmos Estados, com exceção do Brasil. Este Congresso incluiu uma revisão dos tratados celebrados no primeiro congresso, além da conclusão de tratados sobre asilo político e direito comercial e navegação. Apesar da revisão, permaneceram os Tratados de Montevidéu de 1889 com o mesmo espírito e sistemática originais.

Simultaneamente aos trabalhos do Primeiro Congresso de Montevidéu, foi convocada, em 1885, a Primeira Conferência Internacional Americana, da qual nasceu a Oficina Interacional Americana em 1890 e que, sofrendo algumas modificações em 1910, transformouse, em 1948, na Organização dos Estados

Americanos. As resoluções da Primeira e Segunda Conferências tinham estreita relação com temas de direito internacional público. As três conferências seguintes (1906, 1912 e 1913) estiveram envolvidas nos estudos sobre temas específicos de direito internacional privado, orientados os seus participantes pela Junta Internacional de Jurisconsultos, que se transformou em Comissão de Jurisconsultos a partir de 1923. Esta Comissão foi presidida pelo cubano Antônio Bustamante y Siryen e encarregou-se de preparar um código de direito internacional privado que foi o primeiro código completo elaborado acerca das regras do conflito de leis no mundo, aprovado em 1928 na Sexta Conferência Internacional Americana realizada em Havana. O Tratado de Havana adotou, praticamente sem modificações, o texto do Projeto de Código elaborado pela Comissão presidida por Bustamante y Siryen, o que tornou o Tratado conhecido como Código de Bustamante. O Brasil ratificou o Tratado de Havana, que, devido às suas divergências com a Lei de Introdução ao Código Civil, motivou a revogação da mesma e a promulgação da Lei de Introdução de 1942, ainda em vigor.

Terminada a Segunda Grande Guerra, coube à Organização dos Estados Americanos aprofundar os estudos no campo da unificação das regras do conflito de leis, visando a compatibilização entre as três grandes codificações americanas: os Tratados de Montevidéu, o Código de Bustamante e o *Restatement*. Ao adotar a linha das escolas italiana e francesa, o Código de Bustamante terminou por destoar dos Tratados de Montevidéu, o que motivou a não-ratificação do Código pelos Estados da Bacia do Prata e do *Restatement*, filiado ao direito consuetudinário, levando os Estados Unidos e o Canadá a não aderirem ao Tratado. Surgiram então as conferências especializadas interamericanas de direito internacional privado, cujo objetivo é a disciplina de temas técnicos especializados na área do conflito de leis, segundo a recomendação da Oitava Conferência Pan-Americana de 1938 acerca de uma codificação gradual e progressiva do direito internacional privado, visando a uma integração econômica como fruto do desenvolvimento do comércio internacional entre os Estados-Partes.

Com esses objetivos, foi convocada a

Primeira Conferência Interamericana Especializada de Direito Internacional Privado em 1975, que se realizou no Panamá, da qual resultaram seis convenções: Convenção Interamericana sobre conflito de leis em Matéria de Letras de Câmbio e Duplicatas; Convenção Interamericana sobre Conflito de leis em Matéria de Cheques; Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional; Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias; Convenção Interamericana sobre Recepção de Provas no Estrangeiro e Convenção Interamericana sobre Mandatos no Exterior. Tendo em vista a não-discussão de todo o temário da Primeira Conferência Interamericana Especializada de Direito Internacional Privado (CEDIP), nova conferência foi convocada e realizada em Montevidéu em 1979. Os temas propostos para a discussão foram quase que integralmente debatidos, resultando as seguintes convenções: Convenção Interamericana sobre Sociedades Mercantis; Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros; Convenção Interamericana sobre Prova e Informação de Direito Estrangeiro; Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Medidas Cautelares; Convenção Interamericana sobre Domicílio das Pessoas Físicas em Direito Internacional Privado; Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado e Protocolo Adicional sobre Cartas Rogatórias.

Após a Segunda CEDIP, foram realizadas três novas conferências especializadas: em 1984, realizou-se a Terceira CEDIP em La Paz, onde, dentre outras, foi aprovada a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças, versando especificamente sobre questão da competência; a Quarta e Quinta CEDIPs foram realizadas em Montevidéu em 1989 e 1994, e resultaram na celebração de três e duas convenções respectivamente.

Algumas dessas convenções, como a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, foram ratificadas pelo Brasil no final do mês de novembro de 1995; outras encontram-se no Congresso Nacional à espera de aprovação pelos membros daquela Casa. Também a Argentina, Colômbia, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela ratificaram a Convenção sobre a Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros. No âmbito do Mercosul, apenas o Paraguai não é signatário da Convenção.

3. A Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros

A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros teve seu nascimento na II CEDIP, em Montevidéu, e foi elaborada de forma flexível, visando a compatibilização entre os sistemas jurídicos consuetudinário e continental, que terminam por diferenciar sensivelmente os ordenamentos jurídicos vigentes na América Latina daqueles em vigor nos Estados Unidos da América e Canadá, e, dentro do sistema jurídico continental, o Código de Bustamante e os Tratados de Montevidéu, trazendo oposição, no âmbito do Mercosul, entre o Brasil, que ratificou o Código de Bustamante, e seus vizinhos da Bacia do Prata, que ratificaram os Tratados de Montevidéu.

Por outro lado, existem diversos tratados acerca do reconhecimento de sentenças estrangeiras entre os Estados americanos que exigem critérios amplos, por parte da Convenção Interamericana, para efeitos de compatibilização e harmonização entre esta e os tratados bilaterais. O Brasil, por exemplo, possui tratados bilaterais sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras com a Argentina (1991) e com o Uruguai (1992) e, em âmbito diverso da América, possui tratados de reconhecimento de sentenças estrangeiras com a França (1985), Espanha e Itália (1992), além de outros Estados europeus. Com o impulso de integração econômica entre os Estados do Cone Sul, Brasil e países da Bacia do Prata, foi elaborado um projeto acerca do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras no âmbito do Mercosul, a ser firmado pelos Estados-Partes.

Em âmbito global, iniciou-se em Haia, em 1992, a elaboração de projetos e estudos para a reformulação da Convenção de Haia sobre o Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras, da qual são signatários todos os Estados-Membros do Mercosul, à exceção do Brasil. Observa-se, portanto, uma profusão de diplomas jurídicos internacionais que versam sobre o tema do reconhecimento e execução de sentenças no continente americano. Se assim, é previsível a possibilidade de que cláusulas de uma convenção estejam em flagrante contrariedade às cláusulas de outra.

Algumas convenções interamericanas possuem cláusulas que possibilitam a compatibilização de sua aplicação com outras convenções

divergentes. Exemplo de divergência é flagrado entre a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional e a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Estrangeiros, que traz no seu bojo, precisamente no seu art. 1º, uma cláusula de compatibilização extremamente duvidosa. Segundo esta cláusula, aplica-se a Convenção sobre a Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais, no tocante aos laudos, a tudo o que não estiver previsto na Convenção sobre Arbitragem Internacional.

O primeiro problema que se nota é o verificado em relação à subsidiariedade da Convenção sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais em cotejo com a Convenção sobre Arbitragem Internacional. Ora, se dois Estados ratificaram a Convenção sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais e não ratificaram a Convenção sobre Arbitragem Internacional, a subsidiariedade na aplicação da primeira convenção torna-se impossível, uma vez que a subsidiariedade efetivar-se-á quando a ratificação de ambas as convenções se der pelos dois Estados envolvidos.

Em segundo lugar, a Convenção sobre Arbitragem Internacional não possui normas muito amplas sobre a exigência do reconhecimento dos laudos arbitrais, não especificando a documentação necessária para instruir o pedido de *exequatur* de um laudo estrangeiro, uma vez que o objetivo desta Convenção é dispor sobre a obrigatoriedade dos laudos entre as partes para que possa ter eficácia extraterritorial. Este fato força o intérprete a retornar à Convenção sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos, que exige ter o laudo condição de executividade no local de origem para efeitos de *exequatur*, conforme seu art. 1º.

Segundo Santos Belandro, cláusulas como esta do art. 1º da Convenção sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros são chamadas de cláusulas de compatibilização específicas ou permissivas, porque permitem a remissão a outras convenções. A cláusula permissiva, segundo o autor, termina por excluir o critério da predominância da lei posterior sobre a anterior, permitindo critérios mais latos para a sua interpretação como o *favor negotii*, a equidade ou o critério da finalidade perseguida, conforme preceitua o disposto no art. 9º da Convenção Interamericana sobre

Normas Gerais de Direito internacional privado⁹.

A Convenção tem como objeto jurídico o reconhecimento de sentenças judiciais e laudos arbitrais proferidos em processos civis, comerciais ou trabalhistas provenientes de um Estado-Parte da Convenção. Portanto, seu âmbito de aplicação são decisões oriundas de lides relativas a conflitos de natureza privada entre Estados que reciprocamente aderiram à Convenção.

No momento da ratificação, os Estados podem restringir, por meio de reservas, o âmbito de aplicação da Convenção às sentenças condenatórias em matéria patrimonial (é o caso do Brasil), ou ampliar expressamente a abrangência da Convenção às decisões interlocutórias ou que terminam o processo, às decisões originadas em feitos de jurisdição voluntária ou às sentenças penais relativamente às suas prescrições acerca da indenização dos prejuízos decorrentes do delito. Persistem dúvidas no caso da restrição de um Estado acerca do âmbito de aplicação da Convenção, como, por exemplo, se esta restrição se estende ao reconhecimento das sentenças originadas em seu território por parte de outros Estados que não impuseram a mesma restrição. Em face da reciprocidade, é possível que o Estado que impôs reservas à Convenção sofra as mesmas reservas sobre suas sentenças no momento de seu reconhecimento por outros Estados-Partes.

O art. 2º da Convenção estabelece as condições para que as sentenças e laudos arbitrais possuam eficácia extraterritorial. Algumas exigências não demandam maiores dificuldades, como aquelas ligadas ao cumprimento de formalidades externas ao ato para efeitos de sua autenticidade, à tradução para o idioma do Estado receptor, à devida autenticação conforme a lei do Estado receptor e ao caráter de coisa julgada e da imutabilidade da sentença ou laudo. Outras exigências possuem caráter processual, como a realização do contraditório para a garantia da defesa das partes, da semelhança do procedimento de citação entre as leis do Estado de origem do laudo ou sentença e as leis do local do reconhecimento e execução e do trânsito em julgado da decisão.

Preceitua ainda o art. 2º que a sentença e o

⁹ BELANDRO, R.B.S. Vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la Luz de las CIDIP I,II,III. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 103, p. 295-310, jul./set. 1989.

laudo, para efeitos de *exequatur*, não podem ser manifestamente contrários aos princípios e leis do Estado que deverá reconhecê-los e executá-los. Trata-se de uma exigência comum às demais convenções interamericanas de direito internacional privado, ligada à ordem pública como exceção à aplicação de lei estrangeira e ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, ínsita à problemática de todo o direito, seja como substrato valorativo do ordenamento jurídico, seja como limite, quer à manifestação de vontade, quer à prática de diversos atos que com ela se chocam.

A Convenção exige também que o juiz ou tribunal sentenciador tenha competência para conhecer do assunto e julgá-lo de acordo com a lei do Estado que irá conceder o *exequatur*. Observa-se, portanto, que a Convenção permite um reexame da competência do juiz ou tribunal que prolatou a sentença ou laudo pelo juiz ou tribunal do Estado que irá reconhecê-los e executá-los, segundo critérios de sua lei interna. Esta disposição, consubstanciada no art. 2º, letra “d”, da Convenção, difere frontalmente do preceito contido no art. 6º, que disciplina os procedimentos e competência dos tribunais sobre o reconhecimento e execução de sentenças e laudos do Estado onde deverão surtir efeito. Essa competência será regulada pelas leis internas do Estado reconhecedor. Sobre competência, foi elaborada, durante a III CEDIP, uma Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, que, no seu art. 12, ao disciplinar a competência do juiz ou árbitro que prolatou o laudo, também permite o reexame da competência segundo os critérios da lei interna do Estado reconhecedor.

Ambas as convenções possuem sistemas opostos ao da Convenção de Bruxelas de 1967: nesta convenção, no âmbito da União Européia (ex-CEE), o juiz ou tribunal do Estado que concede o *exequatur* não está obrigado ao reexame da competência do juiz ou tribunal sentenciador. O sistema da Convenção de Bruxelas é o único, ainda hoje, a permitir a ausência do reexame da competência, para efeitos de *exequatur*.

A Convenção possui ainda disposições tradicionalmente contidas em quase todos os tratados acerca da ratificação, depósito, entrada em vigor e denúncia, prescrevendo, também, possibilidade de reconhecimento, para efeitos de *exequatur*, de parte do laudo ou da sentença, se não puderem ser integralmente reconhecidos,

e extensão do benefício de justiça gratuita ao processo de reconhecimento da sentença ou laudo estrangeiros quando este foi concedido no processo principal.

4. O direito interno atual e o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros

O sistema de delibação é adotado pelo Brasil desde a entrada em vigor do Decreto nº 6.982/1878, que prescrevia os requisitos para o reconhecimento, cumprimento e execução das sentenças estrangeiras no território nacional. Posteriormente a Lei nº 221 de 1894 estabeleceu o processo de homologação como requisito prévio para a execução das Cartas de Sentenças proferidas por tribunais estrangeiros e a competência do Supremo Tribunal Federal para realizá-la, prevendo audiência das partes e do Procurador-Geral da República. Em 1898, o art. 8º do Decreto nº 3.018 veio aclarar o Decreto nº 6.982/1878, prescrevendo como requisitos necessários à homologação de uma sentença estrangeira as formalidades internas segundo o Estado sentenciador, observando-se a competência do juiz, a citação das partes, o trânsito em julgado da sentença e a autenticação, pelo cônsul brasileiro, dos documentos e de sua tradução por intérprete. O art. 9º vedava o *exequatur* de sentença contrária à ordem pública ou ao direito público interno da União.

Com a promulgação do Código Civil e sua entrada em vigor em 1917, expressamente previam os arts. 16 a 17 da Lei de Introdução a exequibilidade das sentenças estrangeiras não-contrárias à ordem pública e aos bons costumes, mediante o cumprimento de condições. Estas condições foram descritas nos arts. 790 a 796 do Código de Processo Civil promulgado em 1939, que disciplinavam, ainda, todos os procedimentos e formalidades necessários à realização do processo de homologação. Em 1942 houve a promulgação de nova Lei de Introdução ao Código Civil, que traz, no seu art. 15¹⁰, os

¹⁰ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 15: “Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificada a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

requisitos necessários ao reconhecimento, para efeitos de *exequatur*, da sentença estrangeira. Nossa legislação atual sobre o reconhecimento e homologação das sentenças estrangeiras completou-se com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 1973¹¹, que estabelece as linhas mestras do processo de homologação, delegando ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o poder de normatizar a matéria relativa ao processo de homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros¹².

Não ocorreram grandes mudanças no que tange à disciplina jurídica do *exequatur* na legislação brasileira desde a sua primeira regulamentação em 1878, observando-se que a maior modificação ocorreu no âmbito da técnica jurídica utilizada na elaboração das leis e não em seu conteúdo. Por outro lado, ao ratificar o Código de Bustamante, o Brasil incorporou à sua legislação sobre o *exequatur* também os preceitos contidos nos arts. 423 a 433 do referido

Parágrafo Único: Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado de pessoas”.

¹¹ *Código de Processo Civil* de 1973. “Art. 483 : A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único: A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 484: A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional de mesma natureza”.

¹² *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*: “Art. 215 : A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Art. 216 : Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Art.217 : Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I) haver sido proferida por juiz competente; II) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; IV) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e estar acompanhada de tradução oficial.

Art.218: A homologação será requerida pela parte interessada devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, a ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados.

Parágrafo Único: O pedido de homologação da sentença de separação ou divórcio será também instruído

diploma interamericano¹³, que em nada divergiam do direito interno, originário das leis internas.

No que tange aos laudos arbitrais, estes têm os seus requisitos de validade disciplinados pelo Código de Processo Civil, arts. 1.072 a 1.102, que se consubstanciam na exigência do compromisso entre as partes, nas obrigações e deveres dos árbitros, na disciplina dos procedimentos do juízo arbitral e na exequibilidade dos laudos. Estas disposições referem-se aos laudos arbitrais proferidos em território nacional, aplicando-se aos laudos arbitrais estrangeiros

com a prova do casamento, e, no caso de estrangeiro domiciliado no Brasil, com a prova do domicílio.

Art.219: Se a petição inicial não preencher os requisitos exigidos no artigo anterior ou apresentar defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento, o Presidente mandará que o requerente emende ou complete, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento.

Parágrafo Único: Será indeferida a petição quando houver ilegitimidade de parte ou falta de interesse processual e das demais condições previstas em lei.

Art. 220 : Autuados a petição e os documentos, o Presidente mandará citar o requerido para, em quinze dias, contestar o pedido.

Parágrafo Primeiro: O requerido será citado por oficial de justiça, se domiciliado no Brasil, expedindo-se, para isso, carta de ordem; se domiciliado no estrangeiro, pela forma estabelecida na lei do País, expedindo-se carta rogatória.

Parágrafo Segundo: Certificado pelo oficial de justiça ou afirmado, em qualquer caso, pelo requerente, que o citando se encontra em local ignorado, incerto ou inacessível, a citação far-se-á mediante edital.

Art.221: A Contestação somente poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da sentença e a observância dos requisitos indicados nos arts. 217 e 218.

Parágrafo Primeiro: Revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial que será especialmente notificado.

Parágrafo Segundo: Apresentada a contestação, será admitida réplica em cinco dias.

Parágrafo Terceiro: Transcorrido o prazo da contestação ou réplica, oficiará o Procurador-Geral no prazo de dez dias.

Art.222: Se o requerente não promover, no prazo que lhe for marcado, mediante intimação ao advogado, o ato ou diligência que lhe competir, o Presidente julgará extinto o processo e ordenará o arquivamento dos autos.

Art.223: Da decisão do Presidente que conceder ou negar homologação cabe agravo regimental.

Art.224: A execução far-se-á por carta de sentença, no juízo competente, observadas as regras estabelecidas para a execução de julgado nacional de mesma natureza”.

¹³ *Código de Bustamante*. “Art. 423: Toda sentença civil ou contenciosa administrativa proferida em

apenas as disposições contidas nos arts. 1.097 a 1.102 do supracitado diploma legal¹⁴, uma vez referirem-se ao reconhecimento, para efeitos de *exequatur*, do laudo arbitral estrangeiro. Imprescindível evidenciar, ainda, que se aplicam ao reconhecimento e execução do laudo arbitral estrangeiro as mesmas exigências legais referentes ao *exequatur* de sentenças judiciais estrangeiras.

Para que se possa inferir a interpretação e aplicação dos dispositivos legais supracitados e, conseqüentemente, analisar o efetivo reconhecimento das sentenças e dos laudos arbitrais estrangeiros, imprescindível uma análise jurisprudencial da prática do Poder Judiciário

um dos Estados contratantes terá força e poderá ser executada nos demais se reunir as seguintes condições: I) que tenha competência para conhecer do assunto e julgá-lo, de acordo com as regras deste Código, o juiz ou tribunal que a haja proferido; II) que as partes tenham sido citadas pessoalmente ou por seu representante legal, para o juízo; III) que a decisão não contravenha à ordem pública, ou ao Direito Público do país em que se queira executar; IV) que seja executória no Estado em que se profira; V) que se traduza autorizadamente por um funcionário ou intérprete oficial em que se há de executar, se ali for distinto o idioma empregado; VI) que o documento em que conste reúna os requisitos necessários para ser considerado como autêntico no Estado de que proceda e os que exige para que faça fé a legislação do Estado em que se pretende cumprir a sentença.

Art.424 : A execução da sentença deverá ser solicitada ao juiz ou tribunal competente para levá-la a efeito, depois de satisfeitas as formalidades requeridas pela legislação interna.

Art.425: Contra a resolução judicial, no caso a que o artigo anterior se refere, serão admitidos todos os recursos que as leis desse Estado concedam a respeito da sentença definitiva proferida em ação declaratória de maior quantia.

Art.426: O juiz ou tribunal a quem se peça a execução ouvirá, antes de decretá-la ou denegá-la, e no prazo de vinte dias, a parte contra quem se dirige o procurador ou Ministério Público.

Art. 427: A citação da parte que deva ser ouvida será praticada mediante carta ou comissão rogatória, segundo o disposto neste Código, se tiver o seu domicílio no estrangeiro e não tiver no país, representação bastante, ou na fórmula estabelecida pelo Direito local, se tiver domicílio no Estado deprecado.

Art. 428: Passado o prazo que o juiz ou tribunal estabeleça para o comparecimento, prosseguirá o feito, haja ou não comparecido o citado.

Art.429: Se o cumprimento for denegado, devolver-se-á a carta de sentença a quem a tiver apresentado.

Art.430: Quando se concorde em cumprir a sentença, sua execução será submetida aos trâmites determinados pela lei do juiz ou tribunal para as suas próprias decisões.

acerca de sua respectiva homologação. Tradicionalmente no Brasil, o Supremo Tribunal Federal sempre teve deferida, pelas sucessivas Constituições, a competência para o *exequatur* das sentenças estrangeiras. O Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma jurisprudência firme e pacífica nos mais de cem anos de sua existência, período em que foram pleiteadas mais de três mil homologações.

Algumas questões, diretamente relacionadas com o objeto dos estudos que neste trabalho se desenvolvem, mereceram ampla discussão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, questões estas de natureza cível, especificamente ligadas ao reconhecimento de sentenças estrangeiras proferidas no âmbito do

Art.431: As sentenças definitivas, proferidas por um Estado contratante, cujas disposições não sejam exequíveis, produzirão nos demais efeitos de coisa julgada, se reunirem as condições que para esse fim determina este Código, salvo as relativas à sua execução.

Art.432: O processo e os efeitos regulados nos artigos anteriores serão aplicados nos Estados contratantes às sentenças proferidas em qualquer deles por árbitros ou compositores amigáveis sempre que o assunto que as motiva possa ser objeto de compromisso, nos termos da legislação do país em que a execução se solicite.

Art.433: Aplicar-se-á também este mesmo processo às sentenças cíveis proferidas em qualquer dos Estados contratantes, por um tribunal internacional, que se refiram a pessoas ou interesses privados".

¹⁴ Código de Processo Civil. "Art. 1.097: O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; e contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (art. 584, III).

Art. 1.098: É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa.

Art. 1.099: Recebidos os autos, o juiz determinará que as partes se manifestem, dentro de dez dias, sobre o laudo arbitral; e em igual prazo o homologará, salvo se o laudo for nulo.

Art. 1.100: É nulo o laudo arbitral: I) se nulo o compromisso; II) se proferido fora dos limites do compromisso, ou em desacordo com o seu objeto; III) se não julgar toda a controvérsia submetida ao juízo; IV) se emanou de quem não podia ser nomeado árbitro; V) se os árbitros foram nomeados sem a observância das normas legais ou contratuais;

VI) se proferido por equidade não havendo a autorização prevista no art. 1.075, IV; VII) se não contiver os requisitos essenciais exigidos pelo art. 1.095; VIII) se proferido fora do prazo.

Art.1.101: Cabe apelação da sentença que homologar ou não o laudo arbitral.

Parágrafo Único: A cláusula "sem recurso" não obsta à interposição da apelação, com fundamento em qualquer dos vícios enumerados no artigo antecedente; o tribunal, se negar provimento à apelação, condenará

direito de família e da indenização *ex delicto* e da homologação de laudos arbitrais proferidos no estrangeiro.

No que tange às sentenças cíveis relacionadas ao direito de família, muito se discutiu no Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento de sentenças estrangeiras que versavam sobre concessão do divórcio durante o período em que a legislação brasileira não permitia a dissolução completa do vínculo conjugal. Como, a partir de 1978, a legislação brasileira passou a disciplinar o divórcio, essa discussão perdeu hodiernamente grande parte de sua importância, que se referia justamente à contrariedade da sentença estrangeira de divórcio à ordem pública interna.

Outra questão ligada às sentenças estrangeiras na área de direito de família que gerou algumas polêmicas foi o reconhecimento, para efeitos de *exequatur*, das decisões que permitiam o repúdio, que é uma forma de dissolução do vínculo conjugal, comum no direito de origem religiosa como o muçulmano, e que se dá por iniciativa única e exclusiva do marido, resguardando-se os direitos patrimoniais da mulher e permitindo a ambos a possibilidade de contrair novo matrimônio. Como a lei brasileira não disciplinava a separação unilateral, a discussão, nos anos quarenta, centrava-se na contrariedade do repúdio à ordem pública interna, uma vez este possuir características discriminatórias ao sexo feminino. Fundamentando-se em parecer de Haroldo Valladão, que afirmava não existir a ofensa à ordem pública brasileira desde que o repúdio fosse decretado perante juiz civil, com todas as formalidades legais, sem fraudes e com a efetivação do contraditório, e uma vez que o Brasil adota o sistema de delibação e não cabia ao Supremo perquirir as causas da separação litigiosa proposta pelo marido perante o direito brasileiro, o Excelso Pretório firmou jurisprudência. Como exemplo pode ser citada a seguinte decisão:

“Repúdio – Sentença Estrangeira – Divórcio – Cônjuges Estrangeiros – Legislação Muçulmana. Repúdio perante o juiz civil e com todas as formalidades legais. Homologação deferida”.

o apelante na pena convencional.

Art.1.102: O tribunal, se der provimento à apelação, anulará o laudo arbitral: I) declarando-o nulo e de nenhum efeito, nos casos do art. 1.100, I, IV, V e VIII; II) mandando que o juízo profira novo laudo, nos demais casos.

Requerente: Hirmayan Mirza.

Requerido: Shahing Mirza.

Relator: Ministro Thompson Flores¹⁵.

No âmbito das sentenças cíveis oriundas de condenações criminais para efeitos de indenização *ex delicto*, o Supremo Tribunal Federal tem acolhido pedidos que se harmonizam com os dispositivos da lei brasileira, quer quanto à indenização, quer quanto ao teor da sentença penal condenatória e sua compatibilidade com o direito penal brasileiro. Como exemplo, pode ser citada a homologação de uma sentença penal procedente da Suécia:

“Sentença Penal Estrangeira – Crime de Apropriação Indébita: Produto de crime depositado em estabelecimento bancário no Brasil – Pedido de homologação de decisório para os efeitos civis, formulados pela vítima dos danos sofridos – Harmonia da pretensão com os dispositivos da lei brasileira. Pedido Deferido”.

Requerente: Helsingborgs Villaplanering Aktiebolag

Requerido: Jan Erik Ekstrand

Relator: Ministro: Thompson Flores¹⁶.

Versou precitada decisão sobre o crime de apropriação indébita cometido pelo requerido contra a requerente, que era uma massa falida, tendo o requerido sido condenado pelos tribunais suecos a dois anos e meio de prisão. A requerente solicitou a homologação da decisão para reaver o capital, depositado em banco brasileiro pelo requerido. O Supremo Tribunal Federal, durante o exame do pedido de homologação, averiguou se a condenação não ofendia a ordem pública, se não era excessiva, se a aplicação da lei brasileira produziria na espécie as mesmas conseqüências, se o requerido teve efetivado, durante o processo de condenação, o contraditório e a ampla defesa, enfim, se eram semelhantes os procedimentos preestabelecidos pelas leis brasileiras e suecas.

A questão mais polêmica, no que se refere à homologação de sentenças, versa sobre as exigências das leis e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos requisitos dos laudos arbitrais estrangeiros. Previamente, é necessário enfatizar que a falta de prática interna de solucionar os conflitos por intermédio

¹⁵ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v.87, p. 358.

¹⁶ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v. 82, p. 57.

da arbitragem, ocasionada pela tradição judicijalista-forense herdada do colonizador português e pela inserção incompleta do Brasil no grande mercado das trocas internacionais, ocasionadas pela globalização dos mercados, onde é comum a arbitragem como forma principal de resolução de conflitos entre as partes contratantes, dificulta sobremaneira o esclarecimento das disposições normativas presentes em nosso direito interno.

A arbitragem, como principal meio para solucionar conflitos de interesses entre pessoas e empresas ocorridos no cenário internacional das trocas de mercadorias, possui vantagens inequívocas sobre o procedimento judiciário, como a celeridade e o sigilo, essenciais numa economia que se fundamenta nos investimentos internacionais, nas rápidas transferências de valores de um local para outro e no comércio de bens materiais e imateriais, notadamente a tecnologia, e a especialidade, uma vez que o árbitro é pessoa ligada direta ou indiretamente ao ramo de negócios a que se dedicam as partes. Para que a arbitragem conserve suas características vantajosas, é mister estabelecer procedimentos que garantam o cumprimento da decisão, sem, contudo, tornar lenta a sua exequibilidade. Não se têm pautado por este princípio a prática jurisprudencial do Excelso Pretório e a legislação brasileira em geral.

É sabença geral que o direito brasileiro, conforme preceituam os arts. 1.097 a 1.099 do Código de Processo Civil, exige a homologação pelo juiz para que o laudo arbitral tenha validade e possa ser executado, contrariamente à grande maioria dos Estados, cujos ordenamentos jurídicos concedem validade ao laudo a partir da ciência das partes da decisão da qual não caiba recurso, quer a outro tribunal arbitral, quer ao Judiciário. Essa diferença resulta em sério problema: proferido um laudo estrangeiro, o interessado em executá-lo no Brasil deverá submetê-lo a um processo de homologação que se utilize de procedimento semelhante ao do direito brasileiro perante o Judiciário estrangeiro, mesmo que o direito do Estado alienígena não preceitue a exigência e os procedimentos desta homologação, concedendo validade ao laudo independentemente da chancela do Judiciário local, para depois pedir o *exequatur* deste laudo já devidamente homologado ao Supremo Tribunal Federal. Destarte os primeiros laudos arbitrais estrangeiros objeto de *exequatur*, tiveram denegado aos autores o pedido de homologação. Dois exemplos podem ser citados:

“Sentença estrangeira – Pedido de homologação negado – Proferida a decisão por juízo arbitral, órgão privado – *American Arbitration Association* – sem homologação de qualquer tribunal judiciário ou administrativo do país de origem não merece a homologação pelo Supremo Tribunal Federal”

Requerente : Northern International Co. Inc.

Requerida: Curtume Kern Mattes S/A
Laudo procedente dos Estados Unidos da América.

Relator: Ministro Thompson Flores¹⁷.

“Sentença Estrangeira – Decisão proferida por juízo arbitral, sem haver sido homologada por tribunal do país de origem Pedido de homologação indeferido”.
Requerente: Otraco S/A

Requerido: Cia. Nacional de Óleos vegetais

Laudo Procedente do Reino Unido

Relator : Ministro Oswaldo Trigueiro¹⁸.

Nesta última decisão o Ministro Trigueiro acentua:

“Se a doutrina destes precedentes não está muito afinada com a tendência generalizada de solucionar pela arbitragem as questões mercantis no plano internacional, parece que ela é um imperativo da tradição judicijalista do Brasil, que, além de não excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, só considera executória a sentença arbitral aqui proferida depois de homologada pelo juiz”.

Após estes casos, onde foi denegado o pedido de homologação, para efeitos de *exequatur*, a laudos estrangeiros não-chancelados pelo Poder Judiciário do local onde foram prolatados, outras questões ligadas às formalidades da homologação no Judiciário local, como condição de validade dos laudos estrangeiros, foram examinadas pelo Excelso Pretório, podendo ser citadas as seguintes decisões:

“Sentença Estrangeira – Arbitragem a que procedeu o Tribunal Arbitral Amigável de Hamburgo, Alemanha, para dirimir controvérsia de natureza mercantil

¹⁷ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v. 54, 714.

¹⁸ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v. 60, p. 28.

suscitada no cumprimento de contrato de compra e venda comercial em que a vendedora é sociedade brasileira e a compradora é sociedade que tem sua sede em Lausanne, Suíça. Caso em que as partes acordaram em dirimir suas divergências mediante arbitragem de um colégio extra-oficial de árbitros e em que o laudo, ou ato de arbitramento, foi homologado pela Justiça da Alemanha. A sentença jurisdicional que homologou a arbitragem transmite a esta sua qualidade. Sentença estrangeira homologada para produzir efeitos jurídicos no Brasil. Agravo regimental em que a agravante insiste nas mesmas razões formais desprezadas na homologatória de referida sentença germânica. Desprovemento do Agravo em uniforme votação.”

Agravante: La Pastina S/A.

Agravada : Centrofin S/A.

Relator : Ministro Antonio Neder¹⁹.

Curiosamente, em seu relatório, o Ministro Antônio Neder cita a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros e afirma:

“pelo que se lê do texto da Convenção Interamericana, a sentença judicial e o laudo arbitral são igualados na mesma categoria jurídica de atos ratificáveis pelos Estados que assinaram sobredita Convenção, desde que sejam editados mediante observância das regras indicadas naquele documento internacional, ainda não ratificado pelo Brasil”.

Tal assertiva foi utilizada para justificar a homologação pelo Poder Judiciário do Estado onde foi prolatado o Laudo como condição de sua exequibilidade, o que demonstra inadequação das premissas, uma vez que em nenhum momento a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais exige o procedimento da homologação: ela apenas se refere, no seu art. 2º, ao fato de que o laudo arbitral estrangeiro deverá possuir caráter de executoriedade, sendo que este não depende necessariamente da homologação, como se vê nos Estados que dão ao laudo força executória independentemente de chancela judicial.

“Sentença Estrangeira – Comércio

¹⁹ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, n. 92, p. 515.

Exterior. Fretamento de navio. Contrato a que se vinculam duas pessoas jurídicas de direito privado, uma no Brasil, outra na França, e no qual as partes acordaram em resolver, por meio de arbitragem a ser procedida em Londres, as controvérsias a ele inerentes. Caso em que o arbitramento foi homologado pela Justiça da Inglaterra sem a citação da contratante brasileira para responder ao processo. Ação homologatória da sentença inglesa proposta pela contratante francesa e na qual a contratante brasileira sustentou: a) in competência daquela justiça para homologar o arbitramento; b) falta de sua citação para responder ao mencionado processo inglês. Competência indiscutível da Justiça Inglesa para homologar o arbitramento. Citação para a demanda em que foi proferida a sentença estrangeira. Se o réu conhecido tem domicílio certo no Brasil, deve ser diretamente citado neste País para responder à ação. É princípio de ordem pública. Doutrina e Jurisprudência na matéria. Não é admissível no Brasil a citação do réu pela forma inglesa do *affidavit*, pois, no tocante à forma do ato de procedimento, o direito brasileiro impõe que se observe a que é prevista no seu texto (art. 12, par. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Agravo regimental a que o Plenário do Supremo Tribunal nega provimento.”

Agravante: Société Nouvelle D’Affretement et de Courtage

Agravada: Representações Caldas Ltda.

Relator: Ministro Antônio Neder²⁰.

Também neste *affair* é citado o art. 2º da Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, que prescreve como condição de *exequatur* do laudo estrangeiro a citação do réu de forma substancialmente equivalente àquela prevista pela lei do Estado onde o laudo deva surtir efeito. A citação da Convenção Interamericana foi utilizada como premissa para argumentar que o *affidavit* (notificação particular do demandante ao demandado) não é semelhante à citação exigida pela lei brasileira.

Para finalizar esta breve análise sobre o direito interno acerca do reconhecimento e

²⁰ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, n. 95, p. 23.

execução das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, é imprescindível a citação de um pedido de homologação de um laudo arbitral estrangeiro, proveniente da Alemanha, que foi indeferido devido à ausência de citação por carta rogatória pela requerente, *Bremer Handelsgesellschaft MB H. Import Export*, para que a requerida, *José Ber Ltda.*, se manifestasse no processo de homologação do laudo pela Justiça Alemã, que não é obrigatório, uma vez que na Alemanha, assim que as partes tomarem ciência do conteúdo do laudo, este se torna executório. No seu relatório, o Ministro Aldir Passarinho cita um parecer do Ministro Franciso Rezek que clarifica a atual posição do Supremo Tribunal acerca da homologação dos laudos:

“A homologação é procedimento que oferece comodidade à pretensão da parte interessada. Seus ritos não de ser cumpridos fielmente, ou então a parte deverá buscar executoriedade intentando a ação *ab initio* ante o judiciário nacional. *O objeto da homologação, de todo o modo, é a sentença enquanto prestação jurisdicional do Estado, não o laudo arbitral.*” (grifos nossos)²¹

5. O Projeto de Lei nº 4.905/95 sobre a aplicação de normas jurídicas

Em seus aspectos formais a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, o Código de Bustamante e os diplomas jurídicos internos do Brasil, quais sejam a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código de Processo Civil e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, são coincidentes no que se refere ao reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros: exigência de citação na forma da lei do Estado reconhecedor, efetivação do contraditório, não-contrariedade à ordem pública do Estado onde deva a sentença ou laudo surtir efeitos, exigência do caráter executório da sentença ou laudo arbitral. Também suas prescrições coincidem no âmbito da competência: esta será sempre reexaminada observando-se critérios internos do Estado reconhecedor, acerca da competência do juiz ou tribunal que proferiu a sentença ou laudo.

A Convenção Interamericana e o Código de Bustamante diferem-se quanto ao âmbito de aplicação: a Convenção pode ter seu âmbito de

aplicação alargado às questões de jurisdição voluntária e de indenização decorrente de condenação criminal, enquanto o Código de Bustamante prescreve o reconhecimento de decisões administrativas, diversamente da Convenção Interamericana que nada preceitua neste aspecto.

O maior conflito entre as normas oriundas de tratados e convenções e os diplomas jurídicos internos ocorre no que se refere à exigência, feita pelas leis nacionais, de homologação do laudo arbitral por tribunal estrangeiro como quesito de validade deste para a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, como condição essencial do *exequatur* desta decisão arbitral em território brasileiro. O conflito ocorre porque a Convenção Interamericana e o Código de Bustamante igualam a sentença estrangeira e o laudo arbitral, não exigindo qualquer chancela judicial por parte do tribunal do local onde foi proferido o laudo para dar-lhe o caráter de executoriedade, exigência esta prefigurada pela lei brasileira: entre nós, o laudo somente torna-se válido após a homologação judicial, que irá transmitir-lhe a qualidade de sentença e o atributo de executoriedade.

A diferença nesse caso não é apenas formal, mas sim de caráter substancial, haja vista que o laudo arbitral estrangeiro não-homologado pelo Judiciário do Estado em que foi prolatado não é considerado válido e, portanto, inexecutível, mesmo que neste Estado não haja quaisquer exigências, ou mesmo procedimentos jurídicos estabelecidos para que esta homologação se efetive. Por outro lado, em alguns desses laudos arbitrais estrangeiros, como o do Caso La Pastina X Centrofin (vide nota 19), a inexistência de homologação judicial do laudo alemão, a necessidade de homologá-lo em tribunal alemão nos mesmos moldes exigidos pelo direito brasileiro e o posterior *exequatur* consumiram dez anos de marchas e contramarchas judiciais, contados da data da prolação do laudo pelo Tribunal Arbitral Amigável de Hamburgo. Prazos tão longos para a resolução de um conflito e sua execução, possibilitando a satisfação dos direitos de contratantes, colocam-se na contramão da inserção econômica global do Brasil e, principalmente, prejudicam os próprios agentes do comércio internacional, haja vista que especialidade e confiança representam a essência do comércio internacional, conjuntamente com a celeridade na resolução dos conflitos, que permite a fruição rápida dos negócios.

²¹ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, n. 135, p. 949; também n. 137, p. 132.

Com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros em novembro de 1995, o Brasil passou a possuir um tríplice regime jurídico para disciplinar a executoriedade dos laudos arbitrais no Brasil: os laudos proferidos por tribunais arbitrais constituídos no território brasileiro deverão ser homologados pelo Poder Judiciário deste local; os laudos proferidos por tribunais arbitrais constituídos em outros Estados não-participantes da Convenção Interamericana (notadamente Estados Unidos da América e Estados europeus) deverão estar previamente homologados pelo Poder Judiciário do país de origem, como condição essencial para o pedido de *exequatur* perante o Supremo Tribunal Federal, mesmo que nestes Estados não se exija esta homologação para garantir a executoriedade ao laudo; e, por último, os laudos arbitrais prolatados por tribunais arbitrais constituídos em Estados participantes da Convenção como Argentina ou Uruguai, onde, para efeitos do pedido de *exequatur*, somente se exigirá a homologação prévia para dar caráter auto-executório ao laudo por juiz ou tribunal judiciário do local de origem se as leis do país de origem assim o exigirem. A complexidade desnecessária deste regime tríplice trouxe a necessidade de que mudanças fossem efetuadas. A primeira delas encontra-se no Projeto de Lei nº 4.905/95, que está em discussão no Congresso Nacional e estabelece o texto da Lei de Aplicação das Normas Jurídicas, que virá a substituir, se aprovado, a atual Lei de Introdução ao Código Civil.

Em 1962, percebendo a inadequação da atual Lei de Introdução ao Código Civil no que se refere à aplicação de normas estrangeiras, aos princípios mais modernos de direito internacional privado e a outras questões conexas, como a homologação de sentenças, foi nomeado o Professor Haroldo Valladão para elaborar um anteprojeto de lei que viesse a substituir a atual Lei de Introdução. O resultado foi um projeto amplo e autônomo, versando sobre uma série de matérias não-disciplinadas pela Lei de Introdução, nos moldes do Código Suíço de Aplicação de Normas. O projeto, apresentado no Congresso em 1970 e reapresentado em 1984, não logrou sucesso em sua aprovação. Permanecia, no entanto, a necessidade de atualizar e sistematizar as matérias objeto da atual Lei de Introdução, e, em 1987, no encerramento do I Congresso Brasileiro de Direito Internacional Privado, foi aprovada uma moção no sentido

de sugerir ao Governo Federal a nomeação de uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de lei que visasse à substituição da Lei de Introdução.

Em 1994 foi nomeada, no âmbito do Ministério da Justiça, uma comissão composta por quatro juristas – Professores Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Limongi França e Inocêncio Martins – para elaborar referido anteprojeto, ao qual se deu o nome de Projeto de Lei sobre a Aplicação de Normas Jurídicas. Em suas próprias palavras, a comissão enfatiza que “preparou um Anteprojeto em que procurou fundamentalmente atualizar a LICC”, adequando aos novos tempos e sistematizando toda a temática referente à aplicação das normas, seja a aplicação das normas em si mesmas consideradas, ligadas à interpretação e finalidades da norma; a aplicação das normas no tempo, ou direito intertemporal; a aplicação de normas no espaço, ou direito internacional privado, e as questões a eles conexas, como as referentes às homologações de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros.

O Projeto de Lei sobre a Aplicação de Normas Jurídicas introduziu mudanças na sistematização jurídica, trouxe embutido no seu texto um sistema conceitual moderno ligado ao direito intertemporal, trouxe igualmente grandes modificações conceituais e de conteúdo no que se refere ao direito internacional privado, especialmente no que se refere à lei aplicável às obrigações e contratos internacionais, e adequou aos princípios modernos e aos tratados internacionais que o Brasil ratificou a sistemática referente à homologação de sentenças e laudos arbitrais.

O art. 22 do Projeto de Lei nº 4.905/95 mantém a mesma orientação da Lei de Introdução ao Código Civil no que se refere à necessidade de homologação, para efeitos de *exequatur*, pelo Supremo Tribunal Federal, de sentenças judiciais, laudos arbitrais e atos com força de sentença judicial. Enfatiza a necessidade de citação do réu para o processo de homologação, exige que a sentença esteja revestida das formalidades necessárias à execução no local de origem, esteja traduzida e autenticada pelo cônsul, tal qual exige a atual Lei de Introdução. A grande modificação diz respeito à exigência de homologação do laudo arbitral pelo Judiciário do local da constituição do tribunal arbitral, *se a lei estrangeira o exigir*. Ou seja, o atual Projeto reduz o tríplice sistema de executoriedade dos laudos arbitrais nacionais

e estrangeiros a um duplo sistema, tal qual estabelecido pela Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais: os laudos arbitrais nacionais deverão ser homologados pelo Judiciário do local de sua prolação como condição para sua exequibilidade, enquanto os laudos estrangeiros deverão seguir a exigência ou não dessa homologação conforme a lei do local onde for constituído o tribunal arbitral.

As conseqüências dessa modificação são muito grandes. A simplificação do procedimento para a homologação dos laudos arbitrais pelo Supremo Tribunal beneficia todas aquelas empresas que atuam no comércio internacional, uma vez que torna mais rápida a solução dos conflitos e a satisfação dos interesses dos prejudicados, reforçando a confiança internacional na capacidade de empresas brasileiras de cumprirem os compromissos firmados. Por outro lado, a modificação trazida pelo Projeto tem conseqüências práticas imediatas, bastando mencionar que a grande maioria dos pedidos de *exequatur* de laudos arbitrais perante o Supremo Tribunal Federal tem como objeto laudos provenientes de três Estados que não exigem a prévia homologação do Judiciário local para efeitos de executoriedade do laudo: Estados Unidos da América, Alemanha e Reino Unido, o que tornará mais célere a sua execução em território nacional.

Para finalizar, deve-se notar que a mudança introduzida pelo Projeto não atinge os raros laudos arbitrais proferidos em território nacional, que devem ser homologados pelo Judiciário local para atingirem a executoriedade, mas poderá influenciar para que futuramente seja reformado o Código de Processo Civil e para que seja abolida esta exigência, o que poderia dar um impulso, em território nacional, à prática de solucionar conflitos de caráter econômico, ligados ao comércio internacional ou não, através da arbitragem, possibilitando uma diminuição do número de processos judiciais e, em conseqüência, uma melhoria na prestação jurisdicional do Brasil, morosa, dentre outros fatores, pelo acúmulo excessivo de processos, muitos dos quais poderiam ser resolvidos pela arbitragem por versarem sobre interesses disponíveis.

6. Conclusões

No moderno cenário internacional, que deve ter como norteador o princípio da solidariedade internacional, indispensáveis são os tratados internacionais, uma vez que

consubstanciam regras comuns a todos ou a um grupo de Estados e, em conseqüência, a seus súditos em suas relações múltiplas, para que atinjam o objetivo maior da paz e do intercâmbio entre os povos.

Se assim é, factível a existência de tratados internacionais para normatizar a prática de atos internos comuns a um grupo de Estados, uma vez decorrer a existência destes atos do exercício do poder soberano, e que necessitem, por razões diversas, terem reconhecidos os seus efeitos na esfera interna de outro Estado. Dentre estes atos se encontram o reconhecimento e a execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, objeto de inúmeros tratados e de uma convenção no âmbito da América.

A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, já ratificada pelo Brasil, procurou traçar critérios flexíveis, compatibilizando diversos sistemas normativos e diversos tratados e convenções existentes anteriormente acerca da matéria.

Em seus aspectos formais, a Convenção possui as mesmas exigências para o reconhecimento e execução da sentença presentes nos diplomas jurídicos brasileiros, possuindo apenas incompatibilidade no que se refere à exigência de homologação do laudo arbitral por tribunal ou juiz do Estado de origem da arbitragem, como condição de validade e exequibilidade do laudo para efeitos do pedido de *exequatur* ao Supremo Tribunal Federal, mesmo que as leis deste local não exijam a realização desta homologação.

Com a aprovação, pelo Congresso Nacional, do Projeto de Lei sobre a Aplicação de Normas Jurídicas (Projeto nº 4.905/95), esta discrepância será sanada, uma vez que estenderá a aplicação das normas sobre reconhecimento e execução dos laudos arbitrais presentes na Convenção Interamericana a todos os pedidos de *exequatur* de laudos estrangeiros, simplificando o procedimento atual, moroso e prejudicial à inserção completa do país no comércio internacional, inserção esta fundamentada na confiança, no sigilo e na rápida e equitativa solução dos conflitos.

Cláusula de convalidação em medidas provisórias

MANOEL ADAM LACAYO VALENTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Situação jurídica da legislação anterior atingida por medida provisória e a formação do direito adquirido. 3. Cláusula de convalidação em medidas provisórias. 4. Conclusão.

1. Introdução

O tema das medidas provisórias está, novamente, na ordem do dia. A excessiva produção legislativa, por meio de medidas provisórias, tem estimulado o debate sobre esta espécie de norma que integra o processo legislativo brasileiro. O reiterado emprego de medidas provisórias, para normatizar matérias de qualquer natureza jurídica, além da controversa questão da sua reedição ilimitada, mantém aceso o clamor pela delimitação regulamentar desse diploma legal.

Na anterior ordem constitucional, o descomodimento na utilização dos decretos-leis fortaleceu o consenso político que contribuiu para a sua extinção.

“Desnecessário repisar a deterioração desse instituto e a violação persistente que, com ele, se fez da ordem jurídica, convertido que foi em instrumento principal do arbítrio, na quadra autoritária experimentada pela Nação brasileira. Tanto e de tal forma foi o clamor contra o seu degenerado abuso, que o expungir da ordem constitucional se converteu em bandeira das principais forças políticas responsáveis pela transição coroada com a Constituição de 1988.”¹

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito, com habilitação em Direito Público, e bacharel em Comunicação Social. Possui curso de especialização em Processo Legislativo e Relações Executivo-Legislativas, ministrado pela Universidade de Brasília, e é Assessor Legislativo, da área de Administração Pública, da Assessoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

¹ FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 110, p.138-139, abr./jun. 1991.

Historicamente, procura-se justificar a inclusão de instrumentos legislativos de formação atípica na ordem constitucional com o argumento da morosidade, que seria uma variável presente no processo legislativo rotineiro. Assim, a administração pública não ficaria impedida de adotar medidas legais excepcionais, em situações de relevante interesse coletivo ou de emergência.

“As vicissitudes do processo legislativo ordinário nem sempre conferem à administração pública os instrumentos de que necessita para acudir aos interesses da coletividade, em situações de emergência.

Essa circunstância levou muitos sistemas constitucionais modernos a adotarem mecanismos de rápida utilização por parte do Poder Executivo, em caso de situações excepcionais, cujos efeitos são, na realidade, de verdadeiros decretos-leis, embora subordinados à ratificação do Parlamento.”²

A utilização de medidas provisórias deve ser norteada pelos requisitos da relevância e da urgência, previstos no *caput* do art. 62 da Constituição Federal, o que sinaliza para a excepcionalidade do seu emprego. Fazer da exceção a regra não só descaracteriza os elementos informadores da admissibilidade de medidas provisórias, como também retira do Congresso Nacional, como representante privilegiado da cidadania brasileira, a possibilidade da iniciativa legítima da atividade legislativa, razão essencial de sua existência.

A banalização do emprego de medidas provisórias nos conduz a uma situação de manifesta ilogicidade, pois, tendo em consideração os pressupostos autorizadores da sua adoção, teríamos de acreditar que quase tudo no universo governamental nacional, além de relevante, é urgente, o que, como sabemos, não corresponde efetivamente à realidade institucional.

Este ensaio, como se depreende de seu título, não pretende esmiuçar todos os assuntos vinculados com o tema das medidas provisórias, mas, na amplitude e complexidade da matéria, analisar e estimular a reflexão sobre a utilização da denominada cláusula de convalidação no contexto normativo dos procedimentos provisórios, previstos no art. 62 da Constituição Federal.

² *Ibid.*, p. 138.

2. Situação jurídica da legislação anterior atingida por medida provisória e a formação do direito adquirido

O legislador constituinte, ao substituir o antigo decreto-lei pela possibilidade de adoção de medida provisória, estabeleceu um recurso de eficácia temporal que funciona como verdadeira salvaguarda da ordem jurídica vigente, em face da excepcional competência legislativa do Poder Executivo. Com efeito, o parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal contém determinação normativa que condiciona a eficácia das medidas provisórias ao prazo de trinta dias, caso não sejam convertidas em lei nesse interregno:

“Art. 62.....

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Dessa forma, a característica distintiva da medida provisória, em confronto com o anterior decreto-lei, repousa na sua precariedade resolutiva, que é condicionada ao trintídio de eficácia, com perda *ex tunc* de seus efeitos. Essa perda de aptidão para produzir efeitos jurídicos *ab initio* permite a sobrevida da legislação anterior atingida pela medida provisória que caduca. Ocorre nesse caso não a reconstituição da legislação anterior, já que a mesma não fora revogada com definitividade, mas a sua reaplicação, temporariamente afastada pela norma provisória cujos efeitos se extinguiram. Por força dessa situação jurídica singular, há que ser entendido que, durante o trintídio de vigência da medida provisória, a anterior legislação, por ela atingida, fica, transitoriamente, sem aplicação, não resultando daí nenhuma revogação ou alteração definitiva no universo legal, salvo se convertida em lei a respectiva norma provisória.

Esse entendimento, de suspensão temporal da eficácia da legislação anterior atingida por medida provisória, é confirmado pela doutrina constitucionalista pátria.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em estudo precursor sobre o tema das medidas provisórias, posicionou-se da seguinte forma:

“Tendo esta ‘força de lei’, deve-se entender que derroga ou revoga a lei anterior com ela incompatível. Isto é

inexorável, pois somente assim poderia a medida provisória chamar para o seu império os atos ou fatos que, do contrário, estariam sujeitos a outra normação. Mas, rejeitada a medida provisória, ocorrerá a repristinação da lei derogada ou revogada? Como se sabe, não há repristinação sem norma expressa que a comande e a Constituição vigente não cuidou do assunto.

A meu ver, a questão deve ser posta noutros termos. A derrogação ou revogação da lei anterior por uma medida provisória seria apenas aparente. Esta suspenderia a vigência e a eficácia desta lei anterior, sobrepondo-lhe a norma que edita, mas a derrogação ou revogação propriamente ditas apenas viriam da conversão em lei da medida provisória pelo Congresso. Assim, inoocorrendo a conversão, perderia efeito a medida provisória, restituindo-se plena vigência e eficácia ao direito anterior. Note-se que esta solução se coaduna com o texto do art.62, parágrafo único, primeira parte: 'As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição' (...) Perder eficácia desde a edição, retroatividade, é fazer como se a medida provisória não tivesse tido eficácia, portanto, não tivesse tido a força de derogar ou revogar leis. Esta já era a solução que apresentei, para a hipótese de rejeição do decreto-lei, no meu *Do Processo Legislativo* (p. 258).³

Caio Tácito, por sua vez, em outro ensaio sobre as medidas provisórias, manifestou-se com as seguintes palavras a respeito da questão:

“Questão de importância sobre a eficácia da medida provisória se coloca, em termos objetivos, quanto à revogação de lei anterior com ela incompatível. A regra geral aplicável ao conflito de normas no tempo induz a que a eficácia imediata da medida provisória, dotada de força de lei, faça prevalecer a norma legal mais recente. Todavia, como a eficácia desta fica pendente da confirmação pelo Congresso, sem a qual ficam anulados, a partir de seu início, todos os seus efeitos, a

doutrina tende a uma solução de compromisso: até ser convertida em lei (o que lhe confere definitividade), a medida provisória não revoga a lei anterior, mas apenas suspende-lhe a vigência e eficácia, que se restauram se não subsiste a medida provisória, tanto pela rejeição como pela inércia do Congresso após o vencimento do prazo de apreciação. Fica, por essa exegese, superada a objeção de que a lei, quando revogada, somente é repristinada mediante norma expressa que a restaure.”⁴

Pinto Ferreira, em comentário ao art. 62 e parágrafo único da Constituição Federal, adota o mesmo posicionamento com relação à matéria:

“A medida provisória possui vigência e eficácia imediatas, mas destas não resulta a revogação dos atos legislativos com ela conflitantes ou incompatíveis. Ela possui eficácia temporal limitada de trinta dias, tendo efeitos paralisantes e não revocatórios em face das leis que lhe são anteriores e conflitantes.

Caso não se opere a conversão legislativa, fica restaurada a eficácia jurídica dos diplomas legislativos suspensos, afetados pela medida provisória.

Tal restauração da eficácia não se identifica nem se confunde com a repristinação; será *ex tunc*, isto é, desde a data da medida provisória não convertida.”⁵

Brasilino Pereira dos Santos, em sua obra *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*, além de ratificar os posicionamentos anteriores, apresenta a doutrina, defendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, sobre a revogação da lei anterior por medida provisória:

“Ensina o Professor Moreira Alves que: o texto constitucional estabelece que a medida provisória tem força de lei apenas por trinta dias. Durante esses trinta dias, ela atua como se fosse lei. E, conseqüentemente, revoga a lei anterior com ela incompatível. Só que essa revogação se faz sob condição resolutiva.

E prossegue. Há alguns autores

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As medidas provisórias com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5, p. 86-87, 1ª quin. mar. 1989.

⁴ TÁCITO, Caio. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 54, abr./jun. 1989.

⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. V. 3, p. 293-294.

brasileiros que preferem dizer que a medida provisória não revoga propriamente a legislação ordinária anterior com ela incompatível. Apenas suspende a eficácia dessa legislação.

Confesso que não gosto de usar circunlóquios – diz o Professor Moreira Alves –, pois o que é certo é que toda revogação implica a extinção de uma lei.

É mais, implicando a extinção de uma lei, obviamente, retira a sua eficácia. Com a revogação, a lei anterior deixa de existir e, conseqüentemente, perde a sua eficácia.

O problema aqui – continua o Professor Moreira Alves – é mais ou menos aquele que nós encontramos com relação aos negócios jurídicos, com referência aos seus três planos de eficácia, em que apenas um deles fica fora de jogo, que é justamente o intermediário, que é o da validade, tendo em vista a circunstância de que, com a revogação, há uma extinção. E havendo uma extinção, o que existia deixa de existir, sendo que esta inexistência superveniente, por extinção, acarreta não obviamente a invalidade, que não é problema decorrente dessa extinção, mas acarreta a perda da vigência e, conseqüentemente, a perda da eficácia dessa norma.

Prossegue o Professor Moreira Alves. Mas veja-se que é uma perda de eficácia sob condição resolutiva, porque, se porventura não vier uma lei de conversão, esta perda de eficácia se resolve. E, conseqüentemente, aquela lei anterior não se repristina. Aquela lei anterior se tem como se jamais tivesse deixado de existir. Isto, tendo em vista a circunstância de que a nossa Constituição, na segunda parte do art. 62, afastou, quanto às medidas provisórias, o princípio da irretroatividade, ao dizer *que perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias a partir de sua publicação*, o que implica dizer que a medida provisória, porque é um ato com força de lei sob condição resolutiva, que se resolve na medida em que não é convertida em lei, ou porque foi expressamente rejeitada, ou então porque, dentro do prazo de trinta dias, houve a omissão do Congresso

Nacional quanto à sua apreciação, ou para rejeitá-la expressamente ou para convertê-la em lei.

Na realidade, temos uma revogação sob condição resolutiva. Continua. Essa condição resolutiva – como acontece com as condições em geral, quando elas ocorrem – tem eficácia, e, conseqüentemente, a lei que fora revogada revive como se jamais tivesse sido revogada. E é exatamente o mesmo fenômeno que ocorre quando a lei revogadora é declarada inconstitucional, desde que o ordenamento jurídico admita que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, o que significa dizer que a lei se considera, no caso da inconstitucionalidade, como inválida *ab ovo*, ou seja, desde o início. E, por via de conseqüência, é como se jamais tivera existido. E, conseqüentemente também, se jamais existiu a lei revogadora, é óbvio que a lei aparentemente revogada, em verdade, jamais foi revogada.”⁶

Por fim, vale registrar a visão de Saulo Ramos sobre a mesma questão:

“A medida provisória, enquanto equivalente constitucional da lei, possui vigência e eficácia imediatas, sem que disso decorra, no entanto, a revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis. Por dispor de *eficácia temporal limitada* (trinta dias), enquanto não se der a *conversão*, em lei, da medida provisória, esta somente *paralisará* os efeitos das leis a ela anteriores e com ela conflitantes, iniludindo-as completamente em seu conteúdo eficaz. Não se operando, porém, a conversão legislativa, restaurar-se-á a eficácia jurídica, até então meramente *suspensa*, dos diplomas afetados pela edição do ato normativo provisório. Essa restauração de eficácia – inconfundível com o instituto da repristinação – enfatize-se será *ex tunc*. Portanto, desde a data de edição da medida provisória não convertida.

Só após a conversão da medida provisória em lei é que se consumará a revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis. Até que isso ocorra,

⁶ SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo : LTr, 1994. p. 538-539.

nenhum será o efeito derogatório.”⁷

Releva mencionar que a manifestação de Saulo Ramos foi expandida no Parecer n° SR-92, da então Consultoria Geral da República, que foi aprovado por despacho do Presidente da República, publicado no *Diário Oficial da União*, Seção I, de 23 de junho de 1989, vinculando a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento, tendo em vista a determinação constante do art. 40, § 1º, da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Assim, em razão da não-conversão de medida provisória em lei, no prazo constitucional, a legislação anterior se restabelece e, com sua eficácia, passa novamente a produzir efeitos jurídicos, incidindo, inclusive, no período de vigência da medida provisória não-convertida. O desaparecimento da suspensão momentânea, da anterior legislação atingida por medida provisória, reabre o rotineiro processo de aplicação das normas legais, com a observância dos princípios basilares, insertos na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, pertinentes à vigência, eficácia e aos limites da retroatividade das leis, os quais também são válidos e aplicáveis no trintídio de vigência das medidas provisórias.

Ora, se as medidas provisórias não-convertidas em lei perdem eficácia *ex tunc* e, por consequência, no período do respectivo trintídio, volta a ser operante a anterior legislação, dessa particular condição podem resultar atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, que se consubstanciarão com respaldo na ordem normativa pretérita que recobra sua eficácia. Por outro lado, uma possível reedição da medida provisória que caducou não poderá retroagir para prejudicar os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos que se concretizaram antes de sua publicação. Em que pese a clareza e a lógica jurídica que informam essa argumentação, vale insistir na sua defesa e difusão como postura preventiva de preservação dos direitos integralizados e das relações jurídicas acabadas.

Ainda sobre o tema dos direitos adquiridos e a sua relação com as medidas provisórias, parece-nos oportuna a apresentação de mais

algumas considerações, embora sob a forma de exemplos a seguir expostos.

No primeiro dia de um determinado mês, uma medida provisória, adotada pelo Presidente da República, extingue vantagem pecuniária de servidores públicos, cuja aquisição se faz pelo transcurso do tempo a termo legal. Até o trigésimo dia desse mesmo mês, a medida provisória em questão não é convertida em lei. Como passo seguinte, no primeiro dia do mês subsequente, o Chefe do Poder Executivo faz editar nova medida provisória, como reedição da anterior, com a pretensão de considerar extinta a mesma vantagem pecuniária *ex facto temporis*, a contar do primeiro dia do mês anterior, como o fizera a antecedente medida provisória. Nesse caso, sem dúvida, descortina-se a contrariedade dessa disposição temporal, da vigente medida provisória, com a garantia constitucional de proteção aos direitos adquiridos e da vedação da incidência retroativa da lei sobre esses, conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e o previsto no art. 6º, *caput*, do Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil):

“Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Em outra situação, um pouco distinta da anterior, nova medida provisória, editada como reedição, propõe a extinção da vantagem pecuniária citada, a contar da sua vigência, mas, em outro artigo, preconiza a convalidação dos atos praticados sob a égide da anterior medida provisória, o que importaria, no entendimento de seus idealizadores, na impossibilidade da conquista, como direito adquirido, da mesma vantagem pecuniária, também extinta, no trintídio antecedente pela norma provisória já ineficaz. Nesse segundo exemplo, a medida provisória vigente peca por inconstitucionalidade por tentar projetar ultra-atividade legal a anterior medida provisória, elasticendo, de forma inadequada, o período de eficácia fixado na Carta Política para os provimentos provisórios e subtraindo do Congresso Nacional o disciplinamento das relações jurídicas deles decorrentes. No nosso entendimento, em função das disposições inscritas no texto constitucional, pertinentes à eficácia das medidas provisórias e à proteção dos direitos adquiridos, a republicação sucessiva de normas provisórias não tem o condão de interromper a formação de direitos adquiridos, após o decurso dos trintídios

⁷ BRASIL. Consultoria Geral da República. Parecer n. SR-92, de 21 de junho de 1989. Medida Provisória instituída pelo artigo 62 da Constituição. Consultor: José Saulo Ramos. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 10182, 23 jun. 1989. Seção I.

respectivos *in albis*.

Agora, em sentido contrário, cabe perguntar se a medida provisória pode proporcionar o surgimento de direitos adquiridos. Sendo a medida provisória uma norma pendente de resolução para sua efetiva entrada no ordenamento jurídico e com possibilidade real de desconstituição *ab initio*, não vemos como podem surgir direitos adquiridos desse instrumento legal, salvo na ocorrência de sua conversão em lei.

“Diante das considerações ora vistas, no caso de uma hipótese de incidência em medida provisória, a rigor, não há direito adquirido ou situação jurídica inalterável a arbítrio de outrem. O Congresso Nacional pode suprimir a situação jurídica prevista em medida provisória. Há apenas ‘expectativa’ do titular de uma situação jurídica prevista nela. Há simples ‘esperança’ de que ela seja convertida em lei. Não tem o destinatário da medida provisória nem a faculdade de exercer em juízo a pretensão de sua incidência, tão precária ela é. Norma não plenamente eficaz, dependente de uma condição resolutiva. Não introduz a medida provisória norma vigente plenamente. Sua vigência depende de ato positivo do Congresso Nacional. A simples omissão do Congresso Nacional já implica a rejeição da medida provisória. E pior ainda em certas hipóteses em que as normas inscritas em medidas provisórias sofram resistência com base em valores hospedados pela sociedade, a exemplo de medidas provisórias que introduzam medidas impopulares ou qualquer espécie de sacrifício, como quase sempre acontece.”⁸

“É mister, porém, recordar que a rejeição da medida provisória, tornando inexistentes os seus efeitos, exclui a hipótese de que sua aplicação condicional tenha gerado direito adquirido ou ato jurídico perfeito, que a lei não poderá prejudicar (CF, art. 5º, XXXVI).”⁹

“Patente está que o direito adquirido só pode arrimar-se em norma estável como a lei, entendida em seu sentido estrito, nunca em uma norma temporária, excepcional, sujeita, ainda, à apreciação

final do Congresso. A norma excepcional é transitória, só alcançando caráter firme pelo acolhimento do Congresso.”¹⁰

“A incompatibilidade teórica entre o direito adquirido e as relações jurídicas sob condição adviria da circunstância de ser o implemento desta (por natureza incerto) um dos requisitos indispensáveis à complementação do fato aquisitivo específico. Com efeito, enquanto a mesma não se verificasse, não haveria de falar em direito adquirido.”¹¹

Dessa maneira, não há possibilidade de aquisição de direitos adquiridos sob o pálio normativo de medidas provisórias, considerando sua precariedade jurídica. Contudo, o direito adquirido surge com respaldo na legislação anterior, posta em suspensão pela medida provisória não-convertida em lei.

3. Cláusula de convalidação em medidas provisórias

A regra imperativa imposta pela Constituição, no parágrafo único do art. 62, é a da perda da eficácia *ex tunc* das medidas provisórias não-convertidas em lei no prazo de trinta dias, a contar de sua edição. Se da eficácia da norma jurídica decorre a possibilidade de produção de efeitos no universo do Direito, em sentido contrário, a norma tornada ineficaz não possui força legal para gerar direitos ou obrigações.

“O ato inexistente, e mesmo o ato nulo, não tem eficácia, pois eficácia, em momento algum, advém do nada ou do nulo, pois o ato nunca pode ser completado, somado, pela simples razão de que não existe. Não é.”¹²

Assim, se há perda de eficácia *ab initio* das medidas provisórias não-convertidas em lei nos trintídios respectivos, além da reaplicação da anterior legislação com elas incompatível, bem como a observância indeclinável da irretroatividade prejudicial aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos, é de se indagar da

¹⁰ RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p. 93.

¹¹ FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 247.

¹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992. p. 2744.

⁸ SANTOS, op. cit., p. 517.

⁹ TÁCITO, op. cit., p. 56.

constitucionalidade das denominadas cláusulas de convalidação que figuram, em regra, nos textos das medidas provisórias reeditadas. Como convalidar o inexistente, o nulo, o que deixou de existir no mundo jurídico por expressa determinação constitucional? A impropriedade absoluta da convalidação, nesses casos, resulta da inexistência do seu objeto. Não há como convalidar o inexistente. Na verdade, o legislador do provimento provisório, com a cláusula de convalidação, pretende manter operantes os efeitos, agora ineficazes, de anterior medida provisória, o que, sem embargo, representa manifesta contrariedade ao texto constitucional (art. 62, parágrafo único).

“Se os atos administrativos afrontam o ordenamento jurídico e, por essa razão, são tidos como inválidos, não cabe falar em convalidação (supressão da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido.”¹³

Por outro lado, além da nossa posição contrária ao emprego da cláusula de convalidação em medidas provisórias, não podemos deixar de registrar nossa discordância, também, quanto ao uso da expressão “convalidação”. Com efeito, o termo convalidação, no campo do Direito Administrativo, pressupõe a existência de ato anterior defeituoso, que viria a ser saneado pela incidência da convalidação. A utilização do termo convalidação, nesse contexto, sinalizaria para a conclusão de que os atos praticados, com fulcro em medidas provisórias antecedentes, estariam eivados de vícios, daí a necessidade do seu saneamento. No entanto, essa situação não corresponde ao acontecido efetivamente no nosso universo jurídico. Se admitida fosse, pela Constituição, qualquer operação destinada a preservar a validade dos efeitos produzidos por atos editados com base em medida provisória não-convertida em lei, certamente que a técnica jurídica reclamaria pela substituição do termo *convalidação* pelo vocábulo *confirmação*. “A confirmação difere da convalidação, porque ela não corrige o vício do ato; ela o mantém tal como foi praticado.”¹⁴ Independentemente da questão terminológica, o que se almeja com a cláusula de convalidação é a preservação da eficácia dos atos produzidos durante a vigência de provimento

provisório anterior ao atual. Contudo, essa desejada prorrogação de validade do provimento provisório antecedente não encontra amparo constitucional, pois a única forma válida de atingir esse objetivo é pela conversão daquela primeira medida provisória em lei. Caso contrário, a provisoriedade dessa medida seria desfigurada por meio de cláusula de convalidação inscrita em outra medida da mesma espécie.

A precariedade temporal das medidas provisórias resultou de escolha soberana da Assembléia Nacional Constituinte, precursora da Carta Política de 1988. A sua característica marcante é a de assegurar a observância dos limites das competências próprias dos poderes constituídos. A legitimação do emprego de cláusulas de convalidação em medidas provisórias contribui para a usurpação de encargos privativos do Poder Legislativo, como o previsto no parágrafo único, *in fine*, do art. 62 da Constituição Federal. Por outro lado, a cláusula de convalidação expurga o caráter provisório dos provimentos de urgência, atribuindo-lhes uma falsa roupagem de efetividade própria da lei formal. Voltamos a enfatizar que, se o legislador constituinte de 1988 o desejasse, poderia ter adotado uma prescrição de validação dos atos praticados com base em medidas provisórias não-convertidas em lei, como vigorava na revogada Constituição em relação aos decretos-leis:

“Art. 55.....
.....

§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.”

Note-se, entretanto, que a vigente Constituição Federal reservou ao Congresso Nacional a competência exclusiva para disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias.

“Com isso, não é de admitir a substituição, por unilateral declaração de vontade do Presidente da República, do próprio Congresso Nacional, que, a partir das cláusulas de convalidação referidas, vê-se afastado do exercício de uma competência que, nessa matéria, somente a ele a Constituição defere.”¹⁵

¹³ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 100.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1996. p. 204.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho em pedido de Medida Liminar decorrente da ADIn 365-8/600. Relator: Ministro Celso de Mello. 1 out. 1990. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 10.718, 5 out. 1990. Seção I.

Brasilino Pereira dos Santos, em seu livro *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*, registra trechos do artigo do Senador Alfredo Campos, intitulado *Medida Provisória*, que foi publicado no *Jornal de Brasília*, de 3 de junho de 1990, do qual transcrevemos parte referente ao tema da convalidação:

“Negamos, também, prossegue o Senador Alfredo Campos, a possibilidade de convalidação dos efeitos jurídicos da medida provisória rejeitada pela sua reedição, não obstante isso tenha sido tentado, recentemente, com a MP n° 184/90, que em seu artigo 3° assevera:

‘Ficam convalidados os atos praticados com base nas Medidas Provisórias ns. 172, 174 e 180...’

Recorremos, para embasar o nosso entendimento, explica o Senador Alfredo Campos, a dois argumentos jurídicos. O primeiro diz respeito à irretroatividade da lei brasileira, consagrada no artigo 5°, XL, da Lei Maior e no artigo 6° da Lei de Introdução ao Código Civil. E o segundo consiste na previsão do parágrafo único do artigo 62 da Constituição, que, ao preceituar a regulamentação, pelo Congresso Nacional, das relações jurídicas criadas em razão da vigência provisória da norma, inviabiliza toda e qualquer tentativa de convalidação.”¹⁶

Por estrita pertinência com o tema da cláusula de convalidação, vale também transcrever o inteiro teor do despacho do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, proferido no pedido de medida liminar decorrente da Ação Direta de Inconstitucionalidade 365-8/600-D.F.:

“Despacho: A Confederação Nacional da Indústria, entidade sindical de grau superior, ajuíza ação direta de inconstitucionalidade, impugnando a Instrução Normativa n° 102, de 31.7.90, editada pelo Departamento da Receita Federal da Secretaria da Fazenda Nacional.

Alegando que a Instrução Normativa atacada cria novas hipóteses de incidência do IOF, a autora aponta como violados os arts. 146, III, *a*, e 150, I, da Constituição.

Requer, por fim, medida liminar, para

suspensão da eficácia do diploma impugnado, de forma a evitar, até o julgamento final da ação, a incidência do tributo.

O pedido, contudo, carece de objeto.

Fundamento de existência e validade da Instrução Normativa impugnada é o art. 5° da Medida Provisória 195/90. Esta, porém, editada em 30 de junho de 1990, não chegou a ser apreciada em tempo hábil pelo Congresso Nacional, o que importa – como assinala o eminente Min. Paulo Brossard (ADIn 295-DF) – a sua rejeição tácita ou presumida.

Mesmo, porém, que assim não se entenda, não há como recusar que a decadência da Medida Provisória 195/90, pelo decurso in albis do prazo constitucional de 30 dias, operou a desconstituição, com efeitos *ex tunc*, dos atos produzidos na sua vigência, dentre os quais a própria instrução normativa emanada da Secretaria da Fazenda Nacional e editada – como claramente emerge do seu próprio preâmbulo – com fundamento no ato presidencial não-convertido em lei.

O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*As Medidas Provisórias com Força de Lei*, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, n° 5, 1ª quinzena de março/89, p. 86) assim apreciou a questão concernente ao valor dos atos praticados com fundamento em medidas provisórias não-convertidas em lei:

‘Do art. 62 da Constituição resulta a eficácia imediata da medida provisória. Portanto, sua imediata aplicabilidade. Conseqüentemente, se rejeitada a medida provisória, havendo sido suas normas aplicadas provavelmente a numerosos casos concretos, qual será o valor destes atos de aplicação? Serão desconstituídos, como se nulos fossem? Serão válidos e perfeitos, como ocorria em relação aos atos praticados com base em decreto-lei desaprovado?’

‘(...) A perda de eficácia de medida provisória desaprovada ocorre desde a edição... Desse modo, não tendo tido eficácia (válida) desde a edição, a medida provisória não teria aplicabilidade (válida). Os atos em que tiver sido aplicada deverão assim ser desconstituídos como se nulos fossem. A perda de eficácia *ex tunc* da medida provisória importaria na

¹⁶ SANTOS, op. cit., p. 444-445.

perda de eficácia *ex tunc* de suas aplicações.’

De outro lado, não é de admitir a ratificação do ato ora impugnado mediante cláusula de convalidação inscrita, respectivamente, nos arts. 9º e 10 das Medidas Provisórias 200 e 212/90, que disciplinam a mesma matéria, reproduzindo, *ipsis verbis*, o conteúdo do art. 5º da Medida Provisória 195/90.

A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não-convertidas afronta o preceito consubstanciado no art. 62, parágrafo único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical com eficácia *ex tunc*. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não-apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o texto constitucional, mas, também, com a própria *mens constitutionis*, que quis suprimir a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico.

Ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, cuja rejeição *não acarretava* a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (CF/69, art. 55, § 2º), a rejeição – e igualmente a não-conversão – da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição.

Esse aspecto, por si só, revela que a cláusula de convalidação, ao conferir verdadeira perpetuidade aos efeitos decorrentes de medidas provisórias não-convertidas, atribui, à ausência de conversão legislativa desses atos cautelares, conseqüências jurídicas contrastantes – *porque desautorizadas* – com a própria disciplina constitucional do instituto. Isso tanto mais se evidencia a partir da previsão constitucional inserida no art. 62, parágrafo único, no sentido de que, não convertida a medida provisória em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, deverá o Congresso Nacional ‘disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes’.

A ratificação, pelo Poder Executivo, dos atos editados sob a égide de medida provisória não-convertida, por traduzir usurpação daquela competência

constitucional deferida privativamente ao Congresso Nacional, revela-se írrita e nula em sua indisfarçável desvalia jurídica.

Para Antonio D’Andrea (Le Nuove Procedure Regularmentari per l’esame dei Decreti Legge in Parlamento: Un primo Bilancio, in *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1/86-87, 1983), esse procedimento – anormalmente substitutivo da competência do Parlamento – insere-se, consoante observa, na *praxis* ‘degenerativa del decreto legge’, que constitui o resultado de ‘una serie di distorsioni istituzionali’, motivada pela ‘proliferação dei decreti legge’.

Ao acentuar a tendência que moderadamente se registra no cenário político-institucional da Itália, em que se desenvolve o ‘processo di riappropriazione da parte del Parlamento delle proprie funzioni e soprattutto di quelle di indirizzo e di controllo’, esse mesmo autor lança grave advertência, assinalando que o uso reiterado desse *exceptional* instrumento – a que correspondem as nossas medidas provisórias – implicará ‘un mutamento sostanziale della forma di governo nel senso di un progressivo rafforzamento dell’ ‘Esecutivo connesso a un crescente indebolimento del Parlamento’ (op. cit., p. 87/88).

A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não-convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Congresso Nacional, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado.

O exercício dessa prerrogativa congressional deriva, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da *reserva de competência* do Congresso Nacional.

A disciplina de que trata o parágrafo único do art. 62 da Carta Política tem, por isso mesmo, *na lei formal*, de exclusiva atribuição do Congresso, seu instrumento jurídico *idôneo*, sendo relevante observar que, de seu processo de formação, *co-participará* o Presidente da República, pelo exercício da competência constitucional de que dispõe para sancionar ou vetar os projetos de lei aprovados pelo Legislativo.

Cabe aqui invocar, por sua extrema

pertinência, o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (ob. loc. cit.), ao tratar da exclusividade da atuação a *posteriori* do Congresso Nacional, *verbis*: ‘Claramente, o texto, ao prescrever a perda de eficácia *ex tunc* da medida provisória não convertida em lei, fixou um princípio: o de que as normas editadas por esse meio não deveriam ter efeitos válidos. Assim, deve-se entender que, em princípio, os atos conseqüentes de uma medida provisória rejeitada são de nenhum valor, devem ser considerados como írritos.

É indubitável, todavia, que o texto mencionado permite que o Congresso Nacional, ao rejeitar as medidas provisórias, discipline ‘as relações jurídicas delas decorrentes’. Isto significa que ele pode regular as conseqüências de medida provisória, reconhecendo-lhe, no todo ou em parte, validade. A situação, então, muito se assemelharia à que a Constituição anterior previa, no art. 55, § 2º, em relação aos decretos-leis não aprovados. Entretanto, como se trata de uma exceção, apenas em deliberação expressa, *por via de lei*, poderá o Congresso Nacional reconhecer validade a ato praticado com base em medida provisória não aprovada. Esta é, aliás, a solução prevista na parte final do art. 77 da Constituição da Itália.’

Com isso, não é de admitir-se a substituição, por *unilateral* declaração de vontade do Presidente da República, do próprio Congresso Nacional, que, a partir das cláusulas de convalidação referidas, vê-se afastado do exercício de uma competência que, nessa matéria, somente a ele a Constituição defere.

Cessada a eficácia da Medida Provisória 195/90, operou-se a conseqüente extinção da própria Instrução Normativa 102/90, que não pode subsistir, *autonomamente*, uma vez que editada com o específico objetivo de viabilizar e ensejar a integral aplicabilidade daquele diploma quase-legislativo. Uma norma regulamentar não pode encontrar fundamento em ato normativo que juridicamente já não mais existe.

Essa natureza acessória da Instrução Normativa 102/90, de todo modo, desautoriza a sua impugnação pela via da ação

direta de inconstitucionalidade. Isso, porque a contestação possível do seu conteúdo material induz, ordinariamente, a um *juízo de legalidade*, formulado em face do art. 5º da Medida Provisória 195/90. Eventuais violações à Constituição assumirão caráter meramente oblíquo, insuficiente para legitimar o controle concentrado de constitucionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de *repelir* a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, por via de ação, nas situações em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que, inobstante veiculadores de conteúdo normativo, ostentam caráter meramente ancilar em função das leis a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar. Em tais casos, o eventual extravasamento dos limites impostos pela lei caracterizaria situação de mera ilegalidade, inapreciável nesta sede.

Nesse sentido, a decisão proferida nos autos da ADIn 311-DF, ajuizada pela mesma autora contra ato normativo de igual hierarquia (Instrução Normativa 62/90, também do Departamento da Receita Federal), em que o Ministro Carlos Velloso, Relator, estatuiu: ‘A instrução normativa tem por finalidade estabelecer interpretação de lei ou de regulamentar no âmbito das repartições fiscais. Destarte, se essa interpretação discrepa, vai além ou fica aquém da lei ou do regulamento, a questão é puramente de ilegalidade e não de inconstitucionalidade’.

Nego seguimento ao pedido (Lei 8.038, art. 38).

Publique-se.

Brasília, 1º de outubro de 1990 -
*Ministro Celso de Mello, Relator.*¹⁷

Da decisão negatória da concessão de medida liminar nos autos da ADIn 365-8/600-DF resultou a interposição de Agravo Regimental, ao qual, em Sessão Plenária, por unanimidade de votos, foi denegado provimento pelos Ministros do Supremo Tribunal, em 7 de novembro de 1990. A ementa desse julgado

¹⁷ O conjunto de elementos que integram esta referência bibliográfica encontra-se explicitado na nota de rodapé de número 15. Deve apenas ser registrada a página inicial de sua publicação no Diário da Justiça; 10.717.

também expõe um entendimento valioso sobre os atos decorrentes de medidas provisórias não convertidas em lei:

“EMENTA – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Agravo Regimental – Impugnação de Instrução Normativa do Departamento da Receita Federal – Alegada Vulneração de Princípios Constitucionais Tributários – Seguimento Negado – Natureza das Instruções Normativas – Caráter Acessório do Ato Impugnado – Juízo Prévio de Legalidade – Matéria Estranha ao Controle Concentrado de Constitucionalidade – Medida Provisória - Disciplina Constitucional das Relações Jurídicas Fundadas em Medida Provisória Não-Convertida em Lei – Efeitos Radicais da Ausência de Conversão Legislativa – Insustentabilidade dos Atos Regulamentares Fundados em Medida Provisória Não-Convertida – Agravo Não-Provido.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de repelir a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, por via de ação, nas situações em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que, inobstante veiculadores de conteúdo normativo, ostentam caráter meramente ancilar ou secundário, em função das leis, ou das medidas provisórias, a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar. Em tais casos, o eventual extravasamento dos limites impostos pela lei, ou pela medida provisória, caracterizará situação de mera ilegalidade, inapreciável em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

- Crises de legalidade, que irrompem no âmbito do sistema de direitos positivo, caracterizadas por inobservância, pela autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação normativa à lei, revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis do controle jurisdicional concentrado, cuja finalidade exclusiva restringe-o, tão-somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade.

- As Instruções Normativas, editadas por órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e

eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexo de acessoriedade e de dependência. Se a instrução normativa, editada com fundamento no art. 100, *i*, do Código Tributário Nacional, vem a positivar em seu texto, em decorrência de má interpretação da lei ou medida provisória, uma exegese que possa romper a hierarquia normativa que deve manter com estes atos primários, viciar-se-á de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

- Medidas Provisórias. A rejeição da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso *in albis* do prazo de 30 (trinta) dias, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional. A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não-convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Poder Legislativo da União, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional decorre, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina a que se refere a Carta Política em seu art. 62, parágrafo único, tem, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso Nacional, seu instrumento jurídico idôneo.

- Os atos regulamentares de medidas provisórias não-convertidas em lei não subsistem autonomamente, eis que nelas reside, de modo direto e imediato, o seu próprio fundamento de validade e de eficácia. A ausência de conversão legislativa opera efeitos extintivos radicais e

genéricos, de modo a afetar todos os atos que estejam, de qualquer modo, casualmente vinculados à medida provisória rejeitada ou não-transformada em lei, especialmente aqueles que, editados pelo próprio Poder Público, com ela mantinham – ou deveriam manter – estrita relação de dependência normativa e de acessoriedade jurídica, tais como as Instruções Normativas.”¹⁸

Todos esses comentários e decisões judiciais vêm demonstrar a clara inconstitucionalidade das denominadas cláusulas de convalidação em medidas provisórias, que imprimem caráter de validade a atos que não podem subsistir em face da sua dependência hierárquico-normativa com os provimentos provisórios não-transformados em lei. Cabe ao Congresso Nacional, detentor da exclusiva competência para disciplinar as relações decorrentes de medidas provisórias, exercer esse múnus, reconduzindo a possibilidade de adoção dessa espécie legal ao seu arcabouço original, como previsto no texto constitucional.¹⁹

4. Conclusão

No Estado Democrático de Direito o Parlamento Nacional ocupa lugar de destaque e de importantes responsabilidades públicas. Se o princípio da legalidade figura como a pedra angular dessa forma de organização política, impende que o Poder Legislativo exerça suas missões na plenitude da outorga que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. Nas democracias modernas é indiscutível a necessidade de ter-se um instrumento legal que, atendendo ao interesse público, possibilite, em casos de comprovada relevância e urgência, imediata resposta jurídica ao repentino fato social que venha a reclamar regulação normativa. A prática dessa faculdade legislativa excepcional, entretanto, deve ser rigorosamente parcimoniosa, guardando efetiva proporcionalidade com o exercício do processo legislativo ordinário. A descharacterização da singularidade extrava-

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental não provido nos autos da ADIn 365-8-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 7 nov. 1990. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 2645, 15 mar. 1990.

¹⁹ Reedições recentes de medidas provisórias já ultrapassaram o limite anterior de convalidação de atos praticados com base em normas provisórias não-convertidas em lei. Na Medida Provisória nº 1.347, de 12 de março de 1996, por exemplo, o seu art. 14 preconiza a convalidação dos atos praticados com

gante, que informa a possibilidade de utilização de formas atípicas de produção legislativa, compromete, em primeiro plano, a juridicidade do instrumento de exceção e, em segundo nível, fragiliza os fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, pelo afastamento da vontade popular da ambiência política de formação das leis.

Bibliografia

- BARROS, José Fernando Cedeño de. Disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 203-208, jul./set. 1992.
- CLARK, Giovani. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 113, p. 153-170, jan./mar. 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992. V.5.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1996. 567 p.
- FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.28, n. 110, p. 137-152, abr./ jun. 1991.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição...* São Paulo : Atlas, 1991. 137 p.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. V.3.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. 295 p.

— .As medidas provisórias com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5, p. 86-89, 1º quin. mar. 1989.

FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. 336 p.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. 651 p.

HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990.

base em artigos da Medida Provisória nº 1.160, de 26 de outubro de 1995, e a convalidação integral das Medidas Provisórias nº 1.195, de 24 de novembro 1995, 1.231, de 14 de dezembro de 1995, 1.268, de 12 de janeiro de 1996, e 1.307, de 9 de fevereiro de 1996. Assim, o que verificamos, nesse caso, é a própria convalidação de medidas provisórias e não de atos praticados com base naquelas.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 28-32, jul./set. 1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho em pedido de medida liminar decorrente da ADIn 365-8-DF. Relator: José Celso Mello Filho. *Diário de Justiça*, Brasília. p. 10717- 10718, 5 out. 1990. Seção I.
- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. 160 p.
- RAMOS, José Saulo. *Parecer n. SR-92*, de 21 de junho de 1989, da Consultoria Geral da República. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23, jun.1989. Seção I, p. 10180-10186.
- SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo : Ltr, 1994. 900 p.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. 820 p.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. 269 p.
- TÁCITO, Caio. Medida provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 90, p. 50-56, abr./jun. 1989.
- WEISS, Fernando Lemme. Medidas provisórias... reedição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 99, p. 138-141, jul./set. 1991.

Reeleição do Presidente da República

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

A oligarquia deseja um Estado mínimo com simbolismo máximo. Um presidente que parece um rei se encaixa à maravilha nesse projeto.

A eletividade, a rotatividade, a despersonalização do poder são características republicanas. Rousseau dissera, dos ingleses, que são livres somente no instante de votar. Ao fixar em dois anos a duração do mandato dos deputados, o constituinte norte-americano tinha certamente em vista a maior proximidade possível entre a representação e a democracia direta.

Entretanto, com relação ao Presidente da República, não se agiu assim. Fixou-se em quatro anos a duração do seu mandato, talvez porque, na concepção original da separação dos poderes, fosse ele apenas o executor das políticas ditadas pelo parlamento, este sim, considerado como expressão da soberania e órgão máximo do poder. O presidente parecia, então, uma espécie de sucedâneo real, sem os atributos da nobreza e sujeito ao parlamento.

Apenas com o correr do tempo se iria delineando aquilo que, chamado a princípio *regime presidencial* (Bagehot), evoluiria para o que os franceses (Vedel) passaram a designar, com rigor técnico, como *regime presidencialista* (ou *presidencialismo*) e que na América Latina se configurou como *hiperpresidencialismo* (Nino) ou *presidência imperial* (Schlesinger).

O silêncio do pacto de Filadélfia sobre a possibilidade de reeleição do presidente não significa que tivessem os constituintes descuidado do tema. Hamilton (*Federalist papers*) defende a reelegibilidade. Segundo Corwin (*A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio: Zahar Ed., 1986), o sentimento da Convenção era pela reelegibilidade indefinida, mas Jefferson objetou que isso equivaleria à vitaliciedade.

Sérgio Sérvulo da Cunha é Advogado.

Parecer elaborado para o Instituto dos Advogados Brasileiros, atendendo a indicação de seu presidente, o Dr. Benedito Calheiros Bomfim.

Até a edição da 22ª emenda, em 27.2.51, (que limitou a um só período a possibilidade de reeleição), não havia regra, senão costumeira, a respeito.

No Brasil, ao elaborar-se a primeira Constituição republicana, tínhamos já o precedente da América espanhola e sua experiência contrária à reelegibilidade. Os historiadores costumam apontar, como exceção, apenas o ocorrido no México, onde, afinal, a presidência praticamente vitalícia de Porfírio Díaz levaria à enfática vedação da reeleição, inserta na Constituição de 1917.

Embora não associassem república e regime presidencial (v. Afonso Arinos, *A história vivida*, ed. O Estado, III/395), nossos constituintes de 1891 adotaram esse regime, consensualmente. Também praticamente de modo consensual – o que viria a repetir-se em todas as nossas constituintes – vedou-se a reeleição do presidente. O debate restringiu-se ali à duração do mandato presidencial e à duração da irreelegibilidade (se indefinida, se passados dois períodos, ou se vigorando apenas para o período imediato). O Deputado paulista Almeida Nogueira, embora favorável a um mandato longo, manifestou-se contrário à possibilidade de reeleição:

“... a realizar-se esta, não será feita com liberdade, porque exatamente um presidente que não tiver bem exercido o seu mandato, mas que tiver apego ao cargo, não hesitará em lançar mão de todos os meios oficiais para comprimir a liberdade do voto e alcançar a vitória das urnas...” (Agenor de Roure, *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979, 1/465).

Não obstante a prudência nessa matéria, os constituintes – e congressistas – de 1891, teriam motivos para se arrependem, logo no primeiro mandato, e não só por haverem eleito, como presidente, o Chefe do Governo Provisório. (Este, aliás, ao conhecer o texto do projeto de Constituição, reclamara de Rui não se encontrar, nele, a faculdade de dissolução do parlamento, pelo chefe do executivo). No mesmíssimo erro viriam incidir os constituintes de 1934, e em arrependimento maior, pois que, desta feita, foi o Congresso, e não o presidente, a vestir o pijama do ostracismo.

Todavia, nem Getúlio – que fechou o Congresso e outorgou uma Carta de vitrine – nem o próprio regime militar, instaurado em 1964, ousaram romper, explicitamente, a tradição da

irreelegibilidade do presidente. O que mais se fez, aí, foi alargar para seis anos o mandato presidencial (Emenda nº 8, de 1977).

Durante a malograda revisão constitucional de 1994, quatro propostas pretendiam suprimir o parágrafo 5º do art. 14 da Constituição de 1988, que faz inelegíveis, no período subsequente, os ocupantes de cargos eletivos do Poder Executivo. Treze propostas admitiam a reeleição por um só período, sem exigência de renúncia prévia, e quinze admitiam a reeleição, com renúncia prévia seis meses antes do término do mandato.

Quarenta e nove propostas retiravam, ao art. 82 da Lei Magna, a proibição de reeleição. Destas, 43 reduziam para quatro anos o mandato presidencial.

O relator condensou essas propostas num substitutivo que alterava o art. 14, parágrafo 5º, para permitir a reeleição por um período subsequente, suprimindo, do art. 82, a expressão “vedada a reeleição para o período subsequente”.

Esse substitutivo – na forma de uma “emenda aglutinativa” apresentada pelas lideranças do PMDB, PPR e PFL – foi rejeitado por 269 votos a 160, e 3 abstenções.

Agora tem curso, no Congresso brasileiro, a Proposta de Emenda à Constituição nº 54/95, encabeçada pelo Deputado Edinho Araújo, objetivando a reelegibilidade.

Diz a justificativa da proposta que

“a possibilidade de reeleição vem de encontro (sic) à aspiração da população que deseja ver seu mandatário reconduzido ao exercício do Poder Executivo. Tendo o governante atendido às necessidades do povo, nada mais justo que possa ser reeleito, para que possa dar continuidade, com maior experiência, a seu trabalho”.

A justificativa não colhe. Quanto mais despótico ou ambicioso um governante, tanto mais bajuladores se acharão, para aclamá-lo como o “pai dos pobres”, o “condor dos Andes”, o “caçador de marajás” ou o salvador da pátria. Não colhe, sobretudo, porque se aplicaria com igual força à reelegibilidade indefinida do presidente: pois se ele continua agradando, por que estancar esse manancial de felicidade? Nenhum presidente norte-americano foi mais louvado, nenhum foi mais prestigioso do que Franklin Roosevelt. E, entretanto, o fato de haver conquistado um terceiro quadriênio consecutivo fez soar o alarme que resultou na 22ª Emenda, de 27.2.51.

Por outro lado, o mais forte argumento continuísta (a possibilidade de planejar e de arrematar o que se planejou) já foi batido irretorquivelmente por Hermes Lima. Na Constituinte de 1945, ao votar – juntamente com Prado Kelly e Milton Campos – a favor de um mandato de quatro anos, disse o notável jurista que

“fazer a continuidade e a excelência da administração federal dependerem de um mandato mais longo do Presidente da República é colocar mal o problema. Essa continuidade não pode depender, substancialmente, primacialmente, de pessoas, mas da organização da vida política nacional, através da atuação de partidos nacionais. O Presidente deve encontrar no país os verdadeiros elementos de um bom governo, e não, principalmente, num mandato longo, como se pretende” (cf. José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, 2/203).

Na verdade, é no tecido político, jurídico e administrativo, mais do que nos personagens, que as políticas de longo prazo encontram sustentação.

O tema da reelegibilidade do presidente, porém, não pode ficar circunscrito, como até aqui, ao âmbito personalístico do desempenho presidencial. A par dos efeitos que a reelegibilidade produziria nos costumes políticos, com a diminuição do espaço crítico (plano da efetividade), há que ponderar seus efeitos desestabilizadores do ordenamento (plano da eficácia).

Veja-se, por exemplo, a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 18.5.90). Caso se tornasse reelegível o Presidente da República, impossível manter-se a inelegibilidade que alcança, hoje, a) os ministros de Estado; b) os chefes dos órgãos de assessoramento direto, civil e militar, da Presidência da República; c) o chefe do órgão de assessoramento de informações da Presidência da República; d) o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas; e) o advogado-geral da União e o consultor-geral da República; f) os chefes do Estado-Maior da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; g) os comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica; h) os presidentes, diretores e superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo poder público; i) os interventores federais; j) o diretor-geral do Departamento de Polícia Federal; l) os secretários-gerais, os secretários-executivos, os secretários nacionais, os secretários federais dos

ministérios e as pessoas que ocupem cargos equivalentes.

O alfabeto não dá conta de todos os casos de inelegibilidade estabelecidos pela lei com base na presunção de que, independentemente da isenção do seu ocupante, a mera detenção de alto cargo na administração pública – ou mesmo em entidades privadas ou corporativas que tenham estreito contacto com a administração pública – é suficiente para favorecer o candidato, em detrimento dos concorrentes e da lisura do processo eleitoral. Mais do que uma presunção, essa inafastável conclusão de fato constitui um dos princípios estruturadores do nosso Direito Político.

Outro exemplo é o da repercussão dessa alteração em nosso arcabouço federativo. Difícil admitir-se reelegibilidade do presidente da República sem carrear a dos governadores e prefeitos. Bem por isso, aliás, a PEC 54/95, ora em exame, fala na possibilidade de recondução, não apenas do presidente, mas também dos governadores e prefeitos. Para a formação de um juízo sobre a desejabilidade da reeleição dos governadores, bastaria rever as páginas do caudilhismo nacional, onde, durante a república velha, essa prática foi permitida.

Forma-se assim a teia dos interesses federais, estaduais e municipais, aliados aos interesses congressuais, que permite ao presidente romper uma tradição centenária, a qual dá expressão concreta, entre nós, ao princípio republicano.

A PEC 54/95 prevê sua vigência imediata, com o que se aplicará, tão logo aprovada, aos atuais presidente, governadores e prefeitos.

Amolda-se, dessa forma, ao contexto casuístico que a explica. A possibilidade de reeleição, sempre temida em nossos países, vem sendo oferecida aos presidentes sul-americanos como uma espécie de sobremesa no banquete das reformas neoliberais. O presidente – Fujimori, Menem, ou quem mais for – é apontado como a personalidade imprescindível, a única que pode congrega as forças políticas e dar seqüência ao programa de estabilização. O conflito entre esses sentimentos alimentados pelo oficialismo e a regra proibitiva é apresentado como um “paradoxo”. A partir desse paradoxo, fulmina-se como “arbitrária” a regra proibitiva, tal como se fez alhures :

“A origem de todos esses movimentos paradoxais encontra-se no art. 77 da Constituição atual, pois proíbe a reeleição

do governante e determina um tempo de mandato de seis anos. É um princípio restritivo sábio e prudente. Dá um tempo de mandato suficientemente prolongado e cria um corte para evitar o continuísmo e as aventuras que a sedução do poder provoca”.

Mas ...

“em virtude desta particular etapa histórica o art. 77 se transforma numa arbitrária e impolítica proibição sobre os desejos da maioria para conservar o mais legítimo representante da vontade popular. Ao menos para uma porção significativa da sociedade. É certo, além disso, que essa situação se entrelaça com o desejo de continuidade e vontade de poder do elenco menemista. E também com os interesses dos diversos circuitos de poder político e econômico que se foram formando ao seu redor”. (Sergio Labourdette. Las paradojas de la reforma constitucional, in *Política y Constitución*. B. Aires: A. Z. Edit.).

Ora, o art. 77 da Constituição argentina se fez para incidir nessas “particulares etapas históricas”, que oferecem risco às instituições. É pena que haja sucumbido exatamente frente às forças em razão das quais existia. O mais paradoxal nisso é que a Argentina, no passado (1949), já sofreu reforma constitucional permissiva da recondução do seu presidente.

Se é para falar em paradoxos, apontemos um outro mais gritante.

A doutrina francesa demora-se sobre a experiência latino-americana para concluir que as deformações do regime presidencial geraram um outro tipo de regime, arredo à classificação tradicional, ao qual chama de “presidencialismo” (v. Richard Moulin. *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*. Paris: Libr. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1978).

Carlos Santiago Nino chama de presidencialismo hipertrofiado, ou de hiperpresidencialismo, o regime vigente na Argentina. Após analisar os poderes que detém o presidente, dentre os quais a edição de leis e *decretos de necesidad y urgencia*, conclui :

“essa sumária revisão das faculdades que os presidentes foram adquirindo por uma interpretação extensiva de cláusulas constitucionais, por claudicação de outros poderes do Estado, ou pelo puro exercício da musculatura política, mostra

que, do simples ponto de vista normativo, o presidente argentino é, como previa Alberdi, um verdadeiro monarca” (*Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992).

O inventário dos desequilíbrios presidencialistas – aqui e ali degenerando em golpes e ditaduras – vem sendo feito, há bastante tempo, na América Latina. Desse tema ocupou-se o I Congresso Latino-Americano de Direito Constitucional, realizado de 25 a 30 de agosto de 1975 na Cidade do México (v. *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, Unam, 1977). As exposições aí apresentadas não deixam de apontar a vedação da reeleição presidencial como fator moderador dos abusos. É o que fez, por exemplo, o uruguaio Héctor Gros Espiell: após associar o presidencialismo “à forte tendência de personalizar o poder e exercê-lo de maneira paternalista, em muitos casos com certo populismo demagógico”, afirma que o predomínio presidencial se teria acentuado ainda mais exagerada e perigosamente caso se houvesse admitido a possibilidade de reeleição presidencial (ob. cit., p. 11). “O sistema de não-reeleição presidencial” – diz o panamenho César Quintero – “iniciado no século passado e acentuado no atual, teve sem dúvida um valor bastante positivo. Pois ainda que não limite as múltiplas funções atribuídas ao Presidente da República, impede que um mesmo indivíduo seja eleito sucessivamente para a máxima magistratura executiva, com o que se evita uma das principais fontes do monopólio e abuso do poder” (id., p. 399).

Entretanto, nunca foram tão cerrados os ataques ao presidencialismo, designado no Brasil como “imperial”, quanto no recente debate – a propósito do plebiscito de 1993 – entre parlamentarismo e regime presidencial.

Aqui o paradoxo: os mesmos grupos políticos que desejavam, ontem, instituir o parlamentarismo pleiteiam, hoje, o reforço do poder presidencial. Haveria, por trás dessas posições antagônicas, um ponto comum que identifique ambos os propósitos?

A adoção do voto majoritário (distrital puro ou misto), a cláusula de barreira (nesta circunstância rebatizada como “cláusula de desempenho”) e a proibição de coligações nas eleições proporcionais – cada uma dessas propostas golpeando as minorias e o pluralismo partidário – integram o pacote neoliberal no tocante às “reformas” políticas.

A justificativa para quase todas essas propostas – cujos verdadeiros objetivos são reduzir a dois ou no máximo três o número de partidos, tornar as eleições não-competitivas e encastoar um grupo indefinidamente no poder – é a governabilidade, que só seria possível mediante a existência de maiorias sólidas no parlamento.

A esse sofisma já respondeu, entre nós, Wanderley Guilherme dos Santos (*Crise e castigo – partidos e gerais na política brasileira*, 1987). A ele também Kelsen dedicou algumas linhas:

“... O sistema proporcional indubitavelmente consolida essa tendência à liberdade, que deve impedir um domínio incontestado da vontade da maioria sobre a vontade da minoria.

Contra o sistema proporcional objetou-se especialmente que ele favorece a formação de pequenos partidos, ou melhor, de partidos minúsculos, comportando assim o perigo de um desmembramento dos próprios partidos. Isso é correto e tem como consequência a possibilidade de nenhum partido dispor da maioria absoluta no parlamento e de, com isso, a formação da maioria, indispensável ao procedimento parlamentar, vir a se tornar essencialmente mais difícil. Mas o sistema eleitoral proporcional, nesse aspecto implica apenas que a necessidade de coalizão dos partidos, isto é, a necessidade de superar as diferenças menos importantes entre os grupos e de unir-se pelos interesses comuns mais importantes, desloca-se do âmbito do eleitorado para o âmbito do parlamento... O sistema da proporcionalidade pressupõe, mais do que qualquer outro sistema, a organização dos cidadãos em partidos políticos e, onde a organização dos partidos não estiver suficientemente evoluída, terá forte tendência a acelerar e reforçar essa evolução. Esse é um passo decisivo para a transformação dos partidos políticos em órgãos constitucionais da formação da vontade do Estado. A proporcionalidade, portanto, mesmo onde não levou a esse resultado, produziu um efeito que identificamos como o resultado do jogo de forças que constitui a essência do Estado democrático de partidos”.

(O princípio da maioria, in *Essência*

e valor da democracia; coletânea de textos de Hans Kelsen, publicados em português pela Martins Fontes Ed., 1993, sob o título “A democracia”).

Seria difícil restaurar uma aliança oligárquica, semelhante à existente na república velha, sem regredir a um quadro eleitoral-partidário análogo. O Deputado João Almeida, porta-voz desse programa no Congresso, chegou a propor, recentemente, a extinção da Justiça Eleitoral, com o retorno à prática da “verificação de poderes” e à validação (“reconhecimento”) dos diplomas eleitorais por uma comissão do próprio Congresso.

Entretanto, mesmo a república velha – que convivia com o voto majoritário, as atas falsas, o sufrágio restrito, a verificação dos poderes – jamais tolerou a reeleição do presidente, rejeitada pela unanimidade da doutrina. Para Aníbal Freire, em sua obra clássica sobre o Poder Executivo, a reeleição seria uma arma poderosa, facilitando graves adulterações do sistema constitucional.

Carlos Maximiliano, reportando-se a Esmein, afirma que

“o estabelecimento de um regime republicano representa a vitória dos que receiam que a longa posse da autoridade nas mãos de um indivíduo produza a hipertrofia do poder pessoal” (Com. à Const. Bras., Ed. Globo, 1929, p. 519).

E acrescenta (p. 523) :

“Nos próprios Estados Unidos, muitos pensam dever ser vedada a reeleição imediata. Ainda mesmo que se abstenha da corrupção e da violência, dispõe de tal prestígio o Presidente que só por si constitui sério embaraço à vitória de outro candidato. (...) Nos países novos o perigo é maior. Permitida a reeleição, todos a disputariam, e a vitória caberia sempre ao governo, como acontece em todos os pleitos. Dever-se-ia o primeiro triunfo à persuasão, o segundo à corrupção, e os demais à violência”.

Talvez dissesse alguém, pouco atento à realidade, que o predomínio eleitoral do governo não é, hoje, tão grande quanto na república velha. De fato, os números, nesta, são reveladores: Rodrigues Alves, na sua segunda eleição (1918), obteve 99,1% dos votos. Washington Luís, 98%, e assim por diante. As performances mais pálidas foram do marechal Hermes (64,4%), ao disputar com Rui, e de Júlio Prestes (57,7%),

ao disputar com Getúlio, em 1930. Na segunda eleição de Rodrigues Alves, votou 1,5% da população, na de Washington Luis, 2,3%, na do marechal Hermes 2,8%, e na de Júlio Prestes, 5,7%.

O que, no fragor da vitória, é exibido como adesão maciça dos desejos e das consciências, o tempo vai desnudando como fruto da coerção, manipulação, ou abuso do poder.

Reservamos para este fecho a condenação mais peremptória que se fez, nos primórdios da República, contra a reelegibilidade do presidente. Isso porque seu autor é muitas vezes apontado, por equívoco, como favorável à reeleição. Diz João Barbalho:

“De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretende se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. ... O que não se dará quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode pôr em ação para impor a sua reeleição? E que perturbação na administração pública, e que enorme prejuízo para o país no

emprego de elementos oficiais para esse fim? Não há, pois, incompatibilidade mais justificada”. (*Coment. à Const. Fed. Brasileira*. Rio: F. Briguiet & Cia. Edit., 1924, p. 226).

Em resumo, e concluindo :

A tradição constitucional brasileira e latino-americana é pela irreelegibilidade do Presidente da República. Essa tradição representa, entre nós, expressão do princípio republicano, defesa contra os excessos do presidencialismo e do golpismo. O sistema de inelegibilidades, vigente em nosso ordenamento jurídico, preveniu sempre o perigo, consistente na apresentação, como candidato a cargo público, de quem ocupa altos postos na administração. O projeto de emenda constitucional, objetivando a reeleição do presidente, governadores e prefeitos, é casuístico e continuísta; integra-se na estratégia neoliberal, que objetiva amoldar as instituições políticas ao processo de concentração do poder. Nada justifica sua aprovação, e tudo, na democracia, aconselha sua rejeição.

Sindicalização, negociação coletiva e direito de greve dos servidores públicos

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JÚNIOR

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Administração Pública e atividade administrativa. 3. Serviço público. 4. Agente público. 5. Servidores públicos e regime jurídico único. 6. Direito de sindicalização dos servidores públicos. 7. Negociação coletiva no serviço público. 8. Direito de greve dos servidores públicos. 9. Conclusões.

1. Introdução

Dentre as questões mais ricas e polêmicas do Direito Público, a sindicalização, a negociação coletiva e a greve dos servidores públicos vêm despertando a atenção e o cuidado dos estudiosos.

Pretendemos oferecer neste artigo uma análise dessa temática, num esforço que venha a abarcar os seus aspectos fundamentais e, ainda, suas questões mais intrincadas, inclusive em sede de direito comparado, que vêm demonstrando a necessidade da adequação do Direito Administrativo à realidade fática em que vivemos.¹

Inicialmente, examinamos a Administração Pública e a atividade administrativa, enfocando as diferentes posições dos doutrinadores diante da problemática conceitual, bem como os princípios que informam a ação do administrador público.

Adiante, analisaremos os serviços e agentes públicos, abordando as sínteses oferecidas

Amandino Teixeira Nunes Júnior é Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Professor Universitário, Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados.

¹ O presente artigo integra a monografia apresentada pelo autor no Curso de Especialização em Direito Público, *latu sensu*, realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal (OAB/DF), em convênio com a Universidade de Brasília (UnB).

pelos autores no que concerne à conceituação, à classificação e às relações daí decorrentes.

Noutra parte, examinamos a relação entre o Estado e os servidores públicos em face do regime único de pessoal, bem como as discussões no campo doutrinário relativamente à sua natureza jurídica.

Finalmente, o trabalho se completa com a discussão, inclusive em nível de direito comparado, das questões atinentes à sindicalização, à negociação e à greve dos servidores públicos, que têm merecido diferentes posicionamentos doutrinários, fontes de divergências e controvérsias.

2. Administração pública e atividade administrativa

No campo do Direito Público, a locução “Administração Pública” tem suscitado diferentes posições dos doutrinadores diante da problemática conceitual.

Adotando este ou aquele critério, situando-se neste ou naquele ângulo, apresentaram os sistematizadores do Direito Público as mais diversas definições sobre Administração Pública.

Como observa Hely Lopes Meirelles:

“O conceito de Administração Pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa.”²

Assim, a expressão “Administração Pública” comporta dois sentidos: o formal e o material.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de atividades e órgãos administrativos instituído para a consecução dos objetivos do Estado; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral.

Conciliando o conceito formal e o conceito material, é possível obter-se a definição completa de Administração Pública, conjugando, no definido, as atividades e órgãos executores com a própria atividade administrativa.

Há que distinguir, ainda, na problemática conceitual da Administração Pública, a sua posição no conjunto dos elementos que constituem a estrutura política e administrativa

do Estado. Nesse sentido, incluem-se, na Administração Pública, todos os órgãos que executam os serviços do Estado, excluídos apenas os judiciários e os legislativos. Assim, Administração Pública designa o complexo de órgãos e entidades do Poder Executivo, sendo equivalente a este.

Vê-se, assim, que o Direito Administrativo não estuda a Administração Pública tão-somente como o conjunto de pessoas e órgãos administrativos, mas também como a atividade administrativa em si mesma.

A atuação da Administração Pública está sujeita a observância permanente e obrigatória, entre outros, de quatro princípios fundamentais, consagrados pela doutrina e atualmente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a saber: *legalidade, impessoalidade, moralidade, e publicidade*.

Hely Lopes Meirelles assevera:

“Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da validade da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.”³

O princípio da legalidade significa que a atividade administrativa não é livre, está limitada pela obrigação de respeitar a regra de direito.

É na lei que a Administração Pública encontra seu fundamento, orientação e limite, dela não podendo se afastar, sob pena de praticar ato inválido.

Atualmente, o princípio da legalidade sofreu grande transformação. Neste sentido, a Administração só pode fazer aquilo que estiver de acordo com o Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello observa, a propósito:

“A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como conforme o direito, adquirindo, então, sentido mais extenso.”⁴

O princípio da impessoalidade constitui desdobramento do anterior. Impõe que a Administração não abra espaço à vontade pessoal do agente que, subordinado aos ditames legais, não pode se desviar da finalidade pública para

² MEIRELLES, H.L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 79.

³ MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 82.

⁴ MELLO, C.A.B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 25-26.

satisfazer móvel pessoal e interesses privados. Favoritismos e perseguições não são toleráveis.

O princípio da moralidade constitui pressuposto de cujo conceito, na lição de Maurice Hauriou, significa:

“O conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.”⁵

Assim, a Administração Pública deve observar os valores morais que a norma jurídica consagra. Atenta à finalidade pública, a moral administrativa é composta por regras de boa administração, além de traduzir a vontade de obter o “máximo de eficiência administrativa”, no ensinamento abalizado de Antônio José Brandão⁶.

A moralidade administrativa está ligada ao conceito de “bom administrador”, que, segundo Franco Sobrinho:

“É aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.”⁷

O princípio da moralidade integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, constituindo-se em fator de legalidade e de validade da atividade administrativa. Daí por que sua observância se sujeita ao controle judicial, como já vinha sustentando a doutrina mais atual.

O princípio da publicidade visa a assegurar a divulgação oficial dos atos e contratos administrativos para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

Além do requisito de eficácia e moralidade da atividade administrativa, o princípio da publicidade propicia o seu controle pelos interessados diretos e pela população em geral, por meio dos instrumentos constitucionais, a saber: mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), ação popular (art. 5º, LXXIII) e *habeas data* (art. 5º, LXXII). Decorrente desse princípio é, também, o direito do cidadão à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, “b”).

Como se viu, o art. 37, caput, da Constituição reportou expressamente à Administração Pública apenas quatro princípios: da legalidade,

⁵ HAURIUO, M. *apud* MEIRELLES, H.L., op. cit. p. 83.

⁶ BRANDÃO, A.J. *apud* MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 84.

⁷ FRANCO SOBRINHO, M.O. *apud* MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 85.

da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. No entanto, vários outros mereceram também tratamento constitucional: uns, por constarem explicitamente da Carta Magna, embora não mencionados no referido dispositivo; outros, por nela estarem abrigados implicitamente como conseqüências lógicas do próprio Estado de Direito.

Nesse sentido, citem-se os princípios da razoabilidade, da finalidade, da motivação, da responsabilidade civil do Estado, da proporcionalidade e do controle judicial dos atos administrativos.

3. Serviço público

A noção de serviço público não é uniforme na doutrina. Não há, entre os autores, coincidência de opiniões para se conseguir uma compreensão clara e sintética do que se deva entender por essa expressão.

Sendo assim, não é de estranhar que, por vezes, alguns estudiosos corram o risco de incidir, por exemplo, na identificação do “serviço público” com a “função pública”, que constituem, na verdade, aspectos bem distintos da mesma realidade, se bem que com alguns necessários pontos de contato.

A conceituação que a doutrina nos oferece de serviço público apresenta diferentes acepções: ora uma orgânica, tendente a identificá-lo como o que é prestado por órgãos e entidades públicos, ora outra formal, tentando defini-lo por atributos extrínsecos; e, finalmente, a acepção material, visando a identificá-lo por seu objeto.

Realmente, o conceito de serviço público é incerto e flutuante. É fixado segundo as necessidades e realidades históricas, políticas, econômicas e culturais de cada país. O natural incremento das atividades estatais levou ao espriamento da noção de serviço público. Nos momentos em que o Estado se mantinha à distância de tudo que era considerado assunto de interesse privado, os serviços públicos eram prestados diretamente à comunidade, privativamente pelo Estado, até porque no geral exigiam atos de império e medidas compulsórias.

A noção de serviço público se liga, portanto, ao âmbito de atuação do Estado. Concretamente, da observada evolução dos contornos do Estado, resultou sua onipresença na vida social. Os objetivos tradicionais do Estado, que reduziram a noção de serviço público à

satisfação das necessidades básicas da comunidade, foram substituídos por outros objetivos subordinados a valores e ditames novos, tornando flutuante e instável o conceito clássico de serviço público.

O inegável é que na noção de serviço público é que se traduz a atividade com que a Administração se exterioriza no mundo concreto para cumprir sua finalidade.

Para Hely Lopes Meirelles:

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.”⁸

José Cretella Júnior observa que:

“Serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público.”⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello oferece a seguinte definição:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”¹⁰

De resto, como salienta Jean Rivero:

“A tese fundamental é a de que todo o direito administrativo se explica pela noção de serviço público.”¹¹

Claro está que, como o próprio nome indica, o fim precípua do serviço público é servir à coletividade e, secundariamente, produzir renda ou lucro a quem o explore. Cabe ao Estado fiscalizar, controlar e intervir no serviço concedido, permitido ou autorizado, sempre que não

estiver sendo prestado satisfatoriamente ao público a que se destina.

Hely Lopes Meirelles, com inteira propriedade, preleciona que:

“A regulamentação e controle do serviço público e de utilidade pública caberão sempre e sempre ao poder público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado o seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre a sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para a sua prestação ao público.”¹²

Do ponto de vista de formas e meios de prestação, e considerando a nomenclatura do Decreto-Lei nº 200/67, alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69, a prestação do serviço público ou de utilidade pública pode ser “centralizada” e “descentralizada” e sua execução, “direta” e “indireta”.

Serviço centralizado é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos, em seu nome e sob sua inteira responsabilidade. Nesse sentido, o Estado é ao mesmo tempo titular e prestador do serviço, constituindo o que se entende por Administração Direta.

Serviço descentralizado é o que o Poder Público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga (mediante lei) ou delegação (mediante contrato ou ato administrativo), às autarquias, fundações públicas e entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e serviços sociais autônomos), bem como às empresas privadas ou particulares individualmente. No primeiro caso, tem-se a chamada Administração Indireta.

4. Agente público

Como se vê, a Administração Pública realiza suas atividades por meio dos serviços que presta à coletividade. Para tanto, utiliza-se de pessoas que executam tais atividades. Daí a noção de agente público, que, de modo idêntico, dá margem a diferentes conceituações entre os autores, com repercussão no ordenamento positivo.

Sem embargo, a expressão “agente público”

¹² MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 298.

⁸ MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 294.

⁹ CRETELLA JUNIOR, J. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 457.

¹⁰ MELLO, C.A.B., op. cit., p. 348.

¹¹ RIVERO, J., *apud* MELLO, C.A.B., op. cit., p. 149.

deve ser tomada como ponto de partida para designar, genérica e indistintamente, as pessoas que desempenham o exercício de alguma função estatal, ainda que o façam apenas ocasional ou eventualmente.

Conforme salienta Antônio Álvares da Silva:

“Nela compreendem todas as pessoas capacitadas a exercerem uma parcela do poder estatal, quer através de vínculo de caráter legal e profissional, em caráter definitivo ou transitório (servidores públicos civis e militares), ou de natureza contratual (empregados), quer como agentes políticos eleitos ou não membros do Congresso Nacional (Magistrados), quer finalmente como executores de tarefas eventuais ou precárias: mesários eleitorais, jurados, concessionários, permissionários e cooperadores.”¹³

Na conformidade da sistematização proposta por Celso Antônio Bandeira Mello, os agentes públicos podem ser classificados em três grandes grupos:¹⁴

a - os agentes políticos, que, como representantes dos Poderes, mantêm com o Estado vínculo de natureza política;

b - os servidores públicos, que entretêm com o Estado vínculo de natureza profissional, estabelecido em lei, mediante remuneração. Podem estar sujeitos ao regime estatutário, contratados sob a égide da legislação trabalhista, ou contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

c - os particulares em colaboração com o Poder Público, que prestam serviços ao Estado, com ou sem remuneração, mediante delegação, requisição ou designação.

5. Servidores públicos e regime jurídico único

A Constituição de 1988 trouxe no seu bojo profundas transformações relativamente aos servidores públicos, destacando-se aí a obrigatoriedade de a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituírem, no âmbito de sua competência, regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autárquica e fundacional.

A adoção do tipo de regime pelos entes

¹³ SILVA, A. A. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo : Ltr., 1993. p. 16-17;

¹⁴ MELLO, C.A.B., op. cit., p. 123.

políticos deu ensejo a acirradas discussões doutrinárias.

Autores como Diógenes Gasparini, Ivan Barbosa Rigolin e Toshio Mukai filiam-se à corrente de que o constituinte conferiu plena liberdade de escolha no tocante à instituição do regime único pelo ente político destinatário do comando inserto no *caput* do art. 39, devendo este ater-se tão-só aos princípios e normas que o Texto Fundamental consagra.

Nesse sentido, o constituinte não elegeu qualquer dos sistemas como próprio da Administração, seja o estatutário, seja o da CLT.

Para esses autores, a Constituição de 1988 revigorou o sistema federativo, restaurando o princípio da autonomia política, administrativa e financeira das entidades estatais. Assim, estas são livres para organizar seu pessoal para o melhor atendimento dos serviços a seu cargo.

No entendimento conclusivo de Ivan Barbosa Rigolin:

“Pelo que entendemos, então, cada Município poderá (e deverá eleger um regime jurídico ou implantar um novo), cada Estado idem, e também a União.”¹⁵

De outro lado, autores como Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Neto e Antônio Augusto Junho Anastasia propugnam pela adoção do regime estatutário como próprio da Administração e, portanto, o eleito pelo constituinte.

A posição adotada por tais autores leva em conta o fato de que, embora a Constituição não faça menção expressa do regime estatutário, é ele de direito público e, conseqüentemente, o único aplicável à Administração como próprio e inerente à sua condição de detentora de prerrogativas públicas.

Conforme salienta Antônio Augusto Junho Anastasia:

“O regime único, árdua conquista de todos aqueles que, durante anos, se revelaram inimigos da multiplicidade caótica em que se haviam transformado as relações jurídicas entre o Poder Público e o servidor, não pode ser objeto, nesta altura, de interpretações equivocadas. Procuramos demonstrar que a vontade do constituinte, expressa em diversos dispositivos constitucionais, é no sentido de identificar, no regime único, um regime de direito público, caracterizado por relação unilateral, que,

¹⁵ RIGOLIN, I.B. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 122.

classicamente, se denomina estatutário.”¹⁶

É oportuno trazer à colação a visão crítica de Antônio Álvares da Silva, resultado de exaustiva análise do assunto:

“Todos estes fatos mostram que as afirmativas sobre a superioridade do regime estatutário sobre o privado é mera questão de tradicionalismo, baseado em princípios que não geram nenhum efeito prático concreto. As condições de eficiência e êxito de uma Administração Pública devem ser buscadas numa série de fatores, muito mais complexos do que o regime de seus servidores.”¹⁷

Diante disso, vê-se a grande controvérsia atinente à matéria. Em que pese os argumentos expendidos pelos autores integrantes da primeira corrente, entendemos mais acertada a segunda que propugna o regime jurídico único como sendo o regime estatutário, que deflui da lei e não do contrato.

Assim é que o constituinte, ao estabelecer a regra do *caput* do art. 39, pretendeu unificar, no âmbito de cada ente político (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), o regime jurídico dos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas, eliminando a multiplicidade de regimes até então existente.

A propósito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que:

“(…) pela interpretação literal, é isso precisamente o que está escrito no dispositivo; e, pela interpretação sistemática, essa conclusão é a que melhor se enquadra com o princípio da isonomia que inspirou basicamente o constituinte nesse capítulo da Constituição. Com a adoção do regime jurídico único, os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas terão igualdade de direitos e obrigações perante a entidade política a que servem; a sua isonomia diante da lei estará assegurada.”¹⁸

A promulgação da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu, no plano federal, o regime de seus servidores, veio

¹⁶ ANASTASIA, A.A.J. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1990. p. 98-99.

¹⁷ SILVA, A.A., op. cit., p. 57.

¹⁸ ZANELLA DI PIETRO, M.S. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1994. p. 360.

incorporar o entendimento do regime jurídico como único e como sendo de natureza estatutária.

A opção uniformizadora do constituinte de 1988 tem sofrido críticas, sob o argumento de que teria provocado o engessamento da Administração Pública, em detrimento das estratégias descentralizadoras que, no passado, inspiravam a criação de autarquias e fundações públicas.

Importante consignar que o regime jurídico único não tem – e nunca terá – o condão de resolver os problemas que afetam a gestão dos recursos humanos no serviço público. O retorno à situação anterior à promulgação da Carta vigente, caracterizada pela diversidade e superposição de regimes jurídicos e situações funcionais entre os servidores públicos e pela liberdade dos dirigentes de admitir, promover, ascender e até mesmo dispensar, poderá ser danoso à boa gestão da coisa pública.

6. Direito de sindicalização dos servidores públicos

A deteriorização dos vencimentos dos servidores públicos e das condições de trabalho oferecidas pela Administração, bem como o clima de liberdade propiciado pela redemocratização do País, levaram ao surgimento de movimentos reivindicatórios no serviço público, alguns de grandes proporções, nascendo daí uma nova forma de relacionamento entre a Administração e seus servidores.

Tal o contexto, e os reclamos dele originados traduziram-se em demandas dos servidores públicos quando da elaboração da Constituição de 1988 pela Assembléia Nacional Constituinte, resultando nos dispositivos que lhes estenderam o direito à livre associação sindical e o direito de greve, permitidos na sistemática constitucional anterior apenas aos trabalhadores do setor privado.

Assim é que, embora não tenha ratificado as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nºs 87, de 1948, e 151, de 1978, o Brasil passou a reconhecer aos servidores públicos civis o direito de sindicalização, a partir da promulgação da Carta de 1988 (art. 37, VI). No nível infraconstitucional, todavia, o reconhecimento desse direito só aconteceu com o advento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (art. 240).

A sindicalização do servidor público é, hoje, uma tendência universal. Poucos são os países

que negam esse direito, a saber: Bolívia (Lei Geral do Trabalho, de 1939), Chade (Ordenança, de 1976), Chile (Decreto-Lei de 1979), República Dominicana (Código do Trabalho, de 1949), Equador (Lei sobre o Serviço Civil), El Salvador (Código do Trabalho), Etiópia (Proclamação, de 1982), Guatemala (Código do Trabalho), Jordânia (Código do Trabalho), Libéria (Lei sobre Práticas em Matéria de Trabalho), Nicarágua (Código do Trabalho), Iêmen (Código do Trabalho) e Zimbábue (Lei sobre a Conciliação em Matéria Trabalhista).

Como acentua Antônio Álvares da Silva:

“Vê-se, pelos países que não a permitem, que a exceção dificilmente fará escola no mundo civilizado contemporâneo.”¹⁹

As Forças Armadas e a Polícia são as únicas categorias profissionais em relação às quais os ordenamentos jurídicos vedam, em maior ou menor escala, o direito de sindicalização.

A questão é examinada com propriedade por Arion Sayão Romita:

“Quanto aos servidores militares, a Constituição brasileira de 1988 expressamente contempla a proibição (art. 42, § 5º). Argumenta-se que a proibição deriva da responsabilidade que tais servidores assumem na manutenção da segurança interna e externa do Estado. A despeito da proibição geral, há países que reconhecem aos membros das Forças Armadas o direito de organizar-se para defender seus interesses profissionais, em alguns casos com restrições específicas, tais como Alemanha, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido e Suécia. Em relação aos policiais, certos países lhes asseguram o direito de sindicalização igual ao reconhecido para as demais categorias de servidores públicos ou por força de uma legislação especial, tal como sucede na Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Costa do Marfim, Dinamarca, Finlândia, França, Guiné, Irlanda, Islândia, Luxemburgo, Malawi, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Holanda, Reino Unido, Senegal, Suécia e Tunísia.”²⁰

Note-se, pois, que a sindicalização do

servidor público é uma tendência crescente no mundo hoje em dia. No Brasil, é uma realidade inafastável, na medida em que a Carta Magna a defere expressamente no seu art. 37, VI, *in verbis*:

“Art.37.....

.....

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical.”

No plano da legislação infraconstitucional, o preceito de superior hierarquia é regulamentado pelo art. 240 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que assim dispõe:

“Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:”

Observe-se que o citado dispositivo legal assegura também aos servidores públicos civis alguns direitos decorrentes da livre associação sindical. Dentre eles, citem-se os previstos nas alíneas: “a”, “b”, e “c”, quais sejam: a) o de serem representados pelo sindicato, inclusive como substituto processual; b) o de inamovibilidade do dirigente sindical, até um ano após o final do mandato, exceto se a pedido; c) o de descontar em folha, sem ônus para a entidade sindical a que forem filiados, o valor das mensalidades e contribuições definidas em assembléia geral da categoria.

A inteligência do art. 240 da Lei nº 8.112, de 1990, orienta-se no sentido de que a enumeração de tais direitos não é taxativa, permitindo que outros sejam reconhecidos por diplomas legais supervenientes.

As alíneas “d” e “e” do sobredito dispositivo legal, que prevêm, respectivamente, o direito à negociação coletiva e ao ajuizamento, individual e coletivo, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492-1-DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, cujo relator fora o Ministro Carlos Velloso.

7. Negociação coletiva no serviço público

Fatores econômicos e sócio-políticos têm sido apresentados para explicar a participação dos sindicatos de trabalhadores na gestão dos negócios públicos. Em diversos países, o Direito reconhece a legitimidade do sindicato para participar, mediante processos de consulta, da negociação ou co-gestão, nos

¹⁹ SILVA, A.A., op. cit., p. 68

²⁰ ROMITA, A.S. Servidor público : sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve. *Revista Ltr*, v. 56, n. 07, p. 795, jul. 1992.

assuntos públicos.

Paulatinamente, passou-se da negociação informal para a formal, no que concerne às condições de trabalho no serviço público. Os métodos e procedimentos adotados no setor privado exerceram grande influência sobre a institucionalização da negociação coletiva no setor público, observadas, é certo, as peculiaridades concernentes ao processo de formação da vontade do Poder Público.

Nas palavras de Arion Sayão Romita:

“A negociação das condições de trabalho tornou-se um expediente comum, reconhecido aos servidores públicos, que passaram a participar da elaboração das normas destinadas a reger sua atividade. A situação do funcionalismo público tornou-se semelhante à dos trabalhadores do setor privado.”²¹

O Brasil ainda não ingressou no grupo de nações em que a negociação coletiva constitui um instrumento democrático de participação dos servidores no processo decisório. A Administração Pública brasileira insiste nas práticas autoritárias que determinam as relações de trabalho pela via unilateral.

Ao prever a negociação coletiva como um direito dos servidores públicos, a Lei nº 8.112, de 1990, no seu art. 240, alínea “d”, consagrou uma tendência moderna presente nos ordenamentos positivos de numerosos países.

Tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob justificativa de inconstitucionalidade. O veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente do Senado Federal em 18 de abril de 1991. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492-DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, suspendeu liminarmente sua eficácia. Em 12 de novembro de 1991, o Excelso Pretório decidiu a matéria em caráter definitivo, declarando a citada alínea inconstitucional.

Sem embargo, o Direito comparado vem demonstrando a necessidade da adequação do Direito pátrio à realidade sócio-política em que vivemos. Não podemos estagnar no tempo e acreditar que somente o Estado sabe o que convém aos servidores – este é o entendimento que, infelizmente, ainda informa as relações de trabalho no serviço público em nosso País.

Os exemplos de numerosos países demonstram tal assertiva.

Na França, onde o servidor se acha, em face

da Administração, numa relação estatutária, o § 2º do art. 8º da Lei nº 634, de 13 de julho de 1983, dispõe que as associações sindicais dos servidores públicos podem estabelecer com o governo negociações de decisões ou alterações na remuneração e discutir com as autoridades responsáveis, nos diferentes níveis, questões alusivas às condições e à organização do trabalho.

Na Inglaterra, os Conselhos Withley, criados por lei, constituídos paritariamente por representantes do governo e dos servidores, discutem as relações entre ambos, inclusive a política salarial, conjugando o aumento da eficiência do setor público ao bem-estar dos seus empregados.

Na Alemanha, onde se faz uma distinção rígida entre funcionário e servidor, o Estado realiza consulta oficial ao sindicato de funcionários públicos (Beamte) sobre as condições de trabalho desejadas antes da intervenção legal final.

Na Espanha, a Lei nº 9, de 12 de maio de 1987, prevê, no seu art. 32, que a remuneração, a preparação dos planos de oferta de empregos, a classificação dos empregos, as condições de ingresso, provimento e promoção dos servidores públicos, bem como os assuntos de natureza econômica e a prestação de serviços sindical e assistencial, podem ser objeto de negociação em cada setor da Administração Pública.

Na Suécia, o “Act Public Employment” autoriza a participação dos servidores públicos nos processos de negociação coletiva.

Nos Estados Unidos, a União e cerca de quarenta Estados-membros já vêm concedendo formas, ainda que restritas, de negociação aos seus servidores.

Na América do Sul, notadamente na Argentina e na Venezuela, a negociação coletiva, diante das constantes greves no serviço público, vem se desenvolvendo de fato. Os governos, embora sem obrigatoriedade, em face da inexistência de norma legal, passaram a respeitar os resultados da negociação, ainda que em parte ou com adaptações.

Destarte, observamos que a tendência do Direito moderno é estender, de forma crescente, a negociação coletiva a todos os setores da atividade laboral, inclusive ao serviço público.

Não obstante, respeitados o princípio da reserva de lei e a iniciativa do Chefe do Executivo, entendemos que o regime estatutário, de per si, não repele a negociação coletiva,

²¹ ROMITA, A.S., op. cit., p. 796.

podendo com ela coexistir harmonicamente, como ocorre na França e na Alemanha.

Conforme salienta Antônio Álvares da Silva:

“Entretanto, foi exatamente o contrário que se viu no direito comparado, segundo a exposição acima feita. Neste caso, a convenção coletiva é perfeitamente possível. O que se tem de modificar é o modo de realização, adaptando-a à nova finalidade a que procura servir. A questão está, pois, no *modus* e não na impossibilidade da aplicação.

Primeiramente, a lei, convenção coletiva ou contrato coletivo de âmbito nacional estabelecerão a forma pela qual se fará a negociação coletiva com o Estado. Poderá ser criada uma Comissão, conselho ou mesmo um órgão para este fim, composto dos segmentos interessados: representantes dos servidores, do Poder Executivo e do Congresso.

Caso haja acordo, os servidores se comprometem a aceitar as determinações da lei que o Presidente da República terá a iniciativa de apresentar ao Congresso, que se compromete, pelos representantes na negociação, a aprová-la.”²²

Portanto, entendemos que os servidores públicos, no Brasil, estão perfeitamente aptos à negociação coletiva, até porque, ao incluir no Texto Básico, dentre outros, o direito dos servidores à livre associação sindical, o legislador constituinte, automaticamente, reconheceu-lhes o direito à negociação coletiva.

Referindo-se ao assunto, diz Arion Sayão Romita:

“(.....) pode afirmar-se, sem receio de errar, que o reconhecimento, pela Constituição, do direito de sindicalização importa necessariamente o de negociação coletiva.

Se a Constituição Federal, no art. 37, VI, assegura ao servidor público o direito à livre associação sindical, implicitamente reconheceu ao sindicato dos servidores públicos o poder de negociar condições de trabalho, já que é obrigatória a participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI).”²³

Há, apenas, que se estabelecer o modo de realização da negociação coletiva com a Administração Pública, o que poderá ser objeto de norma legal, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

²² SILVA, A.A. da., op. cit., p. 98.

²³ ROMITA, A. S., op. cit., p. 798.

8. Direito de greve dos servidores públicos

A greve é, por excelência, um fenômeno social, com causas e efeitos os mais diversos. Por isso, do ponto de vista sociológico, a greve não é apenas a simples paralisação do trabalho coletivo. A realidade social é bem mais complexa.

Como adverte López-Monis de Cavo:

“Por greve, deve-se entender, em sentido amplo, qualquer perturbação no processo produtivo, com abstenção temporária do trabalho ou sem ela.”²⁴

Assim, a greve, com raízes bem fundadas na realidade social, é a principal forma de conflito entre as duas categorias mais importantes do sistema produtivo: capital e trabalho. É a principal forma de luta dos trabalhadores contra pressão e opressão econômicas e desumanas.

Ora, sendo a greve, acima de tudo, um fenômeno social, pode ser abordada de várias maneiras: política, econômica e juridicamente. No nosso enfoque, porém, a greve será tratada, especificamente, nas suas relações com o Direito, salvo incidente e supletivamente.

Começamos por ressaltar que, na doutrina jurídica, são muitas as definições de greve. Seleccionamos várias entre os diversos autores nacionais e estrangeiros.

Greve, para Gerhard Boldt, é:

“Uma interrupção coletiva e combinada do trabalho por um certo número de trabalhadores da mesma profissão ou empresa, tendo um objetivo de luta, a fim de que os seus fins venham a ser atingidos.”²⁵

Paul Durand adota a seguinte definição:

“Toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todo ou parte do pessoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira.”²⁶

²⁴ LÓPEZ-MONIS DE CAVO, C. *O direito de greve* : experiências internacionais e doutrina da OIT. São Paulo : LTr/IBRART, 1986. p. 11.

²⁵ BOLDT, G. Gréve el le lockout em droit allemmand. In: LE DROIT DU TRAVAIL DANS LA COMMUNAUTÉ. Luxemburgo : Communauté Européen du Charbon et de L'acier, 1961. v. 5, p. 96.

²⁶ DURAND, P., La Gréve et le lockout em droit français. In: LE DROIT DU TRAVAIL DANS LA COMMUNAUTÉ. Luxemburgo : Communauté Européen du Charbon et de L'acier, 1961, V. 5, p.207.

Para Mozart Víctor Russomano, greve, em sentido próprio, consiste na:

“Suspensão transitória do serviço, provocada pela maioria dos trabalhadores de uma empresa ou de uma categoria profissional, tendo por finalidade as alterações das condições de trabalho.”²⁷

Segadas Vianna assim a define:

“O abandono coletivo e temporário do trabalho, deliberado pela vontade da maioria dos trabalhadores de uma seção, de uma empresa ou de várias empresas, e realizada nos termos previstos na lei, com o objetivo de obter reconhecimento de direitos ou o atendimento de reivindicações que digam respeito à profissão.”²⁸

Por outro lado, do ponto de vista legal, a greve pode ser considerada um delito, uma liberdade ou um direito.

Se o ordenamento jurídico tem a greve enquanto delito, esta será considerada ilícita, acarretando conseqüências do ponto de vista penal e trabalhista. No primeiro caso, poderá haver a cominação de pena ao grevista; no segundo, o despedimento.

Se a greve for considerada como uma manifestação do exercício da liberdade, não há que se falar em delito *strictu sensu*, mas poderá constituir motivo suficiente para a demissão do grevista.

Por fim, se a greve for reconhecida como um direito do trabalhador, não constituirá delito nem motivará a dispensa do grevista. Nesta última hipótese, poderá haver a suspensão do contrato de trabalho e o não-pagamento do salário durante a greve. Mas, ao término dessa, os trabalhadores terão direito à reincorporação ao trabalho, com todas as garantias.

Como lembra López-Monis de Cavo:

“Estes três modelos normativos têm, de alguma maneira, correspondência com os três estágios de evolução histórica nos diferentes países. Num primeiro momento se considera delito; mais tarde se tolera; finalmente, se reconhece como um direito.”²⁹

De todo modo, atribuir à greve um delito,

²⁷ RUSSOMANO, M. V. *Direito sindical*: princípios gerais. Rio de Janeiro : Konfino, 1957. p.233.

²⁸ VIANNA, S. *Greve*: Direito ou violência. Rio de Janeiro : FB, 1959. p. 66.

²⁹ LÓPEZ-MONIS DE CAVO, C., op. cit., p. 12.

uma liberdade ou um direito dependerá de cada sistema normativo. Podemos dizer, genericamente, que a greve, nas sociedades democráticas, é considerada direito e não delito, salvo casos excepcionais, ou quando algumas exigências prescritas por lei não são observadas, tais como: o aviso prévio ao empregador, a observância do procedimento formal rigoroso, etc.

No serviço público, a greve tem sido objeto de controvérsias na doutrina e na ordem jurídica.

Cumprir ter presente que, tradicionalmente, a greve no serviço público tem sido vedada ou delimitada em face da legislação, mediante alguns argumentos, a saber:

a) o princípio da continuidade, que se traduz pela ininterrupção da atividade da Administração, não se admitindo a paralisação dos serviços públicos;

b) a relação jurídica da Administração com seus funcionários, que, sendo de direito público e de natureza estatutária, é incompatível com o exercício da greve: as condições de trabalho ficam subordinadas à lei e não à vontade das partes;

c) a situação dos funcionários públicos em relação aos trabalhadores privados: entre outras garantias, possuem estabilidade no emprego e, portanto, deve-se deles exigir, em contrapartida, uma lealdade irrestrita à Administração, o que implica a restrição dos seus direitos, entre os quais o direito de greve.

Conforme observa Antônio Álvares da Silva:

“As estatísticas da OIT mostram que, em mais de 36 países, a greve nos serviços públicos é proibida. Em cerca de 26, é permitida. Em outros, há um meio termo entre proibição e a permissão: a autorização com limitações, geralmente em relação a serviços considerados essenciais e necessários prestados pelo Estado à sociedade.”³⁰

Na França, a Lei nº 63 -777, de 31 de julho de 1963 (hoje integrante do Código de Trabalho, arts. L-521-2 a 521-6), reconhece o direito de greve do pessoal civil que trabalha para o Estado, dos Departamentos e dos Municípios com população superior a 100.000 habitantes, bem como dos trabalhadores das entidades, de direito público e privado, responsáveis pela gestão de um serviço público.

Para determinados funcionários públicos,

³⁰ SILVA, A.A., op. cit., p. 108.

porém, a legislação francesa proíbe expressamente a greve. Incluem-se nessas modalidades os magistrados (Ordenança de 28.12.58), a Polícia (Lei de 13.7.72), os membros das Companhias Republicanas de Segurança (Lei de 27.12.47), os controladores aéreos (Lei de 3.7.64), os agentes de administração de prisões (Ordenança de 6.8.58) e os funcionários dos serviços de transmissão do Ministério do Interior (Lei de 31.7.69).

Na Espanha, a regulamentação do direito de greve se encontra no Decreto-Lei de 4 de março de 1977, que dispõe sobre as Relações de Trabalho (o DLRT). Essa foi a norma básica que democratizou as relações de trabalho naquele país, após a derrocada do regime franquista.

No que concerne aos funcionários públicos, estes não são considerados legalmente trabalhadores (art. 13-a do Estatuto dos trabalhadores) e, por consequência, não gozam do direito de greve. No entanto, o Tribunal Constitucional, na Sentença nº 11-13, decidiu que o direito de greve dos funcionários públicos não está regulamentado e, portanto, tampouco proibido pelo Decreto-Lei sobre Relações do Trabalho – DLRT.

Nos Estados Unidos, a regulamentação do direito de greve no setor privado está constituída basicamente pelo *Labor Managment Relations Act* (LMRA) ou *Taft Hartley Act*, de 23 de junho de 1947 (que emendava o *Wagner Act* de 1935), emendado, por seu turno, pelo *Labor Managment Reporting and Disclousure Act* (LMRDA) ou *Landrum Griffin Act*.

Relativamente aos serviços públicos, os Estados Unidos têm uma legislação distinta, conforme se tratem de funcionários federais, dos Estados-membros, ou das comunidades locais.

No caso da União, há uma proibição geral do exercício de greve. A legislação federal americana prevê severas penalidades, que vão desde a dispensa imediata do grevista até a proibição de ser readmitido ao emprego público durante um período de três anos (*Labor Managment Relations Act-LMRA*, Seção 305).

Quanto aos funcionários estaduais e locais, quarenta Estados e o Distrito de Colúmbia proíbem a greve; os demais Estados a toleram, mas dentro de limites estreitos e rigorosos, principalmente se o movimento atingir setores como a segurança e a saúde públicas.

No Brasil, as Constituições de 1891 e de 1934 silenciavam sobre o direito de greve, mas a de 1937 considerava a greve um recurso anti-social,

nocivo ao trabalho e ao capital (art. 139). Os líderes do movimento incorriam na prática de crime (art. 725, da Consolidação de 1943).

O legislador, além de estar fora da realidade, não reconhecendo a greve como fato social, impunha à ordem jurídica uma conotação autoritária e fascista.

A Constituição de 1946, curvando-se ante os atos, assegurava o direito de greve, remetendo à lei ordinária a regulação do seu exercício.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, previa, entre os direitos dos trabalhadores, o direito de greve (art. 165, XX), mas não a permitia nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei (art. 162).

A atual Carta Magna, promulgada em 1988, prevê, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o direito de greve, cabendo-lhes decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, devendo a lei definir os serviços ou atividades essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, *caput* e § 1º).

A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, dispõe sobre o exercício da greve no setor privado.

No caso dos servidores públicos, a Constituição de 1988 garante o direito de greve, a ser exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VII). Portanto, assegura o direito, mas condiciona o seu exercício aos “termos” e “limites” estabelecidos pelo legislador complementar.

Duas correntes têm se posicionado em relação ao art. 37, VII, da Constituição.

A primeira sustenta que a norma constitucional é de eficácia contida, dependendo de lei complementar para que tenha eficácia. Assim, enquanto esta não for editada, a greve não é permitida no serviço público.

A segunda entende que a norma constitucional, embora de eficácia contida, incide imediatamente, por afastar o óbice representado pela proibição da greve prevista na Carta anterior. Assim, ela autoriza a greve dos servidores públicos, independentemente da edição de lei complementar.

Como lembra Arion Sayão Romita;

“A consagração da tese sustentada pela primeira corrente doutrinária acima referida conduzirá à recusa do exercício de um direito que a Constituição promete ao servidor. Teríamos uma inconstitucio-

nalidade por omissão do legislador, enquanto faltasse a lei complementar a que alude o preceito em foco. Tal solução não encontra amparo no próprio texto constitucional, pois o exercício do direito de greve não depende da explicitação de pormenores ou do fornecimento de parâmetros aptos a torná-lo efetivo.”³¹

A jurisprudência pátria parece direcionar-se à primeira corrente, entendendo que a norma do art. 37, VII, da Carta Magna não é auto-aplicável, não se podendo cogitar da greve no serviço público (v. STJ, Rec. MS nº 2.671, junho/93, RDA 194, p. 107/9).

É inegável que a lei complementar poderá estabelecer condicionamentos e restrições ao exercício do direito de greve no serviço público. Contudo, sustentar o entendimento de que, durante o período em que a norma não foi editada, inexistente o direito implica negar a própria Constituição.

O certo é que as greves de servidores públicos, na prática, vêm se sucedendo em todos os níveis das administrações públicas federal, estadual, municipal, desde a promulgação da Carta de 1988, abrangendo diversas áreas, entre as quais a saúde, educação, previdência social, segurança e justiça.

Esta é a realidade em que vivemos e mais adequado parece considerá-la para adotar a segunda corrente.

9. Conclusões

Em síntese conclusiva, não há que se negar que:

a) A Administração Pública é um complexo instrumento de prossecução do bem-comum, sujeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, dentre outros.

b) A noção de serviço público se traduz no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades, que se caracterizam pelos bens e serviços resultantes da atividade estatal.

c) A expressão “agente público” é a mais ampla que se pode conceber e designa todas as pessoas que, definitiva ou transitariamente, desempenham alguma função estatal.

d) Há controvérsia doutrinária sobre a natureza do regime jurídico único, parecendo-nos mais acertada a corrente que o define como sendo o regime estatutário, que deflui da lei e não do contrato.

e) Embora não tenha retificado as Convenções da OIT nº 87, de 1948, e 151, de 1978, o Brasil passou a reconhecer o direito de sindicalização dos servidores públicos a partir da promulgação da Constituição de 1988; em nível infraconstitucional, o reconhecimento desse direito só veio com o advento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

f) A negociação coletiva tornou-se, hoje em dia, um expediente comum, reconhecido aos servidores públicos, que passaram a participar das decisões sobre as condições de trabalho no serviço público.

g) O direito comparado vem demonstrando a necessidade de a Administração Pública brasileira ajustar-se à realidade em que vivemos e abandonar a crença de que, onde existe a presença estatal, devem ser afastados a negociação coletiva, o direito de greve e tantas outras conquistas sociais.

h) Sem embargo, respeitados o princípio da reserva de lei e a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, o regime estatutário, de per si, não repele a negociação coletiva, podendo com ela coexistir harmonicamente, como mostra o Direito comparado, notadamente na França e na Alemanha, e a realidade fática em nosso País.

i) A greve é, por excelência, um fenômeno social, com causas e efeitos os mais diversos, podendo ser abordada sob vários ângulos; do ponto de vista legal, é considerada um delito, uma liberdade ou um direito, consoante o ordenamento positivo vigente em cada país.

j) Tradicionalmente, a greve no serviço público tem sido vedada ou delimitada em face da legislação; de acordo com as estatísticas da OIT, é proibida em mais de trinta e seis países e permitida em vinte e seis.

l) No Brasil, a Constituição de 1988 afastou a proibição contida no ordenamento constitucional anterior, assegurando o direito de greve aos servidores públicos civis, a ser exercido nos termos e nos limites a serem definidos em lei complementar.

m) A norma constitucional, embora de eficácia contida, incide imediatamente, por afastar a proibição anterior, ou seja, permite que os servidores públicos façam greve desde logo; sustentar entendimento contrário significa negar a própria Constituição.

n) Na prática, as greves de servidores públicos vêm se sucedendo em todos os níveis das Administrações Públicas federal, estadual e municipal, desde a promulgação da Constituição de 1988.

³¹ ROMITA, A.S., op. cit., p. 808.

Bibliografia

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1990.
- BOLDT, Gerhard. La grève et le lockout em Droit Allemand. In: LE DROIT DU TRAVAIL DANS LA COMMUNAUTÉ. Luxemburgo : Communauté Européen du Charbon e de L' acier, 1961. v. 5, p. 96.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- DURAND, Paul. La grève el lockout en Droit Français. In: LE DROIT DU TRAVAIL DANS LA COMMUNAUTÉ. Luxemburgo : Communauté Européen du Charbon e de L' acier, 1961. v. 5, p. 207.
- LEITE, Celso Barroso. Greve de servidores públicos. *Revista Ltr*, Brasília, v. 53, n. 2, p. 163-165, fev. 1989.
- LÓPEZ-MONIS DE CAVO, Carlos. *O direito de greve: experiências internacionais e doutrina da OIT*. São Paulo : Ltr/IBRART, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- PINTO, Almir Pazzianotto. O Servidor público civil : sindicalização; direito de greve, *Revista Ltr*, Brasília, v. 54, n. 2, p. 157-159, fev. 1990.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito sindical: princípios gerais*. Rio de Janeiro : Konfino, 1957.
- ROMITA, Arion Sayão. Servidor público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve. *Revista Ltr*, Brasília, v. 56, n. 7, p. 789-808, jul. 1992.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo : Ltr, 1993. 232 p.
- VIANNA, Segadas. *Greve : direito ou violência?* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959. 304 p.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1994.

Costume - redemocratização, pluralismo e novos direitos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

SUMÁRIO

1. O costume como tradição e o direito no antigo regime. 2. Os dilemas latino-americanos: modernização autoritária e cultura. 3. Constitucionalismo e legalidade contra o costume. 4. Universalismo e particularismo: direitos redistributivos (direitos sociais) e direitos ao reconhecimento (auto-discriminação).

“Dicendum quod multitudo, in qua consuetudo introducitur, duplicis conditionis esse potest. - Si enim sit libera multitudo, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis. Unde licet singulae persoane non possint condere legem: tamen totus populus condere legem potest. - Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem vel legem a superiori potestate positam removendi: tamen ipsa consuetudo, in tali multitudine praevalens, obtinet vim legis, in quantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere: ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo introduxit.” (“A multidão em que se introduz o costume pode ter dupla condição. Se for livre e capaz de legislar, vale mais o consenso de toda a multidão, para o fim de se observar alguma disposição manifestada pelo costume, do que a autoridade do chefe, que não tem o poder de legislar senão enquanto representa a personalidade da multidão. Por onde, embora pessoas singulares não possam legislar, contudo a totalidade do povo pode. - Outro caso é o da multidão que não tem poder livre de legislar para si ou de remover a lei estabelecida por um poder superior. Em tal caso, contudo, o próprio costume, que prevalece na multidão, obtém força de lei por ser tolerado por aqueles a quem pertence impor a lei à multidão. Pois, por isso mesmo, são considerados como tendo aprovado o que o costume introduziu.” Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia-IIae, q. 97, art. 3).

José Reinaldo de Lima Lopes é Professor da Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito e Professor Visitante da Universidade da Califórnia, San Diego.

“In political speculations the tyranny of the majority is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard” (p. 129). “But reflecting persons perceived that when society is itself the tyrant – society collectively over the separate individuals who compose it – its means of tyrannising are not restricted to the acts which it may do by the hands of its political functionaries. Society can and does execute its own mandates: and if it issues wrong mandates instead of right, or any mandates at all in things which it ought not to meddle, it practises social tyranny more formidable than many kinds of political oppression, since, though not usually upheld by such extreme penalties, it leaves fewer means to escape, penetrating much more deeply into the details of life, and enslaving the soul itself. *Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs protection also against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compels all characters to fashion themselves upon the model of its own. There is no limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence: and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism.*” (p. 130) “Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.” (p. 135) “The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it.” (p. 138) (MILL, John Stuart. *On Liberty*)

“Cultural heritages and the forms of life articulated in them, normally reproduce themselves by convincing those whose personality structures they shape, that is, by motivating them to appropriate productively and continue traditions. The constitutional state can make this hermeneutic achievement of the cultural reproduction of lifeworlds possible, but it cannot guarantee it. For to guarantee survival would necessarily rob the members of the very freedom to say yes or no that is necessary if they are to appropriate and preserve their cultural heritage. When a culture becomes reflexive, the only traditions and forms of life that can sustain themselves are those that bind their members while at the same time subjecting themselves to critical examination and leaving later generations the option of learning from other traditions or converting and setting out for other shores.” (HABERMAS, Jürgen. *Struggles of Recognition*. In: *The Democratic Constitutional State*. TAYLOR, Charles, GUTMAN, Amy. *Multiculturalism*. Princeton: Princeton Univ. Press, 1994.)

1. O costume como tradição e o direito no antigo regime

Durante o antigo regime, sob o qual viveu o Brasil por quase trezentos anos, a ordem jurídica aceitava o costume como fonte de direito e não apenas como subsidiária. Questões de direito privado poderiam ser legitimamente decididas com fundamento nos costumes do reino (Ordens Filipinas, Livro 3, título 64), nos estilos da Corte e nas leis: secundariamente, em caso de lacunas diríamos, poder-se-ia recorrer ao direito romano (leis imperiais). As questões de direito público também se prendiam ao costume, uma espécie de costume constitucional: os direitos reais (régios) podiam ser resultado de costumes, caso em que eram ditos direitos reais menores e adventícios (em contraste com os direitos essenciais, ditos majestáticos ou maiores) (Coelho de Sampaio apud Almeida, v. 2, p. 440). Os privilégios corporativos (Hespanha) conquistados ao longo do tempo formavam o arcabouço do antigo regime e muitos deles eram costumeiros.

No sistema jurídico português durante o período colonial, o costume se classificava em várias categorias: costume propriamente dito, foros locais, façanhas (decisões dos juizes municipais – juizes de câmara), estilos da Casa de Suplicação (Tripoli, 1936, p. 61). Os costumes dividiam-se por classes (fidalgos, clero, judeus, mouros), por locais, em oposição ao costume do reino (geral), além dos costumes jurisprudenciais (Caetano, 1992, p. 352). Conforme notícia Tripoli, os costumes *praeter legem* valiam uma vez decorridos 10 anos e os costumes *contra legem* valiam uma vez decorridos 40 anos, desde que não fossem contrários ao bem comum ou lei de ordem pública (p. 62). Num sentido semelhante, na América espanhola, Eyzaguirre notícia que o costume contra a lei valia quando provado seu uso por dez anos ininterruptos (Eyzaguirre, 1991, p. 151). Segundo Hespanha (1994, p. 359), a questão do costume ligava-se não apenas à capacidade ativa do povo de dar-se leis, mas também à capacidade passiva de recusar as leis que lhe eram dadas (negando o requisito da *firmatio* pelo *usus utentium*).

“A opinião comum é a de que o costume local deve ser atendido, mesmo quando contrário ao direito comum, desde que se verifiquem certos requisitos da sua validade (nomeadamente a sua prescrição e racionalidade).” (Hespanha, 1994, p. 362)

É fácil compreender como o advento do modelo liberal de estado e direito, revolucionário, universalista, tenta abolir o costume, ou pelo menos relegá-lo à função de fonte secundária. Clóvis Bevilacqua, autor de nosso Código Civil, (Bevilacqua, 1976, p. 30-39) classifica-o como fonte secundária, mencionando, em seguida, como fonte secundária estancada, o direito romano. O costume, nesta visão, passa a ocupar posição estrutural semelhante à do direito romano no período histórico pré-liberal, ou seja, de fonte secundária, só utilizável para justificar decisões em casos muito difíceis para o direito legislado.

Durante as primeiras décadas de vida independente, o Estado nacional brasileiro procura consolidar-se também legislando. Mas a tradição do direito consuetudinário sobrevive e por várias razões. Uma delas, claramente, é a inacessibilidade dos meios estatais em regiões distantes. Seria uma incapacidade horizontal ou geográfica de o Estado estender-se sobre o território nacional. Outra seria a incapacidade vertical ou social de o Estado impor-se sobre todas as classes. O período imperial é um período de lutas também entre o poder imperial central e as províncias: uma das reivindicações liberais era a da proximidade do poder junto aos cidadãos. Os costumes locais deveriam ter algo a dizer ao poder central. Importante lembrar que a discussão no século XIX não é uma discussão sobre a tolerância das diferentes culturas: século do progresso e da confiança no futuro da civilização branca, o pluralismo (exceto quanto às divergências políticas) não está na pauta.

2. Os dilemas latino-americanos: modernização autoritária e cultura

O período republicano, especialmente a partir da era Vargas (1930-1945), é marcado pela tentativa de modernização autoritária do País. O esforço se retoma no governo Juscelino Kubitschek (com a Constituição liberal de 1946) e também sob o regime militar (Estado de Segurança Nacional). O Estado não é apenas intervencionista no sentido de regulador da concorrência intersetorial na economia e arbitrador dos conflitos sociais: é promotor de desenvolvimento, é dirigista, como é também um Estado de segurança. A forma usada para tal intervenção e dirigismo é a lei: a tradição precisa ser revisitada e reformada pela lei. No período de desenvolvimentismo, pode-se com clareza verificar que há levas e levas de reformas.

O processo civil é reformado duas vezes (1939 e 1973). De 1942 é a Lei de Introdução ao Código Civil. De 1940, o Código Penal e de 1941, a Lei das Sociedades Anônimas e a Lei de Falências (lei de quebras). Com este instrumental jurídico, o poder do costume é diminuído. Tanto a Lei de Introdução quanto o Código de Processo relegam o costume a uma posição secundária. No direito privado o costume é instrumento de integração (em caso de lacunas), mas é mencionado depois da analogia. Certo que no direito comercial os costumes podem ter força de lei quando registrados na praça, mas a criação de um mercado nacional (como no caso do sistema financeiro) dificulta esta espécie de formalidade, presa ainda ao conceito de praça localizada. No direito público, o princípio da estrita legalidade torna-se um obstáculo ao uso do costume (não se definem crimes ou impostos por costume).

O avanço do Estado dirigista promoveu transformações sociais; no Brasil, especialmente o grande deslocamento populacional para as cidades industriais. Esta transformação causa um impacto cultural e social. O impacto é cultural na medida em que as populações que se deslocam (1) procedem de regiões diferentes e (2) transferem-se do campo para a cidade. O impacto é social, pois se trata de um processo de integração numa nova classe (de camponeses a operários) e de exclusão econômica (pobreza) e cultural (preconceito, discriminação). Um dos resultados deste processo foi o desenvolvimento de comunidades de vizinhança (nos bairros) e de família que preservaram formas de solidariedade e regras de convivência distintas das formas legalmente previstas. Numa forma de resistência e de estratégia de sobrevivência, as classes populares desenvolveram suas formas de legalidade. Do ponto de vista do direito legalizado, trata-se de simples costumes: podem, portanto, ser *contra legem* e não gerar qualquer validade. Sem ter acesso à justiça formal (por várias razões que aqui não se discutirão), desenvolveram também formas alternativas de resolução de controvérsias.

Estes costumes têm aspectos conflitantes e outros concorrentes com uma concepção democrática universalista de direito. Encarado o regime da vida das aldeias e comunidades como um regime não de controles recíprocos e limitações ao poder absoluto, mas como um sistema de imposição de vontades e poderes particulares, o liberalismo propõe-se a desatar os nós que tal sistema cria para a autonomia

individual. Nestes termos, o desenvolvimento do Estado liberal no Brasil é um desafio não-completado. O direito legislado moderno presume que a aplicação da lei será igual para todos: isto exige, como mínimo, que o poder de execução, administração pública e jurisdição tenham uma eficácia global de modo que ninguém possa justificar o descumprimento da lei com o fato de que, em casos semelhantes ao seu, a lei não foi aplicada. Isto deslegitimaria completamente o direito, pois então, como diz Wanderley Guilherme dos Santos (1993), a aplicação da lei torna-se lotérica, ou seja, dependendo da sorte, ou da influência ou da “esper-teza”, ou da inteligência de cada um. O resultado seria – como tem sido – que a aplicação da lei geral é continuamente distorcida.

3. Constitucionalismo e legalidade contra o costume

Quando se imagina o Estado e a Constituição como um sistema, as coisas ainda se complicam mais. O objetivo de uma constituição republicana democrática pode ser controlar o poder e o seu exercício. Nessa linha de idéias, o constitucionalismo moderno serve às mesmas funções do constitucionalismo antigo, embora com características diferentes. O Estado corporativista do antigo regime conhecia formas de controle do poder por meio das autonomias corporativas e estas, muitas vezes, fundavam-se no costume local. Na França pré-revolucionária os parlamentos recusavam muitas vezes a aplicação das *ordonnances* reais (Picardi, 1995 p.38) e em Portugal havia queixas contínuas contra os magistrados que se atinham mais aos costumes do que às ordens do rei. No regime liberal, concebida a lei como expressão da soberania, o problema dos limites do poder resolve-se pela tripartição dos poderes do Estado e pelo mecanismo eleitoral competitivo. A base do sistema é a universalidade da lei e da cidadania, de tal modo que – exceto quanto aos comerciantes e aos escravos – tendem a desaparecer as distinções pessoais, embora sobrevivam distinções de sexo, riqueza (o voto censitário) e a própria escravidão.

Na história do Brasil em particular, os primeiros anos do Estado nacional são anos de disputa também entre governo central e províncias. Os partidos se definem em torno de tais temas: os liberais propondo maior poder descentralizado ou maior poder para as

províncias, os conservadores propondo maior poder para o governo central. Tavares Bastos (Bastos, 1937) insiste, em 1870, que a autonomia provincial é condição da liberdade do cidadão. Por outro lado, dado que os poderes locais guardavam fortes traços patrimonialistas e de oligarquia familiar, muitos adeptos de certas mudanças e reformas tendiam a ver a necessidade de um governo central forte.

O costume cede pouco a pouco lugar para a legislação e esta, de modo geral, em matérias relevantes concentra-se no governo central. O Código Civil é imaginado como um código nacional, e, para redigi-lo, Teixeira de Freitas é contratado pelo governo imperial para elaborar um esboço de código civil. Tentando consolidar as leis civis (antes de redigir o projeto de código propriamente dito), queixa-se ele do caráter confuso do corpo de direito civil brasileiro: sobretudo, lamenta que as leis – já em si mesmas confusas e numerosas – são a parte menos estudada do direito pátrio. Além disso, dizia que

“a legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma monarquia absoluta, sob o predomínio de outras idéias, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se acham inutilizadas, ou modificadas, só por efeito das leis novas? A força do hábito, *entretanto, tem-nas perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revocatórias*” (Freitas, 1896, p. 33).

O Código Civil, finalmente editado na Primeira República (1916), expressamente revogou todos os usos e costumes que lhe fossem contrários (art. 1807). No art. 1.210 sobreviveram os usos locais nos contratos de locação de imóveis quanto ao tempo (duração), coisa também desaparecida quando, por lei, passou-se a regular o aluguel como matéria de interesse social. Os costumes só foram admitidos como meios de integração do direito, ao lado da analogia e dos princípios gerais do direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

No desenvolvimento do Estado nacional e liberal, portanto, o costume apresentava características e coloração política de contradição com um direito novo e libertador. Se avançamos

na história, o estado social (*welfare state*, *regulatory state*) foi construído com uma perspectiva antitradicional e anticostumeira. A seguridade social, o direito do trabalho e o planejamento econômico do desenvolvimento foram frutos de deliberada intervenção do Estado sobre a sociedade civil, como meio de interferir na inércia da acumulação e da crise capitalista. O fato é que, no Brasil, esta intervenção foi centralizadora e concentradora de renda. O modelo político e o modelo econômico adotados, seja no período Vargas (1930-45), seja no ciclo militar autoritário (1964-84), afastaram os poderes locais (dando ao governo federal a condução da política econômica e social) e a participação popular (por vários mecanismos cujo efeito final foi o afastamento quase total de oposições substanciais e institucionalizadas). Era a época da expansão do mercado nacional, inserido no mercado internacional.

Teria sido possível a criação e consolidação do estado social de direito sem um afastamento dos costumes anteriores, da prática cotidiana costumeira e tradicional? Teria sido possível sem que alguma forma de centralização se fizesse, dado o caráter centralizador do mercado (uma moeda, um sistema bancário, etc.)? O fato histórico é que, tanto na cultura do direito civilista, romano-germânico-canônico, quanto na *common law*, o papel da legislação cresceu, como cresceu o papel do executivo. Houve mais legislação e, aparentemente, menos lugar para o costume. Se assim se pode dizer, o costume sobreviveu e adquiriu alguma força apenas por meio da jurisprudência, das decisões judiciais que finalmente interpretaram e aplicaram as leis. Neste sentido, é notável que nos países de direito civilista seja crescente o papel da jurisprudência: é que a ela coube calibrar o direito universal e abstrato da lei. Mas se por um lado ela é flexibilizadora do direito abstrato, por outro corre o risco de perpetuar privilégios sob a capa do direito adquirido, ou estender – pela analogia – benefícios que a crise fiscal do Estado impede de tornarem-se direitos universais.

4. Universalismo e particularismo: direitos redistributivos (direitos sociais) e direitos ao reconhecimento (antidiscriminação)

Na dialética entre costume e lei, surgem hoje algumas novas questões, e alguns fenômenos merecem nossa atenção. Em primeiro lugar, a globalização e a flexibilização da economia capitalista mundial, que dizem respeito aos direitos

sociais (de redistribuição). Em segundo lugar, os movimentos em defesa das diversidades e identidades (direitos antidiscriminação ou direitos ao reconhecimento).

O processo de globalização e de flexibilização parece reagir contra o Estado social e contra o direito legislado. Contra o estado social, pois a flexibilização exige, muitas vezes, que se desconstitucionalizem os direitos sociais e os direitos trabalhistas. É o que vemos com clareza passar-se no Brasil, mas é também o que se passa nos EUA (embora ali os direitos sociais redistributivos não fossem propriamente constitucionais). Ao mesmo tempo a globalização parece impor que os regimes de produção sejam sensíveis às condições particulares e regionais de produção e consumo. Essa perspectiva pode fazer crer que o costume – em oposição à lei – volte a crescer. Uma análise diferente pode ser feita, no entanto, se definirmos a globalização como um processo superior de disciplinamento, na linha de Foucault, caso em que os costumes – normalmente imaginados como espontâneos – seriam na verdade a forma típica de organizações transnacionais impõem suas pautas de conduta fora da expressão normativa da lei. Globalização pode ser homogeneização na esfera global, antes que respeito a diversidades. Pode ser também uma forma de escapar aos constrangimentos legais impostos pela democracia social.

Mas não só de homogeneização vive o mundo de hoje. Os processos de fragmentação social e do Estado nacional também são evidentes. Ao contrário da reivindicação dos direitos sociais e redistributivos, em que o primeiro apelo se faz à igualdade (identificação em torno de uma classe universal, como cidadãos ou trabalhadores, e em torno de necessidades comuns e iguais – alimentação, moradia, transporte, educação, oportunidades de vida, etc.), os direitos à identidade fazem-se em nome da diferença: diferenças étnicas, de gênero e orientação sexual, de origem nacional e de cor, e assim por diante. No caso de direitos ao reconhecimento, a afirmação da categoria básica do respeito dá-se com a afirmação também básica das desigualdades de identidade (Fraser, 1995 - comunicação pessoal)*. Nosso tempo é um tempo em que estas identidades minoritárias, dentro dos estados nacionais, reivindicam uma

* Comunicação pessoal feita em 5 de abril de 1995 em colóquio realizado na UCSD. *From redistribution to recognition in the 90s*.

igualdade de respeito fundada na idéia democrática da universalidade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, requerem autonomia. Como compatibilizar tais reivindicações?

A questão não pode ser respondida de maneira simples sem que se perceba claramente que o que está em jogo é, a meu ver, um processo de expansão da democracia. Isto porque, ao reivindicarem as diferenças, nenhum grupo minoritário pode imaginar-se num estado de isolamento: trata-se de redefinir a relação da maioria com a minoria. O costume pode ter um futuro por aí? Creio que sim, desde que seja bem entendido. Tomo aqui o exemplo do estudo feito por Boaventura Sousa Santos numa favela do Rio de Janeiro. Impossibilitados de ter acesso ao sistema legal oficial, por inúmeras razões, os moradores desenvolvem seus próprios meios de resolução de controvérsias. Trata-se de verdadeiros costumes, que respondem a necessidades reais daquele grupo com instituições possíveis. Mas tal resposta é por si mesma o resultado de uma falta de eficácia do sistema legal: este só estende sua proteção a uma classe social. Seria equívocado supor que, podendo dispor de uma justiça impessoal e rápida, segura e eficaz, os moradores de Pasárgada se dessem ao trabalho de criar seu próprio juizado. De outro lado, ao serem obrigados a criar seu juizado, fundam um novo espaço político e público, no qual se colocam todas as questões da política: quem decide, quem tem legitimidade, quais as regras aplicáveis, etc.

Em tempos de desregulamentação será possível falar na volta do costume como elemento de democracia e liberdade? Num certo sentido sim, pois pode-se imaginar que a flexibilização do direito dará mais autonomia para os poderes locais e, portanto, para manifestações plurais de experiências jurídicas. No entanto, alguns campos são muito problemáticos. Tomemos o exemplo da defesa do consumidor. De um lado, grandes organizações fornecedoras de produtos e serviços, capazes de impor cláusulas de contratação. De outro, os consumidores, obrigados a aceitar tais cláusulas. Para contrapor-se a isso será necessária ou a lei, ou alguma instância crítica que julgue o costume, como diziam os medievais, julgue sua razoabilidade e aceitabilidade. O que aplicar: o “costume” dos fabricantes e prestadores de serviços? O “costume” de introduzir nos contratos cláusulas de exoneração de responsabilidade é razoável e jurídico?

Um segundo exemplo: os direitos funda-

mentais da pessoa humana, cuja discussão em Viena, na Conferência das Nações Unidas, foi ilustrativa. Alguns costumes que a tradição mantém são inaceitáveis hoje em dia, quando submetidos a certas instâncias críticas. Acusar tais julgamentos de etnocentrismo (eurocentrismo) não basta para desqualificá-los. O pluralismo jurídico no qual o costume tem um papel importante ao mesmo tempo exige certas definições mínimas, acordadas e discutidas, um *ius gentium* da pessoa humana.

Finalmente, imaginemos que a democracia exige não só ideais nobres de liberdade, senão também mecanismos políticos adequados. No caso do costume, como introduzir controles públicos adequados, capazes de submetê-lo à crítica. A saída dos estados nacionais foi, naturalmente, abandonar, a pouco e pouco, o costume como fonte do direito, substituindo-o pela legislação (discutida e votada nos parlamentos). O resultado também deixou a desejar. Com os inúmeros problemas da representatividade política, o costume *contra* ou *praeter legem* se desenvolve quase que inevitavelmente. No Brasil, 67% das pessoas envolvidas em conflitos não recorrem ao sistema judicial, por diversos motivos. Isto significa que alguma outra forma de solução foi usada (Santos, 1993, p. 102). A distância entre estruturas formais e povo é enorme. A volta da valorização do costume é, nestes pontos, quase inevitável. Numa sociedade urbanizada e industrial, porém, os “costumes” que se desenvolvem paralelamente ao direito estatal oficial não chegam a ser um direito tradicional costumeiro (Santos, 1988, p. 59), entre outros motivos, porque este direito “alternativo” nem sempre se opõe ao oficial: muitas vezes o imita e o supre, na falta da presença efetiva do Estado. Os tribunais de pequenas causas e de conciliação tendem a uma abertura maior para as práticas costumeiras locais. Eles têm sido introduzidos na legislação brasileira desde 1984, e a Constituição de 1988 expressamente mandou criar juzizados especiais para casos de menor complexidade. Vejo aí outra instância de abertura para o costume.

Historicamente, há dois exemplos importantes no direito brasileiro. O primeiro é o do regime parlamentarista, de gabinetes e partidos que se formam no Brasil imperial (a partir de 1850 aproximadamente). O regime parlamentar não era uma criação da Carta Constitucional de 1824, nem os partidos. E no entanto, por quase quarenta anos, é assim que funciona a política brasileira, com um sentido jurídico bastante

claro. O segundo é o do casamento de fato, ou melhor, do divórcio de fato, que foi sendo aceito sob a forma da sociedade de fato entre homem e mulher. Os tribunais, lenta e costumeiramente, aceitaram uniões estáveis como sociedades até que chegasse o divórcio. E a atual Constituição (art. 226) facilita o reconhecimento, como matrimônio, da união estável entre homem e mulher.

Em resumo, o processo de fragmentação pode ser o espaço de onde brotam os costumes outra vez, se encararmos tal fragmentação do seu ponto de vista positivo: autonomia do local e do particular diante do central e abstrato. Mas pode ser que tal autonomia seja, por seu turno, não o sinal positivo de uma comunidade viva, mas o sinal negativo de uma sociedade que deixa a muitos de seus membros (como pessoas e como grupos) marginais, oprimidos, explorados e sem acesso aos mecanismos universais de cidadania, a começar pela justiça. Este é o caso dos novos direitos ao reconhecimento e à identidade: os direitos civis das minorias étnicas, dos negros e índios na América, das mulheres e dos homossexuais. Contra a tradicional intolerância – baseada na simples tradição, no preconceito, na fobia, no poder da maioria, no interesse de certo *status quo* – o costume puro e simples pode ser invocado no sentido da continuidade da opressão antes que da liberdade e florescimento da dignidade da pessoa humana (Dworkin, 1980, p. 240-265; Noel, 1991; Taylor, 1994, p. 25-73).

No entanto, os juristas de hoje, com exceção talvez dos internacionalistas, já não aprendem a técnica do costume: como se cria, como se prova, como se revoga, como se aplica, como se interpreta o costume. Alguma volta do costume certamente está a caminho. No caso do Brasil, será preciso recuperar o saber institucional a seu respeito.

Bibliografia

- PORTUGAL. ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Código Philipino*. Por Cândido Mendes de Almeida. 14. ed. Rio de Janeiro : Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- BASTOS, Tavares. *A Província: estudo sobre a descentralização no Brazil*. 2. ed. São Paulo : Nacional, 1937.
- CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. 3. ed. Lisboa : Verbo, 1992.
- DWORKIN, Ronald. Liberty and Moralism. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA) : Harvard Univ. Press, 1980.
- EYZAGUIRRE, Jaime. *História del Derecho*. 11. ed. Santiago : Editorial Universitária, 1992.
- HESPANHA, Antonio M. *As Vésperas do Leviatã*. Coimbra : Almedina, 1994.
- MICHELS, Robert. *Political Parties*. New York : The Free Press.
- MILL, John S. *On Liberty*. New York : New American, 1974.
- NOEL, Lise. *L'Intolérance*. Québec : Boreal, 1991.
- PICARDI, Nicola. Il Giudice e la Legge nel Code Louis. *Revista di Diritto Processuale*, 1 (1995) 33:48.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- SANTOS, W. G. *As Razões da desordem*. Rio de Janeiro : Rocco, 1993.
- TAYLOR, Charles e GUTMANN, Amy. *Multiculturalism*. Princeton : Princeton Univ. Press, 1994.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro : Garnier, 1896. 774 p.
- TRIPOLI, Cesar. *História do Direito Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1936. V.1.

A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As relações entre o direito internacional e o direito interno. Teorias confrontantes. 3. O conflito entre a norma internacional e norma interna. 4. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. 5. Conclusão.

1. Introdução

É crescente o número de celebrações de tratados e convenções internacionais, multiplicando no mundo hodierno as relações entre as ordens jurídicas e a ordem jurídica internacional. Daí a importância do conhecimento do direito internacional pelos diversos profissionais do direito, haja vista a repercussão das questões externas no âmbito de cada Estado, onde os diplomas internacionais, por força de suas promulgações, passam a fazer parte da ordem jurídica interna dos Estados.

Urge, ademais recuperar o prestígio da disciplina direito internacional nos cursos jurídicos, hoje relegada injustificavelmente a um segundo plano.

Nesta breve exposição, tencionamos fazer uma análise sucinta e despretenciosa das doutrinas confrontantes sobre as relações entre o direito internacional e o direito interno, bem como do possível conflito entre suas regras, com realce para as posições e soluções adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, à luz da nova ordem constitucional e do posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátria, voltando a atenção, em especial, para os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação ao direito interno brasileiro.

Fernando Luiz Ximenes Rocha é Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará.

2. As relações entre o direito internacional e o direito interno. Teorias confrontantes

A questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais no direito interno de determinado país continua sendo assunto que ainda gera muita dúvida e polêmica.

O certo é que, inobstante as freqüentes celebrações de tratados e convenções internacionais, estes são pouco invocados em nossa comunidade jurídica, ora pelo próprio desconhecimento dos textos aludidos ora por ignorar-se o alcance de sua força normativa no âmbito do direito interno.

Com efeito, como já se disse, é preciso chamar a atenção para a necessidade de recuperar o prestígio do direito internacional nos bancos acadêmicos, a fim de que as normas internacionais, principalmente as pertinentes aos direitos humanos, possam ser efetivamente conhecidas e aplicadas.

De princípio, cumpre-nos examinar se os tratados ou convenções internacionais formam um ordenamento jurídico autônomo, distinto ou se os mesmos se incorporam à ordem jurídica interna.

Como se sabe, a discussão sobre a matéria é antiga, emergindo dela duas teorias clássicas: de um lado, os dualistas; de outro os monistas. Os primeiros, tendo como principais arautos Triepel e Anzilotti, sustentam a independência do direito internacional frente ao direito interno. Afirmam tratar-se de ordens jurídicas diferentes a regularem relações distintas, não podendo, por consequência, haver conflito entre suas normas, já que não é possível uma norma ser simultaneamente obrigatória em ambas as ordens jurídicas.

Os segundos, que têm como precursor Hans Kelsen, dividem-se em duas correntes. Uma sustenta a existência de uma ordem, composta de regras internacionais e internas, sob o primado do direito internacional; e a outra defende a primazia do direito nacional, argumentando ser uma faculdade do Estado soberano a adoção de regras de direito internacional.

No fundo, o cerne dessa discussão é saber se os tratados ou convenções internacionais têm força vinculante para os Estados signatários e seus súditos, ou se, ao contrário, servem tão-somente de recomendação para que os Estados soberanos legislem sobre a matéria de que tratam os diplomas internacionais, e só então é que as normas de direito internacional se incorporam ao direito interno.

Atualmente, não se discute a força normativa dos tratados e convenções internacionais em relação aos Estados pactuantes e seus súditos. Encontra-se de todo superado a teoria de que as regras internacionais são meramente decorativas ou orientativas em relação ao direito interno; ao revés, têm elas força cogente para o direito nacional a partir do momento em que são inseridas no ordenamento jurídico de determinado país. O que se há de questionar é se sua vigência se dá de modo automático ou se é necessária a adoção de certas formalidades.

Aqui, mais uma vez, surge a polêmica entre monistas e dualistas. Os primeiros apregoam que a incorporação das regras internacionais no direito interno se dá automaticamente com a ratificação do tratado; enquanto os segundos sustentam que tais regras só vigoram internamente caso transformadas em norma jurídica nacional.

No Brasil, adotou-se uma solução mais consentânea com a doutrina dualista, embora sem o radicalismo da exigência de elaboração de lei formal, para que se desse a incorporação do direito internacional no direito interno. Todavia, não se contentou o legislador constituinte com a simples ratificação.

Consoante ensina o Ministro Francisco Rezek,

“a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente”¹.

De fato, é atribuição do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal) examinar e aprovar o conteúdo do tratado, iniciando pela Câmara e depois pelo Senado. Uma vez aprovado o compromisso nas duas Casas Legislativas, mister se faz formalizar a decisão do Parlamento, o que é feito por decreto legislativo expedido pelo Presidente do Senado e publicado no *Diário Oficial* da União, sendo o texto aprovado e em seguida promulgado pelo Presidente da República através de decreto publicado no órgão oficial, com texto completo do tratado em anexo. Só então é que o diploma internacional passa a vigorar internamente.

¹ RESEK, J. F. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69.

3. O conflito entre a norma internacional e a norma interna

O direito internacional clássico tinha objeto bastante limitado, pois praticamente cuidava de regular as situações de paz e guerra, as relações diplomáticas e a determinação das liberdades de navegação, dentre outras poucas atividades dos Estados.

Hoje, contudo, o que se vê é um alargamento dos temas cuidados nos tratados e convenções internacionais, o que aumenta a possibilidade de eventual conflito entre a norma internacional e o direito interno.

Jean Michel Arrighi, examinando o assunto, assevera que no direito internacional clássico era

“poco probable un conflicto entre una norma internacional, reguladora de relaciones entre Estados, y una norma de derecho interno, reguladora de las relaciones entre particulares o entre particulares y el Estado, sometidas éstas a su soberanía exclusiva”.

E conclui:

“Hoy la situación es muy otra. Si bien la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2, párrafo 7, se refiere a los ‘asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados’, las modificaciones sufridas por el orden jurídico internacional los restringen cada día. Asuntos hasta ayer relatados por el derecho interno son hoy, también, objeto de regulación por el derecho internacional. Es claro el caso en materia de derechos humanos, en materia de relaciones laborales, en materia de telecomunicaciones, para sólo citar algunos ejemplos”².

Em verdade, ante a amplitude dos temas tratados nos instrumentos internacionais, é muito provável a ocorrência de conflitos entre as regras externas e as normas de direito interno. Então, é preciso definir qual a estatura da norma jurídica internacional no ordenamento nacional.

Não havendo norma internacional que

² ARRIGHI, Jean Michel. La solución de controversias entre normas internacionales y normas nacionales. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 47, n. 91/92, p. 40, jan./jun. 1994.

assegure o primado do direito das gentes, tal estatura há de ser definida pela lei fundamental do Estado soberano.

Como afirma Rezek,

“dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, 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”³.

Respeitada a supremacia da Constituição do Estado, resta buscar a solução para o confronto entre o tratado e as leis infraconstitucionais. Alguns países têm adotado a primazia da norma internacional sobre a norma interna, como se verifica na França, Grécia, Peru e Holanda; enquanto outros têm consagrado o tratamento paritário entre o tratado e a lei nacional.

A Constituição brasileira, embora não fazendo de modo expresso, deixa claro a adoção do sistema paritário quando submete os tratados ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, *b*), a exemplo das leis infraconstitucionais.

A jurisprudência brasileira, num primeiro momento, chegou a conceber a primazia do tratado sobre o direito interno infraconstitucional, tendo, posteriormente, assentado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, por maioria, que, ante o conflito do tratado com lei posterior, esta é de prevalecer perante a Justiça, ainda que o Estado venha a sofrer, no plano internacional, as conseqüências do descumprimento do tratado.

4. Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos

No que se refere à proteção internacional dos direitos humanos, é preciso que se diga que, à proporção que o direito internacional foi se desenvolvendo, sua preocupação com o homem foi aumentando, e o ser humano passou a adquirir, a cada dia, maior relevância no cenário internacional.

³ Op. cit., p. 103-104.

Presentemente, a questão de saber se o homem é ou não sujeito de direito na esfera internacional está ultrapassada; negar-lhe personalidade nesse campo seria negar e desvirtuar a existência de uma gama de institutos do direitos das gentes.

A propósito, colhe-se a irretocável lição do Professor Celso D. de Albuquerque Mello, *verbis*:

“O direito, seja ele qual for, dirige-se sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar a vida entre os homens. Ele é produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno de socialização que se manifesta em todos os ramos do Direito”⁴.

Com o passar dos tempos, foi realmente o homem crescendo de importância na vida internacional, vencendo os obstáculos do passado, o que resultou no reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos é algo inerente à própria dignidade da pessoa humana, não se derivando do Estado, não podendo, pois, ficar adstrita a seu “domínio reservado”.

Augusto Cançado Trindade, com muita propriedade, leciona que:

“O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva’. Esta última (equiparável ao chamado ‘domínio reservado do Estado’) afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados) e como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento

de subordinação, claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais”⁵.

Realmente, não se pode nos dias atuais pretender que a proteção dos direitos humanos recaia tão-somente no campo da jurisdição interna dos Estados, como outrora defendido por certas correntes doutrinárias.

De feito, o que se quer é que as normas internacionais e as normas internas de proteção dos direitos humanos andem sempre de mãos dadas, buscando-se a melhor forma de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Não devemos, pois, perder-nos no antagonismo da primazia entre a regra internacional e a norma interna, vez que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos não se enquadram na moldura dos tratados clássicos, compreendendo restrições e compromissos. Os mecanismos adotados por tais diplomas transcendem aos interesses dos Estados pactuantes, na medida em que dão ênfase a interesses gerais e estabelecem obrigações a serem implementadas de forma coletiva.

Mais uma vez, recorremos às lições do Professor Cançado Trindade, quando assevera:

“No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana”⁶.

Cumprido, portanto, reconhecer a anterioridade dos direitos humanos frente ao direito estatal. Como já tivemos oportunidade de observar *alhures*,

“o indivíduo possui direitos anteriores e superiores aos do Estado, e este deve respeitá-los, porquanto o Estado existe em função do homem, com o fim de

⁴ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1976. v. 1, p. 416.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 3-4.

⁶ Idem. A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil. In : *A PROTEÇÃO dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 34. Seminário de Brasília de 1991.

realizar suas necessidades, proteger seus direitos sem jamais usurpá-los. Deste modo, os direitos da pessoa humana não podem deixar de ser reconhecidos e respeitados pelo Estado”⁷.

5. Conclusão

À guisa de conclusão, cumpre destacar a identidade de objetivos entre o direito internacional e o direito nacional no que concerne à proteção dos direitos humanos, merecendo destaque a preocupação de evitar-se conflito entre as duas ordens, sempre presente na elaboração dos instrumentos internacionais, podendo ser citado, como exemplo, a adoção do princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, o que não deixa de realçar que essa proteção desponta como responsabilidade primeira dos órgãos nacionais. Daí dizer Cançado Trindade:

“não pode restar dúvida de que a implementação internacional dos direitos humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) internos dos Estados”⁸.

Outrossim, merece relevo a adesão do Brasil, ainda que seródia, à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José de Costa Rica, formalizada pelo Decreto n° 678, de 6 de novembro de

1992, e a posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte e recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos parágrafos 1° e 2° do art. 5° da Constituição Federal.

Assim sendo, embora contemos com os instrumentos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, nem por isso estamos seguros da efetivação desses direitos fundamentais da pessoa humana, caso não se crie uma cultura dos direitos humanos em que os órgãos públicos de todos os poderes do Estado e os diversos setores da sociedade civil sintam-se co-responsáveis pela concretude da proteção dos direitos humanos, o que não é tarefa fácil num país que não consegue reduzir seus contrastes, permitindo que continuemos a conviver com a vergonha e a humilhação da miséria que atinge a grande maioria dos nossos irmãos.

É preciso, portanto, sonhar com a criação dessa cultura que tanto almejamos, mas é necessário sonharmos todos juntos para que o sonho possa tornar-se realidade, pois, como já disse o poeta do nosso cancioneiro popular,

“sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só. Mas, sonho que se sonha junto é realidade”.

⁷ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Paralelismo da Liberdade Individual e da Soberania Estatal. *Rev. do Curso de Direito*, Fortaleza, n. 23, jan./jun. 1982. p. 154.

⁸ Op. cit., p. 531.

Os direitos humanos no Brasil e a sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais

OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JÚNIOR

SUMÁRIO

Introdução. Justificativa. 1. Os direitos humanos. 1.1. Origem e evolução. 1.2. O conceito de direitos humanos no Brasil. 1.3. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na garantia dos direitos humanos. 2. A política do governo brasileiro e as reivindicações dos movimentos de direitos humanos no Brasil. 2.1. A Política dos direitos humanos no Governo Fernando Henrique Cardoso. 2.2. As propostas do I Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos. 3. Os instrumentos processuais constitucionais para a garantia dos direitos humanos. 3.1. O habeas corpus. 3.2. O mandado de segurança. 3.3. O habeas data. 3.4. A ação popular. 3.5. A ação civil pública. 3.6. O mandado de injunção. 3.7. O direito de petição. 4. conclusão.

Introdução

No quinquagésimo aniversário das Nações Unidas, que coincidentemente inaugura a Década Internacional da Educação em direitos humanos¹, e cerca de dois anos após a confirmação consensual da universalidade dos direitos humanos pela Conferência de Viena de 1993, observamos que os mesmos, de acordo com J. A. Lindgren Alves², encontram-se em quarentena na esfera internacional, de modo que cabe a todos os estudiosos da matéria envidarem esforços para consolidarem os direitos humanos na órbita interna dos Estados, como requisito básico para que estes atinjam uma dimensão internacional e, portanto, universal.

Oswaldo Agripino de Castro Júnior é Advogado, membro do Instituto Victus, Mestre em Direito Constitucional (PUC-RJ) e Pesquisador do Departamento de Pesquisa e Documentação da OAB/RJ e do CNPq.

Trabalho apresentado no XXII Curso de Direito Internacional da OEA, em agosto de 1995.

¹ Proclamada pela Resolução 49/184 da Assembleia Geral da ONU, em 23 de dezembro de 1994.

² ALVES, J.A.L. 1995: Os direitos humanos em Sursis, *Lua Nova; Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 35, p. 149-165, 1995.

Assim, a presente monografia pretende, em seu primeiro capítulo, conceituar e discorrer sobre os direitos humanos para, no segundo capítulo, tratar da política de direitos humanos do atual governo brasileiro, bem como das reivindicações do movimento de direitos humanos no Brasil. No terceiro capítulo, trataremos da origem e da evolução dos instrumentos processuais com assento na Constituição Federal brasileira de 1988, que podem ser utilizados para a garantia dos direitos humanos.

Justificativa

A escolha do tema decorre da necessidade de contribuir para a defesa dos direitos humanos na estrutura interna do sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que, no âmbito internacional, elaboramos em grupo a monografia *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, apresentada no XXIII Curso de Direito Internacional da OEA, na qual tratamos da origem, evolução, tratados, acordos, declarações, versando sobre o tema dos direitos, com ênfase na estrutura de funcionamento do sistema interamericano, de modo que acreditamos que, nesta fase, seja importante sabermos quais os instrumentos processuais que garantem, no ordenamento jurídico interno, a efetividade e a eficácia dos direitos humanos.³

No ensaio acima ressaltamos a importância dos chamados órgãos interamericanos de promoção e proteção dos direitos humanos. Referimo-nos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O primeiro dos mencionados órgãos de proteção foi criado em 1959 e teve seus estatutos aprovados em 1979. A Corte foi criada em 1969 e iniciou as suas funções em 1979.

No que tange ao trabalho da CIDH e da Corte, podemos informar que a CIDH recebe denúncias individuais que requerem o desenvolvimento de uma operação de investigação que, geralmente, não conta com a colaboração e apoio do Estado denunciado. Este aparente paradoxo, no qual o denunciado tem de colaborar com uma investigação contra ele, decorre da submissão voluntária dos Estados à competência da CIDH. No âmbito da Corte, também se observa esta falta de colaboração, que se expressa nas dificuldades

³ Sobre a eficácia do direito, ver importante artigo do Prof. José Eduardo Faria, "A eficácia do direito na consolidação democrática", *Lua Nova; Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 30, p. 35-72, 1993.

que esta tem para cumprir as suas decisões.

Neste sentido, no plano jurídico interno, tendo em vista a necessidade de mudarmos a mentalidade dos operadores do direito que trabalham com direitos humanos, trataremos da intrumentalização da reivindicação dos direitos expressos nos textos internacionais ratificados pelo Brasil, através da utilização dos instrumentos processuais constitucionais que garantem tais direitos.

1. Os direitos humanos

1.1. Origem e evolução

A prática dos governos no que concerne aos direitos humanos, ou seja, o respeito à liberdade de associação e de expressão, ao *due process of law*, à igualdade perante a lei, aos direitos dos seus cidadãos de não estarem expostos à cruel e degradante punição, tem sido um fator importante nas relações entre as nações ao lado de tradicionais temas como sistemas de segurança e práticas comerciais.

De acordo com Aryeh Neier⁴, os direitos humanos começaram a ser definidos sistematicamente no século XVII; os direitos eram relacionados à cidadania de um determinado Estado, e eram estes Estados que tinham a obrigação de respeitar os direitos. O *Bill of Rights* inglês de 1688 começou com uma demanda contra o Rei James II pelo fato de ter tentado subverter tais direitos, com a exigência de que a partir de então os mesmos deveriam ser respeitados pelo Príncipe de Orange. A Declaração Americana de Independência de 1776 criticou as violações do Rei George III e declarou a independência por um novo governo a ser formado pelas colônias unidas sob o princípio de que "a tirania é inadequada para ser o governo de um povo livre". A Declaração Francesa de Direitos de 1789 declarou a inalienabilidade dos direitos, mas assegurou o respeito aos deveres da nação, o que proclamou ser a fonte de toda a soberania.

Segundo Maurice Cranston⁵, direitos humanos é um novo nome para o que era chamado primeiramente de *the rights of man*,

⁴ NEIER, Aryeh. *Humans Rights*. IN: THE OXFORD COMPANION TO POLITICS OF THE WORLD. New York : Oxford University Press, 1993. p. 401-402.

⁵ CRANSTON, Maurice. Are There Any Human Rights? *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, v. 112, n. 4, p.1-17. 1983.

pois foi Eleanor Roosevelt que na década de 1940 promoveu o uso da expressão *human rights* quando descobriu, através da sua atividade política nos Estados Unidos, que os direitos dos homens em algumas partes do mundo não incluíam os direitos da mulher⁶. Os direitos do homem muito antes tinham absorvido o termo original *natural rights*, em parte, talvez, devido ao conceito de direito natural, com o qual o conceito de direitos naturais estava logicamente conectado, o que se tornou assunto de controvérsia.

A idéia de novas práticas governamentais e do tratamento de que seus próprios cidadãos deveriam preocupar-se com o resto do mundo começou a difundir-se e ganhar adeptos, a partir do período seguinte à II Guerra Mundial, assim que o mundo tomou consciência das barbaridades que foram praticadas pelos nazistas.

A Carta da ONU de 1945, dispõe em seu Art. 55, alínea c, que as Nações Unidas favorecerão:

“o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

Além disso, o art. 56 dispõe que:

“Para a realização dos propósitos enumerados no art. 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.”

Em 1948, a ONU descreveu o significado de direitos humanos da Declaração Universal de Direitos Humanos, que foi adotada sem discordância, mas com abstenções das nações do bloco soviético, África do Sul e Arábia Saudita. Nos anos seguintes, as nações do mundo promoveram os direitos humanos através de um número de acordos internacionais, entre eles a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969); os Acordos de Helsinki (1975); e a Carta dos Povos Africanos e Direitos Humanos (1981).

Em seguida, cidadãos em vários países estabeleceram organizações não-governamentais para efetivar os dispositivos destes acordos, de modo que tornaram-se uma força na formação da opinião pública para condenar as nações que flagrantemente violam os direitos

humanos. Assim, antes de 1980, abusos de governos contra seus próprios cidadãos, freqüentemente, tornaram-se fatores relevantes no modo como outros países relacionam-se com estes países, no que se refere à política internacional.

Na década de 1970, por exemplo, um período de relativa tolerância pela divergência chegou ao fim na União Soviética, sem interferência, com a disputa Leste-Oeste; os Estados Unidos estabeleceram relações com a China, enquanto Mao vivia e a extrema repressão da Revolução Cultural progredia; golpes militares, acompanhados de severa perseguição, ocorreram na primeira metade da década de 1970 no Chile e no Uruguai, além disso, a repressão militar intensificou-se no Brasil, auxiliada por agências internacionais e pelos Estados Unidos em decorrência da Guerra Fria.

1.2. O conceito de direitos humanos no Brasil

No sentido lato, a conceituação de direitos humanos assemelha-se à dos direitos da cidadania que, no caso brasileiro, são os Direitos e Garantias Fundamentais.⁷

Os cientistas sociais, de acordo com Mariza G. S. Peirano,⁸ têm grande dificuldade para definir cidadania, pois, mesmo reconhecendo o fenômeno como resultado de um processo histórico, há uma inevitável tendência para discorrer sobre uma tipologia dos direitos do cidadão, de modo que, classicamente, essa tipologia originou-se dos trabalhos de T. H. Marshall que, embora afirme que sua análise é ditada “mais pela história do que pela lógica”, divide o conceito em três partes:

⁷ Adotamos, como os elementos que compõem os direitos humanos, os Direitos e Garantias Fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, para fins de adequação à tipologia adotada por Marshall, T. H., para definir a cidadania, no seu livro *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, quais sejam:

a) Os direitos civis (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - Art. 5º da CF/88);

b) Os direitos políticos (Dos Direitos Políticos - Arts. 14/16 da CF/88);

c) Os direitos sociais (Dos Direitos Sociais - Arts. 6/11 da CF/88).

⁸ PEIRANO, M. Sem lenço, sem documento: reflexões sobre cidadania no Brasil. *Sociedade e Estado*, Brasília, v.1, n.1, p. 49-63, jun. 1986.

⁹ MARSHALL, T. H. op. cit., p. 63.

⁶ D.D., Raphael. *Political theory and the rights of man*. London: Macmillan, 1967. p. 54.

a) “os direitos civis, compostos dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça;”

b) “os direitos políticos, como o direito de participar no exercício do poder político como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como um leitor dos membros de tal organismo;”

c) “os direitos sociais, que se referem a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.”¹⁰

Marshall demonstra, ainda, que os três elementos da cidadania se formaram na Inglaterra no decorrer de três séculos: os direitos civis podem ser atribuídos ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX, de modo que observa-se uma tendência implícita a conceber tais direitos como “um modelo de cidadania”.

No caso brasileiro, os direitos políticos foram concedidos antes que tivéssemos adquirido, por nossa conta e vontade própria, os direitos civis, tendo em vista, dentre várias outras causas, que a República foi proclamada sem a participação efetiva da sociedade civil, ou seja, foi um processo de cima para baixo. O Estado paternalista concedeu direitos sem que houvesse uma ativa vontade para reivindicá-los, o que prejudicou sobremaneira a consolidação da nossa consciência da cidadania.

Deste modo, comparando-se com o modelo clássico adotado por Marshall, poderíamos dizer que, no Brasil, o processo histórico de construção da cidadania iniciou-se com os direitos políticos, no século passado, e evoluiu com os direitos civis e sociais, de forma que acreditamos que ainda sofremos grandes dificuldades para a consolidação da cidadania, tendo em vista as sequelas deste processo histórico atípico.

Na Inglaterra, onde liberdade civil e liberdade política tornaram-se sinônimas e associadas, pois uma era condição da outra, ocorreu o contrário, como leciona Oliveira Vianna:

¹⁰ MARSHALL, T.H. op. cit., p. 64.

“os ingleses conquistaram estas liberdades, vivendo-as, nos comícios, nos motins, nas revoluções, nos cada-falsos, jogando a vida, ora com a espada na mão, ora com o mosquete de pederneira e a pólvora seca de Cromwell. Já o nosso método caboclo foi outro, menos trabalhoso, sem dúvida: estas garantias e liberdades sempre as tivemos *on paper* e ‘por cópia uniforme’. Toda diferença – imensurável diferença! – entre eles e nós está nisto: – e , entretanto, isto é insuprível...”¹¹

Assim, reconhecemos que a cidadania decorre de um processo histórico e que sofre um processo de construção ideológica, juntamente com outras categorias, tais como Estado e Nação, de modo que concordamos com Marshall quando este leciona que não há nenhum princípio universal que determine quais os direitos e as obrigações da cidadania, “mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal”.¹²

Para Celso Lafer¹³, os direitos humanos¹⁴ representam, no plano jurídico, uma inversão da figura deontica originária, ou seja, significam uma passagem do dever do súdito para o direito do cidadão. Como lembra Bobbio, toda a tradição jurídica, até as Declarações dos Direitos do século XVIII, visava a estabelecer os deveres como nos Dez Mandamentos. São as Declarações que criam, para falar como Hannah Arendt, o direito do indivíduo a ter direitos, pois partem do pressuposto de que a pessoa humana tem uma dignidade e uma singularidade que não se dissolve no todo da boa gestão da comunidade política.

Além disso, no que concerne à política internacional, Celso Lafer¹⁵ leciona que os direitos humanos são e devem ser um tema

¹¹ VIANNA, O. *Instituições políticas brasileiras*. 2. ed. Rio de Janeiro : José Olympio , 1955. V.2, p. 633-634.

¹² MARSHALL, T. H. op. cit., p. 76.

¹³ LAFER, C. A soberania e os direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 35, p. 140, 1995.

¹⁴ Para uma melhor abordagem sobre as violações de direitos humanos no Brasil, ver *Relatório Anual 1995, da Human Rights Watch/Americas, 1995e Final Justice, Police and Death Squad Homicides of Brazil, Humans Rights Watch, United States, 1994.*

¹⁵ Idem, p. 145.

legítimo da agenda internacional, que não deve ser excluído com base na alegação de ferir o princípio da não-intervenção, por estar na esfera do domínio reservado da esfera do Estado.

1.3. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na garantia dos direitos humanos

Como trataremos da garantia dos direitos humanos pelos instrumentos jurídico-processuais com assento na Constituição Federal de 1988, é imprescindível discorrermos como o ordenamento jurídico recepciona a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San Jose*), a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Neste sentido, a Constituição de 1988, após proclamar que o Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo princípio, *inter alia*, da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Cabe, portanto, o ensinamento do Professor A. A. C. Trindade¹⁶, segundo o qual o disposto no art. 5º, § 2º, da CF/88 se insere na nova tendência das constituições latino-americanas recentes no sentido de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. Assim, a especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988, passando os direitos fundamentais neles dispostos, consoante os §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

¹⁶ TRINDADE, A. A. C. A interação o Direito Internacional o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos, *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, 46, p. 27-54, jul/dez 1993.

2. A política do Governo brasileiro e as reivindicações dos movimentos de direitos humanos no Brasil

A situação atual dos direitos humanos no Brasil encontra-se em fase de consolidação e tem tido amplo apoio do Governo Fernando Henrique Cardoso; todavia, há muito a ser feito, já que as violações desses direitos ainda fazem parte do cotidiano dos brasileiros, seja por parte do aparelho repressivo estatal (Polícias Federal, Civil e Militares), seja por parte das violações de membros da sociedade civil, em sua maioria miseráveis ou capangas de latifundiários.

Neste sentido, o presente capítulo tratará dos seguintes temas: 1) a política dos direitos humanos do Governo brasileiro; 2) as propostas do I Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos.

2.1. A política dos direitos humanos do Governo Fernando Henrique Cardoso

A temática dos direitos humanos está na agenda do Governo brasileiro, tanto na política interna quanto na externa. Neste sentido, em sua recente visita oficial aos Estados Unidos da América, no período de 18 a 22 de abril de 1995, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso demonstrou enorme preocupação com a promoção do respeito aos direitos humanos, conforme discurso realizado em sessão solene do Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos em Washington, no dia 21 de abril de 1995:

“Em combinação harmoniosa com a defesa da democracia está a atividade da Organização na promoção do respeito aos direitos humanos. Reconheço a relevância dos trabalhos da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, bem como reitero a determinação do Governo brasileiro de cooperar com estas e outras entidades internacionais na promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Está claro que o trabalho dessas entidades será tão mais efetivo quanto mais universal for a adesão dos Estados do Hemisfério ao Pacto de São José e ao cumprimento de suas disposições.

A situação dos direitos humanos em meu país apresenta hoje sensíveis

progressos. Meu Governo está decidido a encaminhar o país para soluções definitivas para conter a violência e a impunidade nos grandes centros e zonas rurais.

As violações dos direitos humanos são, em grande parte, resultado da condição de pobreza e de miséria ainda reinantes no Continente. A Comunidade interamericana tem um papel a desempenhar nesse tema tão sensível à quase totalidade dos Estados-membros desta Organização.¹⁷

Além disso, o Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso, Dr. Nelson Jobim, no discurso de encerramento do I Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos, manifestou-se da seguinte maneira:

“O Ministro manifestou seu apoio à proposta de federalização dos direitos humanos, sugerindo que esta se dê por meio da intervenção do Conselho Nacional de Direitos Humanos em casos específicos. Apoio também à transferência da competência para a Justiça Comum do julgamento dos policiais militares. Advertiu, no entanto, para a possibilidade de conflitos resultantes do fato de que os inquiridos contra policiais militares seriam conduzidos por policiais civis, o que poderia vir a acirrar a animosidade existente entre ambas as corporações.

O Ministério pretende continuar a demarcação das terras indígenas. No entanto, está procedendo no momento à revisão do decreto que estabelece o procedimento de demarcação, visando adequá-lo ao princípio constitucional do contraditório. O Ministro advertiu para a importância da discussão do Estatuto do Índio na Câmara dos Deputados, já que ele estabelecerá o regime e as condições de exploração destas terras.

A questão dos desaparecidos políticos está sendo estudada, havendo simpatia pelas propostas apresentadas pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

A fim de propiciar um maior detalhamento e de firmar compromissos, foi sugerida pelo Fórum e aceita pelo Ministro a proposta de elaboração de um

Plano Nacional de Direitos Humanos, que deverá ser debatido em uma Conferência Nacional de Direitos Humanos, da qual deverão participar representantes da sociedade civil, cuja pauta e condições de realização deverão ser estabelecidas de comum acordo entre o Ministério da Justiça e a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.¹⁸

2.2. As propostas do I Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos

O Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos, promovido pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, realizou-se nos dias 18 e 19 de maio de 1995.

O evento contou com a presença de representantes das Assembléias Legislativas dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraíba, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Mato Grosso, Ceará, Pernambuco, Acre, Maranhão, Espírito Santo, Bahia, Mato Grosso do Sul, Roraima, Amazonas, Sergipe, Pará e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Neste Fórum considerou-se da maior importância a estruturação de um sistema nacional de proteção aos direitos humanos, que envolva os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos três níveis da Federação, em permanente articulação com a sociedade civil e os órgãos internacionais.

Os elementos deste sistema são os Conselhos e as Comissões de Direitos Humanos, nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente. O Fórum propõe a criação de Comissões de Direitos Humanos em todas as Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais. Além de instituírem suas próprias Comissões de Direitos Humanos, as Assembléias Legislativas devem tomar a iniciativa de promover encontros análogos na esfera estadual, para os quais seriam convidados representantes das Câmaras Municipais. Propõe-se também a criação de uma Comissão de Direitos Humanos no Senado.

Em face da variedade de nomes entre as comissões já existentes, sugeriu-se a unificação da terminologia, mediante adoção da expressão “direitos humanos”.

Na esfera do Poder Executivo, o Fórum propôs a criação de Conselhos de Direitos

¹⁷ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Brasília, 12 ago. 1995, Seção I, p. 17.605.

¹⁸ DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Brasília, 24 mar. 1995, Seção I, p. 14.142.

Humanos, compostos por representantes dos Poderes Públicos e da sociedade civil, responsáveis por formular políticas de proteção e promoção aos direitos humanos e dotados de amplos poderes para investigar denúncias.

O Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos decidiu constituir-se em instância permanente de articulação e deverá voltar a se reunir no segundo semestre de 1995.

Os eventos promovidos por cada comissão estadual deverão ser avisados com antecedência às demais, a fim de que o maior número possível de comissões se possa fazer presente, fortalecendo, assim, a solidariedade entre as comissões. Sugeriu-se também a promoção de encontros regionais, uma vez que o perfil das violações dos direitos humanos é diferente em cada Estado, mas tende a se assemelhar numa região do país. Os membros da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados deverão visitar as várias regiões, a fim de que possam ter uma visão abrangente dos problemas.

Uma vez articuladas, as Comissões deverão promover ações entre si, já que muitas das principais violações têm caráter interestadual. Neste sentido, levantou-se a possibilidade de promover a criação de CPIs simultâneas sobre trabalho escravo e prostituição infantil nos estados em que estes problemas são mais graves.

No que se refere a uma proposta de legislação de políticas públicas relativa aos direitos humanos, o Fórum destacou o seguinte:

“Dentre as inúmeras violações sistemáticas de direitos humanos no Brasil, o Fórum destaca a invasão das terras habitadas pelos índios, o trabalho escravo infantil, a prostituição infantil estimulada pelo sexo-turismo, o assassinato de trabalhadores rurais em conflitos agrários, a superlotação dos presídios, as execuções extra-judiciais, a tortura praticada pelo aparato policial, a atuação de grupos de extermínio, agindo livremente nas principais cidades, e o não-esclarecimento do destino dos desaparecidos políticos pelas autoridades.

Diante deste quadro, o Fórum aprovou o seguinte conjunto de propostas de legislação e políticas públicas:

- Federalização da apuração e do julgamento das violações de direitos

humanos.

- Desmilitarização das Polícias Militares estaduais.

- Apoio ao relatório do Senador Roberto Freire ao projeto de lei que transfere da Justiça Militar Estadual para a Justiça Comum a competência para julgamento de crimes praticados por policiais militares.

- Apoio ao substitutivo da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados para o projeto de lei que reformula o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

- Apoio ao projeto de lei da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados que estabelece a responsabilidade do Estado pelos desaparecidos políticos durante o regime militar.

- Tipificação penal da tortura.

- Revisão da legislação referente ao tráfico de drogas.

- Maior controle das empresas de segurança privada e do uso de armas pela população.

- Estabelecimento de um programa de proteção a vítimas e testemunhas.

- Autonomia dos Institutos Médico-Legais e Institutos de Criminalística com relação aos órgãos policiais.

- Abertura de escritórios do Ministério Público e de Defensorias Públicas em todos os municípios.

- Controle externo do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Polícias, mediante participação da sociedade civil nas respectivas corregedorias.

- Inclusão do ensino dos direitos humanos nas academias de polícia.

- Estabelecimento da Semana dos Direitos Humanos na rede escolar, com a promoção de atividades de sensibilização.

- Divulgação das normas de proteção de direitos humanos, como as Convenções Internacionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Promoção, pelo Ministério da Justiça, de uma campanha de promoção dos direitos humanos pelos meios de comunicação da massa.”¹⁹

¹⁹ Idem, p. 14.142/14.143.

3. Os instrumentos processuais constitucionais para a garantia dos direitos humanos

Segundo a professora Ada Pellegrini Grinover, em seu livro *Novas Tendências do Direito Processual*²⁰, o termo *garantia* tem abrangência maior do que a de remédio constitucional, porque por garantia se costuma indicar todo e qualquer instrumento necessário à concretização dos direitos declarados pela Constituição, de modo que, neste sentido, compreende-se a própria ação e defesa, como poder de ir à Juízo e defender-se.

A Constituição Federal de 1988 inclui entre as garantias individuais o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular, o mandado de injunção, a ação civil pública, o direito de petição e a representação perante os Poderes Públicos. Todavia, na doutrina e na jurisprudência, vem dando-se a estes o nome de remédios de Direito Constitucional, ou remédios constitucionais, no sentido de meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar e corrigir a ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais.

No Brasil, os remédios constitucionais processuais tradicionais, correspondendo aos *writs* do direito anglo-saxão, são o mandado de segurança, o *habeas corpus* e, em certa medida, a ação popular constitucional, esta apenas em certa medida, porque originariamente a ação popular não era instrumento para assegurar liberdades públicas, tendo nascido como instrumento do cidadão a serviço da correção administrativa. Todavia, a evolução do instituto, principalmente nesses últimos anos, tem feito com que tenha sido utilizado para a proteção de certos interesses coletivos, difusos, metaindividuais, sociais, de maneira que hoje, mais do que nunca, entendemos que é possível considerar a ação popular constitucional como remédio constitucional-processual.

Na América do Norte, a colônia da Virgínia, em 12 de junho de 1776, proclamou a famosa *Bill of Rights*, contendo em seus dezesseis artigos um grupo de direitos e garantias constitucionais capazes de imprimir respeito aos direitos, sendo este o primeiro texto legal

relativo às liberdades públicas e que forneceu as bases para o desenvolvimento futuro das garantias constitucionais das liberdades.

Em 1789, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, aprovada em 26 de agosto, representou o rompimento de um nefasto sistema absolutista e feudal, em que os direitos do homem eram freqüentemente violados, tendo a mesma, em 1791, servido de introdução à própria Constituição Francesa. Assim, em que pese as dificuldades práticas que se seguiram à declaração dos direitos do homem e do cidadão, não há como negar sua extraordinária influência, em todo o mundo ocidental, na elaboração das diversas declarações constitucionais de direitos e garantias do homem.

Há que se acrescentar que, inobstante a Declaração Universal dos Direitos do Homem, patrocinada pela ONU e proclamada solenemente pelos Estados que a firmaram em 10 de dezembro de 1948, paralelamente, grande número de Estados tratou de aparelhar seus sistemas jurídicos positivos, na proporção em que neles foi adotado o entendimento relativo à importância e à necessidade de se proteger o homem contra arroubos de autoritarismo e prepotência do próprio Estado, ou de se reconhecer a ele a pertinência de uma série de direitos necessários ao atingimento de um padrão mínimo de condições de vida – educação e saúde, por exemplo –, passando a adotar sistemas constitucionais densamente carregados de dados referentes às liberdades públicas do homem; assim, atribuíram-se determinadas garantias, capazes de fazer valer os direitos já reconhecidos constitucionalmente.

No caso brasileiro, a Constituição Federal não foi exceção, vez que criou diversos instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos, segundo José Afonso da Silva²¹. Por outro lado, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao Poder Público.

Neste sentido, trataremos, nos itens seguintes, dos institutos processuais constitucionais de garantia da cidadania.

²⁰ GRINOVER, A. P. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.

²¹ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.

3.1. O *habeas corpus*

Como garantia máxima da liberdade de locomoção do ser humano, o *habeas corpus* tem suas raízes na Magna Charta Libertatum, outorgada pelo filho de Henrique II, João, que se tornou famoso como João Sem Terra. No seu capítulo 29, segundo Pontes de Miranda,

“se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física. A moral individualística, que caracteriza, flagrantemente, o grande povo (cuja psicologia tanto se enquadra nas idéias gerais de suas instituições), soube tirar do velho e bárbaro latim daquele trecho o germe de várias leis inestimáveis, que os tempos e as lutas aprimoravam.”

Cabe acrescentar que, no início, o *habeas corpus* não era vinculado à idéia de liberdade de locomoção, mas ao conceito de *due process of law*, sendo usado até em matéria de direito civil, tendo adquirido várias modalidades, como *habeas corpus ad prosequendum*, *habeas corpus ad satisfaciendum*, *habeas corpus ad deliberandum*, *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*, para levar alguém perante o tribunal. Em 1679, o *Habeas Corpus Amendment Act* tornou-o um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos nas colônias britânicas.

Embora inglês, o instituto passou para o direito norte-americano, com maior amplitude, como garantia, também, da segurança individual, posto que admitido contra qualquer espécie de violência ou de constrição ao *ius libertatis*.

Com o passar do tempo, foi trasladado para outros ordenamentos jurídicos, sendo introduzido, segundo Pontes de Miranda, implicitamente no Brasil na época do Império e seqüentemente à afirmação da liberdade individual como direito subjetivo no caput do art. 179 e seu § 8º, da Constituição outorgada de 25 de março de 1824, nos seguintes termos:

“Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império.

.....
§ 8º Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; (sic)”

Todavia, formalmente, só foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 340) e constitucionalizou-se por meio do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891 que, de forma abrangente, deu margem à doutrina brasileira do *habeas corpus*, concebido como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza, conforme Ruy Barbosa, nos seguintes termos:

“Logo o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade.”

Tal entendimento possibilitava que as violações de direitos civis também se sujeitassem à correção pelo *habeas corpus*. Todavia, a Emenda Constitucional de 1926 limitou o seu cabimento à proteção da liberdade de locomoção, com um enunciado semelhante ao art. 5º, LXVIII, *in verbis*:

“conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Assim, verifica-se que a atual Carta Magna sancionou o espírito da Emenda de 1926, que restaurava o *habeas corpus* em seu sentido originário e clássico de proteção constitucional a quem estivesse debaixo de ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção, conforme a lição de Paulo Bonavides²², descabendo, somente nos casos de punições disciplinares militares, por determinação do art. 142, § 2º. Todavia, nos demais casos de transgressão disciplinar ou coação, mesmo de ato de particular, é cabível a impetração do instrumento fundamental para a consolidação da cidadania no país.

3.2. O mandado de segurança

O mandado de segurança, que muitos queriam fosse uma espécie de *habeas corpus* civil, enraizou-se no direito constitucional brasileiro por criação do constituinte de 1934, que o criou para proteger o direito individual certo e incontestável do cidadão contra atos manifestamente inconstitucionais ou ilegais de qualquer

²² BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.

autoridade administrativa.

A Carta autoritária de 1937 omitiu aquela garantia constitucional, rebaixando-a a mera disposição infraconstitucional, através do Decreto-Lei b.6 de 16 de novembro de 1937, que manteve-a com restrições, assim como o Código de Processo Civil de 1939. Naquele Decreto-Lei as restrições tinham natureza política, vez que proibia a impetração de mandado de segurança contra atos das mais altas autoridades executivas federais e estaduais (Presidente da República, ministros de Estado, governadores e interventores do Estado); além disso, havia limitações impostas ao emprego do instituto que se estendiam à esfera tributária, tais como impostos e taxas.

Assim, exceto a Carta de 1937, todos os demais textos constitucionais jamais retiraram o mandado de segurança do seu corpo, de modo que a Constituição de 1946, em seu art. 141, § 24, assim determinava:

“Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Com ligeira alteração, a Constituição de 1967 também incorporou no seu texto o mandado de segurança, inobstante ter sido a Carta que praticamente sustentou o nefasto regime militar até o advento da atual Carta Política.

A Constituição de 1988 foi aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais; não o fez sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca, em termos definitivos, de uma compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, seja de direito objetivo, seja de direito subjetivo.

Desta forma, a Constituição de 1988 contempla duas formas de mandado de segurança: a) mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX), tal como previram as Constituições anteriores, desde a de 1934, com a finalidade de proteger direito individual líquido e certo; e b) o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, LXX), instituto novo, tendente a ter grande influência na realização de direitos de coletividades inteiras, para que o primeiro se releve a instrumento insatisfatório, podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical,

entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Ressalte-se que o conceito de mandado de segurança coletivo assenta-se em dois elementos: um, institucional, caracterizado pela atribuição da legitimação processual a instituições associativas para a defesa de interesses de seus membros ou associados; outro, objetivo, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos.

Neste sentido, segundo a doutrina majoritária, em especial a de Rogério Laura Tucci e José Rogério Cruz e Tucci²³, o cabimento do mandado de segurança, por ostentar a natureza jurídica de ação, resta adstrito à concorrência de alguns pressupostos para a sua efetivação, quais sejam:

a) que o direito subjetivo, individual ou coletivo, cuja tutela é invocada do órgão jurisdicional, seja líquido e certo – incontestável;

b) que a lesão, ou a ameaça de lesão, a esse direito decorra de ilegalidade ou abuso do poder;

c) que a atuação ou omissão, a ser enfrentada pelo *mandamus*, seja de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Além disso, embora o art. 5º da Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 expresse algumas exceções para impetração do mandado de segurança, acreditamos que, em decorrência da constitucionalização do *mandamus*, é cabível a impetração do referido instrumento desde que preenchidos os requisitos acima mencionados.

3.3. O *habeas data*

Uma das distorções mais graves do período militar-autoritário foi o uso e, sobretudo, o abuso na utilização de informações que diferentes organismos armazenavam sobre a vida das pessoas, vez que a criação de diversos órgãos de segurança do Estado, em decorrência da famigerada Política de Segurança Nacional, de inspiração norte-americana, tais como DOI-CODI, SNI, DOPS, dentre outros, fez com que se iniciasse um período de “caça às bruxas”, já que tais órgãos, elementos da comunidade de

²³ TUCCI, R. L. et al. *Constituição de 1988 e Processo*. Rio de Janeiro : Saraiva, 1989.

informações, provocaram diversas perseguições a adversários ou críticos do regime, operando freqüentemente na fronteira da marginalidade.

Tal comunidade, com essa nefasta prática medieval, passou a constituir-se num poder paralelo, ou seja, um poder dentro do próprio Poder que, por vezes, sobrepunha-se ao poder político institucional, valendo-se de meios ilícitos para fins condenáveis. Assim, a condenação formal dessa prática, que se entranhara na cultura do poder no Brasil, correspondia a um anseio político expressivo, que foi atendido pelo constituinte por via do *habeas data*, abrigado na Carta Política no art. 5º, LXXII, da seguinte forma:

“Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

Neste sentido, verifica-se que é duplo o objeto do *habeas data*: assegurar o conhecimento de informações e ensejar sua retificação, de modo que, segundo o entendimento do Professor Luís Roberto Barroso²⁴, ao qual nos filiamos, não é necessário o ajuizamento de duas ações distintas para uma e outra providências. Em um único *habeas data* o requerente terá, inicialmente, acesso às informações. Esta fase terá rito sumário, que poderá ser o do mandado de segurança enquanto não há lei específica; prestadas as informações, se o impetrante se satisfizer, será extinto o processo.

Caso ele deseje retificar as informações, instaura-se uma segunda fase, não mais de caráter mandamental, mas cognitivo, onde então realizar-se-á a instrução do feito, em regime contraditório, sendo que a jurisprudência já rejeitou o cabimento de *habeas data* preventivo.

Por outro lado, consolidou-se que somente é cabível o *habeas data* se em via administrativa tiver ocorrido a negativa no fornecimento das informações; além disso, faltará interesse de agir se o interessado não houver previamente formulado requerimento ao detentor da informação pretendida, exigindo-se, ainda, para a sua impetração, a constituição de advogado.

²⁴ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1992.

O direito de impetrar *habeas data* para conhecer e retificar dados é personalíssimo, embora exista pelo menos um precedente perante tribunal superior em que se reconheceu legitimidade a herdeiro e a cônjuge supérstite. Legitimados passivos (réus) são os órgãos da Administração Direta e Indireta, bem como as pessoas privadas que prestem serviços públicos ou de utilidade pública, ou prestem serviços ao público, como, *e.g.*, os de proteção ao crédito, descabendo, ainda, a apuração e a responsabilização civil ou penal do autor da informação objeto da impetração.

É importante, como estudo comparativo, acrescentar que em Portugal a Lei nº 1/89 e o art. 268/2 da constituição portuguesa consagraram instituto semelhante – o direito ao arquivo aberto, ou seja, o direito de acesso – aos arquivos e registros administrativos.

Note-se que a Constituição não faz depender a liberdade de acesso aos documentos administrativos da existência de um interesse pessoal. Salvaguardados os casos de documentos nominativos ou de documentos reservados por motivo de segurança ou de justiça, a idéia de democracia administrativa aponta não só para um direito de acesso aos arquivos e registros públicos para defesa de interesses individuais, mas também para um direito de saber o que se passa no âmbito de esquemas político-burocráticos, possibilitando o acesso a *dossiers*, relatórios, atas, estudos, estatísticas, instruções, circulares, notas etc.

Deste modo, segundo o nobre ensinamento do Professor Joaquim José Gomes Canotilho²⁵, a operatividade prática desse direito dependerá da criação de procedimentos (exemplo: recurso a uma “comissão de acesso aos documentos administrativos) e de processos adequados (ações judiciais para efetivar o direito ao arquivo aberto).”

3.4. A ação popular

A ação popular tem origem no Direito romano, vez que havia ações populares destinadas à defesa da legalidade, da moralidade administrativa, do patrimônio estatal, da segurança pública e dos interesses de menores e ausentes.

O nome ação popular deriva do fato de

²⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1992.

atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer dos seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, mas à coletividade.

Segundo o ensinamento de Alcides Mendonça Lima²⁶, trata-se de ação

“de índole ética e como expressão de regime democrático, visando a preservar a moralidade (sentido amplo) da atividade do Estado e bens cuja destruição ou danificação lesem interesses públicos ou privados, por serem necessários à convivência social.”

Para José Afonso da Silva, trata-se de uma garantia coletiva e político-constitucional, na medida em que autor popular faz valer um interesse que só lhe cabe, *ut universis*, como membro de uma comunidade, agindo *pro populo*, ao invocar a atividade jurisdicional na defesa da coisa pública, visando sempre à tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal.

É, pois, uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente, vez que dá oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora que, em regra, é exercida com dificuldade pelos parlamentares. Deste modo, a ação popular é judicial porque consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando à correção de nulidade de ato lesivo: a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; b) à moralidade administrativa; c) ao meio ambiente; d) ao patrimônio histórico e cultural.

Assim, a sua finalidade é corretiva, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir a lesão.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1934 introduziu o dispositivo consagrador da ação popular em seu art. 113, § 38, que assim previa:

“Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

Cabe acrescentar que na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 157, havia a disposição que possibilitava a propositura de ação popular em face de atos de juízes de direito e

oficiais de justiça, nos casos de suborno, peita, peculato e concussão, que poderia ser intentada dentro de ano e dia, pelo próprio queixoso ou qualquer do povo.

A Constituição de 1937 foi omissa quanto à ação popular; por outro lado, o dispositivo legal foi reeditado nas Constituições de 1946 (art. 141, § 38), 1967 (art. 150, § 31) e na Emenda de 1969 (art. 153, § 31), sendo que, na Constituição que resultou dessa Emenda, a ação popular foi prevista da seguinte maneira: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. Além disso, em decorrência da repercussão social do instituto, o legislador ordinário, através da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, regulamentou a ação popular, sendo tal lei recepcionada nos sucessivos textos constitucionais.

Acrescente-se que a lei acima foi alterada pela Lei nº 6.513 de 20 de dezembro de 1977, que passou a considerar como elementos integrantes do conceito de patrimônio público, para o fim de constituir objeto de ação popular, “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”

Ressalte-se que a Carta Magna de 1988 ampliou enormemente o quadro relativo ao objeto da ação popular, vez que em seu art. 5º, LXXIII, assim determina:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

Trata-se, portanto, de instrumento valioso de que dispõe o cidadão para o seu legítimo direito de controlar e fiscalizar a Administração Pública em todos os seus níveis.

3.5. A ação civil pública

O objeto da ação civil pública situa-se numa zona de confluência com a ação popular, vez que o art. 1º da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que regulamenta a referida ação, determina que se regem pelas disposições da citada lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e

²⁶ LIMA, A. M. *Revista do IAP*, v. 13, p. 50-51.

direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Além disso, o art. 129, III, da CF/88, refere-se à ação civil pública ao tratar da competência do Ministério Público para promover o inquérito e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, na forma da lei. Ressalte-se que o art. 5º da Lei nº 7.347 amplia a legitimidade ativa da referida ação à autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que tenha finalidade relativa ao disposto no art. 1º, especialmente aquelas relativas à defesa dos interesses difusos e coletivos.

Desnecessário, portanto, discorrermos mais sobre a ação civil pública, tendo em vista o disposto no art. 1º da lei que a regulamenta, acima citado, bem como a sua semelhança com a ação popular, ressaltando-se que a sua utilização é de extrema relevância para a tutela dos interesses da comunidade.

3.6. O mandado de injunção

A omissão legislativa tem sido uma constante na história brasileira, seja pela ineficiência das Casas Legislativas em editar lei integradora de um comando constitucional, seja pela omissão do Poder Executivo, caracterizada pela não-expedição de regulamentos de execução de leis, segundo o ensinamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz.²⁷

Dos dois últimos casos referidos, a doutrina já tem cuidado, em alguma medida, e há inúmeros precedentes jurisprudenciais em que tais disfunções foram construtivamente remediadas; deste modo, a criação de um instrumento processual que equacionasse essa omissão do legislador tornava-se imperiosa, pois não havia entre nós um remédio eficaz para neutralizar a inércia inconstitucional do legislador.

Na República Federal da Alemanha, teve início um ciclo evolutivo de injunção do Poder Judiciário sobre o Legislativo, nos casos em que sua inércia obstaculizava o exercício de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

É importante demarcar o conceito de

²⁷ FERRAZ, A. C. da C. Inconstitucionalidade por Omissão : Uma Proposta para a Constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.23, n. 89, p. 49-62, 1986.

omissão legislativa, *in casu*, pois a simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador, não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional, já que esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. Assim, a inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

Em decorrência da discricionariedade do legislador acerca da edição ou não de uma norma jurídica, vez que este tem a faculdade de legislar, e não o dever, cabe a tutela do direito do cidadão nos casos em que a Lei Maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora de determinado preceito constitucional.

Deste modo, o legislador constituinte de 1988 insculpiu na Carta Magna, em seu art. 5º, LXXI, o mandado de injunção, nos seguintes termos:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A primeira questão que se pôs em relação ao mandado de injunção foi determinar se o novo remédio seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma regulamentadora nos seus aspectos processuais, tendo inclusive defensores da infeliz tese de que tal instituto não seria auto-aplicável, conforme entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁸ e do Procurador da República Inocêncio Mártires Coelho²⁹. Felizmente, prevaleceu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a tese oposta, considerando-se o novo *writ* como garantia prontamente utilizável, regendo-se, conforme o caso, pelo procedimento do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51) e pelo CPC.

Quanto aos pressupostos do mandado de injunção, defendemos a tese de que: a) é necessária a existência de uma indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à

²⁸ FERREIRA FILHO, M. G. Notas sobre o Mandado de Injunção. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, p. 297, 2ª quinzena de out.1988.

²⁹ COELHO, I. M. *Mandado de Injunção 107-3-DF*. Cuja conclusão, no particular, foi aprovada pelo Procurador-Geral da República.

cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado; e, b) haja ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada.

Por fim, é importante salientar a diferença sutil entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade. O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso³⁰ ensina que na ação de inconstitucionalidade por omissão há o contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, de modo que a matéria é versada apenas em abstrato; declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 (trinta) dias (CF, art. 103, § 2º).

No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.

Inobstante a intenção do constituinte originário, observa-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem verificado a utilização desvirtuada do mandado de injunção, vez que tem sido usado para a defesa de interesses corporativos, reivindicando isonomia salarial através do referido instrumento processual, cujo objeto é fundamental para a criação de uma consciência reivindicatória de direitos fundamentais perante o Poder Judiciário, inobstante a inércia legislativa de nossos parlamentares.

3.7. O direito de petição

Criado na Inglaterra durante a Idade Média, o *right of petition* resultou das revoluções inglesas de 1628, especialmente, embora já insinuado na Magna Carta de 1215, consolidando-se com o *Bill of Rights* da Revolução de 1689. Inicialmente consistia em um simples direito do Grande Conselho do Reino, depois o Parlamento, pedir ao Rei a sanção das leis. Embora não tendo sido previsto na Declaração francesa de 1789, veio a constar, enfim, das Constituições francesas de 1791 (§ 3º do Título I): “La liberté d’adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement”; e de 1793

³⁰ VELLOSO C. M. da S. As Novas Garantias Constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 644, p.7-17, jun. 1989.

(Declaração de Direitos, art. 32): “Le droit de présenter des pétitions aux dépositaires de l’autorité publique ne peut, en aucun cas, être interdit, suspendu ni limité.”

Para Joaquim G. Canotilho, o direito de petição é um direito político que tanto se pode dirigir à defesa dos direitos pessoais (queixa, reclamação) como à defesa da constituição, das leis ou do interesse geral. Pode exercer-se individual ou coletivamente perante quaisquer órgãos de soberania ou autoridade.

Além disso, a invocação da atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação pode servir para denunciar uma lesão concreta e pedir uma reorientação da situação, bem como solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade. Tal direito está consignado no art. 5º, XXXIV, letra a, da Carta Política, onde há, inclusive, uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade, e vinha ligado ao direito de representação, não sendo este repetido, vez que se insere no objeto do direito de petição.

Tal direito se reveste de dois aspectos: pode ser uma queixa, uma reclamação, e então aparece como um recurso não-contencioso (não-jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas; por outro lado, pode ser a manifestação da liberdade de opinião e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades.

Pode ser utilizado por qualquer pessoa física ou por pessoa jurídica; por indivíduos ou por grupos de indivíduos; por nacionais ou por estrangeiros, não podendo ser formulado pelas forças militares, como tal, o que não impede, todavia, reconhecer aos membros das Forças Armadas ou das polícias militares o direito individual de petição, desde que observadas as regras de hierarquia e disciplina, não podendo a autoridade a quem é dirigido escusar, pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la como a devida motivação, da qual possibilita a impetração de mandado de segurança. Ressalte-se, ainda, que, quando a petição visar corrigir abuso, cabe a abertura de processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, na forma da Lei nº 4.898/65.

4. Conclusão

Acreditamos que, resumidamente, discorremos sobre a origem e a evolução dos direitos humanos, bem como sobre a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na

garantia dos direitos humanos, com ênfase no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 que recepciona para o ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais dos tratados ratificados pelo Brasil.

Além disso, tratamos da política de direitos humanos do Governo e das propostas do I Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos.

Por fim, lecionamos sobre a origem, a evolução e aplicação dos instrumentos processuais constitucionais de garantia dos direitos humanos no Brasil.

Assim esperamos ter contribuído para a difusão do conhecimento referente à eficácia e efetividade dos direitos humanos, bem como sobre a situação atual das medidas que vêm sendo tomadas pelo Governo brasileiro, Poder Legislativo e entidades da sociedade civil que militam em setor tão relevante para a consolidação da cidadania no Brasil.

Bibliografia

- ALVES, J. A. L. 1995 : os direitos humanos em Sursis, *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 35, p. 149-165, 1995.
- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro : Renovar, 1992.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo : Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina, 1992.
- COELHO, I. M. *Mandado de injunção 107-3-DF* (cuja conclusão, no particular, não foi aprovada pelo Procurador Geral da República).
- CRANSTON, Maurice. Are There any human rights?, *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, v. 112, n.4, p. 1-17, 1983.
- D. D., Raphael. *Political theory and the rights of man*. London : Macmillan, 1967, p. 54.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Brasília, 12 ago. de 1995. Seção I, p. 17.605.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Brasília, 27 jun. de 1995. Seção I, p. 14.142.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, Brasília, 24 mar. 1995. Seção I, p. 4.258/ 4.259.
- FARIA, J. E. A eficácia do direito na consolidação democrática, *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 30, p. 35-72, 1993.
- FERRAZ, A. C. da C. Inconstitucionalidade por omissão: Uma Proposta para a Constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, nº 89, p. 49-63, jan./mar. 1986.
- FERREIRA FILHO, M. G. Notas sobre o mandado de injunção. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, p.297, 2ª quinzena de out. de 1988.
- GRINOVER, A. P. *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
- LAFER, C. A soberania e os direitos humanos, *Lua Nova*, São Paulo, n. 35, p.140, 1995.
- LIMA, A. M. *Revista do IAP*, v. 13, p. 50-51.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*, Rio de Janeiro : Zahar, 1967.
- NEIER, Aryeh. Humans rights. *The Oxford Companion to Politics of the World*. New York : Oxford University Press, 1993, p. 401-402.
- PEIRANO, M. Sem lenço, sem documento: reflexões sobre cidadania no Brasil, *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 1, n.1, p.49-63, jun. 1986.
- SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- TRINDADE, A. A. C. A interação o direito internacional o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n.182, p. 27-54, jul/dez.
- TUCCI, R. L. et al. *Constituição de 1988 e processo*. Rio de Janeiro : Saraiva, 1989.
- VELLOSO, C. M.da S. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 644, p.7-17, jun.1989.
- VIANNA, O. *Instituições políticas brasileiras*, 2. ed. Rio de Janeiro : José Olympio, 1955. V. 2, p. 633-634.

Violência no campo

LUIZ ALMEIDA MIRANDA

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *A violência e o Estado de Direito*. 3. *Conceito de violência rural*. 4. *As causas da violência*. 5. *O poder público e a violência*. 6. *Os trabalhadores sem terra*. 7. *A violência aos direitos trabalhistas*. 8. *Violência física*. 9. *Os “brasiguaios” e os “brasilianos”*. 10. *Conclusão e sugestões*.

1. Introdução

A violência no meio rural é um fenômeno social que se faz presente no Brasil desde os tempos da colonização. Foi, e ainda é, consequência de um injusto modelo de dominação. No período colonial, a violência rural realizava-se principalmente contra populações indígenas, mediante o seu aprisionamento, maus-tratos e a sua escravização. Na seqüência, oficializou-se o trabalho escravo. Uma multidão de negros aqui aportou, conduzidos nos tormentosos navios negreiros. Negociados como mercadoria, eram propriedade dos Senhores que tinham sobre eles absoluto poder. Abolida a escravidão, os trabalhadores “livres” passaram por novas formas de violência, desde o cerceamento de seus direitos individuais até às agressões físicas e assassinatos.

Hoje, a violência no campo está disseminada por todo o território nacional. A imprensa está sempre a noticiar fatos inimagináveis para este final de século, como o conflito na Fazenda Santa Elina, em Corumbiara, município de Rondônia, a 750 quilômetros de Porto Velho, que resultou em 12 mortos, nove desaparecidos, e mais de uma centena de feridos.¹

Luiz Almeida Miranda é Bacharel em Direito e em Ciências Contábeis; Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados.

¹ BERGAMO, Mônica. Executados, torturados e humilhados. *Veja*, São Paulo, v. 28, n. 36, p. 38-41, set. 1995.

O presente estudo tem por finalidade traçar um quadro panorâmico e atual da violência praticada no meio rural. Partindo do pensamento contratualista, em que se fundamentaram os Estados modernos, investiga-se, em seguida, a prática da violência no meio rural brasileiro e suas principais manifestações. Finalmente, apresentam-se subsídios para a ação parlamentar no combate a este terrível mal que, infelizmente, ainda perdura em nosso país.

2. A violência e o Estado de Direito

Para a compreensão do comportamento do homem moderno em face do fenômeno da violência, é importante investigar o pensamento contratualista de autores clássicos como Thomas Hobbes e Rousseau. Segundo estes filósofos, a origem do Estado ou da sociedade está num contrato: os homens viveriam, naturalmente, sem poder e sem organização – que somente surgiriam depois de um pacto firmado por eles, estabelecendo as regras de convívio social e de subordinação política. Segundo as palavras de Hobbes,

“na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros, por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome. Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.”²

Desta forma, por razão de segurança, os homens instituíram governos e a eles se submeteram em troca de segurança e ordem.

² RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Os Clássicos da Política*. v. 1, São Paulo: Ática, 1989. p.53-56.

A teoria contratualista, apregoada nos séculos XVI a XIX, influenciou decisivamente na formação dos Estados modernos. Seria, então, o Estado uma entidade destinada a regular, em todos os seus aspectos, a vida social de dada comunidade. A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação.³

Desta forma, o Estado é dotado de poder para impor sua decisão sobre todos os governados, cabendo uma sanção em caso de descumprimento das normas estabelecidas. Por sua vez, ao cidadão é garantido o direito de solicitar efetiva providência do Estado, quando sentir ameaçados seus próprios interesses.

O Brasil de hoje é um Estado democrático de direito, e o seu diploma constitucional tem como princípios fundamentais, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A Constituição Federal, promulgada em 1988, a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulisses Guimarães, aprimorou a ordem social em vigor no Brasil. Estabeleceu princípios fundamentais, direitos e garantias individuais e coletivos, assim como direitos sociais dos trabalhadores. O ordenamento jurídico brasileiro – constituído pela Lei Maior e por todo o conjunto de leis complementares e ordinárias, decretos e portarias – garante a igualdade entre os brasileiros, proíbe a prática de qualquer ato que possa despojar alguém de quaisquer de seus direitos, ou que, de alguma forma, venha a constituir-se em violência aos seus direitos individuais.

Enfim, a convivência social pacífica implica a monopolização da violência pelo Estado, pois, no dizer de Geymonat,

“este consiste em um poder superior aos indivíduos, dotado da capacidade de reprimir e impedir o recurso à violência individual, capaz, portanto, de pôr um término ao estado de guerra e de instaurar a paz”.⁴

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 40.

⁴ GEYMONAT, Ludovico. *Historia de la Filosofia y de la Ciencia*. Barcelona: Crítica, 1985, Tomo II, cap. 10, item 4, p.174. Citado por: SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Violência no Campo: O dilaceramento da cidadania*. *Revista Reforma Agrária*. Campinas. v. 22, p. 8, jan./abr. 1992.

3. Conceito de violência rural

Pretende-se aqui abordar a violência praticada no meio rural e que tenha como origem os conflitos de interesses, gerados nas atividades agrícolas e em outras atividades conexas. Trata-se, assim, de um conflito social em que o grupo mais fraco é constituído de trabalhadores e camponeses desassistidos. Para melhor compreensão desse fenômeno, é imprescindível uma ampla visão da realidade rural brasileira.

No período da colonização portuguesa, as populações nativas já sofriam as investidas dos aventureiros daquela época. Adotou-se a escravidão, com todos os seus malefícios. E, desde então, desenvolveu-se no País uma prática de domínio denominada *coronelismo*, pela qual os poderosos usam a força e a violência para impor o seu domínio. O malsinado *coronelismo* envolve um complexo de características da política municipal, onde o líder local, em geral fazendeiro ou comerciante de renome, comanda um lote considerável de *votos de cabresto*. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, e, por força de sua influência, ele resume em sua pessoa importantes instituições sociais, substituindo eventualmente o poder público. Exerce, assim, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos⁵. Concebeu-se, assim, uma tétrica cultura no País: a impostura. Formou-se, portanto, um ambiente propício para o aviltamento da cidadania, para a violação dos direitos individuais e coletivos, e para a prática de ameaças, agressões físicas, como também para a tortura e assassinatos.

A violência realizada no campo apresenta-se de várias formas. Podemos reuni-las em dois grandes grupos, quais sejam: violência física e violação de direitos. O primeiro grupo compreende o mau-trato, a ameaça, seqüestro, torturas, atentados, assassinatos, as milícias privadas, a pistolagem e a repressão policial. Estão incluídos no segundo grupo o desrespeito aos direitos e garantias individuais, transgressões às normas trabalhistas, a prática do trabalho escravo, o trabalho infantil e a grilagem. Da mesma forma constituem-se violência ao camponês a ausência e omissão do poder público no meio rural, a concentração fundiária e o conflito pela posse da terra, a pobreza e a miséria. Estas são as manifestações mais conhecidas.

⁵ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Omega, 1975. p. 23.

No entanto, considera-se como violência toda e qualquer agressão ao direito de outrem. Todo ato assim praticado virá sempre despojar alguém de algum bem, material ou não. Alinham-se aqui, além dos crimes contra a vida, contra a integridade física e a dignidade de cada ser humano, todo ato que agrida os direitos à igualdade, à liberdade, à saúde, à segurança, à educação, ao trabalho e à justa remuneração, entre outros.

Seria oportuno indagar: qual a diferença, enfim, entre a violência urbana e a violência rural? Embora estatisticamente a violência urbana tenha uma incidência maior do que a violência rural, a sua essência é a mesma. Podemos, assim, asseverar que a tipologia criminal não se altera em função do local em que o ato é praticado. A diferença está, na realidade, na sua motivação: enquanto o crime urbano tem as mais diversas causas, no campo a violência tem sua origem na prática do poder e do domínio. O que realmente distingue a violência do campo da violência urbana é a sua correlação com os conflitos gerados na atividade rural. Isto porque, enquanto na violência urbana o agente ativo é, na maioria das vezes, o homem comum, movido por razões as mais diversas, na violência rural o agente ativo, geralmente o proprietário de terras, é integrante de um grupo social dominante, e o exercício do poder e da dominação é a sua única razão para agir, por si ou por seu mandado.

4. As causas da violência

O Brasil vem enfrentando problemas econômicos crônicos, e, embora o chamado Plano Real tenha proporcionado um certo alívio nas taxas de inflação, a recessão já não é mais uma ameaça, mas uma realidade. A população sofre o efeito causado pelas medidas de contenção adotadas pelo governo, e estas terminam por refletir sobre as condições de vida da população. Em consequência destes permanentes desequilíbrios e da política oficial vigente, as dificuldades da população menos favorecida aumentam, gerando grandes frustrações.

No meio rural, além das dificuldades impostas pelas normas de contenção da economia, a situação se agrava com a concentração progressiva das propriedades rurais. De acordo com o relatório final da CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) destinada a apurar as origens, causas e consequências da violência no campo brasileiro, em 1989 estavam cadastrados 3.094.034 minifúndios (64% dos imóveis cadastrados), com área média de 17,4 hectares, perfazendo uma área de 53.644.750 hectares,

equivalente a 9,7% da área cadastrada. Por outro lado, os imóveis classificados como latifúndios por exploração somavam um total de 1.167.412 unidades cadastradas (24,5% dos imóveis cadastrados), perfazendo um total de 355.657.320 hectares, equivalente a 64,4% da área geral cadastrada. Tais imóveis tinham uma área média de 304,6 hectares.⁶ E, segundo o Deputado Alcides Modesto, em Relatório Final Aditivo da CPI da Violência no Campo,

“existem 275 latifúndios classificados ‘por extensão’ que controlam sozinhos cerca de 37 milhões de hectares, com uma média de 135.640 hectares por propriedade. Os 20 maiores latifúndios do país controlam em torno de 17 milhões de hectares. Segundo estatísticas oficiais, cerca de 45% das terras nas mãos de latifundiários são agricultáveis, mas completamente abandonadas, sem exploração alguma, e hoje representam mais de 160 milhões de hectares.”⁷

Estes números demonstram a gravidade e a grandeza da concentração fundiária.

Nas palavras de Francisco Graziano,

“a historiografia consagrou o latifúndio como o maior dos males de nossa formação social. Originário do latim, significando os grandes domínios privados da aristocracia na Roma Antiga, o conceito de latifúndio vincula-se à idéia de imensidão, da terra improdutiva, do atraso, do trabalho malpago, do coronel, do conflito, da monocultura, do subdesenvolvimento. É a grande propriedade rural, característica dos países latino-americanos, terreno onde a oligarquia agrária tradicional ostenta sua dominação política.”⁸

Há um consenso geral de que a grande causa dos conflitos no campo é a estrutura agrária concentradora, pela qual um pequeno grupo de empresários rurais detém a propriedade das melhores e mais bem localizadas glebas. A concentração da propriedade rural na mão de um seletivo grupo provoca o agravamento da crise

⁶ Projeto de Resolução nº 85, de 1991, (CPI da Violência no Campo), *Diário do Congresso Nacional*, 19 maio, 1992. Seção I, Suplemento ao nº 69, p. 5.

⁷ Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Relatório Final Aditivo da CPI da violência no campo. Brasília, *Diário do Congresso Nacional*, 19 maio, 1992. Suplemento, p. 12.

⁸ GRAZIANO NETO, Francisco. *A Tragédia da Terra*. Jaboticabal, SP: Iglu, 1991. p.27.

agrária, gera excedentes populacionais e conduz à luta pela posse da terra. Desalojados, ou morando em glebas mínimas, os camponeses, não tendo onde plantar o suficiente para seu sustento, engrossam as fileiras dos cadastrados como “sem-terra”, posseiros ou invasores. E, desta forma, todo este processo de desequilíbrio social leva ao agravamento da pobreza e ao aumento do fluxo migratório para as grandes cidades.

Acrescente-se ao problema fundiário a mal-conduzida política agrícola do governo, pela qual, no dizer de Alberto Passos Guimarães, a grande propriedade e a agricultura de exportação recebem estímulos, incentivos, favores consideravelmente mais vultosos do que a pequena agropecuária e a agricultura para o mercado interno.⁹

A concentração fundiária e a falta de uma política de apoio oficial à pequena propriedade familiar são certamente os principais elementos alimentadores da situação de desequilíbrio social e econômico no meio rural brasileiro. Entendemos, assim, que o acesso à propriedade da terra, somado a uma eficiente política de apoio oficial, é, sem dúvida, o principal instrumento para o combate à injustiça social existente no campo.

A sociedade brasileira, pelas dificuldades de ordem econômica e social, está repleta de obstáculos que lhe provocam grande frustração. Nesse contexto, determinam-se as causas para a acentuação da violência entre nós. A ineficácia do Estado para garantir emprego, educação, saúde, lazer e, principalmente, segurança provocou um acúmulo de frustrações que destruíram a convicção no ideal de respeito às normas e submissão à tutela do Estado.

5. O poder público e a violência

Ao lado das causas sociais e econômicas provocadas, em parte, por uma política pública mal-orientada, não se pode deixar de apontar a omissão, em alguns casos, e a ação, em outros, das instituições oficiais.

A omissão ou má atuação do poder público, se não é a causa imediata da violência, é, certamente, uma fonte alimentadora. No que concerne, por exemplo, às terras devolutas, a omissão do Estado em discriminá-las permite que sua ocupação se torne causa de um sem-número de conflitos, em que são partes

⁹ GUIMARÃES, Alberto Passos. *A Crise Agrária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p.331.

posseiros, invasores, grileiros e falsificadores de títulos.

Há, ainda, uma forma de violência que é praticada pelo Estado: esta expressa-se no descaso com que são tratados os problemas e interesses do homem do campo. O *coronelismo* ainda está presente no meio rural, a autoridade oficial caminha *pari passu* com os interesses dos poderosos fazendeiros locais. Vejamos o exemplo da atuação da polícia, cuja função é, por lei, manter a ordem e dar segurança à população. Sua missão, nos casos de cumprimento de uma liminar em ações possessórias, é agir nos limites da lei. No entanto, a polícia, além de praticar excessos, fecha os olhos diante dos abusos praticados pelos proprietários ou seus capatazes. Recente despejo de “sem-terras”, na Fazenda Santa Elina, em Corumbiara-RO, que terminou em tragédia, é um triste exemplo. O jornalista Márcio Aith, da *Gazeta Mercantil*, em reportagem sobre esses fatos, relata que:

“A operação foi iniciada na madrugada da última quarta-feira, com ‘sucesso’. Embora em menor número do que se imaginava, o incidente provocou quase um terço das 34 mortes ocorridas em conflitos por terra em todo o País no ano passado. Isto sem contar os 60 feridos, alguns a bala e outros visivelmente espancados.”¹⁰

Mas, não se pode culpar somente a polícia. Outros órgãos oficiais, responsáveis pelo cumprimento dos mandamentos legais, pecam por omissão. É o caso da atuação dos agentes fiscais do Ministério do Trabalho, que, por medo ou conivência, nem sempre autuam os infratores das leis trabalhistas. Segundo publicação da Comissão Pastoral da Terra sobre trabalho escravo no Brasil, as ações fiscalizadoras desse órgão federal variam de um estado para outro, demonstrando a heterogeneidade de conduta dos seus funcionários. Numa citação sobre o trabalho desenvolvido em alguns Estados, consta, por exemplo, que, enquanto em Minas Gerais a DRT desenvolveu um trabalho conjunto com a FETAEMG (Federação dos Trabalhadores na Agricultura) e fiscalizou cerca de 110 estabelecimentos, lavrando aproximadamente 125 autos de infração, a DRT do Pará concluiu pela inexistência de trabalho escravo em todos os 15 estabelecimentos fiscalizados em 1993.¹¹

¹⁰ AITH, Márcio. Um conflito com muitos responsáveis. *Gazeta Mercantil*, 14 ago. 1995. p. A-1.

¹¹ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo: Brasil 1994*. Goiânia: Secretariado Nacional da CPT, 1995, p.29.

Por outro lado, existem inúmeras denúncias de casos em que as autoridades não dão o mesmo tratamento para as partes envolvidas em conflito. Enquanto agem com todo o rigor contra os trabalhadores e camponeses, são, inexplicavelmente, condescendentes com os poderosos coronéis e fazendeiros envolvidos.

Aliás, levantamento realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV)¹² da Universidade de São Paulo demonstra que, de um total de 923 casos de violações de direitos ocorridos entre 1976 e 1991 na zona rural do Brasil, apenas 515 chegaram, à época, ao conhecimento do Estado. Dos delitos denunciados, somente 291 (31,5% do total) receberam algum tipo de encaminhamento, nem sempre satisfatório. As eventuais punições recaíram, proporcionalmente, com maior frequência, sobre lavradores e posseiros, favorecendo proprietários de terra e pistoleiros. O levantamento indica ainda que lavradores, posseiros e tratoristas correspondem a 3,9% dos agentes causadores dos crimes, mas detêm 13,8% do total de instaurações de processos. Proprietários de terras, pistoleiros, gatos (agenciadores de mão-de-obra) e empreiteiros são apontados como fontes em 61% dos delitos. Mas o percentual de processos contra essas categorias profissionais é de 35%.¹³ (vide quadro demonstrativo)

Sobre a impunidade reinante no meio rural, o jornalista Jorge Antônio Barros, do *Jornal do Brasil*, relata o seguinte:

“Pela primeira vez, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) do Maranhão realiza, em parceria com entidades internacionais, um projeto que pretende provar definitivamente que a Justiça em casos de violência rural é relativa. Depende de quem for o agressor. Se a vítima estiver do lado dos lavradores, é lenta. Só é rápida quando a alegação for legítima defesa: o agressor é rapidamente julgado e absolvido, como ocorreu com os assassinos do lavrador Pedro Mota de Souza, morto em Coroatá, em 18 de novembro de 1987. Coordenado pelo assessor jurídico da CPT do Maranhão, o advogado José do Carmo Siqueira, o projeto se chama *Pesquisa e Acompanhamento Jurídico Criminal* e abrange 129 dos 270 crimes de morte ocorridos entre 1964 e outubro

¹² RYDLE, Carlos. Estudo revela omissão do Estado. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 20 jun. 1993. p.31.

¹³ RYDLE, Carlos. Ob. cit.

de 1994 no Maranhão. Os 129 casos foram selecionados porque os coordenadores acham que se pode chegar aos responsáveis pelos crimes ocorridos nos últimos 20 anos e que ainda não estão prescritos. As 129 vítimas eram trabalhadores rurais e seus aliados. *Apenas três acusados foram julgados.*¹⁴ (nosso grifo)

Outrossim, veja-se que de 1964 a outubro de 1991 foram registrados 1.630 assassinatos de trabalhadores rurais, índios, advogados e religiosos vinculados aos movimentos populares de luta pela terra. No entanto, foram realizados apenas 29 julgamentos e, destes, apenas 13 resultaram em condenações.¹⁵

Todo esse processo acaba por reunir desconfiança e frustração. A sensação de impunidade, alimentada pelos ilícitos que não acarretam penalidades para o transgressor, pode levar o indivíduo a uma opção radical e perigosa pela volta à tutela de seus próprios interesses.

Nas considerações preambulares do Relatório Final da CPI da “Pistolagem” consta:

“Convencido de que o Estado não é capaz de defender seu direito ameaçado ou contrariado e, ainda, seguro de que uma eventual atitude de sua parte visando a essa defesa, mesmo que usando de violência, não sofrerá a reação repressora ou punitiva desse mesmo Estado impotente, não é de estranhar que o cidadão se deixe seduzir pela idéia de *fazer justiça com as próprias mãos.*”¹⁶

Pesa, ainda, contra o Judiciário a crítica feita pelas entidades ligadas à causa agrária de que os juízes concedem facilmente liminares nas ações possessórias propostas por proprietários contra lavradores que detêm a posse da terra por trinta ou mais anos. A estratégia dos proprietários é fazer uso das possessórias, em detrimento da ação mais apropriada que é a reivindicatória, pois assim é possível a concessão de liminar. O juiz, com base no princípio do

periculum in mora, concede a liminar, deixando o julgamento do mérito para depois. A consequência é que a execução destas liminares é feita por oficiais de justiça e por um aparelho policial violento, ambos comprometidos com os interesses dos latifundiários.

Por outro lado, segundo alguns críticos, o Judiciário vem adotando, em seus julgamentos, um critério legalista da propriedade, em detrimento do preceito constitucional da função social. É importante que a função social da propriedade seja igualmente considerada, pois, desta forma, as sentenças seriam coerentes com os princípios constitucionais em vigor. Acontece que, nas faculdades de Direito, os futuros advogados e juízes recebem uma formação essencialmente civilista, pela qual se defende o direito quase absoluto da propriedade. É fundamental que uma cadeira de Direito Agrário seja obrigatória, para que sejam difundidos entre os futuros profissionais os conceitos sociais que lhe são peculiares.

Desta forma, numa ação possessória que tivesse como objeto um imóvel rural, o Poder Judiciário deveria considerar as peculiaridades jurídicas que envolvessem a questão agrária. Enquanto, em ação idêntica que tivesse como objeto um imóvel urbano, o Judiciário adotaria um critério essencialmente civilista, pelo qual seria considerado apenas o princípio da propriedade.

Em verdade, o direito de propriedade vem sofrendo modificações conceituais desde o início do século, quando foi promulgado nosso Código Civil. De lá para cá, o princípio da função social da propriedade vem ganhando força. A Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º, inciso XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”.

“Ademais” – escreve Domingos Dutra – “a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, orienta ao julgador que, ao aplicar a norma ao caso em exame, sejam considerados os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum, ou seja, o julgador não pode esquecer em suas decisões os aspectos e a repercussão social.”¹⁷

É necessário, pois, que os conflitos agrários sejam julgados por juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias, pois assim é que determina o art. 126 da Constituição Federal.

¹⁷ DUTRA, Domingos. Poder Judiciário e a violência no campo. *Reforma Agrária*, Campinas. v. 22, n. 1. p. 133, jan./abr. 1992.

¹⁴ BARROS, Jorge Antônio. Pesquisa vai provar impunidade no campo. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 27 nov. 1994. p. 16.

¹⁵ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo: 1989*. p.63. citado por SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Violência no Campo: O dilaceramento da cidadania. Reforma Agrária*. Campinas. v. 22, n. 1. p. 7. jan./abr. 1992.

¹⁶ Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. *CPI da pistolagem, Matadores de Aluguel*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1994. p.40.

6. Os trabalhadores sem terra

Nelson Ribeiro, ao referir-se ao problema agrário, define o homem rural brasileiro da seguinte forma: “Proletário, sub-cidadão, destituído, marginalizado, peão, bóia-fria, escravo”. Estes são os qualificativos de grande parte dos camponeses que, segundo o autor, formam um contingente de sem-terras, que, não sendo absorvidos pelo meio urbano, acampam em áreas públicas ou privadas.¹⁸ Para o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra – MST, os trabalhadores rurais são: a) assalariados rurais que desejam mais do que benefícios trabalhistas, que querem terra; b) parceiros, meeiros e arrendatários, que vivem de atividade agrícola em terra de terceiros e que pagam ao proprietário pelo uso da terra com parcela da produção; bóias-frias, empregados contratados por tarefa; proprietários rurais com área de até cinco hectares – ou sete campos de futebol; filhos de proprietários rurais cujas famílias tenham até 30 hectares, sem condição de dividir a propriedade com os filhos.

Espalhadas pelo Brasil, existem, atualmente, 4,8 milhões de famílias de agricultores esperando pela reforma agrária, que, nos últimos dez anos, assentou apenas 135 mil famílias. A omissão do Estado em promover a reforma já perdura por muitos anos, e, em face da inoperância governamental, os conflitos agrários tendem a agravar-se, pois aumentaram progressivamente as invasões de fazendas.

Segundo líderes do MST e da Comissão Pastoral da Terra – CPT¹⁹, existem 31.400 famílias envolvidas em conflitos e acampadas em 199 áreas, sendo que a maioria dos acampamentos têm mais de quatro anos. Os primeiros grupos de sem-terra surgiram em 1979. (vide gráfico demonstrativo)

A incidência de invasões é maior nos estados do Nordeste, onde pelo menos 34 fazendas estão ocupadas. Segundo Gilberto Portes de Oliveira, coordenador nacional do MST, a luta pela posse da terra “já matou mais de 1.700 pessoas”.²⁰

¹⁸ RIBEIRO, Nelson de Figueiredo. *Caminhada e esperança da reforma agrária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 29.

¹⁹ ALONSO, George. Sem-terra fogem a controle de entidade ligada ao PT e radicalizam as invasões. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 set. 1995. p. 1-12.

²⁰ ASSIS, Luciene de. Conflitos de terra atingem 86 fazendas. *Correio Braziliense*, Brasília,

Entidades ligadas à defesa das propriedades movimentam-se para tentar deter as invasões, recorrendo ao confronto jurídico e, até mesmo, à defesa armada. Os proprietários entram na Justiça com ações possessórias de reintegração de posse. Diante da possibilidade, prevista no Código de Processo Civil, de medidas liminares que visem a proteção de direitos ameaçados ou violados, a elas recorrem para conseguir o despejo das famílias invasoras, antes do julgamento do mérito, que é mais demorado. As liminares têm caráter provisório e não decidem a quem pertence o direito. A questão do mérito será, então, julgada depois. Em geral, os juízes concedem as liminares, cuja execução fica sob a responsabilidade de oficiais de justiça e do aparelho policial. Estes despejos nem sempre têm um desfecho satisfatório. O resultado

“é quase sempre o mesmo: despejos violentos com prisões, torturas, assassinatos, destruição de casas e bens públicos (colégios, igrejas, postos de saúde, etc.), destruição de plantações permanentes e temporárias e utensílios domésticos, matança de animais, subtração de bens e outras atrocidades.”²¹

Embora cause maior impacto na opinião pública o noticiário sobre os conflitos provenientes de ocupações realizadas por integrantes do Movimento Sem Terra, as violências contra os posseiros e suas famílias são praticadas quase na clandestinidade e constituem-se atos de vandalismo e atrocidades da maior gravidade.

7. A violência aos direitos trabalhistas

Entre as formas de violência no meio rural merece especial destaque a violação dos direitos do trabalhador. Por falta de opção, num mercado de trabalho restrito, o agricultor submete-se às condições impostas pelos fazendeiros locais. E, pior, em muitos casos recebe salário inferior ao mínimo legal. Em abril de 1992, a CPI da Violência no Campo informou que 1,3 milhão de trabalhadores, no meio rural, não recebe nenhuma remuneração e 5,2 milhões recebem até um salário mínimo mensal.²²

17 ago. 1995. p. 18.

²¹ DUTRA, Domingos. Poder Judiciário e a violência no campo. *Reforma Agrária*. Campinas, SP, v. 22, n. 1. p. 133, jan./abr. 1992.

²² Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Relatório Final Aditivo da CPI da violência no campo, *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 19 maio, 1992. Suplemento p.12.

Numa situação de dependência e de contingência pela farta oferta de mão-de-obra, o agricultor não tem alternativa a não ser submeter-se aos mandos e desmandos do poderoso proprietário. À realidade da vida do trabalhador rural está inerente o clima de pobreza e miséria, a prática da exploração absoluta do trabalho e a negação dos seus direitos mais fundamentais. Esta violência costumeira configura-se na dinâmica de dominação entre classes e grupos sociais, incorporada às relações do trabalho desde o período escravocrata.

Ilustra a face triste do assalariado rural a reportagem da *Folha de São Paulo*, de 10 de julho de 1995 sob a legenda *A lei da necessidade*. Segundo a Folha, trabalhadores rurais de uma destilaria, com sede no Estado do Maranhão e construída com recursos do Banco Mundial, cortam cana-de-açúcar das 7h às 17h e recebem em troca duas refeições por dia – uma pequena tigela com arroz, feijão e carne, servida na plantação. No final do mês, o custo das refeições e dos demais gastos na cantina equivalem ao valor do salário de grande parte dos trabalhadores, que, no final, não recebem nada.²³

De modo geral, as reivindicações trabalhistas não são vistas com bons olhos e os direitos dos trabalhadores são permanentemente descumpridos. Os sindicatos rurais não têm a necessária autonomia e liberdade para gerir os interesses de seus filiados. A justiça do trabalho, embora tenha mecanismos operacionais mais dinâmicos do que as justiças cível e criminal, não consegue ser suficientemente eficaz no processamento das ações trabalhistas e não se faz presente em todo o território nacional. Segundo a CPI da Violência, quando os trabalhadores “querem fazer uma reclamação trabalhista faltam varas de justiça do trabalho”.²⁴

A fiscalização realizada pelos fiscais do Ministério do Trabalho tem dado poucos resultados pelo fato de que as extensões territoriais são enormes e o número de fiscais é insuficiente. Existem multas previstas para as violações aos direitos do trabalhador consubstanciadas em vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Entretanto, os valores das

²³ GUTKOSKI, Cris. A lei da necessidade: Comida é o salário de trabalhador no MA. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 jul. 1995. p.1-8.

²⁴ Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Relatório Final Aditivo da CPI da Violência no Campo. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 19 maio, 1992. Suplemento, p. 18.

multas são pouco significativos e, por isso, não têm o efeito inibidor desejado.

Alison Sutton, em seu livro *Trabalho Escravo*, ao discorrer sobre o assunto, descreve que:

“Os fiscais que visitaram usinas de açúcar em Mato Grosso em agosto de 1991 informaram que, apesar das multas já aplicadas em maio de 1991, a situação não melhorara. De fato, a Destilaria Cachoeira fora multada nove vezes entre junho de 1990 e março de 1992, e mesmo assim trabalhadores de Alagoas e do Ceará continuavam a ser enviados para lá, e a trabalhar em condições ilegais. Em agosto de 1992, um caso particularmente grave de detenção de trabalhadores foi descoberto na usina de açúcar Industrial Malvinas, em Bocaiúva, Minas Gerais, que fora multada por fiscais do trabalho no ano anterior.”²⁵

Entretanto, entre as mais graves transgressões à dignidade do trabalhador rural estão o trabalho infantil e o trabalho escravo, temas que trataremos em tópicos especiais, devido à sua relevância no contexto.

7.1. O trabalho rural infantil

A Constituição Federal veda o trabalho do menor de quatorze anos, “salvo na condição de aprendiz”. A partir desta idade até aos dezoito anos, o trabalho do menor é permitido, mantida, no entanto, a sua proibição quando se tratar de trabalho noturno, perigoso ou insalubre. Assim, é possível afirmar que o menor de quatorze anos é um trabalhador fora da lei. A participação do menor de idade no processo produtivo não é um fato novo. Secularmente utilizado no setor agrícola, o trabalho infantil está presente principalmente nas propriedades rurais de reduzida base tecnológica. Tem como pano de fundo a ajuda aos pais, sejam eles trabalhadores assalariados, meeiros ou empreiteiros. Sob o argumento de que estão ajudando os pais, eles aram, adubam, plantam, limpam e fazem, enfim, todos os serviços típicos de adultos. A realidade é que o agricultor, quando contratado, oferece ao patrão a força de trabalho de toda a família, inclusive dos filhos menores.

No entanto, os menores de quatorze anos trabalham sob o manto da clandestinidade, pois, sendo ilegal o seu trabalho, não são registrados

²⁵ SUTTON, Alison. *Trabalho Escravo*. São Paulo: Loyola. p. 125.

como trabalhadores. Ou, quando registrados, figuram, na maioria das vezes, fraudulentamente, como aprendizes. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE indicam a existência de 7,5 milhões de trabalhadores menores no Brasil. Desses, três milhões têm de 10 a 14 anos. Na área rural, 59,3% dos menores, entre cinco a dezessete anos, trabalham 40 horas semanais, sendo que a maioria não tem a carteira de trabalho assinada. Desses, 57,8% não são remunerados. Segundo a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG, 490 mil menores, de 10 a 14 anos, trabalham no campo brasileiro.²⁶

Quando o menor é remunerado, o que é raro, podem ocorrer três hipóteses de relações de trabalho: a) assalariado registrado em carteira, em geral maior de 14 anos, quando o vínculo é formal; b) assalariado não registrado em carteira, remunerado mediante controle de ponto, não sendo neste caso beneficiário da Previdência Social nem de outros direitos que lhe são assegurados por lei, quando o vínculo empregatício é informal; c) indiretamente assalariado, mediante inclusão da remuneração do menor na folha de pagamento do pai, e com o consentimento deste, quando não há um vínculo empregatício, e a remuneração pelo seu trabalho se traduz em um “agrado”, geralmente de valor inferior ao seu correspondente legal, funcionando como um complemento da renda familiar.²⁷

Impressionam as notícias veiculadas na imprensa sobre o trabalho infantil. Recente reportagem do jornal *Correio Braziliense*, por exemplo, traz a público fantásticas informações sobre a produção de sisal, no interior da Bahia, onde crianças trabalham em média 12 horas por dia, e uma família precisa produzir 1,2 tonelada de fibras para ganhar um salário mínimo. O depoimento da menina Vaneice do Carmo, de 11 anos, retrata bem a situação. Ela estende sisal no varal, trabalha das 7 h às 17 h, almoça farinha e um pedaço de charque: –“Não sei quanto eu ganho. O patrão acerta isso com minha mãe”. O periódico relata, ainda, a pior sorte do menino Aguinaldo Pereira de Jesus, de 11 anos, que, a exemplo de outros, perdeu o braço direito em uma máquina desfibradora de sisal, conhecida

como “Paraíba”.²⁸

Segundo o coordenador da área de prevenção de riscos e promoção de direitos do UNICEF, José Roberto Santoro, a maioria das atividades, exercidas por menores, não exigem qualificação e não treinam para o futuro; assim, o trabalho precoce condena crianças e adolescentes à morte civil. Quando se tornam adultas, essas crianças não têm lugar no mercado de trabalho.²⁹

7.2. O trabalho escravo no campo

Já não mais existe a escravidão nos moldes do período colonial. As atuais técnicas de domínio são diferentes daquelas anteriormente praticadas. O que se vê, agora, é uma prática de completa dominação sobre o trabalhador rural, mediante a utilização de métodos fraudulentos de endividamento contínuo, impedindo que ele possa retirar-se do emprego antes de quitar o seu débito. Preso pelos compromissos financeiros, o empregado transforma-se numa vítima submissa. E o patrão, por sua vez, aproveita-se desta situação para impor sua total dominação. Quando a propriedade rural está situada em local de difícil acesso, os trabalhadores ficam aprisionados, pois só podem retirar-se mediante a utilização de veículos da fazenda. Aqueles que tentam fugir são perseguidos pelos peões.

Em todos esses casos, a liberdade é suprimida, e o trabalhador é posto sob absoluta sujeição, numa condição análoga à de escravo.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 149, tipifica tal situação como crime, cuja pena é de dois a oito anos de reclusão. De acordo com a doutrina corrente, para a tipificação não se exige que haja uma verdadeira escravidão, nos moldes antigos. Contenta-se a lei com a completa submissão do ofendido ao agente. O crime pode ser praticado de vários modos, sendo mais comum o uso de fraude, retenção de salários, ameaça ou violência.³⁰ Segundo Damásio de Jesus, o tipo penal não visa a uma situação jurídica, mas sim a um estado de fato. Não se trata de submeter alguém à escravidão, mas sim à situação análoga, em que o agente transforma a vítima em pessoa totalmente submissa à sua

²⁶ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo*: Brasil 1994. Goiânia: Secretariado Nacional da CPT, 1995. p.23.

²⁷ D’ALENCAR, Raimunda Silva. O menor de catorze anos e as formas de inserção como trabalhador agrícola. *Reforma Agrária*. Campinas, v. 21. n. 2. p. 44, maio/ago. 1991.

²⁸ COSIBRA exporta sisal cortado por meninos no interior da Bahia. *Correio Braziliense*, Brasília, 20 set. 1994. p. 13.

²⁹ UNICEF quer acabar com trabalho infantil. *Correio Braziliense*, Brasília, 19 set. 1994. p. 12.

³⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p.254.

vontade, como se fosse escravo.³¹

Proprietários, administradores e empreiteiros de estabelecimentos que utilizam trabalho escravo optam, muitas vezes, por aliciar trabalhadores em lugares distantes das sedes das empresas. Estes, por sua vez, sem serviço e sem perspectivas de sobrevivência no local de origem, iludidos pelas excelentes propostas que lhe são apresentadas pelos aliciadores – ou “gatos”, como são conhecidos –, emigram na esperança de dias melhores.

Fiscais do Ministério do Trabalho e integrantes do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, formado por representantes da sociedade, constataram a existência de trabalho escravo em diversas regiões do país. Os Estados mais atingidos pelo trabalho forçado são Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Maranhão.³²

Em Minas Gerais, por exemplo, em visita às carvoarias localizadas no norte do Estado, no mês de agosto de 1995, os fiscais do Ministério do Trabalho ouviram 325 trabalhadores e fizeram 135 autuações. Foram constatadas várias irregularidades, como falta de anotação em carteira de trabalho, jornadas excessivas, falta de intervalos para descanso e repouso semanal, não-pagamento de salário, falta de equipamento de proteção individual, alojamentos e habitações inadequadas, não-fornecimento de água potável e transporte irregular em caminhão movido a gás. Constatou-se que menores, entre 14 e 18 anos, estavam trabalhando em atividade insalubre, e apurou-se, também, o trabalho de menores de 14 anos, o que é proibido.³³

A Comissão Pastoral da Terra, ligada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, municiada na maioria das vezes com denúncias veiculadas na imprensa, publica periodicamente uma estatística e os números que lhe chegam ao conhecimento. Entretanto, as tentativas de fornecer cifras esbarram continuamente em dificuldades, pois as ocorrências nem sempre são registradas.

Segundo a CPT, os números das vítimas de trabalho escravo no ano de 1994 indicam o agravamento do problema, apesar de todas as denúncias feitas, inclusive em instâncias

internacionais. A quantidade de vítimas pulou de 19.940, em 1993, para 25.193 em 1994. Este aumento deve-se, principalmente, ao fato de ter sido constatada a prática de trabalho escravo nas carvoarias da região de Montes Claros, em Minas Gerais, envolvendo aproximadamente 10.000 trabalhadores.³⁴ (vide quadro comparativo)

Há de se acrescentar, no entanto, que, no intuito de suprir um vazio em nossa legislação, foram realizados esforços no sentido de coibir a prática de trabalho escravo no país. Cite-se, por exemplo, a Instrução Normativa Intersecretarial nº 1, de 24 de março de 1994, que dispõe sobre procedimentos da Inspeção do Trabalho na Área Rural e estabelece normas coercitivas da prática de trabalho escravo.

Premido pela opinião pública, o Governo Federal vem manifestando preocupação com esta prática. O mesmo acontece no Congresso Nacional, onde está tramitando mais de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), com o objetivo de alterar as disposições do artigo 243 – que pune com a expropriação, sem qualquer indenização, as glebas em que seja constatado o cultivo de plantas psicotrópicas – incluindo em seu *caput* as glebas em que se constatem situações análogas à escravidão.

8. Violência física

Manifesta-se a violência rural, particularmente, nos conflitos pela posse da terra. Mas esta não se constitui tão-somente de agressões físicas. Apresenta-se, sem dúvida, de várias formas. Elizabete Perosa expõe, com precisão, o verdadeiro dimensionamento desta prática:

“Em muitas vezes está impregnada no cotidiano dos camponeses ameaçados e manifesta-se de formas diferentes. Às vezes é uma violência simbólica que passa pela afirmação do poder do fazendeiro frente ao posseiro, ao agregado, ao morador, que é freqüentemente obrigado a tirar o chapéu na presença do fazendeiro, chamá-lo de doutor, e prestar-lhe honras. Essas diferenciações servem para mostrar o verdadeiro lugar de cada personagem, ou seja, reafirma a inferioridade e subserviência daquele camponês frente ao dono, ou suposto dono, da terra. Outra forma de violência bastante presente

³¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p.231.

³² Trabalho escravo dará punição. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 7 set. 1995.

³³ Ministério investiga trabalho escravo. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 12 ago. 1995. p.15.

³⁴ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo: Brasil 1994*. Goiânia: Secretariado Nacional da CPT, 1995. p. 23.

neste processo é a violência material, que se expressa em atos desencadeados pelos latifundiários ou seus jagunços que visam destruir as condições materiais de existência e trabalho do camponês. São atos de poluir regatos, interromper o fluxo dos rios que banham a terra do camponês ou fechar-lhe as saídas e acesso às estradas de circulação na área, a queima de suas roças e suas moradias.”³⁵

A coação do agricultor ocorre mediante ameaças e perseguição, ou se materializa por lesões corporais e assassinatos. A opressão, nestes casos, é exercida por ordem de proprietários, que contratam pistoleiros profissionais, organizados – ou não – em milícias privadas. Outrossim, a própria polícia, a pretexto de estar executando um mandado judicial de despejo, age com furor e selvageria e, em evidente abuso de poder, agride, tortura e mata posseiros sem-terra.

Os conflitos fundiários e os assassinatos são estatisticamente elevados: em 1985, foram registrados 636 conflitos e 125 mortes; em 1986 aconteceram 634 conflitos com 105 mortos; em 1987, 582 conflitos e 109 mortes; em 1988, 621 conflitos e 93 mortes; em 1989, 500 conflitos e 56 mortes e em 1990, 401 conflitos e 75 assassinatos;³⁶ em 1991, 453 conflitos e 54 assassinatos; em 1992, 433 conflitos e 46 assassinatos; em 1993, 545 conflitos e 52 assassinatos; em 1994, 485 conflitos e 47 assassinatos³⁷.

Os menores são, também, vítimas da violência rural. Entre 1980 e 1991, foram registrados 100 assassinatos de crianças e adolescentes em conflitos de terras, em consequência de tiros, golpes de armas brancas, espancamentos e fogo. Incluem-se aí casos de abortos provocados por ações violentas, crianças intoxicadas pela fumaça de casas incendiadas e vítimas de enfermidades mortais contraídas nas condições insalubres freqüentes nos processos de fugas.

³⁵ PEROSA, Elizabete P. A violência no campo e a luta pela posse da terra no vale do Ribeira, São Paulo. *Reforma Agrária*, Campinas, v. 22, n. 1, p.26. jan./abr. 1992.

³⁶ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo: Brasil 1990*. Goiânia, 1991, p.44. citado por SANTOS, José Vicente Tavares dos. Violência no Campo: O dilaceramento da cidadania. *Reforma Agrária*, Campinas, v. 22, n. 1, p. 6. jan./abr. 1992.

³⁷ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo: Brasil 1994*. Goiânia: Secretariado Nacional da CPT, 1995. p. 8.

Destes, 31 assassinatos tiveram pistoleiros como responsáveis. Em 19 casos estiveram presentes policiais militares.³⁸

As tentativas de homicídios e as ameaças de morte são prática comum no meio rural, nas áreas de conflito. Os dados divulgados pela Comissão Pastoral da Terra demonstram, inclusive, um crescimento estatístico dessas práticas.

Em 1994, entre os atos de violência contra a pessoa, foram constatados 485 conflitos, 308.619 pessoas envolvidas, 47 assassinatos, 62 tentativas de assassinato, 212 ameaças de morte, 39 casos de tortura, 1.017 agressões físicas, 333 prisões, 151 casos de lesões corporais, 5.567 ocorrências de terrorismo. Entre conflitos pela posse da terra e violência contra a posse e a propriedade, foram registrados os seguintes dados: 379 conflitos, envolvendo 1.819.963 hectares e 47.179 famílias; 388 vítimas de expulsão; 17.687 vítimas de despejo judicial; 13.182 vítimas de ameaça de despejo; 4.535 vítimas de ameaça de expulsão; 1.901 vítimas de destruição de casa; 5.239 vítimas de destruição de roças; 1.685 vítimas de destruição de pertences e 1.118 casos de roubo.³⁹(vide gráficos demonstrativos)

Os estados em que mais ocorreram conflitos e assassinatos localizam-se nas regiões Norte e Nordeste, com destaque para os Estados da Bahia, Tocantins, Pará e Maranhão.

9. Os “brasiguaios” e os “brasilianos”

Quando se fala em violência no campo, não se pode deixar de mencionar a situação aflitiva de brasileiros que sofrem violência e opressão em países vizinhos. Os casos mais comuns têm como protagonistas os brasileiros que, à procura de trabalho e sobrevivência, partiram para o Paraguai e a Bolívia.

São conhecidos como brasiguaios os brasileiros que migraram para o Paraguai, em busca de terras para plantar. Iniciada na década de 50, a transferência de cerca de quinhentos mil trabalhadores rurais do sudoeste e oeste do Paraná teve como causa principal a grilagem, a instalação de grandes empresas agroindustriais e a concentração fundiária na região. O povoamento da fronteira paraguaia por brasileiros ocorreu em dois momentos: o primeiro entre os

³⁸ PINASSI, Maria Orlanda. Menores: Vítimas da Terra e do Trabalho. *Reforma Agrária*, Campinas, v. 21, n. 2, p.72-73 maio/ago. 1991.

³⁹ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo: Brasil 1994*. Goiânia: Secretariado Nacional da CPT, 1995. p. 40-42.

anos de 1950 e 1969, quando se deram emigrações de curta distância, e o segundo entre 1970 e 1979, quando a emigração aumentou significativamente.

Cácia Cortêz expressa com particular realismo esse fenômeno:

“Mesmo assim, o Brasil continuou a ignorar a dura realidade de dezena de milhares de agricultores e suas famílias, exilados da história recente, banidos de suas terras pelo poder econômico e pela política econômica e agrícola dos governos pós-64. Em 1984, já eram 400 mil os brasileiros que haviam transposto a fronteira com o país vizinho, fugindo da marginalidade e buscando do outro lado o que lhes continuavam negando aqui: o direito à terra e de continuarem produzindo como cidadãos nacionais.”⁴⁰

Nos anos de 1980 a 1984, o processo de modernização da agricultura, que, antes, havia ocorrido no Brasil, atravessou as fronteiras e instalou-se nas terras paraguaias. E os agricultores que haviam “amansado” as terras foram novamente molestados em suas posses. A instalação, naquela região, de empresas – muitas delas pertencentes a brasileiros – colonizadoras, madeireiras e agroindústrias, constituiu-se numa das principais causas da substituição da produção de subsistência dos pequenos e médios agricultores pela pecuária de grande porte e pela monocultura mecanizada. Acrescente-se o fato de que os pequenos lavradores paraguaios que trabalhavam na região foram, também, afastados pela concentração de terras em mãos de grupos empresariais.

“Os brasiguaios passaram a ser cada vez mais rejeitados pelos grandes proprietários, muitos deles brasileiros, que estão preferindo ocupar fazendas com gado, montar lavouras mecanizadas e empregar mão-de-obra local. Os que conseguiram comprar um pedaço de terra sofrem a investida dos sem-terra nativos, concentrados principalmente na fronteira com o Paraná.”⁴¹ Referindo-se aos brasiguaios, o diplomata José Martínez, lotado na embaixada do Paraguai em Brasília, admitia à Revista *Isto É*, que eles “já foram um tema, hoje são um problema”. E, em 1991, o IBR – Instituto de Bem-estar Rural, órgão do governo paraguaio que trata das questões fundiárias, reconhecia a

⁴⁰ CORTÊZ, Cácia. *Brasiguaios, os refugiados desconhecidos*. São Paulo: Agora. p. 45.

⁴¹ OLIVEIRA, Malu. *Expulsão Branca. Isto é*, São Paulo, 1 jul. 1992. p. 33.

ocorrência de invasões “por toda a parte no país”.⁴²

Muitos agricultores viram-se, assim, numa situação de penúria e não tiveram outra alternativa a não ser retornar ao Brasil, estabelecendo-se precariamente em acampamentos, sobretudo nas terras do Mato Grosso do Sul, à espera dos assentamentos da reforma agrária. A realidade dos brasiguaios confunde-se com a mesma vivida pelos sem-terra brasileiros. São vítimas da mesma violência rural, praticada, há décadas, no País. São contundentes os termos de uma carta dos acampados, endereçada às entidades de defesa dos direitos humanos, nacionais e estrangeiras:

“O Brasil já nos rejeitou há mais de três décadas, quando nos arrancou da terra e nos obrigou a buscar refúgio no Paraguai. Hoje o Paraguai, da mesma forma, não nos dá condições de sobrevivência e uma cidadania digna. Estamos sem terra e sem pátria. Nem brasileiros (pois não temos nossa cidadania reconhecida) e nem paraguaios, pois lá somos estrangeiros. Somos os brasiguaios e lutamos pelo direito de voltar ao Brasil e dar aos nossos filhos uma pátria que os receba”.⁴³

Viver em situação semelhante à dos brasiguaios parece ser o destino de dez mil brasileiros que vivem sob ameaça na Bolívia, em condições precárias, e sob pressão das Forças Armadas bolivianas. Os militares bolivianos consideram que a migração dos *brasilianos* para o Departamento de Pando, na divisa de seu país com o Acre e Rondônia, constitui-se em uma espécie de “invasão branca”. Pretendem, por isso, construir um forte militar em Cobija, capital de Pando.

Segundo o bispo de Rio Branco (AC), dom Moacir Grechy,

“os brasileiros que estão na Bolívia vivem em condições subumanas, vítimas de todo o tipo de arbitrariedade e pressão. Eles chegaram por opção de sobrevivência. Os brasileiros não têm nenhum direito lá. Agora, nós tememos represálias”.

No entanto, de acordo com informações da diplomata Maria Dulce Silva Barros, conselheira

⁴² FELDENS, Marta. *Sonho de “brasiguaios” tem fim com invasão camponesa. Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1 dez. 1991. p.18.

⁴³ CORTÊZ, Cácia. *Brasiguaios, os Refugiados Desconhecidos*. São Paulo: Agora. p.182.

da Embaixada do Brasil em La Paz, ao jornal *Folha de S. Paulo*, os Ministérios das Relações Exteriores do Brasil e da Bolívia decidiram discutir a situação dos *brasilianos* de Pando.⁴⁴

Em outubro deste ano, trabalhadores brasileiros, recrutados na periferia de Campo Grande, foram escravizados na Bolívia. Atraídos por promessas atraentes para trabalhar na extração de madeiras, transportados por um caminhão-boiadeiro, foram abandonados nas florestas, sem documentos e sem meios de transportes, distantes de quaisquer vilarejos bolivianos.⁴⁵

10. Conclusão e sugestões

As medidas de combate à violência no campo pressupõem um prévio conhecimento das suas causas e das suas manifestações. Este breve estudo pode certamente contribuir para que se compreendam as causas, as origens e as suas variadas modalidades. Diante desses pressupostos, pode-se chegar a algumas conclusões. E as medidas de combate à violência serão mais facilmente deduzidas.

Pelo que se viu, a medida imediata é a presença governamental, através de seus órgãos competentes. De fato, a Constituição Federal consagra os direitos e as garantias fundamentais, consubstanciados no art. 5º e seus setenta e sete incisos. Por outro lado, no art. 144, estabelece como dever do Estado a segurança pública e, por conseguinte, a preservação da ordem, da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio. No entanto, o Estado vem demonstrando incapacidade para cumprir os mandamentos constitucionais.

Torna-se oportuno evocar reportagem do *Jornal do Brasil*, de junho de 1991, quando Jarbas Passarinho era Ministro da Justiça:

“Segundo o ministro, a falta de uma presença efetiva do Estado no interior do país cria condições favoráveis à impunidade, o que acaba estimulando a violência. Passarinho disse que, para acabar com a violência no campo, são necessários três requisitos básicos: democratização do acesso à terra, com a implantação da reforma agrária; criação de uma justiça agrária; e a presença efetiva do Estado no interior do país, para

⁴⁴ MALAVOLTA, Luiz. Brasileiros vivem sob ameaça na Bolívia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 jun. 1995. p.1-18.

⁴⁵ Brasileiros sofrem na Bolívia. *Correio Braziliense*, Brasília, 7 out. 1995. p. 14.

que sejam garantidas a lei e a ordem.”⁴⁶

Mas todos os cidadãos devem empenhar-se na luta contra a violência, agindo como verdadeiros fiscais da lei. A sociedade brasileira, mediante os instrumentos democráticos de que dispõe, deve dar a sua valiosa contribuição. Unidos no mesmo objetivo, o Estado e a sociedade devem combater toda e qualquer forma de violência.

A Câmara dos Deputados, através de Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs –, vem demonstrando grande preocupação. Ao final de cada CPI, são elaboradas recomendações para o enfrentamento desse fenômeno. Assim é que a CPI da Pistolagem recomenda que a legislação penal seja aperfeiçoada, considerando como crime hediondo o homicídio cometido mediante recompensa, e que o executor pago (ou sicário), o mandante e o intermediário – ou seja, aquele que agencia pistoleiros – sejam todos considerados autores do crime de homicídio e sejam “enquadrados todos, por disposição expressa, na qualificadora do parágrafo 2º, inciso I, do art. 121 do Código Penal”. Esclareça-se que atualmente existe divergência doutrinária quanto ao enquadramento do mandante do crime, ou seja, se este responde ou não pela forma qualificada.

Propõe, ainda, a CPI da Pistolagem que seja revogada a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, a chamada Lei Fleury, por considerá-la controvertida.

“Os efeitos nocivos da Lei Fleury são surpreendentes, podendo ser facilmente detectados. Já se pode mesmo afirmar que em várias regiões do País a instituição do júri popular está em vias de extinção, ou pelo menos se encontra em estado letárgico, distanciando-se a cada dia da cultura jurídica do nosso povo, em razão principalmente da impossibilidade prática dos julgamentos. Temos testemunho de que em determinada comarca de Pernambuco o Conselho de Sentença foi convocado para julgar uma dezena de processos concluídos, não sendo, contudo, possível a realização de um só julgamento. Motivo: ausência de réus. Todos haviam deixado o distrito, a grande maioria beneficiada pela Lei Fleury. Este quadro se repete em todo o País,

⁴⁶ Governo admite parte de culpa na violência do campo. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 14 jun. 1991. p.5.

notadamente nas pequenas comunidades.”⁴⁷

Outra sugestão diz respeito à criação de um órgão de controle externo das atividades do Poder Judiciário e do Ministério Público, com o objetivo de fiscalizar as suas atividades administrativas. Não se trata, pois, de ingerência na autonomia da função jurisdicional dos juízes e tribunais, pois esta deverá permanecer intangível. Esta idéia não é recente, já foi discutida por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte, mas foi abortada pela vigorosa atuação de “poderosos lobbies promovidos por juízes e promotores”.

Sugere a referida CPI que seja criada uma subcomissão permanente na estrutura da Comissão de Constituição, Justiça e de Redação, conforme previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 29, inciso I, que teria como objetivo acompanhar as apurações dos crimes contra a vida, especialmente os casos de “pistolagem” ocorridos em todo o País.

A CPI da Violência no Campo, em relatório final, sugere, por sua vez, que os Tribunais de Justiça dos estados dêem cumprimento ao disposto no art. 126 da Constituição Federal, que prevê a designação de juízes com competência exclusiva para questões agrárias. Tal medida é de suma importância, pois muitos juízes que atuam em comarcas localizadas em cidades interioranas, onde há o predomínio da atividade agrícola, embora sejam probos e capacitados, têm uma formação universitária fundada predominantemente nos preceitos estabelecidos pelo Código Civil brasileiro, ou, como afirmam alguns autores, têm uma formação civilista. Reclama-se, pois, que, para dirimir conflitos fundiários, sejam designados juízes de entrância especial, como prevê o nosso ordenamento constitucional.

E, no relatório final aditivo, recomenda-se que os estados criem as defensorias públicas para a defesa dos despossuídos, conforme determinação do art. 134 da Constituição Federal, pois é dever do Estado prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, como dispõe o art. 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna.

Outras sugestões apresentadas pelo relator *ad hoc* Deputado Alcides Modesto dizem respeito: à elaboração de norma legal que

determine a obrigatoriedade da participação do Ministério Público em todas as fases processuais, quando se tratar de litígios pela posse da terra; à apresentação “de um novo Código Civil, tendo em vista que o atual de 1916 não mais atende a realidade nacional, especialmente no que se refere à propriedade, à posse, direitos reais e outros correlatos”; à reformulação dos cursos de Direito nas universidades brasileiras, com ênfase ao Direito Agrário; à adoção de cursos de formação e capacitação para os quadros de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.

Em agosto de 1994, realizou-se, no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, um seminário sobre o trabalho escravo no Brasil, promovido pelo Fórum Nacional Permanente contra a Violência no Campo. No relatório final, foram apresentadas várias propostas, entre as quais destacamos as seguintes:

a) apresentação de emenda constitucional que disponha sobre a desapropriação sem indenização das propriedades rurais em que se constatar a existência de situações análogas à escravidão;

b) a liberação de incentivos fiscais, os financiamentos e outros subsídios somente seriam aprovados após consulta à Comissão de Eliminação do Trabalho Escravo e Forçado;

c) realização da reforma agrária.

A reforma agrária é, realmente, uma providência indispensável ao progresso e segurança do País. Embora uns façam açodadamente a sua defesa, mediante um discurso radical, e outros se neguem a reconhecer nela um instrumento de justiça social, a verdade é que, enquanto não houver reforma agrária, milhares de famílias de agricultores continuarão sob permanente tensão. “A elite brasileira, sobretudo a do campo, precisa encarar de vez o tema. Enquanto fugir dele, fá-lo-á bandeira de grupos demagógicos, interessados tão-só em alimentar os conflitos no campo e deles tirar proveito político. Reforma agrária não é causa da direita ou da esquerda: é uma imposição do bom senso, acima de tudo”.⁴⁸

A violência no meio rural, cuja principal causa é o conflito gerado pela dominação, só pode ser combatida pelo Estado, com a participação de toda a sociedade civil.

A presença efetiva do Estado no meio rural, por meio de seus órgãos competentes, é indispensável para que sejam reprimidos os atos de

⁴⁷ Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. *CPI da pistolagem, Matadores de Aluguel*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1994. p.131.

⁴⁸ Reforma agrária. *Correio Braziliense*, Brasília, 19 jun. 1994. p. 6.

arbitrariedades. Faz-se urgente uma ação eficaz do poder público para a repressão de ações que venham a trazer humilhação e sofrimento para a classe dos menos favorecidos. Exige-se, pois, que os poderes constituídos sejam atuantes e não se omitam. O Poder Legislativo, em sua atividade legiferante, pode dar grande contribuição através do aprimoramento das leis que dizem respeito à matéria. O Poder Executivo, por seus órgãos ligados à segurança pública e, no caso específico das relações trabalhistas, pelos órgãos fiscalizadores, pode atuar com mais eficácia no combate aos abusos praticados. E o Poder Judiciário, aplicando critérios que levem em conta a função social da propriedade, poderá, sem dúvida, proporcionar maior justiça social no campo brasileiro.

Por outro lado, a sociedade organizada, a Igreja, os sindicatos, os partidos políticos, organizações não-governamentais e outras associações que se dispõem a enfrentar os

arbitrários praticados no campo podem certamente dar uma grande contribuição, no momento em que seus membros participem ativamente no combate às violações dos direitos do cidadão e trabalhador rural.

Outro salutar instrumento de combate à violência é a imprensa. A divulgação dos atos de violência, através de redes de rádio, televisão e jornais, é imprescindível para que a opinião pública possa tomar conhecimento e, assim, conscientizar-se da gravidade das condições de vida do camponês brasileiro. As repercussões no seio da sociedade brasileira produzirão, fatalmente, grandes reflexos no comportamento humano, e funcionarão, sem dúvida, como um obstáculo à prática de novas arbitrariedades.

A violência praticada no campo brasileiro é, sem dúvida, uma triste realidade que macula os princípios democráticos da Constituição Federal de 1988 e renega os direitos fundamentais nela consolidados.

A terceirização no serviço público

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

SUMÁRIO

1. Contexto histórico-político. 2. Alternativas de terceirização. 3. Evolução das idéias no Direito Privado. 4. A relação de emprego. 5. A terceirização no serviço público. 6. A nova ordem constitucional. 7. Posição do TCU a respeito. 8. Algumas peculiaridades dos contratos de terceirização de serviços. 9. Possibilidades de contratar diretamente sem licitação. 10. Conclusões.

A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em precisa consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo atual governo e cujas raízes no direito positivo pátrio em breve completarão 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância.

Segundo o autorizado magistério do Professor Sérgio Pinto Martins¹, a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação, esclarece o mesmo jurista, pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

1. Contexto histórico-político

O crescimento desmesurado do Estado, fenômeno mundial que caracterizou o século

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Professor de Direito Administrativo da AEUDF e do Centro Brasileiro para Formação Política e Instrutor do Instituto Serzedello Corrêa do TCU.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo : Malheiros, 1995. 119 p.

passado e o início deste, estendeu com bastante amplitude a dimensão do conceito de serviço público, gerando um intervencionismo que procurava suprir a ausência de participação da iniciativa privada e, por outro lado, implementá-la, e sempre que possível desenvolver o papel sócio-assistencial.

Sem laivo de dúvida, essa atuação sem limites provocou uma reação nos detentores do capital que passaram a enfrentar até uma concorrência do Estado com a iniciativa privada, lançando um ideário, nem sempre verdadeiro, que contrapõe o dilema “Estado burocrata” *versus* “particular eficiente”, fazendo germinar a busca de alternativas no Direito Privado para tratar problemas da Administração Pública e mais tarde gizara uma fronteira do intervencionismo estatal.

Hoje, a questão do agigantamento do Estado encontra resistência e reação, notadamente quando o País elege um Presidente da República com modelo neoliberal. O neoliberalismo consiste precisamente na idéia de restringir a atividade do Estado ao extremo mínimo necessário, deixando o exercício da atividade econômica para a iniciativa privada. Corolário dos postulados do neoliberalismo é a redução do paternalismo estatal e das “ditas” conquistas sociais, para que os que detêm o capital possam fortalecer sua atividade. Sob outra ótica, o fenômeno da privatização é também um reflexo desse ideário.

2. Alternativas de terceirização

A redução da atividade do Estado, além da privatização, encontra diversos caminhos, como esquematicamente segue:

I - delegação do serviço público:

- a - concessão
- b - permissão

II - de atividade meio da Administração

- a - para outra pessoa jurídica, integrante da Administração
- b - para outra pessoa jurídica, não integrante da Administração
 - b.1. o serviço passa a ser prestado no estabelecimento do contratado
 - b.2. o serviço passa a ser prestado no estabelecimento da Administração
- c - para pessoa física, com as mesmas possibilidades da alínea “b”

Nesse estudo interessam de perto as possibilidades indicadas em II, que são propriamente terceirização.

3. Evolução das idéias no Direito Privado

Como foi assinalado, o Estado adota com freqüência o paradigma da iniciativa privada e, nessa área, deve-se observar o desenvolvimento do Direito do Trabalho.

Nesse ramo, a idéia da intermediação da mão-de-obra foi repelida, havendo notícias no direito comparado de que, em 1º de março de 1848, a França haveria abolido o *marchandage*, o qual consistia precisamente na intermediação de mão-de-obra, sob o argumento de que, não sendo o trabalho mercador, descaberia a sua intermediação.

A segunda guerra mundial, segundo relata o já nominado jurista, trouxe a noção de desverticalização da indústria bélica, fenômeno que guarda exata simetria com a terceirização.

No Brasil foi seguida a mesma trilha que condenava a intermediação da mão-de-obra até meados da década de 60, quando, pelos Decretos-Leis nº 1.212 e 1.216, nasce a possibilidade da contratação de serviços de segurança bancária. Paralelamente, com a instalação das indústrias automobilísticas, verdadeiras montadoras, ocorre a desverticalização da linha de produção, mas sem qualquer óbice do Direito do Trabalho, porque o serviço era prestado diretamente aos fornecedores de tais indústrias, ficando o prestador de serviço vinculado apenas ao seu verdadeiro empregador, fornecedor de peças.

Mais tarde, copiando uma recém-editada lei francesa, o Brasil permite a contratação do trabalho temporário, nos moldes da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e, nessa linha evolutiva, da Lei nº 7.102, a qual, revogando o Decreto-Lei nº 1.034/69, melhor disciplinou a contratação de empresas de segurança.

A Justiça do Trabalho, buscando assegurar a plenitude dos direitos trabalhistas, repeliu diversas iniciativas de terceirização, evitando com isso o aviltamento da mão-de-obra. De fato, o Tribunal Superior do Trabalho, em mais de uma oportunidade, expressamente declarava que, como a mão-de-obra no Brasil era muito barata em comparação com países mais adiantados, permitir a terceirização significaria acolher um intermediário na relação de emprego, que unicamente se remuneraria de parcela do salário já aviltado.

4. A relação de emprego

Dando suporte jurídico à posição da Justiça do Trabalho estava o próprio conceito de empregado, uma das vigas mestras do Direito laboral.

Conforme doutrina e jurisprudência solidamente edificada, considera-se empregado quem mantém relação de trabalho com os seguintes atributos:

- pessoalidade – os serviços devem ser prestados pessoalmente;
- onerosidade – os serviços devem ser remunerados;
- continuidade – os serviços devem ser prestados de forma não-eventual;
- subordinação – na prestação dos serviços, o agente deve acatar ordens, ou ficar aguardando-as;
- intencionalidade na relação de emprego.

Estando presentes esses requisitos, o Direito do Trabalho reconhece a existência de relação de emprego tácita ou expressa.

Nesse diapasão, a terceirização que se opera com prestação de trabalho no estabelecimento do prestador de serviços foi ampliando seus horizontes, como ocorreu, e já foi referido, com a indústria automobilística.

Em linha diametralmente oposta, a terceirização que se opera com a subordinação direta da pessoa física, prestadora do serviço, ao contratante deste foi repelida. Nessa dimensão, a terceirização que se efetiva no estabelecimento da empresa que pretende ver sua atividade terceirizada, ou que gerencia diretamente o grupo de trabalho, foi atrofiada.

Sempre se admitiu, contudo, a terceirização dos serviços de vigilância e conservação, conforme retrata o enunciado nº 256 da jurisprudência uniforme do C. Tribunal Superior do Trabalho, que estabelecia que:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

5. A terceirização no serviço público

O verdadeiro marco evolutivo da tercei-

rização deita raízes no Decreto-Lei nº 200/67, o qual, no art. 10, § 7º, recomendava a terceirização, nos seguintes termos:

“Capítulo III - Da descentralização
(...)”

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Ocorre que a Administração também contratava mediante a CLT, e a Justiça do Trabalho julgava tendo em conta os princípios gerais desse ramo do Direito, entre os quais a observância dos requisitos da relação de trabalho.

Não tardou para que o contratado, mediante interposta pessoa, viesse a pleitear a relação de emprego diretamente com o tomador dos serviços, e torrencial jurisprudência, ignorando o referido dispositivo, firmou-se, aplicando-se o enunciado referido.

A Justiça Federal trilhou o mesmo entendimento, consagrando a Súmula nº 214 do Tribunal Federal de Recursos que dispõe:

“A prestação de serviços em caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia.”

A origem do problema estava pois na possibilidade de a Administração contratar mediante o regime da Consolidação das Leis do Trabalho que, ao contrário do que hoje alguns pretendentes à reforma do Estado sustentam, não é o regime jurídico adequado para reger as relações de trabalho dos servidores públicos.

É consabido que as raízes do Direito do Trabalho situam-se na transmutação do labor escravo para o trabalho livre, gerando os conflitos entre capital, nas mãos do empregador,

e trabalho, forma de sobrevivência do hipossuficiente.

Esse contexto conflitual que o Direito do Trabalho agasalha e pacifica, e tem na CLT seu alicerce refletido, é incompatível com a relação que o Estado mantém com seus agentes, onde não há espaço para disputa, mas colaboração.

A atuação do Estado na atividade econômica, hoje, pela Constituição Federal, constitui exceção, e só no âmbito dessa exceção é que se admite a aplicação do regime contratual, balizado pela CLT.

A deformação jurídica da intervenção desmesurada e abusiva e a aplicação inconseqüente da CLT, a que lamentavelmente hoje se assiste pretender ressuscitar, foram e são a causa de grandes conflitos jurídicos.

6. A nova ordem constitucional

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a classificação dos agentes públicos de Oswaldo Aranha e Bandeira de Mello, estabeleceu a categoria dos servidores públicos, subdividindo-a entre servidores públicos civis (Administração direta, autárquica e fundacional) e servidores públicos empregados (Administração indireta).

Surge a noção de Regime Jurídico Único (RJU) para servidores públicos civis e a possibilidade da aplicação da CLT para servidores públicos empregados, conforme dispôs o art. 173, § 1º, do Estatuto Político Fundamental, que, a propósito lembre-se, permite a exploração de atividade econômica pelo Estado nas duas restritíssimas hipóteses que elenca no *caput*.

Para ambos os regimes de trabalho – RJU e CLT – foi estabelecida, no art. 37, inciso II, a obrigatoriedade da prévia participação e a aprovação em concurso público.

Com essa exigência, de índole constitucional, a caracterização da relação de emprego com a Administração passou a requerer o concurso público.

Resultado dessa evolução, o enunciado nº 256, transcrito, foi revisto pelo enunciado nº 331, com a seguinte redação:

“Contrato de prestação de serviços - legalidade - revisão do enunciado nº 256.

I - a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se

o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II - a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República).

III - não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

Promovida essa mudança na jurisprudência, hoje não mais existe o perigo do reconhecimento judicial da relação de emprego com o Estado, diante da terceirização, vez que para o êxito de uma eventual demanda é imprescindível que o reclamante tenha se submetido previamente ao concurso público, exegese que por certo facilita a terceirização.

7. Posição do TCU a respeito

A Administração Pública está sujeita ao controle externo por parte dos tribunais de contas, e o presente estudo estaria incompleto se não se procedesse ao exame das possibilidades de terceirização sob a perspectiva do controle.

Em reiteradas decisões o Tribunal de Contas da União vem julgando irregular a contratação de empresas para prestação de serviços quando as tarefas a serem desenvolvidas integram o elenco das atribuições dos cargos permanentes.

Nesse sentido, cumpre destacar o julgamento dos processos TC - 225.096/93-5, TC - 475.054/95-4, TC - 000.384/90-9, entre outros inúmeros, entendendo aquela Corte que, em razão dos Decretos nº 71.236/72 e 74.448/74 e Leis nº 5.645/70 e 5.845/72, não é possível

terceirizar atividades típicas de cargos permanentes.

Mesmo tendo em linha de consideração essa firme jurisprudência, parece possível terceirizar quando se tratar de tarefa prevista para cargo colocado em extinção ou quando ocorrer aumento substancial da demanda, em caráter temporário, como, por exemplo, na atividade de digitação na Justiça Eleitoral, em épocas de sufrágio.

8. Algumas peculiaridades dos contratos de terceirização de serviços

No amplo espectro da terceirização, assume relevância capital a participação do órgão de recursos humanos na gestão de recursos sem subordinação direta ao tomador de serviços.

Ao contrário do que ocorria no passado, quando o órgão de pessoal se traduzia como mantenedor da folha de pagamento, hoje o agente de recursos humanos é verdadeiro gerenciador de conflitos interpessoais, e não há desafio maior do que buscar o estreitamento dos vínculos entre o órgão e o pessoal da empresa da atividade terceirizada.

Estabelece a Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos, a obrigatoriedade do projeto básico para a contratação de qualquer obra ou serviço.

Efetivamente o art. 7º, notadamente no § 2º, inciso I, da Lei em epígrafe fixa a necessidade da prévia elaboração do projeto básico, estabelecendo que somente poderão ser licitados os serviços e as obras depois de atendida essa exigência.

Projeto básico para obras e serviços corresponde ao detalhamento do objeto de modo a permitir a perfeita identificação do que é pretendido pelo órgão licitante e, com precisão, das circunstâncias e modo de realização.

Quando o objeto inclui a prestação do serviço no estabelecimento do contratante, o projeto básico é um instrumento essencial para a integração entre as áreas. Nesse sentido, por exemplo, o conhecido contrato para conservação e limpeza de uma unidade integrará diversas áreas, como recursos humanos, segurança e todos os locais a serem conservados.

Nesse exemplo, o contrato trará para dentro da organização pessoas estranhas à intimidade, não sendo raro a ocorrência de conflitos interpessoais decorrentes de cultura administrativa, muitas vezes de difícil equacionamento. Aí

destaca-se o gerente de recursos humanos que, desenvolvendo o treinamento introdutório, por meio de sua equipe, sensibilizará o pessoal da contratada com relação ao ambiente organizacional, para desde a adequação de posturas e proibições, até os corriqueiros e inevitáveis problemas como comércio informal e clandestino, que freqüentemente ocorrem. Na área de segurança, com o conhecimento das normas internas de guarda de bens e vigilância sobre o que entra e sai, formas de identificação, horários e até mesmo, se for o caso, a revista eventual, que, como já decidiu a Justiça, pode ser legítima para quem detém a obrigação de zelar pelo patrimônio público. Nas outras áreas, familiarizando-os com problemas corriqueiros, como não eliminar documentos, a menos que estejam no cesto de lixo, não jogar clipes em fendas de computadores, terminar o trabalho até o horário de início de expediente.

Como se vê, em breves linhas, a precisa definição do objeto, que se coloca no projeto básico, aliado a um treinamento introdutório, recomendável quando há contato entre os servidores e o pessoal do contratado, pode funcionar para o aperfeiçoamento da Administração Pública.

Outro importante aspecto a considerar é a figura do executor do contrato. "Executor do contrato" é o agente da Administração responsável pela fiscalização e fiel acompanhamento do ajuste, constituindo-se em verdadeiro preposto. Os órgãos de controle mais recentemente têm procurado questionar e responsabilizar os executores dos contratos imperfeitos, de obras inexistentes, de desperdícios e erros na execução. Não raro, é nomeado executor do contrato um agente de escritório que jamais fiscaliza o serviço ou não detém capacidade técnica para promover com eficácia o acompanhamento do ajuste. Alguns órgãos chegaram a criar uma espécie de executor de contratos como uma função sobre cujo ocupante recairia a responsabilidade de atestar todas as faturas, num verdadeiro ato absurdo. Atestar uma fatura, como todo ato administrativo, faz atrair a responsabilidade pela regularidade e fidelidade das declarações e coloca o agente que o pratica diante do ônus de arcar com as provas de suas declarações. Veja a propósito o que dispõe o art. 67 da Lei nº 8.666/93 e o art. 10, inc. IX e XI, da Lei nº 8.429/92 – que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública.

9. Possibilidades de contratar diretamente sem licitação

A terceirização pode, em alguns casos restritos, ocorrer sem licitação, conforme é tratado em livro de nossa autoria *Contratação direta sem licitação*, editado pela Editora Brasília Jurídica.

Entre essas hipóteses, versadas na Lei nº 8.666/93, cabe destacar do art. 24 os seguintes dispositivos:

I - inc. VIII, que estabelece os seguintes requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta:

a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;

b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública;

c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante;

d) que a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93;

e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

II - inc. XIII, que estabelece os seguintes requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta:

a) que o contratado seja instituição brasileira;

b) que no estatuto ou no regimento do contratado seja expressamente declarado que o objetivo da instituição:

b.1.) constitua-se na dedicação à pesquisa, ensino, ou desenvolvimento institucional;

b.2.) alternativamente ao requisito da alínea

anterior, seja a recuperação social do preso;

c) que o futuro contratado detenha inquestionável reputação ético-profissional;

d) que o futuro contratado não tenha fins lucrativos.

III - inc. XX, que estabelece os seguintes requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta:

a) o primeiro, atinente às qualificações do contratado, que deverá ser:

- associação de portadores de deficiência física;

- sem fins lucrativos; e

- de comprovada idoneidade.

b) o segundo, referente ao objeto pretendido, qual seja:

- prestação de serviços;

- fornecimento de mão-de-obra.

c) o terceiro, referente ao preço do contrato, que deve ser compatível com o praticado no mercado.

10. Conclusões

A terceirização no serviço público constitui tema novo e desafiador, exigindo dos que almejam alcançar essa fronteira, uma visão integrada da legislação e da jurisprudência, além de um esforço coordenado de diversos segmentos da Administração.

Os caminhos estão abertos e insinuados desde o Decreto-Lei nº 200/67, mas agora fortalecidos e aclarados pela evolução jurisprudencial, constituindo em etapa inexorável de uma longa linha evolutiva que encontrará um perfeito equilíbrio entre o verdadeiro papel do Estado e da iniciativa privada na concretização do interesse público.

A elaboração do BGB

Homenagem no centenário do Código Civil alemão

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS

SUMÁRIO

1. Introdução: a unidade da Alemanha e de seu Direito Civil. 2. A Comissão Preparatória. 3. A Primeira Comissão e o Primeiro Projeto. 4. A controvérsia sobre o Primeiro Projeto. 5. A Segunda Comissão e o Segundo Projeto. 6. O Terceiro Projeto e o Conselho Federal. 7. A aprovação do Projeto no Reichstag. 8. Promulgação, publicação e vigência do BGB.

1. Introdução: a unidade da Alemanha e de seu Direito Civil

O *Reich* alemão¹ nasceu a 1º de janeiro de 1871 em consequência dos denominados Tratados de Novembro (de 1870), celebrados entre a *Norddeutsche Bund* (Confederação da Alemanha do Norte)², Baden, Hessen, Württemberg e Baviera. Com a proclamação do Rei da Prússia, Guilherme I, *Kaiser* (Imperador), dias depois, a 18 de janeiro de 1871, data escolhida conscientemente³, completava-se a fundação do *Reich*. Entretanto, esta unidade política da Alemanha não acarretou a de todo o Direito Civil, “empresa enorme, erigida de dificuldades, parecendo mais insuperáveis que

¹ A expressão *Reich* traduz-se, geralmente, por “Império”. Como se trata de noção especificamente alemã, com conteúdo próprio, prefere-se mantê-la no texto sem tradução.

² Termos e expressões jurídico-políticas alemães são mencionados no original, ao aparecerem a primeira vez no texto, acompanhados da tradução, de preferência a consagrada pelo uso, embora não totalmente fiel. Posteriormente, utiliza-se apenas a versão vernácula, facilitando a leitura.

³ SCHOEPS, Hans-Joachim. *Preussen* : Geschichte eines Staates : Bilder und Zeugnisse. Frankfurt/M – Berlin : Ullstein, 1992, p. 266. Neste dia, em 1701, na cidade de Königsberg, o Eleitor do Brandenburgo Frederico III coroava-se rei na Prússia como Frederico I, criando-se assim o reino prussiano.

as da unificação política e militar”⁴.

Desde a célebre controvérsia a respeito da codificação entre Thibaut e Savigny, em 1814⁵, o problema da unidade do Direito Civil na Alemanha foi intenso e até apaixonadamente debatido, apesar da diversidade política e até econômica⁶.

Em 1849, o projeto da Assembléia Nacional, reunida na Igreja de São Paulo, em Frankfurt, declarava incumbir ao *Reich* promulgar “códigos gerais sobre Direito Civil, Direito Comercial e Cambiário, Direito Penal e procedimento judicial para estabelecer a unidade jurídica do povo alemão”⁷. O fracasso da tentativa de integração política naquela época impediu fosse o projeto convertido em texto constitucional, frustrando-se a conseqüente unidade jurídico-civil.

Melhor sorte teve o Direito Mercantil, já que as diferenças jurídicas prejudicavam sensivelmente a atividade comercial, desde a união aduaneira. Assim, nos anos posteriores, obteve-se a unificação do Direito Comercial, inclusive em matéria cambiária⁸.

Também para atender às necessidades do tráfico, mais prementes com a progressiva integração econômica dos Estados alemães, e ainda

no âmbito da existente *Deutsche Bund* (Confederação Germânica)⁹, procurou-se unificar o Direito das Obrigações. Por iniciativa dos Estados pequenos e médios, apesar da oposição prussiana, decidiu-se elaborar um projeto de Direito Obrigacional único. E, em 1866, foi apresentado o “Projeto de Dresden”, pouco antes de dissolver-se aquela Confederação¹⁰.

Em seu lugar surgiu a Confederação da Alemanha do Norte, sob liderança prussiana, após a “Guerra Fratricida” de 1866 e a derrota austríaca em Königgratz-Sadowa, representando antes uma “transição” de uma confederação de Estados para um Estado federal¹¹. Mas seu poder central poderia disciplinar apenas o Direito das Obrigações, como o Direito Comercial, mais fácil de unificar pelo seu caráter técnico e abstrato¹². O *Reichstag* constituinte recusou a proposta de Miquel, estendendo tal atribuição a todo o Direito Civil¹³.

No regime anterior da Confederação Germânica, as leis deveriam ser votadas por cada um dos Estados dela integrantes, vigorando como Direito Territorial, como ordem jurídica de cada unidade daquela. Mas, com a criação do *Reich*, em 1871, o pressuposto político para a unidade do Direito Civil, inexistente em 1814 e 1849, estava preenchido. A Alemanha deixava de ser somente uma confederação de Estados, tornando-se um Estado federal dotado de órgãos

⁴ BRAUN, Alexander. *Traité Pratique de Droit Civil Allemand*. Bruxelles : Bruylant, 1893. p. XXXII, acrescentando: “on abaisse les frontières; on soumet 50 millions d’hommes aux mêmes lois sur le recrutement, sur les finances, sur les douanes, les impôts, les affaires étrangères, la presse, l’indigénat, aux mêmes lois commerciales et répressives; on assujettit à la même règle les droits des auteurs sur l’oeuvre de l’esprit; mais on n’extirpe pas aussi facilement ce qui tient aux entrailles de la nation, c’est-à-dire, les lois qui ont consacré de génération en génération la transmission héréditaire des biens et le régime matrimonial”.

⁵ Anton Friedrich Justus Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (Sobre a necessidade de um Direito Civil geral para a Alemanha) e Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da Vocaçao de nossa época para a legislação e a ciência do Direito), 3. Afl. Heidelberg : Mohr, 1840. Jacques Stern reuniu ambas as obras no volume intitulado *La Codificación*. Trad. Jose Diaz Garcia. Madrid : Aguillar, 1970.

⁶ Mesmo o processo de integração econômica, eliminando-se as fronteiras alfandegárias (*Zollverein*, união aduaneira), foi problemático (DÜRIG, Günter, RUDOLF, Walter. *Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte*. München : Beck, 1967. p. 34 e HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho Alemán* : entre la jerarquía y la democracia. 2. ed. Trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1981. p. 233 e seguintes).

⁷ Art. XIII, § 64.

⁸ Sobre a unificação do Direito Comercial, detalhadamente, Paul, Rehme. *Historia Universal del Derecho Mercantil*. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid : Rev. de

Derecho Privado, 1941. p. 199 e seg., § 18 e Molitor-Schlosser. *Perfiles de la nueva Historia del Derecho Privado*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona. Bosch, 1980. p. 104-107.

⁹ O *Deutsche Bund* consistia em uma união de Direito Internacional dos príncipes soberanos e cidades livres da Alemanha (art. I da Ata da Confederação Germânica de 8 de junho de 1815 e art. I da Ata Final de Viena de 15 de maio de 1820), portanto não era um Estado federal. Como observa Schwerin, “os membros do *Bund* chamavam-se membros federais, os Estados, Estados federados. Isto estava em contradição com a terminologia jurídico-estatal de hoje, que compreende sob este [nome] um Estado composto”. (Schwerin, Claudius *Freiherr* von. *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. 4. Afl. besorgt von Hans Thieme. Berlin und München: Duncker und Humblot, 1950. p. 317, nota 4, § 82).

¹⁰ MOLITOR-SCHLOSSER, Op. cit., p. 109.

¹¹ SCHWERIN, Claudius. Op. cit., p. 324 e MITTEIS, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Neubearbeitet von Heinz Lieberich. 12. ergänzte Afl. München : Beck, 1971. p. 265.

¹² WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1952. p. 275, § 23.

¹³ DERNBURG, Heinrich. *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*. 3. Afl. Halle Waisenhaus, 1906. B. 1. (Die allgemeinen Lehren), p. 1, § 1.

centrais, que poderiam superar mais facilmente a variedade jurídico-civil.

No entanto, a Constituição da Alemanha unificada, de 1871, só atribuía ao *Reich* o poder de legislar sobre Direito das Obrigações, Direito Penal, Direito Comercial e Cambiário e procedimento judicial (art. 4º, inciso 13), segundo o modelo da Confederação anterior. Além disso, algumas matérias isoladas, referentes ao Direito Civil, como patentes de invenção e direitos autorais (art. 4º, incisos 5 e 6), também eram objeto de legislação federal. Ao *Reich* igualmente cabia regular pesos e medidas, moeda e papel-moeda, sistema bancário e correios, assuntos que poderiam conduzir, de várias maneiras, a disposições de Direito Civil¹⁴.

Ou seja,

“pessoas, Direito Matrimonial e de Família, propriedade imobiliária e Direito Hereditário deviam permanecer, segundo as bem calculadas intenções do fundador do *Reich* [Bismarck], domínio dos governos conservadores dos Estados, sobretudo da Prússia, e das antigas forças sociais, que eles representavam”¹⁵.

Entretanto, as disposições constitucionais referidas não atendiam às expectativas e exigências da nação alemã. Em cinco ocasiões (1867, já mencionada, 1869, 1871, 1872 e 1873), os Deputados Johannes Miquel e Eduard Lasker, do Partido Nacional-Liberal, tentaram alterar a Constituição, alargando a competência legislativa do *Reich* para abranger todo o Direito Civil. Finalmente, na última, obtiveram maioria no Parlamento e a concordância do *Bundesrat* (Conselho Federal), e, pela lei de 20 de dezembro de 1873 (conhecida como *Lex Lasker* ou *Lex Miquel-Lasker*), modificou-se o texto constitucional, apesar da resistência conservadora e do *Zentrum*¹⁶, o partido católico. Conforme o art. 4º, inciso 13, da Constituição de 1871, o *Reich* passava a dispor sobre “a legislação comum sobre a totalidade do Direito Civil, o Direito

Penal e o procedimento judicial”. Como se disse na época, foi “o mais precioso dos presentes de Natal que poderia ser dado ao povo alemão”¹⁷.

A aprovação da mudança constitucional e a completa unidade jurídica, como lembra Wieacker, só se tornaram possíveis graças a uma “fugaz combinação [de circunstâncias] no momento oportuno”¹⁸. De um lado, a criação do *Reich*, de outro, a aliança entre Bismarck e os liberais – o início da década de 1870 seria conhecido como a “Era Liberal” – ensejaram a unificação de todo o Direito Civil¹⁹. Posteriormente, o Chanceler buscava apoio em outros partidos políticos, mas aquele processo de unificação teria adquirido irreversibilidade. Ele “correspondia muito bem às tendências fundamentais de seu século para ser paralisado por muito tempo”²⁰.

Em suma, “só o unitarismo e o liberalismo dos nacionais-liberais impuseram a legislação do *Reich*” no Direito Civil, além do Direito Obrigacional, vencendo a variedade jurídica. “Nesta decisão política, que caracteriza a cultura jurídica externa da Alemanha, desde esta época, como obra de forças liberais e nacionais, atuaram mais intensamente interesses econômicos e jurídico-políticos por um Direito livre e unificado, interesses liberais em um Direito Matrimonial laico, sobre o qual a futura *Kulturkampf* já lançara suas sombras e os interesses econômico-liberais em um Direito Imobiliário livre e uniforme”²¹.

2. A Comissão Preparatória

Cumprindo a lei de 1873, o Conselho Federal²² nomeou uma *Vorkommission* (Comissão

¹⁷ SALEILLES, R. *Introdução a Code Civil Allemand*. Traduit et annoté par Bufnoir, et al... Paris : Imprimerie Nationale, 1904. p. XIII/XIV (obra publicada com a colaboração da Société de législation comparée).

¹⁸ WIEACKER, Franz. Op. cit., (*Der Kampf ...*), p. 91.

¹⁹ O verdadeiro partido da instituição do *Reich* foi o dos nacional-liberais (SCHOEPS, Hans-Joachim. Op. cit., p. 258), que defendia em seu programa, com crescente firmeza, a unificação do Direito alemão (DERNBURG, Heinrich. Op. cit., p. 2).

²⁰ WIEACKER, Franz. Op. cit. (*Der Kampf ...*), p. 91.

²¹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 279.

²² Ao *Bundesrat* (Conselho Federal), composto de representantes dos *Länder*, das unidades federadas, também cabia decidir sobre os projetos de lei a serem apresentados ao *Reichstag* (Constituição de 1871, arts. 6 e 7, inciso 1 e Albert, Pfitzer. *El Bundesrat*. Trad. H. Arntz. Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal, 1966. p. 31.

¹⁴ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Afl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906. Aalen : Scientia, 1984. p. 21, § 6a.

¹⁵ WIEACKER, Franz. *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher*. In: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Kronberg Scriptor, 1975. p. 91. As próximas citações desta obra serão acompanhadas da abreviatura *Der Kampf ...*

¹⁶ Tal partido tinha receio de um Direito de Família inspirado na *Kulturkampf* (WIEACKER, op. cit., p. 279), a política hostil de Bismarck diante da Igreja Católica.

Preparatória), a 28 de fevereiro de 1874, composta de cinco juristas: Meyer (em virtude de doença substituído mais tarde por von Schelling, que a presidiu), von Neumayer, o Professor Comercialista Levin Goldschmidt, von Kübel e von Weber. Predominavam os juízes na Comissão, os três últimos mencionados. A Comissão reuniu-se a partir de 18 de março de 1874, apresentando seu relatório ao Conselho Federal a 15 de abril do mesmo ano.

Cabia-lhe estabelecer um plano de código, elaborar um método para realização do projeto, traçar as diretivas de trabalho e indicar quais as matérias a incluir naquele. A Comissão Preparatória rejeitou o ALR prussiano como fundamento imediato do projeto²³, resolvendo tomar como base para o novo código o Direito vigente na Alemanha, especialmente o Direito Comum e, quanto à forma, preferiu a expressão correta e exata ao estilo popular²⁴.

3. A Primeira Comissão e o Primeiro Projeto

Aprovando no essencial as propostas da Comissão, o Conselho Federal, na sessão de 2 de julho de 1874, baseando-se no decidido anteriormente a 24 de junho do mesmo ano²⁵, constituiu uma outra encarregada de redigir o projeto de código civil (conhecida como Primeira Comissão).

Integravam-na onze membros: seis magistrados, três conselheiros ministeriais e dois professores de Direito, sob a presidência de Pape, também presidente do Tribunal Mercantil Superior do *Reich*. Dois já haviam participado da Comissão Preparatória: von Kübel, de Stuttgart, vice-presidente do Tribunal Superior do Württemberg (depois de sua morte, substituído por von Mandry, professor e especialista em regime patrimonial do casamento), e von Weber, presidente do Tribunal Superior do Saxe (que também faleceu durante os trabalhos, sendo seu lugar ocupado por Rüger). Ainda da magistratura vinham Derscheid, Johow e Gottlieb Planck, os dois últimos de tribunais prussianos. Funcionários administrativos eram Gebhard, de Carlsruhe, e von Schmitt, conselheiros ministeriais, respectivamente, de Bade e

da Baviera, e Kurlbaum II, do Ministério da Justiça prussiano²⁶. Completavam a Comissão Bernhard Windscheid, o grande pandectista, e Roth, professor de Direito em Munique e germanista.

Os principais círculos jurídicos da Alemanha estavam representados na Comissão: o ALR prussiano por Johow, Planck e Kurlbaum II; o Direito saxão por von Weber; o Direito de Bade por Gebhard; o Direito Francês por Derscheid e, finalmente, o Direito Comum por Windscheid e von Kübel²⁷.

Dentre os juízes, Pape e Planck tiveram maior influência nos trabalhos da Comissão. “Com sua atividade incansável e seriedade”²⁸, participando das deliberações posteriores, inclusive parlamentares, considera-se este último “o pai espiritual do BGB”.

No entanto, Windscheid foi a figura principal da Comissão, nela exercendo um papel decisivo direta ou indiretamente. “No meu entender”, escreveu Jhering, quando designaram seu amigo para integrá-la, “ninguém entre nós romanistas seria mais indicado que tu para representar o Direito Romano naquela ocasião”²⁹.

Windscheid gozava de considerável prestígio na época: quando se constituiu a Comissão, seu clássico *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Tratado de Direito das Pandectas) alcançara a terceira edição, sendo estimado como “farol da prática do Direito Comum”³⁰. Embora só tenha participado das discussões a respeito da Parte

²⁶ A respeito dos integrantes da Comissão e de seus cargos, DERNBURG, Heinrich, op. cit., p. 5-7 e nota 1; ENNECCERUS, Ludwig. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 13. Bearbeitung von H.C. Nipperdey. Marburg : Elwert, 1931. V. 1 (Einleitung, Allgemeiner Teil), p. 28, nota 2 e LEHR, Ernest. *Traité Élémentaire de Droit Civil Germanique*. (Allemagne et Autriche), Paris : Plon, 1892. V. 1, p. 21-22.

²⁷ LEHR, Ernest. Op. cit., p. 21-22.

²⁸ DERNBURG, op. cit., p. 6. Planck (1824-1910), ainda jovem, ingressara na magistratura do Hannover. Por suas opiniões liberais e patrióticas, mais de uma vez foi removido como punição disciplinar, inclusive para Aurich, a “Sibéria hannoveriana”. Em 1855, como juiz, entendeu que um decreto real contrariava a Constituição. Repreendido, sofreu uma série de processos e, em 1860, foi aposentado compulsoriamente com vencimentos reduzidos. Seu ostracismo só terminou em 1866, com o fim da monarquia do Hannover, v. Hattenhauer, Hans, op. cit., p. 126/127.

²⁹ Apud Wolf, Erik. *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*. 3. Neubearbeitete Afl. Tübingen : Mohr, 1951. p. 653. Apesar de estilos e personalidades diferentes, uma sólida amizade uniu Jhering a Windscheid.

³⁰ DERNBURG, op. cit., p. 6.

²³ DERNBURG, Heinrich. Op. cit., p. 4, § 2.

²⁴ TUHR, Andreas von. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. Leipzig : Duncker und Humblot, 1910. B. 1, p. 2.

²⁵ Datas mencionadas por DERNBURG, op. cit., p. 5, § 2.

Geral, afastando-se dos trabalhos a partir de 1883, quando voltou ao magistério em Leipzig, sua influência científica estendeu-se à Parte Especial, sobretudo através do *Tratado* famoso. Pois os demais integrantes da Comissão, tinham sido “educados na rigorosa escola desta obra”³¹. Ou seja, apesar da maioria numérica de “práticos”, revelava-se a superioridade espiritual da teoria.

Não havia qualquer advogado na Comissão, dela estando ausentes juristas ilustres e respeitados, como Rudolf von Jhering, o qual, aliás, “não sentia necessidade de exercer atividade legislativa”³²; Heinrich Dernburg³³, que aplicara o método pandectista a matérias estranhas ao Direito Comum, como o Direito Prussiano do ALR; os germanistas Beseler e Otto von Gierke; o pandectista Carl Georg Bruns; e Otto Bähr, na época membro do Tribunal Mercantil Superior do *Reich*. Quando, ainda no seio da Comissão Preparatória, sugeriu-se convidar alguns desses nomes, o Ministro da Justiça da Prússia, Leonhard, respondeu: “querem mais professores?”³⁴.

Incumbiu-se a Comissão, “com uma fé na exatidão lógica e sistemática característica do positivismo científico”³⁵, de uma vasta e ambiciosa tarefa. Ela deveria “investigar a conveniência, verdade intrínseca e consequência lógica do Direito Privado vigente na Alemanha, examinar a justificação das divergências, sobretudo das maiores legislações, com relação ao fundamento romano-germânico, procurar uma harmonização onde fosse possível e, assim, compor um projeto coerente, correspondendo às exigências da ciência moderna”³⁶.

A Comissão reuniu-se pela primeira vez a 17

³¹ WOLF, Erik. Op. cit., p. 607-608, valendo a afirmação relativamente a Planck, com quem Windscheid logo estabeleceu relações amistosas, como escreve Wolf no mesmo local.

³² WOLF, Erik. Op. cit., p. 653. Teorias e opiniões muito características talvez afastassem Jhering das Comissões, de qualquer modo. Segundo Wieacker, seu temperamento vivo e originalidade, como ele próprio sentiu, impediram-no de participar dos trabalhos (WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 283).

³³ Dernburg (1829-1907) era judeu, mas esta circunstância não deve ter sido suficiente para afastá-lo das Comissões. Vários juristas judeus, de grande valor, contribuíram para o progresso da ciência jurídica alemã e um deles, Goldschmidt, integrou a Comissão Preparatória. Além disto, um dos autores da Lei de 20 de dezembro de 1873, Eduard Lasker, também era judeu prussiano. (Hattenahuer, Hans. Op. cit., p. 70-71).

³⁴ Apud Dernburg, Heinrich. Op. cit., p. 6, nota 4.

³⁵ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 280.

³⁶ Apud Enneccerus, Ludwig. Op. cit., p. 28, § 12.

de setembro de 1874, traçando seu plano de trabalho. Adotada a estrutura da Pandectística – separada a Parte Geral da Parte Especial e o “sistema dos cinco livros” –, a elaboração do anteprojeto de cada um destes foi confiada a um diferente relator (ainda que em contato permanente com os demais, colaborando a Comissão em seu conjunto nas questões principais)³⁷. A Parte Geral ficou a cargo de Gebhard, o Direito das Coisas coube a Johow, confiou-se o Direito de Família a Planck e o Direito Hereditário, a von Schmitt. Com o falecimento do redator do anteprojeto parcial de Direito das Obrigações, von Kübel, em 1884, utilizou-se o Projeto de Dresden para completar seu trabalho.

A partir de 1º de outubro de 1881, iniciaram-se as discussões plenárias, por toda a Comissão, dos anteprojetos parciais para fundi-los em um só. Os debates se prolongaram por seis anos. Em fins de 1887, estava pronto o Projeto de Código Civil, denominado Primeiro Projeto.

A 27 de dezembro de 1887, o Presidente da Comissão entregou-o ao Chanceler Bismarck, acompanhado de cinco volumes de Motivos, com mais de 4000 páginas, “para o bem ou para o mal, talvez o documento mais significativo do positivismo científico do século que então acabava”³⁸.

Tais Motivos foram elaborados por auxiliares de cada relator³⁹ com fundamento nos redigidos para os projetos parciais e segundo as atas das sessões da Comissão, sem que esta assumisse responsabilidade nos pormenores⁴⁰.

Nem os anteprojetos parciais nem os debates na Comissão foram divulgados, mas, segundo o decidido pelo Conselho Federal, a 31 de janeiro de 1888, publicaram-se o Projeto e seus Motivos. Duraram os trabalhos quase 14 anos e, por vezes, censura-se o tempo neles dispendido, “demasiado para a impaciência do povo alemão”⁴¹. Uma tarefa daquela magnitude,

³⁷ Enneccerus, Ludwig. Op. cit., p. 29.

³⁸ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 280.

³⁹ Livros I, Börner; II, Egge; III, Achillies e von Liebe; IV, Struckmann e V, Neubauer, Enneccerus, op. cit., p. 29, nota 4.

⁴⁰ Foram apresentados, como se afirmava em seu prefácio, “com fundamento nos motivos elaborados pelos redatores para os anteprojetos, assim como com base nas atas das deliberações aprovadas pela Comissão”, “não sujeitos ao exame e aprovação de seu plenário”, Apud Windscheid-Kipp, p. 25, nota 17, § 6a.

⁴¹ OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona : Labor, 1933. p. 18, § 2.

levada a cabo pela Comissão com “extrema minúcia”⁴², não poderia ter sido abreviada.

4. A controvérsia sobre o Primeiro Projeto

A divulgação do Projeto provocou uma viva reação na opinião pública alemã, não só entre os especialistas – juristas teóricos e práticos –, mas também em outros setores da sociedade. Centenas de estudos foram publicados, como livros, monografias e artigos em revistas jurídicas, econômicas, literárias e até em jornais. Apresentou-se um “contraprojeto” inteiro (hoje seria denominado “projeto alternativo”), devido a Otto Bähr⁴³, manifestando-se igualmente governos das unidades federadas, dos *Länder*, como Prússia, Baviera e Mecklemburg-Schwerin. Enfim, “uma colaboração de toda a nação como jamais ocorreu com uma obra legislativa”⁴⁴.

Alguns se pronunciaram favoravelmente. Outros, como Bekker, reconhecendo seus defeitos, pediam sua adoção inalterada o quanto antes, por razões políticas⁴⁵. No entanto, a maioria foi de graves censuras, “uma crítica muito viva e mordaz do lado de gente competente e de não tão competente”⁴⁶.

Acusou-se a obra de doutrinário excessivo, com desproporcional influência romanista, especialmente da Pandectística, ignorando o Direito alemão com suas antigas instituições. Chegou-se a afirmar que “tinham sido reduzidas a artigos de lei as Pandectas de Windscheid”, que o Projeto seria “Windscheid vertido em parágrafos”⁴⁷. Ou, mais exatamente, como escreveu Otto Bähr, que “o Projeto é uma obra doutrinária, está sob o domínio de um tratado, é um Windscheid menor. O que não está em Windscheid falta também no código”⁴⁸.

Do ponto de vista formal, seu estilo foi considerado pouco “popular”, com uma terminologia obscura, dificilmente compreensível, mesmo para os juristas, uma técnica mais conveniente a um tratado científico do que a um código e um número exagerado de remissões.

Da perspectiva jurídico-sociológica, criticou-se o Projeto por seu distanciamento do mundo e da vida, pouco adequado às necessidades sociais, sobretudo às das classes menos favorecidas. Faltava nele a célebre *Tropfen sozialen Öls*, a gota de óleo social⁴⁹.

Em suma, tratar-se-ia de “produto de um puro trabalho de gabinete”⁵⁰.

Não houve manifestação oficial do Chanceler do *Reich*, mas um escritor, mencionado por Dernburg (que não pôde apurar a autenticidade da assertiva), refere-se a uma severa crítica de Bismarck ao Projeto – embora não fosse um especialista, nem de longe⁵¹.

⁴⁹ A famosa expressão, corrente na época, pode ter sido inspirada por outra, de um poeta: “constitui talvez uma réplica inconsciente do célebre dito de Ludwig Uhland na Igreja de São Paulo em 22 de janeiro de 1849 – não haveria de brilhar sobre a Alemanha nenhuma cabeça que não estivesse temperada com uma gota de óleo democrático –, mas sem a força expressiva poética do jogo de palavras de Uhland, que aludia à união do rei com os óleos sagrados”. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Trad. A.M. Botelho Hespanha [da 2ª ed. alemã de 1967] Lisboa : Gulbekian, 1980. p. 539, nota 7 (não consta este trecho do original da 1ª ed. alemã, citada neste estudo). O período completo é o seguinte: “Acreditem, não brilhará sobre a Alemanha nenhuma cabeça, que não estiver unida com uma gota completa de óleo democrático” (“Glauben Sie, es wird kein Haupt über Deutschland leuchten, das nicht mit einem vollen Tropfen demokratischen Öles gesalbt ist”), discurso na Assembléia Nacional, a 23 de fevereiro de 1849, *apud* Schoeps, Hans-Joachim. Op. cit., p. 363, reproduzindo uma grande parte do mesmo. O futuro rei da Prússia, Guilherme I, respondeu na ocasião: “Sim, eu também acredito, uma gota. Mas aqui temos toda uma garrafa”, *Apud* Schoeps, Hans Joachim. Op. cit., p. 210.

⁵⁰ LARENZ, Larl. Op. cit., p. 13.

⁵¹ DERNBURG, Heinrich. Op. cit., p. 8 e nota 7. O chanceler estudara Direito em Göttingen e Berlim. No entanto, anota Jhering, na primeira universidade “parece ter estado em contato mais com os bedês que com os docentes”. V. LOSANO, Mario G. Bismarck parla di Savigny con Jhering. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano : Giuffrè, 1981. V. 9 (1980 – Su Federico Carlo di Savigny), p. 528-529, 533 e 537. Não seria esta a primeira vez que a incontinência verbal do Chanceler do *Reich*, falando depreciativamente sobre pessoas ou assuntos, sem reduzir a escrito suas opiniões, assumindo a responsabilidade, provocaria obscuras controvérsias no âmbito do Direito, v., a propósito de suas acres referências a Savigny, que teriam sido ouvidas por Jhering. (LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 523-539).

⁴² LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München : Beck, 1967. p. 12, § 1, II. O próprio autor do reparo mencionado na nota anterior reconhece, em seguida, que precisamente por isto trabalhou a Comissão “de uma maneira mais sólida e conscienciosa” (Oertmann, op. cit., p. 18).

⁴³ GEGENENTWURF ZU DEM ENTWURF EINES B.G.B. Contraprojeto ao Projeto de Código Civil (1891-1892).

⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig. Op. cit., p. 29.

⁴⁵ DERNBURG, Heinrich. Op. cit., p. 8.

⁴⁶ MOLITOR-SCHLOSSER. Op. cit., p. 111.

⁴⁷ *Apud* Ruggiero, Roberto de. *Istituzioni di Diritto Civile*. 7. ed. riveduta. Messina-Milano : Principato, 1934. V. 1, p. 103, nota I e CONRAD, Hermann. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. In: *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Herausgeben V. Rudolf Reinhardt. Marburg : Elwert, 1949. p. 292.

⁴⁸ *Apud* Wolf, Erik. Op. cit., p. 608.

Duas críticas se tornaram mais famosas, embora de desigual repercussão.

De um lado, a de Otto von Gierke em *O Projeto de um Código Civil e o Direito Alemão* (1883-1889). Também na conferência, pronunciada na Sociedade Jurídica de Viena, a 5 de abril de 1889, sobre a função social do Direito Privado (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*), em estreita ligação com a obra anterior, o germanista censurava o Projeto. Em intenção, ainda que sem o êxito final, compara-se seu trabalho ao de Savigny sobre a vocação de seu tempo para a legislação⁵². Gierke se opunha ao Projeto pelo caráter pouco germânico deste, afastado do Direito alemão e acentuadamente individualista. Na conferência mencionada, chega a empregar expressão semelhante à de Uhland, já citada, *Tropfen sozialistischen Öl*, gota de óleo socialista⁵³.

De outro lado, a de Anton Menger (1841-1906), catedrático de Direito Processual Civil em Viena, geralmente considerado um “socialista de cátedra”⁵⁴, no livro *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (O Direito Civil e as classes do povo sem posses, 1890)*⁵⁵. Menger condenava o Projeto por entender que, vinculado ao liberalismo econômico, ignorava os interesses dos mais pobres,

⁵² WOLF, Erik. Op. cit., p. 693/694.

⁵³ “Em nosso Direito Público precisa soprar um hábito daquela esfera de liberdade postulada pelo jusnaturalismo, e nosso Direito Privado precisa suavizar-se com uma gota de óleo socialista” (*apud* Wolf, Erik. Op. cit., p. 697). Não se pense, no entanto, ter sido Gierke socialista, simpatizante da causa socialista ou algo semelhante. Manteve-se longe do partido social-democrata e “muitas vezes pensava de modo notoriamente conservador”. No mesmo trabalho mencionado afirmava: “as idéias sistematizadas nas doutrinas socialistas, que concebem e valoram o homem exclusivamente como membro da sociedade, ameaçam transformar todo o Direito em ordenação administrativa do Estado”; e, mais adiante: “a estatização de todo o Direito, no sentido do socialismo, significa escravidão e barbárie” (*Apud* Wolf, Erik. Op. cit., p. 695 e 696).

⁵⁴ Menger não era marxista, nem revolucionário: teórico em suas doutrinas – não sabemos se militou em grupos ou partidos de sua época –, afastou-se muito cedo do socialismo de Marx e Engels para pugnar pela materialização das reivindicações proletárias mediante a reforma gradual da legislação (HATTENHAUER, Hans. Op. cit., p. 225 e a introdução de Diego Lamas à obra de Menger, citada na nota posterior, p. 10-11). O próprio Menger escreveu: “De outro lado, por causa da influência de Lassalle, Marx e Engels, a crítica do socialismo alemão se dirige quase exclusivamente ao aspecto econômico de nossa condição, sem reparar que a questão social é, na realidade, antes de tudo e sobretudo, um problema da Ciência do Estado e do Direito”. (MENGER, Anton. Op. cit., p. 32.).

⁵⁵ Há tradução espanhola sob o título *El Derecho*

os quais não teriam sido ouvidos na elaboração daquele⁵⁶.

Até hoje, os reparos ao Projeto são difundidos e constantemente assinalados, ocupando mais espaço que o reconhecimento de seus méritos. Repeti-los revelaria até falta de imaginação, sendo necessário fazer-lhe justiça, ressaltando seus aspectos positivos.

Por um lado, o movimento resultante de sua publicação foi saudável, indicando efervescência intelectual na cultura alemã, especialmente na ciência do Direito Civil, proporcionando o Projeto oportunidade para que toda a nação colaborasse em obra de tal envergadura.

Por outro lado, a Comissão, na verdade uma outra e segunda Comissão Preparatória⁵⁷, não realizara trabalho definitivo. Além de elaborar um projeto, sistematizou a ciência e o Direito vigente, reunindo e comparando os diversos preceitos jurídicos das diferentes regiões da Alemanha, deles extraindo conclusões. Assim, forneceu uma base sólida para o futuro. Foi a partir desse Projeto – um notável empreendimento – que se pôde efetuar aperfeiçoamentos de fundo e de forma para, finalmente, chegar-se ao BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Já esse projeto, escreveu Sohm, participante da comissão posterior, significava uma realização excelente, não apenas como obra cuidadosamente conscienciosa, mas também como expressão de um Poder Legislativo. O núcleo do BGB foi criado por ele⁵⁸.

Quanto à técnica, a Comissão Preparatória já se preocupara com ela, exagerando Goldschmidt seu valor⁵⁹.

Os contemporâneos, inclusive estrangeiros, tiveram uma viva impressão da obra, reconhecendo o esforço intelectual imenso e sério, que ordenou e preparou o enorme material existente, conferindo-lhe unidade, e a coerência na aplicação dos princípios⁶⁰.

Civil y los pobres. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires : E. Atalaya, 1947.

⁵⁶ “Só um ponto de vista não foi sustentado talvez naquela ampla discussão, e o grupo popular, a quem ela afeta, compreende pelo menos quatro quintos da nação inteira: tal ponto de vista é o que interessa às classes pobres”, (MENGER, Anton. Op. cit., p. 32.).

⁵⁷ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 279.

⁵⁸ SOHM, Rudolph. *Bürgerliches Recht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*. 2. verbesserte Afl. herausgeben von Paul Hinneberg. Leipzig-Berlin : B.G. Teubner, 1913. p. 77.

⁵⁹ DERNBURG, Heinrich. Op. cit., V.1, p. 4, nota 1.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 7.

Apreciando os Motivos, Lehr, ao escrever seu livro nesta época, observou constituírem um dos tratados mais completos e profundos existentes sobre o conjunto do Direito Civil alemão e mais adiante:

“Il est impossible de lire le Projet et les Motifs sans se sentir pénétré de respect pour l’immense science qui s’y trouve condensée. Mais nous ne pensons pas être dementi, du mois par les jurisconsultes français habitués à la limpidité de nos lois, en nous hasardant à dire qu’il a peu de Codes, mêmes allemands, dont la lecture exige une tension d’esprit plus énergique et plus soutenue”⁶¹.

5. A Segunda Comissão e o Segundo Projeto

Diante da controvérsia, o *Reichsjustizam* (Departamento de Justiça do *Reich*)⁶² organizou uma compilação das propostas de emenda⁶³, e, a 4 de dezembro de 1890, o Conselho Federal formou outra Comissão, com a incumbência de rever o Projeto.

A Segunda Comissão, como foi denominada, constituía-se de 22 membros, dos quais 10 permanentes e 12 não-permanentes. Entre estes, nem todos eram juristas, a maioria compunha-se de leigos, dedicada principalmente a atividades econômicas. A presidência cabia ao Secretário de Estado do Departamento de Justiça, inicialmente von Oelschläger, depois Busse, em seguida Hanauer, e, desde 1893, Nieberding, sendo substituído por Küntzel (a partir de 1893, exerceu este regularmente aquele cargo).

Quatro dos demais membros permanentes já haviam participado da Primeira Comissão: Gebhard, von Mandry, Rüger (substituído por Börner, em 1895). Os outros eram Eichholz, von Jacubezky, Dittmar, Wolffson, Hanauer (a partir de 1891) e Struckmann (desde 1892). Este último e Börner, ambos magistrados, foram colaboradores da Primeira Comissão, auxiliando a redação dos Motivos da Parte Geral e do Direito de Família.

Dos membros não-permanentes da Comis-

são, von Cuny, Spahn, Hoffmann e Wilke (a partir de 1891) assistiram sempre às sessões. Rudolph Sohm, von Gagern (proprietário rural), Conrad (professor de Economia Política) e Danckelmann (inspetor florestal) intervieram na maioria das matérias. Os demais se limitaram a opinar sobre assuntos isolados (Leuschner, especialista em mineração, Russel, diretor de banco, von Man-teuffel e von Helldorf, igualmente proprietários rurais)⁶⁴.

Na escolha dos integrantes da Comissão, Miquel, então Ministro de Estado e das Finanças da Prússia, exerceu grande influência, com a nomeação de deputados do Partido Conservador e do *Zentrum*⁶⁵.

Entre todos, destacaram-se Planck, relator-geral, o germanista Sohm⁶⁶ e o conselheiro ministerial bávaro von Jacubezky⁶⁷. Relatores dos cinco livros foram Gebhard, von Jacubezky, Küntzel, von Mandry e Rüger (mais tarde substituído por Börner).

Repetindo Ferrara, pode-se dizer que, nessa Comissão, concentraram-se todas as forças espirituais da nação alemã⁶⁸.

Ao contrário do ocorrido com os trabalhos da Primeira, as sessões da Segunda Comissão foram públicas, assistindo a uma delas o *Kaiser* Guilherme II⁶⁹. Divulgavam-se igualmente as deliberações, no periódico oficial do *Reich*, as atas (“protocolos”) e, quando concluídos, os projetos parciais. As discussões se iniciaram a 1º de abril de 1891, estendendo-se até junho de 1895. Posteriormente, debateu-se a Lei de Introdução até o final do mesmo ano. A partir de 6 de maio de 1895, o Segundo Projeto sofreu uma revisão, resultando em um segundo texto, geralmente designado como Segundo Projeto, segunda versão ou Segundo Projeto

⁶⁴ Nomes e atividades dos membros da Comissão em Enneccerus, op. cit., p. 30 e notas 8 e 9.

⁶⁵ DERNBURG, op. cit., p. 8-9, § 3.

⁶⁶ Sua clássica exposição do BGB tem sido injustamente esquecida, nota Radbruch. GUSTAV, *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Heidelberg: Scherer, 1948. p. 51, § 19, mas citada neste trabalho.

⁶⁷ DERNBURG, op. cit., p. 9, § 3.

⁶⁸ FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma: Athenaeum, 1921. p. 172.

⁶⁹ A 13 de novembro de 1895. Nesta sessão, Sohm discursava sobre o Direito Agrário, salientando com eloqüentes palavras que a conservação do estamento de camponeses na Alemanha dependeria menos da lei e mais do espírito idealista destes. Neste momento, o *Kaiser* observou a um vizinho: “Pois eu gostaria de apresentar ao professor alguns dos meus camponeses para procurar seu espírito idealista”. Dernburg, narrando o episódio, acrescenta: “isto é autêntico” (op. cit., p. 9, nota 8).

⁶¹ LEHR, Ernest. Op. cit., V. 1, p. 22-23.

⁶² Segundo a Constituição de 1871, o único ministro do *Reich* era seu Chanceler, não existindo portanto “Ministério da Justiça” propriamente dito, subordinados àquele Secretários de Estado e Departamentos do *Reich*. SCHWERIN, Claudius. Op. cit., p. 327, § 84.

⁶³ ENNECCERUS, op. cit., p. 29.

revisto⁷⁰. Terminada esta redação a 21 de outubro de 1895, no dia seguinte era apresentado ao Chanceler do *Reich*.

Antes de tudo, esse Projeto representou “uma espécie de reabilitação do Primeiro”. Quando alguns acreditavam poder prescindir dele como coisa inútil, demonstrou a Segunda Comissão a possibilidade de convertê-lo em código útil.⁷¹

Manteve-se a linguagem abstrata e dogmática, continuou prevalecendo o Direito das Pandectas: a persistência destes traços é muito característica do vigor e da força de convicção do espírito científico da época⁷² – o que não deixa de ser um elogio.

Conservou-se o plano fundamental e a estrutura sistemática do Primeiro Projeto, mas o Segundo harmonizava-se mais com as exigências da época. Aperfeiçoou-se aquele, levando-se em consideração críticas e concepções jurídicas alemãs, com o esforço de fazer progredir o Direito, em contato maior com as relações vitais e oferecendo a necessária proteção aos economicamente mais fracos. O texto ganhou em clareza, reduzindo-se o número de remissões⁷³.

Mesmo assim, em alguns pontos, como no âmbito do regime patrimonial do casamento e da tutela, que deveriam ter aspirado à máxima popularidade, menos se eliminaram as deficiências criticadas do Primeiro Projeto.⁷⁴

6. O Terceiro Projeto e o Conselho Federal

Enviado o Projeto ao Conselho Federal, em seguida, nele foi submetido à apreciação de sua Comissão Judicial. Propôs esta várias modificações, tendo sido aceitas. A mais importante dizia respeito ao Direito Internacional Privado. Os dispositivos correspondentes constavam de um sexto livro, mas, no essencial, foram incluídos na Lei de Introdução ao Código Civil.

Aprovado por aquele Conselho, passou a ser denominado Terceiro Projeto ou proposta ao *Reichstag* (correspondente à Câmara dos Deputados).

⁷⁰ Saleilles considerou mais simples denominá-lo de Terceiro Projeto, numeração adotada na tradução francesa, op. cit., p. XVI-XVII.

⁷¹ OERTMANN, Paul. Op. cit., p. 19-20, § 2.

⁷² WIEACKER, op. cit., p. 281, considerando-os defeitos do Primeiro Projeto para nossa sensibilidade.

⁷³ DERNBURG, op. cit., p. 9 e ENNECCERUS, op. cit., p. 30.

⁷⁴ MOLITOR-SCHLOSSER, op. cit., p. 112.

7. A Aprovação do Projeto no *Reichstag*

A 17 de janeiro de 1896, esse Projeto era apresentado ao *Reichstag*, com uma declaração verbal do Chanceler⁷⁵ e acompanhado de uma Exposição de Motivos do Departamento de Justiça do *Reich*, elogiada por Dernburg, “esclarecendo e recomendando os princípios mais importantes”⁷⁶.

Dificuldades surgiram no *Reichstag*, porém, mais consistentes em questões políticas do que propriamente técnicas, de natureza jurídica. Por um lado, o destino do Projeto dependia da atitude do *Zentrum*, pois sem ele não se alcançaria a maioria necessária para aprová-lo, como lembra Dernburg⁷⁷. De outro, a oposição social-democrata exigia uma lei especial para o contrato de trabalho, completando a disciplina, considerada insatisfatória, do *Dienstvertrag* (correspondente, embora diverso, ao contrato de locação de serviços)⁷⁸.

Além disso, o Projeto, no seu conjunto, não deveria ser desfigurado com o oferecimento de emendas por cada parlamentar. Uma proposta de aprová-lo na sua totalidade, sem discussão, não teve acolhida favorável, mas os deputados chegaram a um entendimento tácito. Não se suprimiu o poder de apresentar emendas, mas os debates ficaram limitados a certos pontos mais sensíveis, respeitando-se a obra realizada na sua integridade⁷⁹.

Os temas mais controvertidos encontravam-se no Direito de Família, especialmente no âmbito das relações não-patrimoniais entre os cônjuges. Uma tentativa de substituir o casamento civil obrigatório pelo meramente facultativo não logrou êxito⁸⁰. No entanto, a Primeira Seção do Livro IV (Direito de Família) passou a ser designada *bürgerliche Ehe*, casamento civil, e não somente “casamento”. Ao lado do divórcio, introduziu-se a figura da “supressão da comunidade conjugal” (§ 1.575)⁸¹. Admitiu-se também o divórcio por insanidade mental na terceira discussão (§ 1.569)⁸².

⁷⁵ WINDSCHEID-KIPP, op. cit., p. 26.

⁷⁶ DERNBURG, op. cit., p. 10, § 4.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁸ MOLITOR-SCHLOSSER, op. cit., p. 113. BGB, §§611 e seguintes, Código Civil brasileiro, arts. 1216 e seguintes, respectivamente.

⁷⁹ SALEILLES, op. cit., p. XVII; DERNBURG, op. cit., p. 10; OERTMANN, op. cit., p. 21 e *Code Civil allemand*. Traduit et annoté avec une introduction par Raoul de la Grasserie. 2. ed. rev aug. Paris : A. Pedone, 1901. p. XVII.

⁸⁰ OERTMANN, op. cit., p. 21.

⁸¹ GRASSERIE, Raoul de la, op. cit., p. XV.

⁸² GRASSERIE, Raoul de la, op. cit., p. 327, nota 2.

Esclareceu-se, igualmente, que os deveres da Igreja, atinentes ao casamento, não seriam afetados pelas disposições da seção (§ 1.588, conhecido como “parágrafo do *Kaiser*”)⁸³.

Também foram acrescentadas importantes disposições na Parte Geral, no Direito Obrigacional e no Direito Hereditário. A lesão passou a ser causa de nulidade do ato jurídico (§ 138, 2ª parte)⁸⁴. A impossibilidade superveniente do doador em prover sua subsistência autoriza revogar a doação (§ 528). O regime do *Diens-tvertrag* foi melhorado, em favor dos prestadores de serviço, sem que a oposição socialista contribuísse para tal. Criou-se uma nova forma de testamento, o ológrafo (*eingehändige Testament*, §§ 2.231, alínea 2 e 2.247, testamento de mão própria, correspondente ao testamento particular do Código Civil brasileiro, art. 1.645)⁸⁵.

Entretanto, por vezes ocorreram debates veementes a respeito de pontos insignificantes, como a respeito do § 835 (danos causados por caça). Trinta oradores, número superior ao normal, discutiram se a responsabilidade por tais prejuízos estender-se-ia aos danos causados por lebres⁸⁶.

Uma reação retardada contra a unidade jurídica produziu-se no “combate de retirada” pelas reservas da Lei de Introdução em favor do particularismo jurídico, dos Direitos das unidades federadas (Lei de Introdução ao BGB, 3ª seção, artigos 55 a 152). Várias disposições destes permaneceram vigentes e nesta “lista de baixas da unidade jurídica” manifestava-se a grande importância política não só das tradições jurídicas particulares, mas também das do Estado autoritário, feudais e conservadoras, assim como as de proteção estatal, especialmente das classes possuidoras ou vinculadas à terra, e das tradições administrativas dos *Länder*, que a ciência das Pandectas jamais absorvera completamente⁸⁷.

Depois de uma primeira discussão, qualificada de notável por Oertmann, em virtude do

⁸³ Incluiu-se no Código por desejo do *Kaiser*, Hans, Hattenhauer. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona : Ariel, 1987. p. 149.

⁸⁴ ENNECCERUS, op. cit., p. 587, § 179, § 138, do BGB. Com redação semelhante, v. o art. 4º, b da Lei de Economia Popular.

⁸⁵ OERTMANN, op. cit., p. 21; GRASSERIE, op. cit., p. XV; op. cit., p. 73 e 133-135. V. 2.

⁸⁶ TUHR, op. cit., p. 3, nota 8 e Grasserie, op. cit., p. XVII.

⁸⁷ WIEACKER, op. cit., p. 281-282.

excelente discurso de Planck⁸⁸, já quase cego⁸⁹, de 3 a 6 de janeiro de 1896, constituiu-se uma comissão de 21 membros para apreciar o Projeto. Nesta, foram relatores Enneccerus, von Buchka, Bochem e von Schröder, respectivamente para os Livros I e II, III, IV e V⁹⁰.

Apresentado o relatório da Comissão a 12 de junho, a segunda discussão plenária durou de 19 a 27 do mesmo mês.

A terceira e última discussão iniciou-se a 30 de junho, terminando a 1º de julho de 1896, sendo finalmente aprovado o Projeto. Votaram a seu favor 222 deputados, contrariamente 48 (dos quais 42 social-democratas), 18 se abstiveram, estando ausentes 91 membros do *Reichstag*.

8. Promulgação, publicação e vigência do BGB

A 14 de julho de 1896, o Conselho Federal também aprovou o Projeto votado pelo *Reichstag*. Em seguida, a 18 de agosto do mesmo ano, aniversário da batalha de Gravelotte⁹¹, o *Kaiser* promulgava o *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil, conhecido abreviadamente como BGB) com 2.385 parágrafos. No número 21 da *Reichsgesetzblatt* (Diário Oficial do *Reich*), que circulou em Berlim a 24 de agosto de 1896, eram publicados o Código (páginas 195 a 603) e sua Lei de Introdução (páginas 604 a 650)⁹². No entanto, a primeira daquelas leis não adquiriu vigência imediata. Conforme o art. 1º da Lei de Introdução, o BGB só vigoraria a partir de 1º de janeiro de 1900⁹³. Julgou-se necessária uma *vacatio legis* tão longa, de quase quatro anos, para adaptação de outras leis ao Código, assim

⁸⁸ OERTMANN, op. cit., p. 21.

⁸⁹ DERNBURG, op. cit., p. 6.

⁹⁰ ENNECCERUS, op. cit., p. 30-31, nota 12.

⁹¹ Combate na Guerra Franco-Alemã de 1870/1871, vencido pelos alemães.

⁹² WINDSCHEID-KIPP, op. cit., p. 27/28, § 6º. O seu nome oficial é apenas *Bürgerliches Gesetzbuch* sem o acréscimo “für das Deutsche Reich” (para o *Reich* alemão). Originalmente, planejou-se tal aditamento (títulos dos 1º e 2º Projetos), mas o apresentado ao *Reichstag* não mais o continha. *Ibidem*, p. 27, nota 31 a. Além das traduções francesas, citadas neste estudo, acessíveis ao público brasileiro, existe uma versão portuguesa, *Código Civil alemão*. Trad. diretamente do alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro : Record, 1960.

⁹³ Na mesma data vigorariam leis modificadoras da Lei de Organização Judiciária, do Código de Processo Civil e da Lei de Falências, uma lei sobre execução e administração forçadas, uma Lei do Registro Imobiliário e uma Lei sobre assuntos de jurisdição voluntária, art. 1º, Lei de Introdução.

como para conhecimento e estudo pelos juristas e interessados.

Com o Código Civil, finalmente, a Alemanha unificada tinha também um só Direito Civil: “ao Estado unitário nacional alemão correspondia o Direito unitário nacional alemão: um povo, uma vida econômica, um *Reich*, um Direito!”⁹⁴.

Bibliografia

(exceto a citada exclusivamente nas notas)

- Bürgerliches Gesetzbuch* von 18. Aug. 1896. Herausgeben von Heinrich von Spretkelsen. Stuttgart, Reclam, 1962.
- BRAUN, Alexandre. *Traité pratique de Droit Civil allemand*. Bruxelles : Bruylant, 1893.
- CONRAD, Hermann. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. In: *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Herausgeben von Reinhardt, Rudolf. 2. vermehrte Ausgabe. Marburg : Elwert, 1949.
- DERNBURG, Heinrich. *Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*. 3. Afl. Halle : Waisenhaus, 1906. B. 1 (Die allgemeinen Lehren).
- DÜRIG, Günter – RUDOLF, Walter (herausgebern). *Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte* [contém as Atas da Confederação Germânica de 1815 e de Viena de 1820, o Projeto de Constituição de 1849 e a Constituição do *Reich* de 1871]. München und Berlin : Beck, 1967.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 13. Marburg : Elwert, 1931. V. 1 (Einleitung, Allgemeiner Teil).
- FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile italiano*. Roma : Athenaeum, 1921.
- ALEMANHA. CODIGO CIVIL (1896). *Code Civil allemand*. Traduits et annotés avec introduction par Raoul de la Grasserie. 2. ed. rev et augm. Paris : Pedone, 1901.
- HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos historico-ideológicos del Derecho alemán : entre la jerarquía y la democracia*. 2. ed. ref. y ampl. Trad. de Miguel Izquierdo Macias-Picavea. Madrid : Derecho Privado, 1981.
- LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München : Beck, 1967.
- LEHR, Ernest. *Traité élémentaire de Droit Civil*

- Germanique*: Allemagne et Autriche. Paris : Plon, 1892. T. 1.
- MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y los pobres*. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires : Atalaya, 1947.
- MITTEIS, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte : ein Studienbuch*. Neubearbeitet von Heinz Lieberich. 12. ergänzte Afl. München : Beck, 1971.
- MOLITOR-SCHLOSSER. *Perfiles de la nueva Historia del Derecho Privado*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona : Bosch, 1980.
- OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona Buenos Aires : Labor, 1933.
- RUGGIERO, Roberto de. *Istituzioni di Diritto Civile*. 7. ed. riveduta. Messina – Milano : Principato, 1934. V. 1.
- SALEILLES, R. *Code Civil allemand*. Paris : Imprimerie Nationale, 1904. V. 1 e 2 Obra publicada com a colaboração da Société de législation comparée.
- SCHOEPS, Hans-Joachim. *Preussen : Geschichte eines Staates : Bilder und Zeugnisse*. Berlin : Ullstein, 1992.
- SCHWERIN, Claudius Freiherr von. *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. 4. Afl. besorgt von Hans Thieme. Berlin und München : Duncker & Humblot, 1950.
- SOHM, Rudolph. *Bürgerliches Recht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*. Herausgeben von Paul Hinneberg. 2. verbesserte Afl. Leipzig-Berlin : B.G. Teubner, 1913.
- TUHR, Andreas von. *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Leipzig : Duncker und Humblot, 1910. B. 1 (Allgemeine Lehren und Personenrecht).
- WIEACKER, Franz. *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher*. In: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Kronberg : Scriptor, 1975.
- _____. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Afl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906. Aalen : Scientia, 1984. B. 1.
- WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*. 3. neubearbeitete Afl. Tübingen : Mohr, 1951.

⁹⁴ SOHM, op. cit., p. 77.

O direito de parceria

ARNOLDO WALD

“A crescente parceria com o setor privado na propriedade e gestão da infra-estrutura nacional exigirá a redefinição do papel do Estado.”

PRESIDENTE FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

A formulação atual do direito do desenvolvimento está vinculada a uma idéia que é, ao mesmo tempo, antiga e nova. Antiga na sua concepção, nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a idéia de parceria. Parceria entre as nações, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, parceria entre empresas concorrentes, parceria entre moradores do mesmo bairro, parceria entre o produtor e o consumidor, parceria entre acionistas e dirigentes de empresa, parceria entre empregados e empregadores, com a participação nos lucros e com a função social atribuída à empresa.

O conceito de parceria que encontrávamos meio perdido em alguns artigos do Código Civil, que tratam da parceria rural (artigos 1.410 a 1.423), tornou-se hoje um novo instrumento jurídico da mais alta importância nas relações existentes em todos os ramos do direito.

No campo do direito internacional, as relações econômicas entre os Estados foram sendo complementadas pela parceria dentro de regiões, que passaram a constituir uma verdadeira unidade econômica, como o Mercosul, a União Européia, o acordo entre os Estados Unidos, o Canadá e o México que constituiu o Nafta. Formaram-se, assim, parcerias entre países que se uniram, com espírito empresarial, para alcançar finalidades comuns, que em nosso continente se limitam ao setor econômico, mas, na Europa, já abrangem, ou seja, em certo sentido, constituir uma verdadeira unidade política.

Arnoldo Wald é Advogado e Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A parceria também está se sedimentando nas relações entre o Estado e a iniciativa privada, substituindo a antiga relação de comando e de obediência por consultas prévias mútuas e ensejando manifestações de vontade que passam a ser o fruto do diálogo entre ambas as partes, colocando-as numa verdadeira base contratual. A privatização dos serviços públicos, o direito das concessões e a reformulação do equilíbrio que deve existir entre acionistas majoritários e minoritários nas sociedades de economia mista comprovam esta evolução.

Se formos procurar a palavra mais empregada nos últimos meses pelos representantes do poder público e, em particular, pelo Presidente da República, talvez seja a palavra *parceria*. Efetivamente, no seu programa, o Presidente da República propõe um novo modelo de desenvolvimento “que gere empregos de qualidade superior, impulse inadiáveis transformações sociais e alcance presença significativa na economia mundial.” E explica que, para tanto:

“será fundamental estabelecer uma verdadeira parceria entre setor privado e governo, entre universidade e indústria, tanto na gestão quanto no financiamento do sistema brasileiro de desenvolvimento científico e tecnológico”.¹

E em seguida, complementando o seu pensamento, afirma o Presidente da República que:

“A crescente parceria com o setor privado na propriedade e gestão de infraestrutura nacional exigirá a redefinição do papel do Estado como instância reguladora, com poder de evitar monopólios e abusos que tendem a ocorrer em situações de concentração do poder econômico. É preciso que o governo tenha realmente a capacidade de regular a prestação de serviços públicos no interesse do cidadão e dos objetivos estratégicos do país”.²

Este entendimento deixou de ser meramente teórico e platônico para transformar-se numa realidade dinâmica, na medida em que se pretende utilizar recursos privados e gestão empresarial, para a realização de serviços

¹ CARDOSO, Fernando Henrique. *Mãos à obra Brasil*. Brasília : [S.n.], p. 15.

² *Ibidem*, p. 17.

públicos. Por outro lado, a privatização significa a assunção do controle das empresas estatais por acionistas privados, entre os quais figuram sempre os empregados da empresa e os fundos de pensão, sem prejuízo da eventual presença do Estado, seja como participante de acordo de acionista, seja como titular de uma ação especial, inspirada na *golden share* do direito inglês, como aconteceu no caso da Embraer.

Em todos os países, e inclusive no Brasil, revê-se a própria estrutura do Estado, tanto nas suas relações externas, como na sua própria formação, para também admitir um maior leque de parceria entre a União, os Estados e os Municípios.

No direito comercial, a própria sociedade anônima deixa de ser um conjunto de bens, utilizados por um empresário ou grupo empresarial, para transformar-se numa verdadeira parceria entre acionistas, administradores e empregados, para realizar um fim social comum, ao qual aliás alude a legislação societária, com um equilíbrio adequado entre os interesses imediatos e os mais remotos, entre a pretensão válida e legítima de obter lucros no presente e a decisão, não menos importante, de assegurar o reinvestimento e o desenvolvimento futuro da empresa, com a geração de maior número de empregos e uma melhor qualidade de vida para todos aqueles que colaboram no empreendimento.

A revolução empresarial justifica, pois, que a empresa não mais se identifique exclusivamente com o seu proprietário ou controlador, mas represente também a sua diretoria, seus executivos, seus técnicos, seus trabalhadores, ou seja, as equipes e os equipamentos que constituem o todo. Tal fato também decorre de não mais se considerarem como únicos fatores de produção o capital e o trabalho, mas de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe a maior relevância, o saber, ou seja, a tecnologia, que assegura a produtividade da empresa, abrangendo tanto as técnicas industriais e comerciais como a própria técnica de gestão, que caracteriza a empresa contemporânea, que é essencialmente flexível.³

A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da

³ TOFFLER, Alvin. *A empresa flexível*. Rio de Janeiro : Record, 1995.

riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida que, na síntese feliz de um estadista europeu, são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a melhoria dos salários e que, em seguida, ensejam a criação dos empregos de amanhã, em virtude do reinvestimento de parte do capital.

Por outro lado, é a educação e a formação de empresários, de técnicos e de trabalhadores que permitem o progresso e o desenvolvimento das empresas e dos países, numa fase em que os fatores mais importantes de crescimento econômico são o conhecimento e a aquisição da tecnologia. Assim sendo, do mesmo modo que ocorreu uma transformação da função do empresário, houve uma reestruturação ou até uma reengenharia da empresa, que se prepara para o ano 2000.

Para o empresário, o ciclo da evolução tecnológica, que se iniciou com a máquina a vapor e prosseguiu com a utilização de novas formas de energia e a introdução da informática, provocou uma verdadeira nova revolução industrial, com repercussões na economia, nas relações humanas e na própria estrutura da empresa. A globalização da economia, a velocidade crescente dos fatos econômicos, a transmissão de informação em tempo real, a incerteza generalizada quanto ao futuro e a multiplicação, em progressões geométricas, das operações permitidas pelo uso do computador exigem do administrador contemporâneo público ou privado que tenha, ao mesmo tempo, um espírito empresarial e a consciência de estar exercendo sua função no interesse público.⁴

Uma vez ultrapassada a concepção do Estado-Providência, que desaparece em todos os países⁵ com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o poder público e o Estado. É criadora de empregos e formadora de uma mão-de-obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados, sem os quais a sociedade não pode prosseguir, e interlocutora ágil e dinâmica, que dialoga constantemente com os consumidores

dos seus produtos, numa outra forma de parceria.⁶

Tanto na Europa, como nos Estados Unidos, advoga-se, hoje, uma evolução do capitalismo que dê a primazia à empresa, fazendo prevalecer os seus interesses a médio e longo prazo sobre os de cada um dos vários grupos nela interessados, que geralmente tendem a pensar no curto prazo e de modo mais egoístico e individualista.

Inspirados, em parte, no capitalismo alemão, japonês e suíço, em oposição ao norte-americano, autores tão diferentes como o economista do M.I.T. de Boston Lester Thurow (*Head to head*), o patriarca dos estudos de *management* Peter Drucker (*The frontiers of management* e mais recente *Post-capitalist society*), o sociólogo Michel Albert (*Capitalisme contre capitalisme*) e o empresário Jean Peyrelevade (*Pour un capitalisme intelligent*) defendem o fortalecimento institucional das empresas, que são as verdadeiras criadoras da riqueza nacional, devendo caber ao Estado tão-somente a função de catalisador de um ambiente propício ao desenvolvimento do espírito empresarial e de fiscal da boa conduta das entidades que funcionam de acordo com as leis do mercado.

Peter F. Drucker apontou os problemas específicos da empresa, na fase atual da crise mundial, mostrando as suas dificuldades no seu livro *Administração em tempos turbulentos*, e acrescentando, em entrevista recente, que o administrador devia saber que as coisas nunca mais serão como antes, cabendo-lhe aproveitar, de modo adequado, os dados fundamentais da empresa, redefinir a sua política de crescimento, utilizando, sempre que cabível, a parceria como instrumento do desenvolvimento empresarial.

Em certo sentido, pode-se afirmar que o drama das entidades hodiernas em geral e, em particular, das empresas decorre do fato de afrontarem os problemas atuais com estruturas do passado, que se tornaram obsoletas, no momento em que as transformações tecnológicas fizeram com que não mais prevalecesse a eficiência das antigas técnicas de gestão e organização do trabalho de Taylor e Ford.⁷

A sociedade atual pressupõe a descentralização, a informação fluindo rapidamente, maior

⁴ SHAPIRO, Irving S. *America's third revolution*. New York : Harper and Row, 1984. p. IX-XII e passim.

⁵ ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'État Providence*, Paris : Éd. du Seuil, 1981.

⁶ NAPOLITANO, Georges. *Adu delà de la certification : le partenariat*. Paris : Les Editions d'Organisation, 1995. Especialmente a terceira parte, p. 119 e segts.

⁷ SÉRIEYX, Hervé. *Le Big Bang des organisations*. Paris : Calmann-Levy, 1993. p. 14.

autonomia dos executivos e empregados, a formação de um consenso e a criação de nova mentalidade, de nova forma de pensar e até de uma outra escala de valores.

Enquanto no passado o fabricante condicionava o cliente, agora precisa adivinhar quais são as suas necessidades e até os seus desejos mais secretos. Assim, também no mercado, a organização de ontem, baseada no comando, está sendo substituída pelo diálogo entre parceiros, com a criação de uma ponte estratégica que tem como pilares o interesse do consumidor, a rapidez de fluxo das informações e de tomada das decisões, a flexibilidade para atender às mudanças de circunstâncias e de condições do mercado, uma estrutura empresarial baseada no diálogo e a criação de um verdadeiro engajamento entusiasmado por parte dos empregados e executivos que se devem identificar com a empresa.⁸

Este novo espírito também se aplica às relações entre os empresários. As empresas concorrentes se associam, hoje, sob a forma de consórcio ou de *joint venture*, algumas vezes até criando sociedades específicas (*special purpose companies*), com a finalidade de juntar esforços na produção, na distribuição, ou até na pesquisa e na exportação. Os maiores desafios técnicos do mundo moderno, os investimentos mais importantes que são exigidos pela tecnologia e a preocupação de limitar ou dividir riscos transformaram os competidores de ontem em sócios, tendo determinadas legislações, como a francesa, criado, por exemplo, novas fórmulas como o grupo de interesse econômico, que atende a determinadas funções exercidas pela parceria.

Os próprios indivíduos, na medida em que o Estado não mais consegue assegurar-lhes todos os serviços, nem mesmo a segurança de que necessitam, associam-se para, numa fórmula de parceria, garantir a sua segurança nos bairros das cidades ou em determinados quarteirões.

Haveria muito mais a dizer quanto à parceria, e ao seu novo regime jurídico, devendo-se, no momento, nessa análise panorâmica, afirmar três teses que nos parecerem importantes.

A primeira é a referente à construção do direito do desenvolvimento, ou seja, ao compromisso de juristas, magistrados e advogados

⁸ CROZIER, Michel, SÉRIEYZ, Hervé. Du management panique à l'entreprise du siècle. Paris : Maxima, 1994. p. 35-36.

de não fazer da ciência jurídica, nem do ordenamento legislativo, uma camisa-de-força. Mais do que isso, é a mobilização do direito para se tornar um fator de desenvolvimento econômico, como foi, e ainda é, o ingrediente básico que assegura a democracia política. Na realidade, o mundo jurídico está ciente de que a democracia política só subsiste e só progride quando complementada pela democracia econômica e pela democracia social. É uma primeira revolução, que significa o fim da época dos “donos do poder” aos quais aludiu em excelente monografia um ilustre sociólogo gaúcho.⁹

Por outro lado, a nova fórmula para garantir o desenvolvimento, de forma dialogada e consensual, é a parceria, que substitui o autoritarismo do antigo Estado onipotente.

Não se trata de diminuir o papel do Estado, mas sim de dar-lhe maior eficiência nos campos de interesse social nos quais pode e deve atuar e excluí-lo de atividades que melhor são atendidas pela iniciativa privada, mantido o poder-dever de fiscalização das autoridades públicas.

Na realidade, a parceria é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado, é a fórmula de garantir o equilíbrio entre a economia e o direito, entre os interesses individuais e os interesses sociais, entre a eficácia e a ética, entre a rigidez do comando e a equidade.

Cabe, pois, repensar, também em termos jurídicos, a parceria, dando-lhe a forma adequada, revendo conceitos e repensando regimes jurídicos, diante de uma nova escala de valores e de um espírito novo, que exigem a reformulação dos institutos jurídicos, em todos os setores, desde o direito administrativo e o direito comercial até o direito do trabalho e o próprio direito civil.

O mundo jurídico brasileiro continuou por muito tempo refletindo a família patriarcal, a política dos governadores, que se inspirou nas capitânicas hereditárias de outrora, a onipotência de uma burocracia que, em nome do Estado, e, algumas vezes, no seu próprio interesse corporativo, desconhecia e desrespeitava interesses individuais e sociais, e que não tinha qualquer parcela de espírito empresarial.

Chegou a hora de construir uma nova dogmática jurídica que possa corresponder ao direito do desenvolvimento e ao espírito da parceria, sem sacrificar a segurança jurídica e

⁹ FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Porto Alegre : Globo, 1958.

sem descambar para o perigo de decisões subjetivas que caracterizam o direito alternativo.

Os juristas que analisaram a sociedade anônima e o papel que desempenhou na história mais recente do mundo nela viram um instrumento tão importante, para permitir o desenvolvimento dos homens e dos povos, quanto o foi a utilização da máquina a vapor ou da eletricidade.

Talvez, inspirando-se parcialmente nos princípios que regem o direito societário e a *joint venture*, possa a parceria, no mundo atual, caracterizado pela economia das massas, renovar o direito em geral e o direito administrativo, em particular, para permitir que o Estado, que sofre em virtude da limitação dos seus recursos, possa, não obstante, oferecer os melhores serviços, mediante delegação ou parceria com os particulares. Uma melhor conceituação da parceria também poderia renovar o direito privado, especialmente o

direito mercantil, e até o direito internacional, dando novas bases ao entendimento entre os povos.

No momento em que sociólogos, administradores e economistas recorrem à reengenharia e pregam as virtudes do espírito empresarial, cabe ao jurista reestruturar em termos jurídicos a parceria, 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 inspirada no papel que pode e deve exercer a parceria, sob todas as suas formas no mundo hodierno.

Se 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.

Recolhimento de contribuição previdenciária e imposto de renda na fonte em processos judiciais trabalhistas

PAULO FERNANDO DE ALMEIDA CABRAL

O tema abordado consiste na discussão em torno do recolhimento de contribuição previdenciária e do imposto de renda nos processos em seara trabalhista, quando o juiz da execução determina a expedição de alvará ao exequente, autorizando-o a levantar o depósito integral, sem as devidas retenções.

Inicialmente, oportuno esclarecermos que em sede trabalhista a liquidação de sentença destoa em alguns aspectos do processo comum.

Na esfera trabalhista a execução é disciplinada pelo artigo 876 da CLT e seguintes, possuindo procedimentos próprios que se afastam daqueles contidos no Código de Processo Civil.

Ressalta-se que a CLT, em seu artigo 8º, parágrafo único, reza que, por possuir o Direito do Trabalho regras próprias, incabível a aplicação subsidiária das regras de direito comum, contidas no Código de Processo Civil.

Hodiernamente, em sede de Direito Previdenciário e Tributário, determinadas regras jurídicas têm repercussão direta na esfera trabalhista.

Tais regras encontram-se disciplinadas no Código Tributário Nacional e na Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social.

Os artigos 43 e 45 do CTN rezam que:

“Artigo 43 – O imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica.

Artigo 45 – Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de

Paulo Fernando de Almeida Cabral é Advogado da Petrobrás Distribuidora S/A, Advogado Trabalhista militante no Rio de Janeiro e Professor de Legislação Tributária da Faculdade Moraes Junior - RJ.

qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos.”

Conseqüentemente, o entendimento predominante é no sentido de que o recebimento de indenizações trabalhistas no âmbito da Justiça do Trabalho, quer sejam em decorrência de uma sentença, ou homologação de acordo, sofrem a incidência de Imposto de Renda, consoante o prescrito no artigo 43 do CTN.

Uma corrente minoritária entende que o recebimento dessas indenizações, por não gerar rendas ou acréscimos patrimoniais (proventos) de qualquer natureza, nem riquezas novas disponíveis, mas sim reparações em pecúnia por perda de direitos, ou não-pagamento de direitos, não gera a incidência do recolhimento do imposto de renda.

Enfatizam os adeptos desta corrente minoritária que o patrimônio da pessoa lesada não aumenta de valor, mas é apenas repostado ao estado em que se encontrava antes do advento do gravame. Sustentam ainda que na indenização inexistente riqueza nova, e sem riqueza nova não pode haver incidência de IRRF ou de qualquer outro imposto da competência residual da União, neste último caso por ausência de indício de capacidade contributiva, que é o princípio informador da tributação por meio de impostos *ex vi* do artigo 145, parágrafo 1º, da CF/88.

No caso específico, os empregados reclamantes é que teriam o legítimo interesse de sustentar tais teses em juízo, a fim de não recolherem o imposto de renda sobre as indenizações recebidas, não havendo obviamente qualquer interesse por parte das empresas reclamadas.

Com relação à Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social, os contornos de incidência na esfera trabalhista são mais evidentes, conforme se verifica através da leitura dos artigos 43, parágrafo único, e 44, do referido diploma legal, a saber:

“Artigo 43 – Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à seguridade social.

Parágrafo Único – Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurem discriminadamente

as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor homologado.

Artigo 44 – A autoridade judicial velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.”

Na fase de execução trabalhista, havendo impugnação aos cálculos apresentados pelo reclamante, exequente, algumas precauções devem ser tomadas, como, por exemplo, as deduções relativas à contribuição previdenciária e ao imposto de renda, e a observância do prazo de 10 (dez) dias para impugnação.

Isto porque, com o advento da Lei nº 8.432 de 11 de junho de 1992, o artigo 879 da CLT passou a ter a sua redação acrescida do parágrafo segundo, a saber:

“§ 2º Elaborada a conta e tomada líquida, o juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.”

O problema maior surge quando o magistrado da execução, inadvertidamente, determina o levantamento do depósito judicial garantidor dos embargos à execução julgados improcedentes, de forma integral, causando sérios prejuízos à empresa reclamada.

Seria oportuno, a fim de evitar que tais situações ocorram, que a empresa reclamada, já na sua peça contestatória, requeresse que, em caso de uma sentença procedente *in totum* ou parcialmente, a MM. Junta desde então discriminasse as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária a serem deduzidas, bem como a quota do imposto de renda.

Caso houvesse alguma omissão na sentença, a empresa reclamada poderia opor embargos de declaração, obrigando que a MM. Junta se pronunciasse a respeito.

Concluindo, os procedimentos acima transcritos evitariam uma possível autuação da empresa reclamada pelo Fisco, uma vez que o verdadeiro contribuinte de fato e de direito é o empregado reclamante, segundo corrente majoritária.

Bibliografia

- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Consolidação das Leis do Trabalho* : Texto do Decreto-Lei n. 5.452, de 1-5-1943, atualizado e acompanhado de notas a legislação correlata... por Juarez de Oliveira. 21. ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1996. 771 p.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1996. 200 p.
- BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). *Código Tributário Nacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. 698 p.
- BRASIL. Leis, etc. *Legislação de previdência social: leis complementares: índices alfabéticos paralelos*. [Por] Campanhole. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. 564 p.

Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do Mercosul

JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA

Conforme o Professor Wolff Grabendorff, diretor do IRELA, Instituto de Relações com a América Latina, da União Européia, sempre afirma em suas conferências, com precedente autoridade, não há modelos para processos de integração econômica e cada caso apresenta todo um conjunto próprio de idiosincrasias e circunstâncias. Não podemos descartar, no entanto, o fato de que uma das vantagens da civilização é a que nos desobriga a inventar duas vezes a mesma coisa.

Também é certo que não nascemos em um mundo vazio de História, na feliz expressão do Professor Estevão Chaves de Rezende Martins, da Universidade de Brasília.¹

Nesse sentido, no momento em que o Mercosul ultrapassa a sua fase de decisões seminais, para conformar-se como a terceira zona aduaneira de toda a História,² é imponderável que lancemos os olhos para a experiência européia e procuremos aproveitar suas lições de passado recente.

No que diz respeito ao tema específico da solução de controvérsias no âmbito das integrações, o modelo União Européia nos mostra com clareza meridiana que o mesmo se constitui no elemento fundamental de toda a dinâmica comunitária, edificando-se como verdadeira

Jorge Luiz Fontoura Nogueira é Doutor em Direito Internacional Público, Consultor da Comissão de Relações Exteriores do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Texto atualizado de conferência apresentada no seminário *Solución de Controversias y Resolución de Conflicto de Intereses*, do Ministério de Relações Exteriores, da Argentina e da União Européia, Buenos Aires, 15 de novembro de 1995.

¹ *Correio Braziliense*. Brasília, 14 nov. 1995. Série Estudos.

² Os outros dois processos de zona aduaneira registrados historicamente são os que se referem à União Aduaneira dos Estados Alemães, ZOLLVEREIN, a partir da ação política prussiana, no processo de Unificação Alemã, no século passado, e a recente União Aduaneira, protagonizada pelos Estados europeus aderentes ao Tratado de Roma.

pedra angular de um sistema de direito comunitário, garantia da eficácia e do sucesso do processo de integração como um todo.

Podemos ainda haurir da experiência européia que o modelo de solução de controvérsias ali instituído, corolário do próprio ordenamento jurídico comunitário europeu, constitui-se, sem dúvida, em um dos mais profícuos trabalhos de elaboração jurídica, onde a hegemonia das idéias impôs-se a inúmeros preconceitos e credulidades pretensamente dogmático-jurídicas, com a inscrição de uma das mais criativas páginas da ciência do Direito.

Quando os países do Mercosul buscam, agora, a implementação das linhas previstas programaticamente no Concerto de Assunção e desdobradas nos Protocolos de Brasília e Ouro Preto, urge que façamos algumas reflexões inadiáveis e de grandes implicações em relação ao tema *solução de controvérsias*.

A velocidade de implantação do Mercosul foi fulminante. Mercê, é verdade, de uma tessitura conjuntural absolutamente favorável, mas também, e indubitavelmente, graças ao bom trabalho dos “mercocratas” e da diplomacia de resultados que se impôs ao projeto (que tão bem soube acomodar o irresolúvel, com os regimes de exceção e salvaguardas providenciais), em um breve lapso de tempo, passou-se das primeiras reuniões preparatórias à elaborada personalidade jurídica de Direito Público externo, como está insculpido no art. 37 do Protocolo de Ouro Preto.³

Observe-se ainda que o Mercosul, como neonato sujeito de Direito Internacional Público, já de imediato exprimiu formalmente sua voz, com a assinatura em 15 de dezembro de 1995 do Acordo de Madri, acordo-quadro de cooperação com a União Européia, na presença solene de todos os chefes de Estado de ambos os blocos, à exceção do Presidente da República Federativa do Brasil, que subscreveu o documento somente em 20 de dezembro de 1995, três dias após a ratificação pelo seu país, verificada

³ O Brasil foi o último país a ratificar o Protocolo de Ouro Preto, tendo em vista algumas dificuldades políticas em sua apreciação legislativa, especialmente no Senado Federal, onde foram levantadas substanciais questões de constitucionalidade, considerado o preceito constitucional brasileiro que determina que se proceda a outorga legislativa em todos os “...tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, art. 49, inciso I, da Carta de 1988. A auto-

em 17 de dezembro.

Quando os críticos da França *communautaire* reclamavam, no segundo pós-guerra, que o Ministro Schuman queria desfazer em poucas décadas o que os capetíngios haviam construído por quase mil anos, em referência à construção da nação gálica, provavelmente não se imaginava a celeridade do *iter* Mercosul, conforme temos assistido nesta última década do século XX.

Uma das conseqüências do avassalador processo foi, no entanto, a falta de tempo para a maturação da idéia da integração e, especificamente no campo do Direito, a ausência de uma massa crítica apta a compreender a abrangência e o significado da mundialização da economia e de suas ingentes demandas jurídicas.

Ao enfrentarmos criticamente a questão da solução de controvérsias, constatamos a grande dificuldade, e mesmo nosso despreparo como operadores jurídicos, diante do admirável mundo novo que se nos auspícia, em que a novidade dos desafios contrasta fragorosamente com a mesmice das atitudes.

Agravando essa situação, incide o pouco interesse que desperta o Direito Internacional Público, e isso em toda a América Latina, conforme demonstram reiterados estudos do Comitê Jurídico Interamericano da OEA e da Associação Interamericana de Advogados.

Toda integração parte necessariamente de um tratado entre Estados, o que conduz à atitude de base para o primeiro *approach* com o Direito Comunitário. Tal atitude será inexoravelmente a que concerne ao Direito Internacional Público e, como todos sabemos, comumente ainda se o considera em nosso meio “como uma disciplina pseudojurídica, de pouca utilidade prática e que se insere no notório rol das perfumarias jurídicas”. Sabe-se também que em muitos dos nossos cursos e faculdades de Direito a matéria é opcional, não-obrigatória ou simplesmente ignorada na graduação. No âmbito de pós-graduação, o quadro é ainda mais grave, pois raríssimas são as ofertas de cursos com habilitação específica na área, o que traz irreparáveis

aplicação de algumas decisões comunitárias, como poderia ser interpretado em algumas passagens do Protocolo de Ouro Preto, independentemente de ratificação dos Estados signatários, conformaria violação ao preceito constitucional arrolado. No entanto, acabou prevalecendo o entendimento contrário, conducente ao Decreto Legislativo nº 188, de 1995, autorizativo da ratificação e publicado no Diário Oficial da União de 18 de dezembro de 1995.

conseqüências na formação de professores e na produção doutrinária. Enfim, escreve-se minimamente sobre o “direito das gentes”, produzindo-se pouquíssima doutrina, com a disciplina ainda se inserindo no âmbito do exótico e pouco difundido.⁴

Como conseqüência inevitável desse quadro de abandono, há uma grande perplexidade em relação a temas básicos de Direito Internacional em suas relações com o Direito Constitucional, como, por exemplo, à questão da hierarquia do tratado no ordenamento jurídico interno e ao que ocorre no caso do conflito entre a norma internacional e a norma interna antitética, com o estudo das clássicas concepções doutrinárias do monismo e do dualismo.

No Direito brasileiro, por exemplo, não há tradição de constitucionalização do tratado, sendo a questão formulada pela via jurisprudencial, através de julgamentos pregressos do Supremo Tribunal Federal. Conforme o caso padrão, Recurso Extraordinário-PR 71.154/1971, tendo sido relator da matéria o Ministro Oswaldo Trigueiro, consagrou-se em um primeiro momento o monismo jurídico, nos termos da seguinte ementa:

“...Aprovada a Convenção pelo Congresso e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna”.⁵

Em seu voto, acolhido por unanimidade, o ilustre relator assinalou:

“A Constituição inclui, na competência do Supremo Tribunal, a atribuição de julgar, mediante recurso extraordinário, causas oriundas de decisão da instância inferior quando for contrária à letra do tratado ou lei federal. A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados independentemente de lei especial.

⁴ Em recente artigo em Direito e Justiça, Correio Braziliense, 5 de fevereiro de 1995, o Professor Carlos Fernando Mathias de Sousa, da Universidade de Brasília, assinalou interessante tendência do direito contemporâneo à internacionalização dos tribunais, vale dizer, à valorização do Direito Internacional Público, citando a experiência da Corte de Justiça das Comunidades Européias, lembrando que sua competência se estende a conflitos em que sejam partes tanto os Estados, órgãos das comunidades, como ainda os próprios indivíduos, empresas e demais pessoas jurídicas.

⁵ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília : STF, n. 58, p. 71.

Porque se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa da vigência do tratado, exigindo para a validade deste a aprovação pelo Congresso Nacional, porém não sua reprodução formal em texto de legislação interna”.

Em outro julgamento, seis anos após, a Excelsa Corte entendeu, no Recurso Extraordinário 80.004-SE -1977,⁶ tendo sido vencido o relator, Ministro Xavier de Albuquerque, que a lei nacional contrária ao tratado, posterior a sua ratificação, prevalece e afasta a aplicação do primeiro, negando a primazia da norma internacional, contrariando, desta forma, a grande tendência do Direito moderno de privilegiar o monismo com prevalência do Direito Internacional.⁷ São exemplos a Constituição da República da França de 1958, em seu art. 55, e a Constituição da República Italiana de 1946, em seu art. 10. A mais antiga disposição constitucional com este teor se verifica na Carta dos Estados Unidos da América, que equipara os tratados às leis federais, reconhecendo a característica que lhes é ínsita de *supreme law of the land*. Mereceria referência ainda a posição do Uruguai, onde, conforme assinala Plá Rodriguez, a ratificação do tratado, que decorre de sua aprovação por ato legislativo, tem efeitos internos diretos e imediatos, sem necessidade de qualquer ato legislativo posterior. Convém salientar que a República Argentina, após reiterada elaboração jurisprudencial no sentido de privilegiar o monismo com prevalência da norma internacional (no qual o caso Cafés La Virgínia S.A., sentença de 9 de junho de 1994, destaca-se),⁸ acabou por incorporar expressamente tal princípio

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 80.004. Acórdão de 1 de junho de 1977. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 83, p. 809.

⁷ Tal posição, negando a primazia da norma internacional sobre a nacional, colidiu também com o próprio Direito Tributário brasileiro que, no seu Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, estabelecia em seu artigo 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha.”

⁸ BOGGIANO, Antonio. *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires : La Rey, 1995. p.638 . Apêndice : Jurisprudencia de la Corte Suprema.

no próprio permissivo constitucional, após a recente reforma de 1994.⁹

Não se pode ainda desconsiderar que a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, em vigor na Argentina desde 27 de janeiro de 1980, aprovada pela Lei nº 19.865, e no Brasil em fase de apreciação legislativa para efeitos de autorização de ratificação, após ter sido assinada em 23 de maio de 1969, estabelece a primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno. Tal postura, contida nos termos de seu art. 27, estabelece que uma parte não poderá invocar disposições de seu direito interno como justificacão do não-cumprimento de um tratado.

Nesse passo, é fundamental que os Estados que se propõem a conviver em espaços jurídicos comunitários definam-se claramente com relação à questão da força vinculante dos tratados *vis-à-vis* ao ordenamento jurídico interno, seja pela via constitucional de definição da norma de conflito, seja pela via da elaboração jurisprudencial, com a criação de uma convicção político-jurídica sem a qual nenhum processo de integração pode edificar-se. Não é de se esperar, a propósito, que investidores e demais operadores econômicos se interessem por um mercado onde não se saiba, com razoável segurança jurídica, quais sejam as leis aplicáveis e quais suas efetividades em relação a hipotéticos conflitos de interesses.

⁹ Outro importante caso antecedente, na Justiça platina, julgado dois anos antes, em 7 de julho de 1992, *Ekmekdjian versus Sofovich*, também marcou a construção jurisprudencial da prevalência do tratado internacional. Neste específico julgamento, a Corte Suprema argentina decidiu nos seguintes termos:

“que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 4, C.N.), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, C.N.) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. *La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado.* Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, C.N.)”

De toda sorte, a questão é muito interessante e atualíssima, trazida constantemente à baila, à proporção que países integram-se à realidade mundial, propondo-se a projetos de integração econômica. Não podemos nos eximir de afirmar, nesse sentido, que muitos profissionais do Direito, surpreendidos pela velocidade de implantação do Mercosul, encontram-se em um certo estado de perplexidade, redescobrimdo ou mesmo descobrimdo o Direito Internacional, no vórtice de inovações trazidas pelos novos tempos.

Em relação específica à questão da construção de um sistema de solução de controvérsias em meio a uma cultura jurídica pouco afeta ou mesmo refratária ao Direito Internacional Público, verificam-se, em conseqüência, grandes dificuldades iniciais, até porque os próprios institutos de solução de controvérsias, típicos da prática internacional, são no mais das vezes alheios às práticas de *Municipal Law*. Na atual realidade jurídica brasileira, por exemplo, falar-se em mediação ou arbitragem, mesmo em demandas jurídicas exclusivamente comerciais, ainda é considerar prática longínqua e improvável,¹⁰ aparentemente inaplicável a efetivas necessidades sociais, não obstante os trabalhos que se tem desenvolvido junto às próprias instituições de advocacia organizada dos países do Mercosul¹¹.

Com todos os perigos que as esquematizações engendram, podemos classificar, *grossomodo*, as formas de solução de controvérsias dos processos de integração em dois grandes sistemas: o primeiro de blocos intergovernamentais e o segundo de blocos supranacionais.

A supranacionalidade, sem sombra de dúvidas, é o sistema mais apto à sofisticação dos mercados comuns e o que mais se adequa às características de um direito comunitário ideal,

¹⁰ Tramita no Senado Federal brasileiro o Projeto de Lei nº 78, de 1992, que dispõe sobre a fixação de normas e hipóteses para a arbitragem, bem como sobre o reconhecimento e a execução de decisões arbitrais estrangeiras, através de homologações pelo Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Há também, com referência à arbitragem, estudos que estão sendo realizados pelas entidades de advocacia organizada dos países do Mercosul, reunidas no órgão que congrega representantes do Colégios e Ordem dos Advogados dos países do Mercosul, COADEM, que deverão propor um documento básico de regulamentação da conciliação e arbitragem em relação às questões de Direito Privado, comum aos países do Mercosul.

que incluía todas as características da neodis-
ciplina, a saber: efeito direto e primazia em rela-
ção aos ordenamentos jurídicos dos Estados
comunitários, exigibilidade e cogência nos
espaços jurisdicionáveis dos Estados-partes,
bem como a uniformidade de interpretação e
aplicação, mediante as mais sofisticadas técni-
cas, como, por exemplo, o criativo reenvio pre-
judicial que, no modelo da União Européia, faz-
se nos termos do art. 177 do Tratado de Roma¹².

É de fato muito difícil cogitarmos uma estru-
tura comunitária, com a implantação das quatro
liberdades típicas dos mercados comuns (sem
nunca esquecer a quinta liberdade, a da
concorrência, como costuma lembrar o Pro-
fessor Werter Faria, Presidente da Associação
Brasileira de Estudos da Integração), sem a
flexibilização da livre circulação de bens ou de
tarifa externa comum, desprovida de uma corte
de justiça comunitária. Na ausência desta,
poder-se-ia vislumbrar, no mínimo, um tribunal
arbitral permanente, outra instituição com
feições cristalina e supranacionais ou de
transição à supranacionalidade.

No modelo Mercosul que temos adotado,
por motivos de fácil percepção, seguiu-se a
trilha “soberanófila” do sistema intergovernam-
ental, consubstanciado à exaustão nos artigos
16 do Tratado de Assunção e 37 do Protocolo

¹² “Art. 177. O Tribunal de Justiça é competente
para decidir, a título prejudicial:

- a) sobre a interpretação do presente tratado;
- b) sobre a validade e interpretação dos actos
adotados pelas instituições comunitárias;
- c) sobre a interpretação dos estatutos dos orga-
nismos criados por um acto do Conselho, desde que
estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja
suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um
dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar
que uma decisão sobre essa questão é necessária ao
julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça
que sobre ela pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja
suscitada em processo pendente perante um órgão
jurisdicional nacional cujas decisões não sejam
susceptíveis de recurso judicial previsto no direito
interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão
ao Tribunal de Justiça.”

Certamente a parte final do dispositivo, que cons-
trange à via prejudicial em casos de julgamentos
nacionais de última instância (“tale giurisdizione é
tenuta a...”, na versão em italiano do Tratado de
Roma) é a que mais estupefaz a nossa visão latino-
americana do exercício da jurisdição.

de Ouro Preto.¹³ Como decorrência, nada
haveria no ordenamento mercosuliano que nos
permitisse vislumbrar sequer resquícios de uma
efetividade jurídica comunitária, com o princípio
da primazia das normas do Mercosul sobre as
normas internas conflitantes. Não há, por
consequente, uma clara e sólida definição da
hierarquia das normas comunitárias, que
permanecem dependendo dos “ventos e marés”
do tratamento constitucional ou, no silêncio da
Carta, da fluidez e inconstância da elaboração
jurisprudencial.

A inelutável decorrência da opção política
que gerou o Mercosul intergovernamental, com
uma estrutura funcional de grande simplicidade
e com instituições comunitárias muito singelas,
determinou inclusive o curioso fato de não ter a
instituição quadro funcional próprio. Todos os
seus operadores técnicos e mesmo políticos,
em verdade, são ou funcionários de seus
próprios governos ou autoridades estatais.

Tudo isto conduz a um sistema de solução de
controvérsias igualmente simplificado, como quer
ser o próprio Mercosul, mesmo após o Protocolo
de Ouro Preto, formalmente designado de
*Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção
sobre a Estrutura Institucional do Mercosul*.

No que concerne à eficácia de tal sistema de
solução de controvérsias, a rigor ainda nada se
pode adiantar, tendo em vista não ter sido acio-
nado sequer uma vez. Diante da possibilidade
de controvérsias de natureza essencialmente
comercial, os cristais foram extremamente bem
embalados, com salvaguardas e flexibilizações
que geraram, de fato, uma zona *parcial* de livre
comércio e uma união aduaneira de tarifa externa
incomum. Tal acomodação, que minimizou a
possibilidade de controvérsias, impossibilitou,
no entanto, que concretamente se colocasse à
prova o sistema do Mercosul, consubstanciado
no Protocolo de Brasília para a Solução de

¹³ A professora Martha Lucía de Olivar Jimenez
registrou em recente artigo: “Que gran paso se habría
dado em prol de la fomación de un orden jurídico
comunitario si el Protocolo hubiese consagrado un
dispositivo garantizando la primacía de las normas
del Mercosul sobre las normas internas contrarias a
través de la imposibilidad del Estado de emitir legis-
lación contraria.” In : MERCOSUL : seus Efeitos
Jurídicos, Políticos e Econômicos nos Estados-
Membros. Organizadora Maristela Basso. Porto
Alegre : Livraria do Advogado, 1995. Comprensión
del concepto de derecho comunitario para una
verdadera integración en el Cono Sur.

Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991.¹⁴

Fruto de projeto básico apresentado pela delegação argentina, chefiada pelo consultor jurídico da chancelaria platina Ministro Alberto Daverede e contando com a participação ativa do Embaixador Jorge Perez Otermin, Diretor do Instituto Artigas de Serviço Exterior, do Uruguai, o grupo *ad hoc* encarregado de redigir o Projeto de Solução de Controvérsias para o período transitório, conforme previa o próprio Tratado de Assunção em seu anexo III, laborou eficaz e rapidamente. Assim, oito meses após a assinatura do Tratado de Assunção, em março de 1991 e antes mesmo de sua entrada em vigor, entregava-se o Projeto ao Grupo Mercado Comum, pronto para ser firmado, no dia 17 de dezembro de 1991, na reunião de Presidentes ocorrida em Brasília.

Optando pelo modelo de negociação direta, na primeira fase, com a intervenção da autoridade comunitária, Grupo Mercado Comum (GMC), na segunda fase, e, por último, pelo procedimento arbitral *ad hoc*, o Projeto descartou a utilização de corte permanente, embora tenham sido detalhadamente estudados os modelos da Corte do Luxemburgo da União Européia e do Tribunal Andino de Justiça.¹⁵

Vocacionado à transitoriedade até a União Aduaneira, quando deveria ser redimensionado com as instituições permanentes, o Protocolo de

Brasília acabou sendo preservado pelo Protocolo de Ouro Preto (Cap. VI, art. 43), com o intuito expressamente consignado de criar-se um definitivo sistema de solução de controvérsias ao final da convergência da Tarifa Externa Comum, ou seja, forma elegante de dizer-se “não se sabe quando”, ou por outra “quando for possível”.

Embora, conforme já salientamos, o Sistema Transitório não tenha sido utilizado praticamente em nenhuma ocasião (na verdade em uma única vez na qual não foi necessário ir-se além da fase de consultas, por ocasião da questão dos automotores), inúmeros são os seus críticos, em face de razões que se resumem basicamente na convicção da impossibilidade do progresso comunitário sem um tribunal permanente, que possa constituir-se a pedra angular de um direito comunitário, *sine qua non* ao sucesso de qualquer processo de integração.

No Brasil, os grandes emuladores da idéia da Corte de Justiça Comunitária, e ao mesmo tempo, *et pour cause*, críticos do Protocolo de Brasília, seguem, *grosso modo*, a posição do Professor Werter Faria, que suscita ainda a questão da hermeticidade do sistema oficial, diante da dificuldade de utilização pelos particulares,¹⁶ bem como a questão da pouca experi-

¹⁴ O Protocolo de Brasília foi ratificado pelo Brasil, após uma tramitação legislativa não isenta de questionamentos quanto à sua constitucionalidade e legalidade, tendo em vista o tratamento constitucional brasileiro já comentado, tendo sido, no entanto, promulgado em 10 de setembro de 1993 e publicado no *Diário Oficial* da União em 13 de setembro de 1993, às folhas 13.552 e seguintes.

¹⁵ O Professor Guido Fernando Silva Soares assinala que, não obstante os mecanismos de solução de controvérsias previstos originariamente no Protocolo de Brasília serem inovadores em relação aos mecanismos da ALADI e do Tratado de Integração e Cooperação e Desenvolvimento estabelecido entre Brasil e Argentina (1988), ainda são muito tímidos diante da realidade e das potencialidades do processo. Acrescenta ainda o eminente diplomata e Professor-Titular de Direito Internacional da Faculdade de Direito do Largo São Francisco que “as soluções extrajudiciárias contempladas, embora tímidas, podem representar a semente de um futuro Poder Judiciário Transnacional, à semelhança do que ocorre em outras organizações internacionais regionais de integração econômica e de comércio.” (*As Instituições do Mercosul e as Soluções de Litígios no seu Âmbito – sugestões de lege ferenda*, in: *Mercosul, das Negociações à Implantação*, São Paulo, LTR, 1994)

¹⁶ Em declaração ao jornal *Gazeta Mercantil*, 21 de julho de 1995, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, representante brasileiro no Colégios e Ordem dos Advogados do Mercosul (COADEM), considerou que “o Protocolo de Brasília foi criado com regras tão complexas que praticamente inviabilizam a sua aplicação. Há em qualquer tipo de processo a exigência de que o Estado-membro apoie a acusação da empresa instalada em seu território, o que torna sua utilização muito difícil.”

Assinala ainda o Dr. Caputo Bastos que com o advento do Protocolo de Brasília introduziu-se a possibilidade de os particulares valerem-se do procedimento nele preconizado para solução de conflitos com os Estados-Partes. Trata-se de um procedimento complicado, e em nada dinâmico, por isso mesmo objeto de muitas críticas. Manteve-se a disposição referente às negociações diretas e, não resolvido o conflito, submissão da controvérsia ao Grupo Mercado Comum.

O pleito particular submete-se, previamente, ao juízo de admissibilidade pela Secretaria Nacional do seu respectivo Estado-Parte, e, somente após a sua avaliação, é que estará hábil a percorrer o procedimento estabelecido pelo Protocolo de Brasília, e chegar, quem sabe, ao Juízo Arbitral.

A par disso, que poderá ensejar, à toda evidência, o ingresso em juízo todas as vezes que a autoridade administrativa recusar fundamento à infração

ência brasileira no emprego da arbitragem, que de resto conta com muitos críticos também na Argentina, onde o tema é bem mais debatido e conhecido.

Dessa mesma linha também compartilham as Professoras Maristela Basso, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Beatriz Duraes e Elizabeth Accioly Pinto de Almeida, da Universidade Federal do Paraná e da Faculdade de Direito de Curitiba, respectivamente, tendo esta última em recente artigo acerbamente registrado que é impossível cogitar-se a existência de um mercado comum, na ausência de instâncias judiciais supranacionais nos moldes de um Tribunal de Justiça comunitário.¹⁷

Tratam-se de argumentos absolutamente razoáveis e escorreamente formulados, contra os quais muito pouco ou quase nada há de se poder formular, abstraídos os porquês políticos que rigidamente condicionam os caminhos da integração.

Em outro tom, mais compreensivo para as injunções políticas e os limites institucionais dentro dos quais podem se mover os “merco-cratas”, o Professor Luiz Olavo Baptista, da Universidade de São Paulo, tem procurado mostrar que o Mercosul possível, fundado na realidade dos fatos, é o caminho mais seguro para o sucesso do Tratado de Assunção, que não é um Tratado *de* constituição de mercado comum, mas um tratado *para* a constituição de mercado comum, com timbre, portanto, manifestamente programático e proposto à distensão no tempo.

Adverte ainda o Professor Luiz Olavo Baptista para a imponderabilidade de uma estrutura supra-estatal na atual conformação constitucional brasileira, bem como para toda uma gama de fatores políticos, jurídicos e

denunciada pelo particular, o Protocolo de Brasília impõe-se-lhe que seja tutelado pelo seu respectivo Estado-Parte, na medida em que não dispõe (*o particular*) do poder de iniciativa, submetendo-se a um litisconsórcio necessário.

Não se trouxe, nesse Protocolo, qualquer disciplina que oriente os conflitos entre os particulares dos diferentes Estados-Partes, presumindo-se que, no tocante a eles, as soluções de controvérsias devem observar as regras tradicionais do direito internacional privado. (In: O Advogado nos processos de Integração, Anais do Seminário “O Direito e o Mercosul”, promovido pela Escola Superior de Advocacia, da OAB/Mato Grosso do Sul, maio de 1995).

¹⁷ In *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

culturais facilmente compreensíveis e que estariam a impedir a adoção de outros caminhos.

Claro que esta transitoriedade referida constantemente no tratado institutivo do Mercosul e seus Protocolos reflete o próprio espírito progressivo que estruturas de integração inter-governamental invariavelmente comportam.

Bem a propósito, ao falar em Brasília na reunião dos representantes dos partidos políticos do Mercosul, em Seminário denominado *O que pensam do Mercosul*, em outubro de 1995, o chanceler brasileiro Luis Felipe Lampréia resumiu em poucas palavras o que parece ser o comum entendimento dos mentores políticos que conduzem a integração mercosuliana. Há, como se depreende, um manifesto interesse em seu aprofundamento e consolidação paulatina, em absoluta convergência com o que manifestou o chanceler Guido di Tella, poucos dias depois, ao falar na abertura do seminário *Solución de Controversias y Medios Institucionales para la Resolución de los Conflictos de Intereses*, realizado em Buenos Aires, em novembro de 1985, sob os auspícios do Governo argentino e da União Européia.

Tal convicção comum, que de resto deve ser partilhada por Argentina e Paraguai, poderia ser sintetizada no que disse o Ministro de Relações Exteriores do Brasil:

“... Creio não haver dúvidas de que os avanços que fomos capazes de alcançar, durante este período de consolidação, definirão a necessidade ou não de criarmos novas instituições para administrar o Mercosul, ou de reade-quarmos as já existentes...”

Uma das vantagens do exercício universitário é que o princípio da liberdade acadêmica permite ao professor transitar livre e ilimitadamente na lucidez ou delírio de suas opiniões, podendo gostar ou não gostar, elogiar ou criticar, sem as injunções do *dever-ser* político-formal ou funcional.

Permito-me lembrar, neste sentido, que na iminência de fragorosas controvérsias que haverão de surgir, à proporção em que se forem inexoravelmente “desembalando os cristais”, com a redução ou supressão das salvaguardas à livre circulação de bens e a convergência da tarifa externa comum, controvérsias, aliás, sem as quais nenhum processo de cooperação humana se edifica e fortalece, seria inadiável a instauração de um tribunal arbitral permante.

Caso isso viesse a ocorrer, não haveria necessidade de gastos imponderáveis ou adequações ou transformações jurídicas impos-

síveis, conforme também opina o Professor Luiz Olavo Baptista.¹⁸ Instituição desse porte, com muitas das qualidades de um tribunal de justiça comunitário, constituída por juristas indicados pelos Estados-partes e não necessariamente com uma sede fixa, permitiria um substancial progresso rumo a instituições mais desejáveis, possibilitando inclusive à elaboração de um *corpus* jurisprudencial comunitário, o que as atuais instâncias arbitrais meramente *ad hoc* não permitem.

Um tribunal arbitral permanente, não supranacional e, logo, assimilável mesmo pelas concepções político-jurídicas mais “estatólatras” provocaria, ademais, o cultivo da percepção não-convencional e diferenciada que o direito de integração requer, contribuindo decididamente à formação da mentalidade da integração. Suas decisões, por decorrerem de manifestação de vontade consubstanciada em tratado, disporiem da própria efetividade ínsita

ao Direito Internacional Público, o que poderia fomentar e facilitar a sua efetiva aplicação.

Por derradeiro, cumpre lembrar que, em se verificando dificuldades na execução das decisões de um tribunal arbitral permanente por parte dos Estados comunitários do Mercosul ou dos demais destinatários, poder-se-ia fazer operar o aparato sancional previsto no Protocolo de Brasília *tout court*, suficientemente vinculante e consistente.

Não se faz integração sem se modificarem os livros e as lições convencionais da escola primária.

Talvez hoje, no específico âmbito da solução de controvérsias, a instauração de um tribunal arbitral permanente do Mercosul fosse, sempre no campo do possível, um novo livro para uma velha escola.

¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Solução de divergências no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 124, p. 155-167, out./dez. 1994.

Ação direta de inconstitucionalidade

RICARDO RODRIGUES GAMA

SUMÁRIO

1. Noções. 2. Legitimidade ativa. 3. Medida cautelar. 4. Ato administrativo. 5. Procedimento. 6. Efeitos. 7. Estados-Membros.

1. Noções

A ação direta de inconstitucionalidade é o direito subjetivo de submeter uma lei ou ato normativo federal ou estadual à apreciação do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal decidirá se a lei ou ato normativo ofende, ou não, a Constituição Federal. Afrontando a Lei Maior, a qual deve prevalecer sobre a lei ou ato normativo, o Supremo declarará a sua inconstitucionalidade.

Pelo disposto no artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição, *compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (...)*. Nos termos do citado artigo, para o Supremo Tribunal Federal deve ser endereçada ação direta de inconstitucionalidade.

2. Legitimidade ativa

São partes legítimas para propor a ação de inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹

Ricardo Rodrigues Gama é ex-Professor da Universidade Estadual de Maringá-PR, Professor Titular de Direito Civil e Direito Constitucional da Universidade do Oeste Paulista e Advogado.

¹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. art. 103.

De forma inovadora, a Constituição Federal de 1988 ampliou os titulares da ação direta de inconstitucionalidade. Pela Constituição Federal de 1969, somente o Procurador-Geral da República poderia, nos termos da Carta revogada, *representar* acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.²

Ao ser proposta a ação, o autor deve demonstrar o seu interesse jurídico, o qual determina a sua legitimidade para agir; faltando esta, o Supremo indeferirá a petição inicial, julgando o autor carecedor de ação.

A extensão da representatividade de partido político já foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal. Não importa haver um único representante na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, mas este deverá ter sido eleito no partido político que ajuíza a ação direta de inconstitucionalidade.³ Considerando-se a representatividade popular atribuída constitucionalmente ao partido político, faltará a legitimidade ao partido que não elegeu, no mínimo, um representante de uma das casas do Congresso Nacional. Observe-se que não basta ter um ou mais representantes. Exige-se que o congressista tenha sido eleito pelo partido político que propõe a ação direta de inconstitucionalidade. Existindo representante no Congresso Nacional, o presidente do Diretório Nacional do Partido poderá intentar a ação.

A confederação sindical⁴ deve ser a representante de, no mínimo, três federações.⁵ Somente a confederação tem legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Ao tentar definir a entidade de classe com âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal tem vacilado. Dentre os seus julgados, vários são os seus entendimentos: a entidade de classe não

tem caráter sindical;⁶ o sindicato, caso tivesse bases em todas as unidades da federação, poderia ser entidade de classe;⁷ a associação civil voltada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas não é entidade de classe;⁸ a Confederação das Associações Comerciais do Brasil não é entidade de classe, porque representa entidades de natureza heterogênea;⁹ a associação constituída pela reunião de órgãos públicos e diferentes categorias de servidores públicos não deve ser entendida como entidade de classe;¹⁰ a associação de empregados de determinada empresa não se identifica com a entidade de classe.¹¹

3. Medida cautelar

A concessão de medida cautelar também é de competência originária do Supremo Tribunal Federal.¹² A liminar será concedida somente na ação direta de inconstitucionalidade por ação, devendo estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Observe-se que, com a decisão final do STF na ação direta de inconstitucionalidade, a geração de efeitos só terá início depois que o Senado Federal retirar a eficácia ou o efeito da lei ou ato normativo impugnado. Com o aparente direito e a lentidão no trâmite da ação e do processo de suspensão da eficácia da sentença, é de se conceder a liminar. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por ser incompatível com a sua natureza, não é cabível a concessão de liminar. É impossível adiantar os efeitos que nem mesmo a sentença poderia alcançar. Ao final da ação por omissão, com a decisão final, ainda não existe a norma regulamentando o direito, o Judiciário não legisla. Com a decisão final, o

⁶ (...) 2. A entidade de classe a que também se refere o mesmo inciso IX não se situa na área sindical (...) (STF - ADIn 17-9 (MC) - DF - TP; Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 24.05.91.

⁷ RT 645/189.

⁸ STF - ADIn 61.6 - DF - TP; Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 28.09.90.

⁹ STF - AOr. 8-4 - CE - (Questão de Ordem) - TP; Rel. Min. Carlos Velloso. DJU 13.12.91.

¹⁰ STF - ADInconst 67-5 (Questão de Ordem) - DF - TP; Rel. Min. Moreira Alves. DJU 15.6.90, RT 659/207.

¹¹ STF - ADIn 34-9 (Cautelar) - TP; Rel. Min. Octávio Gallotti. RJ 140/65.

¹² CF. art. 102, I, p.

² CONSTITUIÇÃO Federal de 1969. art. 119, I, 1.

³ STF - ADInconst 109-4 (Questão de Ordem) - DF - TP; Rel. Min. Paulo Brossard. RT 651/200.

⁴ As confederações e as federações são associações sindicais de grau superior. Enquanto a federação é fruto da união de um mínimo de cinco sindicatos, a confederação é produto da união de três confederações.

⁵ A Confederação deve ser constituída por um mínimo de três federações (art. 535, CLT). Cada federação deve representar, pelo menos, cinco sindicatos (art. 534, § 1º, CLT). Em princípio, a base territorial da federação é a estadual, mas pode ela ser, também, interestadual ou nacional (§ 2º, art. 534, CLT).

Judiciário limita-se a dar ciência ao Poder competente para legislar.

Concedida a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, não caberá o incidente de declaração de inconstitucionalidade¹³ previsto pelo Código de Processo Civil.¹⁴ No controle difuso, o juiz ou tribunal não deve afrontar o controle concentrado do Supremo Tribunal Federal. Julgando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo estará atribuindo eficácia *ex tunc* e *erga omnes*. Retroagindo e gerando efeito sobre todos, a apreciação do incidente poderia ocasionar vários problemas de ordem prática, como o conflito de decisões judiciais, o dispêndio de tempo e de dinheiro dos litigantes... Diante da liminar concedida e da arguição de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal deve suspender o processo e aguardar a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

4. Ato administrativo

A ação direta de inconstitucionalidade só pode invalidar o ato normativo. Não pode ela nulificar o ato administrativo, praticado pelo administrador. Ao julgar uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, merecendo aplausos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser descabível esta ação para exigir a expedição de ato administrativo para o exercício de direito.¹⁵

5. Procedimento

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade, o Ministro relator abrirá vistas à Advocacia-Geral da União e ao Ministério Público

¹³ TRF 4ª R - AC 95.04.00514-4 - (AMS) - RS - TP. RJ 215/92.

¹⁴ CPC. art. 480-82.

¹⁵ LEI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - Propositura visando à prática de ato administrativo em caso concreto, cuja omissão ofende preceitos constitucionais. Descabimento. Possibilidade de ajuizamento somente se se objetivar a expedição de ato normativo necessário ao cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado. Seguimento negado.

Inteligência e aplicação dos arts. 102, I, e 103, § 2º, da CF (STF - ADInconst. 19-5- AL - TP - RT 645/184).

Federal (Procurador-Geral da República).¹⁶ Enquanto aquela defende a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, este propugna pela aplicação da Constituição. A manifestação da Advocacia-Geral da União é obrigatória, pouco importando se a lei ou o ato normativo for federal ou estadual. Declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo por ação, caberá ao Senado Federal suspender a sua execução.¹⁷ Na ação por omissão, com a decisão definitiva, ao Poder competente para legislar será dada a ciência para a adoção das providências necessárias; sendo órgão administrativo, ele deverá fazê-lo em trinta dias.¹⁸ Não existindo norma a ser defendida na ação por omissão, a participação da Advocacia-Geral da União não é necessária,¹⁹ não devendo ela ser citada para defender a constitucionalidade de norma inexistente.

6. Efeitos

Ao suspender a execução, o Senado Federal retira a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. A lei inconstitucional seria inexistente, inválida ou ineficaz? A inconstitucionalidade foi reconhecida porque a lei afrontou uma lei maior; em verdade, houve um desrespeito aos limites impostos a todas as leis e atos normativos. Quanto à existência, observe-se que a lei contestada ingressou no ordenamento; por este motivo ela existe. A retirada da eficácia da lei considerada inconstitucional é uma conseqüência da sua invalidação. Conclui-se que a sentença prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a lei ou ato normativo impugnado. Com natureza desconstitutiva,²⁰ a sentença do Supremo tem efeitos *erga omnes*. Na ação por omissão, a sentença poderá ser mandamental ou declaratória. Quando couber ao Executivo complementar a norma constitucional, a sentença será mandamental; agora, será somente declaratória quando a obrigação for do Legislativo.²¹

¹⁶ CF. art. 103, §1º

¹⁷ CF. art. 52, X.

¹⁸ CF. art. 103, § 2º.

¹⁹ STF - ADInscot 23-3 (Questão de Ordem) - SP - TP; Rel. Min. Sydney Sanches. RT 659/205.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...* p. 33.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 56.

7. Estados-Membros

Dentro das limitações da Constituição Federal, os estados da federação possuem constituições próprias.²²

No Judiciário, as ações de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais é de competência do Tribunal de Justiça, perante o qual a ação direta de inconstitucionalidade é processada e julgada.²³ A ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal que afrontar a Constituição Federal deve ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 74, XI, dispõe que compete ao Tribunal de Justiça a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição Federal. Em 20 de março de 1991, refletindo o citado artigo, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu ser competente para apreciar lei municipal transgressora da Constituição Federal.²⁴ Tivesse o Tribunal paulista atentado para o disposto no § 2º, do art. 125, da Constituição Federal, certamente, o respeitável acórdão seria outro; dispõe o parágrafo ut supra que *cabem aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão*. Não bastasse as letras da lei, o Tribunal de

Justiça de São Paulo afrontou a decisão do Supremo Tribunal Federal,²⁵ o qual já havia determinado a suspensão liminar da expressão federal do inciso XI, art. 74, da Constituição Estadual.

A medida cautelar será, também, concedida ou denegada pelo Tribunal de Justiça. A legitimidade ativa tem variado de um estado para outro; por este motivo, a consulta da Constituição Estadual é obrigatória. No Paraná, o Deputado Estadual tem legitimidade para propor a ação;²⁶ em Goiás, o Tribunal de Contas do estado e dos municípios.²⁷ Em geral, são partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Governador de Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Procurador-Geral de Justiça, o Prefeito e a Mesa da Câmara do município quando se tratar de lei ou ato normativo local, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa.

O Procurador-Geral de Justiça deverá ser ouvido previamente. O Procurador-Geral do Estado será citado para defender o texto legal sobre o qual pende a ação de inconstitucionalidade. Reconhecida a inconstitucionalidade, o Tribunal de Justiça comunicará à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal para a suspensão da execução da lei ou do ato normativo.

²² CF. art. 25.

²³ CONSTITUIÇÃO Estadual de São Paulo. art. 74, VI; Constituição Estadual do Paraná. art.101, VII, f; Constituição Estadual de Goiás. art. 46, VIII, a.

²⁴ TJSP - ReprInconst 11.838-0 - TP; Rel. Des. Silva Leme. RT 671/78.

²⁵ STF - ADInconst 374-0 (liminar) - SP - TP - j. 15.8.90; Rel. Min. Moreira Alves. RT 664/189.

²⁶ CE- PR. art. 111, VII.

²⁷ CE-GO. art. 60, *caput*.

Direito de resposta

LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA

SUMÁRIO

1. O poder da imprensa. 2. A propaganda eleitoral. 3. O direito de resposta. 3.1. O direito de resposta como direito fundamental. 3.2. O direito de resposta nas leis eleitorais. 3.3. Requisitos do direito de resposta. 4. Conclusão.

1. O poder da imprensa

A imprensa tornou-se efetivamente um poder. A evolução dos meios de comunicação superou a expectativa do homem e reduziu o mundo a uma aldeia global. As grandes redes de comunicação fazem e desfazem ídolos, constroem e destroem reputações, tudo numa velocidade incontrolável.

As conseqüências desse avanço nas comunicações podem ser positivas ou negativas conforme o uso que se pretende alcançar. No aspecto positivo, destacamos as campanhas filantrópicas, educativas, aquelas utilizadas pelo Ministério da Saúde, etc. No aspecto negativo, ressaltam-se casos como o da Escola Base, em São Paulo, as acusações sem provas, a invasão de privacidade, inclusive através de fotos, etc. Os telejornais arvoraram-se em tribunais que julgam *inaudita altera parte*. Essa ambivalência de efeitos desafia uma conclusão sobre sua finalidade e um disciplinamento mais responsável que tanto assegure o direito à informação quanto o do respeito à pessoa humana.

A ascensão e a queda do Presidente Collor é um exemplo recente que reflete todo o alcance desse poder, que Montesquieu não imaginou que um dia viesse surgir para além da sua divisão tripartida. Os técnicos em comunicação falam no fenômeno de vitimização coletiva, para

indicar as manobras de formação de opinião pública com matérias falsas.

No período eleitoral, a imprensa também tem papel importante, tanto na propaganda oficial como em outras atividades que dificultam o controle pela Justiça Eleitoral. Nesse ponto, a legislação deveria ser mais rigorosa com os infratores e prever uma repressão mais efetiva, pois essa atuação paralela e tendenciosa fere o princípio da isonomia na disputa das eleições, provocando conseqüências imprevisíveis, a ponto de um estudioso do assunto advertir:

“o que existe de mais recente e contemporâneo na relação meios de comunicação/Poder é tão-somente a constatação de que o *abuso de poder da mídia*, em matéria político-eleitoral, tornou-se tão intenso e eficaz, que não seria exagero afirmar que no Brasil de hoje quem *decide* uma eleição é justamente a *mídia*, através dos *abusos de poder* por ela cometidos”(grifos do original).¹

2. A propaganda eleitoral

O início da propaganda eleitoral marca o ponto mais alto da disputa eleitoral. Nessa fase, que às vezes atinge momentos tensos, é que os candidatos expõem seus planos, publicam suas promessas, defendem suas idéias e, com freqüência, atacam seus adversários.

A propaganda atingiu requintes sofisticados de expressão. Dependendo de suas técnicas, os candidatos tidos por impopulares atingem elevados níveis na pesquisa.

A complexidade da propaganda eleitoral, justamente devido ao grau de desenvolvimento que alcançou, exigiu tratamento destacado tanto nas leis eleitorais como em instruções específicas do Tribunal Superior Eleitoral.

A Justiça Eleitoral ressentiu-se de meios mais enérgicos e eficientes para coibir a propaganda que contraria as previsões legais. Mesmo assim, a interferência da Justiça Eleitoral tem evitado os abusos, que a cada eleição se apresentam maiores e mais ofensivos.

Candidatos afoitos não se contentam em esperar o início do período de propaganda. Saem à frente, levando a lei de roldão, pensando que assim vencerão melhor seus adversários.

¹ BARRETO, Lauro. *Escrúpulo & Poder* : o abuso de poder nas eleições brasileiras. Bauru (SP) : Edipro, 1995. p. 91.

Agem mal, prejudicando a si mesmos e contribuindo para retirar da disputa o equilíbrio indispensável para garantia do regime democrático.

A regulamentação rigorosa da propaganda é imprescindível para permitir um tratamento igual para todos os candidatos. É meio ético de assegurar a escolha dos candidatos, de acordo com o livre convencimento de cada eleitor.

3. O direito de resposta

Para reparar o comportamento ofensivo dos candidatos na mídia, criou-se o direito de resposta, verdadeira legítima defesa da honra, assegurada pela lei em benefício dos ofendidos. É um instituto que equilibra a liberdade de imprensa com o direito de cada cidadão ter sua honra preservada.

Consumado o agravo, nasce o direito de resposta, que tem efeito de um desagravo. “A resposta é um desagravo”.²

Difícil se apresenta para o juiz o deferimento do direito de resposta àquele que se diz ofendido em sua honra subjetiva. Até que ponto essa interferência do julgador é permitida? Cretella Júnior, em seus *Comentários*, já citados, leciona:

“Não interessa o conteúdo ou o sentido do artigo, crítico ou elogioso, citando dados exatos ou não, porque o direito de resposta nasce no momento em que alguém é descrito, no artigo, sendo o criticado o único juiz da oportunidade ou conveniência de exercer o direito de resposta, desde que seu nome foi citado”.³

Creio que nesses momentos o julgador deve usar seu tirocínio para aferir essa conveniência, o grau de ofensa, para sentir se ali não está uma mera leviandade, uma honra exageradamente sensível. Especificamente sobre esse problema assim se pronunciou, em voto, o então Ministro Vilas Boas, do TSE:

“Entendo, por isso, que eventuais considerações a propósito desse ou daquele candidato, ainda que mediante linguagem enfática ou mesmo mais dura, mas que se situem dentro de níveis

² CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992. V.1, p. 213.

³ Id., *ibid*.

toleráveis, em campanha eleitoral como a que se trava no momento, não podem ser equiparadas a ofensas, para fins de aplicação do referido preceito.”⁴

Vamos a um exemplo. Um candidato de nome José Murilo é alvo de ironias pelo seu adversário que o trata, no programa eleitoral, por “Zé”. Alterna acusações e críticas com a expressão “e agora, Zé?”. No outro dia, o candidato pede desagravo por considerar o tratamento de Zé como ofensivo à sua honra, pela insistência e tonalidade empregadas pelo adversário. Houve injúria? Seria válido esse julgamento do próprio ofendido sentindo-se injuriado?

Não resta dúvida, diz o mestre Darcy Arruda Miranda, que o juiz da oportunidade, necessidade ou interesse da resposta é o acusado ou atingido pelo escrito que lhe possa ocasionar dano patrimonial ou moral, seja ele pessoa natural ou jurídica, mas – adverte o autor – esse direito não é indiscriminado nem absoluto, como pretende Chassan, porque está condicionado por certas regras cuja inobservância acarretará a sua ineficácia.⁵

Serrano Neves contribui para o esclarecimento do tema com a seguinte lição:

“O direito de resposta, como se percebe, não é um instrumento banal, a serviço de vaidades, melindres, segundas intenções ou discussões sem causa. Há de ser usado com parcimônia e renovada prudência, até mesmo porque, notadamente em relação ao homem público, a imprensa goza, em geral, de maior dose de liberdade. O interesse público, com efeito, reclama dos órgãos de divulgação o exame dos atos e das atitudes de tais individualidades”.⁶

3.1. Direito de resposta como direito fundamental

O direito de resposta mereceu, em nosso ordenamento jurídico, o prestígio de sua constitucionalização, alinhando-se entre os direitos fundamentais da pessoa humana, conforme está no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal:

⁴ JTSE 02/90/143.

⁵ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. T. 2, p. 541.

⁶ NEVES, Serrano. *Direito de Imprensa*. S.P.: Bushatsky, 1972. p. 230.

“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Celso Ribeiro Bastos observa que pela amplitude com que foi tratado o tema, em nossa Constituição, o direito de resposta deve ser assegurado em quaisquer de suas manifestações, seja na imprensa falada, escrita, televisada ou, até, numa assembleia.⁷

Da dicção do texto constitucional percebe-se que o direito de resposta surge de um agravo, notadamente um agravo que atinja a honrabilidade do ofendido, sua auto-estima e sua respeitabilidade na comunidade.

A Constituição da República Portuguesa, ao tratar da liberdade de expressão e informação, assegura o direito de resposta “em condições de igualdade e eficácia” (art.37, n° 4). Nesses termos, aponta para dois fatores intrínsecos ao exercício do direito de resposta: a proporcionalidade e a eficácia da reação, capaz de inibir os efeitos desgastantes à honra, à imagem, ao nome e à reputação do ofendido.

Nessa mesma orientação e como acréscimo à força constitucional do direito de resposta, o artigo 14 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos) traz a seguinte redação:

Art. 14. Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Apenas para informação, esse Tratado foi referendado pelo Congresso Nacional em

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. V.2, p. 46.

novembro de 1992, obtendo, por conseguinte, eficácia em nosso ordenamento legal, *ex vi* do art. 5º, § 2º, da CF.

3.2. O direito de resposta nas leis eleitorais

Nosso Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965) assegura o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado, através da imprensa, rádio, televisão ou altofalante (art. 243, § 3º). Esse direito vem sendo assegurado em todas as “leis do ano” e pelas resoluções do TSE que tratam de instruções sobre a propaganda eleitoral.

A Lei nº 9.100, de 29.9.95, traz em seu artigo 66 a previsão geral sobre o direito de resposta:

Art. 66. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

A comparação desse texto com o da Lei nº 8.713, de 30.9.93, que regulamentou as últimas eleições, constata um aperfeiçoamento em sua redação e alcance. No art. 68 da referida lei, lia-se o seguinte:

“A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o exercício do direito de resposta ao partido, coligação ou candidato atingidos por afirmação caluniosa, difamatória ou injuriosa praticada nos horários destinados à programação normal das emissoras de rádio ou televisão.”

A normatização atual ampliou o alcance do direito de resposta para alcançar inclusive as formas *indiretas* de ofensas, como exibição de imagem ou declarações caluniosas, difamatórias e injuriosas. E mais: alcançou, também, as afirmações “ sabidamente inverídicas, difundidas por qualquer veículo de comunicação social”.

Essas afirmações inverídicas são constantes no período de propaganda eleitoral, com resultados, às vezes, irreversíveis para o candidato prejudicado. A prática de difundir veleidades e versões mentirosas de fatos ocorridos é o ápice da falta de ética no debate eleitoral. É o momento que denota o desespero do candidato que se sente derrotado e apela para os mais sórdidos meios ao seu alcance; é quando a Justiça Eleitoral deveria estar mais alerta e mais

fortalecida para reprimir imediatamente esses abusos.

Voltando ao texto da Lei nº 9.100/95, temos de fazer as seguintes observações: a) o momento inicial da legitimidade para pleitear direito de resposta, como candidato, é a partir da escolha em convenção; b) essa legitimidade se estende aos partidos e às coligações.

Ainda sobre o artigo citado, o que se entende por imagens ofensivas? Acredito que são aquelas capazes de levar o candidato ao ridículo, ou por meio de trucagens, montagens ou alguma cena íntima. A exibição de fotos com comentários desairosos pode atingir o decoro e a reputação de um candidato. Por exemplo, nas últimas eleições, em pleno escândalo dos “anões do orçamento”, a exibição de fotos de candidatos junto a um deles, em confraternização ou intimidades, foi motivo para muitas insinuações, com o objetivo de envolvimento, de comprometimento daquele candidato com o esquema de corrupção.

Ponto delicado que se impõe distinguir, porque freqüente nas campanhas, é a jocosidade (*animus jocandi*) e a ofensa à honra. Às vezes, essa prática denota inteligência arguta no uso de trocadilhos e situações engraçadas de bom gosto. Em outras, entretanto, a pretexto dessa intenção jocosa, o ofensor torna-se maledicente, levando o adversário ao ridículo. E o ridículo, como dizia Nelson Hungria, “ é uma arma terrível, pois uma piada malévola pode destruir toda uma reputação”.⁸ Não devem ser permitidas as piadas de baixo nível, com tons injuriosos, que pretendem ridicularizar o candidato.

A linguagem de uma campanha mostra o nível de seus candidatos, e essa imagem e postura deve ser reclamada pelos eleitores que precisam auferir idéias e projetos dos seus candidatos e não insultos recíprocos.

3.3. Requisitos do direito de resposta

Os requisitos do direito de resposta são determinados pela Lei de Imprensa e pelas leis eleitorais, notadamente as que são promulgadas, no Brasil, para disciplinar as eleições (art. 16 da CF).

Em cada pleito, a jurisprudência e a doutrina vêm avaliando e traçando as balizas do direito de resposta, em contínuo aperfeiçoamento, pois

⁸ NEVES, Serrano. op. cit., p. 209.

se trata de um tema delicado, que deve ser analisado no contexto em que é reclamado.

Uma análise da orientação jurisprudencial, colhida em diversos julgados, fornece-nos as seguintes lições:

a. “a honra tutelada, na espécie, é aquela que tem como referência as qualidades éticas da pessoa” (Min. Octávio Gallotti, JTSE 2/90/155);

b. “Penso que o direito de resposta reveste excepcionalidades que a Corte não pode deixar de considerar, isto é, esse direito só seria de deferir-se quando as acusações assacadas contra qualquer pessoa, candidato ou não, revistam-se de gravidade suficiente para caracterizar uma das três figuras contempladas pelos textos da lei e da Resolução”. (Min. Vilas Boas, JTSE 02/90/143);

c. “Tendo a fala natureza injuriosa, atingindo diretamente a dignidade e a honorabilidade do requerente, é de lhe ser deferido direito de resposta” (Min. Vilas Boas, JTSE 2/90/1611-Res. 15.775);

d. “Caracterizada a ofensa à honra subjetiva do representante, é de lhe ser concedido o pretendido direito de resposta” (JTSE 2/90/172);

e. “Não configurado o teor ofensivo das declarações, nega-se o pretendido direito de resposta” (JTSE 2/90/156);

f. “Reconheço que é bastante contundente a declaração recriminada; como, também, que é chocante a exibição daquela cena de uma pessoa agredida. Mas a campanha não pode ser contida, a ponto de não abranger uma ou outra exacerbação” (Min. Bueno de Souza, JTSE 2/90/160-Res. 15.772);

g. “O indivíduo, quando entregue a uma campanha eleitoral e pedindo a representação popular, não pode entender como ofensa à sua pessoa comentários sobre fatos devidamente publicados por órgãos de imprensa e referidos

por terceiras pessoas. Tais circunstâncias demonstram a posição em que se encontram os candidatos e não se trata de indivíduos com privacidade a ser defendida. Pelo contrário, trata-se de cidadãos que colocam suas vidas ao exame dos eleitores” (Des. Luiz Carlos Santini - TRE-MS, Informativo Eleitoral do TRE/MS nº 3/148).

4. Conclusão

Desde a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (arts. 29 a 36), a garantia do direito de resposta vem merecendo mais atenção e sendo usado com frequência.

Pelo alcance que chegou o poder da imprensa hoje, ratificar o direito de resposta como direito fundamental do cidadão foi uma decisão elogiável dos nossos constituintes.

Exercido prontamente, o direito de resposta pode minorar os abusos que os candidatos e os meios de comunicação cometem em cada pleito.

Ao lado da Lei de Imprensa e, especificamente, a chamada “lei do ano”, em matéria eleitoral, a jurisprudência e a doutrina têm contribuído para estabelecer os requisitos para a concessão do direito de resposta. Esses requisitos giram em torno da necessidade de proteger a personalidade dos candidatos, buscando resguardar sua imagem e evitando prejuízos irreparáveis.

Não pretende a Justiça Eleitoral coibir a liberdade de pensamento dos candidatos, mas garantir os princípios democráticos da disputa eleitoral, cobrando a responsabilidade de cada cidadão para a preservação desses valores.

Não há dúvida de que o direito de resposta é uma defesa legítima a serviço do cidadão para exercê-la, com proporcionalidade à ofensa, sempre que for ofendido em sua honorabilidade.

Inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar nº 70/91

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

O art. 4º da Lei Complementar nº 70/91, que instituiu contribuição social sobre o faturamento para financiamento da Seguridade Social (Cofins), reza que a contribuição mensal devida pelos distribuidores de petróleo e álcool etílico hidratante para fins carburantes, na condição de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o menor valor, no País, constante da tabela de preços máximos fixados para venda a varejo, sem prejuízo da contribuição incidente sobre suas próprias vendas.

Ao nosso ver, o dispositivo sobredito está acoimado de inconstitucionalidade material. Passemos, pois, a apontar as razões desta afirmação.

Propedeuticamente, cumpre destacar que a doutrina mais abalizada reconhece, hodiernamente, a natureza tributária da contribuição social.

E, na trilha desse entendimento, já decidiu o Pretório Excelso:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 158.577-PE (PRIMEIRA TURMA)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello
Recorrente: União Federal - Requerida: Indústria e Comércio Megaó Ltda.

Contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei nº 7.689/88. Natureza jurídica. A questão da lei complementar. Princípio da irretroatividade das leis tributárias. Período-base de 1989. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

- A qualificação jurídica da exação instituída pela Lei nº 7.689/88 nela permite identificar espécie tributária que, embora

Marcelo da Fonseca Guerreiro é Advogado da Petrobrás Distribuidora S.A. e Professor de Direito Constitucional da Faculdade Moraes Júnior-RJ.

não se reduzindo à dimensão conceitual do imposto, traduz típica contribuição social, constitucionalidade vinculada ao financiamento da seguridade social.

- Tributo vinculado, com destinação constitucional específica (CF, art. 195, I), essa contribuição social sujeita-se, dentre outras, às limitações instituídas pelo art. 150, I e III, *a*, da Carta Política, que consagra, como instrumentos de proteção jurídica do contribuinte, os postulados fundamentos da reserva legal e da irretroatividade das leis tributárias.

- Revela-se legítima, por ofender o princípio da anterioridade mitigada a que se refere o art. 195, parágrafo 6º, da Carta Política, a incidência da contribuição social instituída pela Lei nº 7.689/88 sobre os lucros das empresas apurados no balanço encerrado em 31/12/89.”

Por outro lado, reza o art. 155, parágrafo 3º da *Lex Mater*, com a redação que lhe deu a EC nº 3/93:

“Art.155.(*Omissis*).....

Parágrafo 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

Com efeito, o que determina o preceptivo constitucional é que o ICMS, o II e o IE são os únicos tributos incidentes sobre as referidas operações. Nenhum outro imposto ou espécie tributária pode sobre elas recair.

Em comentário ao art. 155, parágrafo 3º, da Carta Magna, preleciona Ives Gandra Martins (texto anterior à EC nº 3/93) que:

“À evidência, a restrição material aos quatro impostos não implica restrição a uma única operação, visto que, pela teoria da não-cumulatividade, o ICMS poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais, tantas vezes quantas forem as operações. A explicitação complementar não deixa de hospedar a exclusão de todos os tributos, entre eles taxas, contribuições sociais incidentes sobre faturamento, inclusive os próprios tributos diretos. À falta de explicitação,

entendo que todos os tributos, sem exceção, estão incluídos” (COMENTÁRIOS à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6, t. 1, p. 517.).

Ademais, a Lei Complementar nº 70/91 preceitua que a Cofins incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (art. 2º). Portanto, o fato gerador da Cofins é auferir faturamento.

Com efeito, no caso dos comerciantes varejistas de combustíveis, o faturamento é a receita bruta das vendas de combustíveis.

Acresça-se, também, que a expressão “operações relativas a combustíveis” contida no art. 155, parágrafo 3º, da CF nada mais significa que a prática de atos jurídicos envolvendo combustíveis.

Dessarte, a imunidade tributária insculpida no art. 155, parágrafo 3º, da Carta Política alberga a impossibilidade de incidência da Cofins sobre o faturamento decorrente das vendas de combustíveis. A uma, porque a Cofins é tributo, e, a duas, porque vender combustíveis corresponde a realizar operações com combustíveis.

Neste momento, impende registrar acórdão do TRF da 5ª Região, Ap. em mandado de segurança nº 45.631-PE (94.05.29259-5), assim ementado:

“Constitucional e tributário. Natureza da contribuição social denominada Cofins. Isenção para as empresas que produzem álcool carburante.

1. O enquadramento das contribuições sociais no capítulo do sistema tributário nacional e a observância, na sua criação, de regras típicas e específicas do tributo, conferiram-nas natureza tributária.

2. As empresas que produzem álcool carburante estão isentas da Cofins, por força do parágrafo 3º, do art. 155 da Constituição.

3. Apelação voluntária e remessa oficial providas.”

Concluindo, a cobrança da Cofins, através da sistemática da substituição tributária, aos comerciantes varejistas de combustíveis é inconstitucional. Com efeito, a imunidade tributária torna inconstitucional a lei que a desafia.

Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*.
3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1971. 598 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito
tributário*. São Paulo : Saraiva, 1993. 374 p.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito*

tributário. São Paulo : Malheiros, 1993. BASTOS,
Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do
Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 6, t. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro
e tributário*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.

TRAIBEL, J. P. Monteiro. *Derecho tributário
moderno*. Montevideo : Fundación de Cultura
Universitária, 1977.

O Presidente da República no sistema presidencialista brasileiro

IRIS ELIETE TEIXEIRA NEVES DE PINHO TAVARES

“Y junto a todas estas magistraturas está la suprema sobre todas, que muchas veces tiene en su mano la decisión final o la implantación de una medida, u ocupa la presidencia de la multitud, donde tiene la sabiduría el pueblo, porque tiene que haber algo que concentre la soberanía del regimen”.

ARISTÓTELES, A *POLÍTICA*, LIVRO VIII, 1322 B.

As atividades pelas quais o governo de um Estado se manifesta são exercidas, segundo a teoria germânica, com Laband e Jellinek, por instituições que se denominam órgãos. Duguit¹, analisando a teoria francesa dos órgãos do estado, parte do princípio de que o órgão verdadeiro, que ele chama de “l’organe direct suprême”, é um corpo que compreende “todos os indivíduos capazes de exprimir conscientemente a sua vontade”, o qual não é, “na verdade, um órgão do Estado; não é nem mesmo um órgão da nação – é a nação enquanto expressão de sua vontade; é o intérprete direto da vontade soberana da nação” (p. 557).

A forma que se encontra para se fazer interpretada a vontade soberana da nação numa sociedade complexa e democrática tem por base a teoria da representação. Num Estado democrático de direito, para a preservação das garantias dos direitos dos indivíduos, acrescenta-se ao processo político-jurídico o fundamento da teoria da separação dos poderes, advinda de Locke e de Montesquieu, a qual prevê que o governo de um Estado se faça por mãos distintas, de tal forma que se evite o mando

Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho Tavares é Mestre e Doutora em Direito Constitucional, Professora Adjunta da UFMG.

¹ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris : Fontemoing, 1928. T. 2, p. 556.

de um só, através de um sistema de equilíbrio de forças para que o poder detenha a si próprio, impondo limites mútuos a seus detentores. O sistema complexo político-jurídico se esquematiza para, através de um processo representativo-eleitoral, instituir uma Assembléia Constituinte que expressa a vontade popular e elabora uma constituição na qual se estruturam os órgãos que exercem o governo. Nesse contexto, estão, de um lado, os representantes da vontade da nação – o Poder Legislativo – e, de outro, os agentes que executam essa vontade – os Poderes Executivo e Judiciário.

O Poder Executivo da União – no caso do Brasil – é exercido pelo órgão Presidência da República, cujo agente, o Presidente da República, é o chefe do Estado e de Governo: Constituição brasileira, art. 76, *verbis*: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.

É comum empregarem-se associadamente as expressões Presidente da República e Poder Executivo. A própria Constituição Federal utiliza, em algumas situações, uma linguagem que engloba os dois conceitos. Exemplos se encontram no texto constitucional. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República (art. 89). O § 1º do art. 90 autoriza o Presidente da República a convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho quando constar da pauta questão relacionada ao respectivo Ministério – idéia que amplia a assessoria solicitada pelo Presidente aos seus auxiliares no exercício de chefia do Poder Executivo. Em sentido inverso, mas com a mesma intenção, o art. 131 estabelece a atribuição da Advocacia-Geral da União quando lhe cabem as atividades de “consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”, o que, é claro, inclui o Presidente da República *uti singuli*. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. A Presidência da República é exercida pelo Presidente. O Presidente da República é sempre o chefe do Executivo, e é daí que advêm as deferências, obrigações e proibições que lhe são impostas ou devidas.

A figura do Presidente da República surgiu com a criação dos Estados Unidos da América. Quando se reuniram em Filadélfia, os autores dos artigos da Confederação, segundo os historiadores americanos², tinham em mente um

sistema de governo extremamente simples, com poderes de proporções tão pequenas que não seria necessário um executivo fora do Congresso e suas comissões. Mas a experiência mostrou logo que um chefe de Executivo nacional era tão necessário quanto os dos governos estaduais, e, quando a convenção de Filadélfia reconstruiu o sistema federal, os principais planos apresentados, embora variando em muitos aspectos, concordaram em considerar um braço executivo distinto. Várias questões foram levantadas.

Uma delas, objeto de vários debates, discutida com grandes dificuldades, foi a decisão a favor de um executivo único ou plural. Alguns dos Estados conviviam já com um único governador, o que trazia as vantagens de unidade, força e concentração de responsabilidade. Ao mesmo tempo, o medo de um executivo tirânico e de tendências monárquicas fez pensar na prescrição de um termo fixo para o governo, na definição dos poderes e na possibilidade de remoção do indicado pelo processo do *impeachment*.

“Se o executivo se tivesse tornado, como alguns membros queriam, somente uma agência para levar a efeito a vontade dos legisladores, a forma plural teria levado a uma forma de governo parlamentar ou de gabinete, à moda inglesa”³.

Tendo optado pela solução não-parlamentarista, os convencionais mostraram tendência para um executivo único que pudesse equilibrar as deficiências de um governo legislativo.

“Os excessos e deficiências do governo legislativo levaram o povo a considerar as instituições executivas que tinha rejeitado antes e a criar um chefe executivo com autoridade adequada para o trabalho”⁴.

Decidiu-se que o Executivo seria um ramo do governo, retirando sua autoridade do povo, e encarregado de muitas tarefas, ao lado de um congresso forte, e cujo poder e responsabilidade estariam postos nas mãos de um único homem.

O título a ser dado ao chefe do Executivo seria o de Presidente. O professor Orlando Carvalho ensina que, ingleses por formação e tradição, os americanos, concebendo um novo

³ *Ibid.*, p. 198.

⁴ CRONIN, Thomas E. *The origin of the American Presidency*. in : THIS Constitution for the USA a Bicentennial Chronicle, 12, 1986.

² OGG, Frederic A. *Introduction to american government*. Colaboração de P. Orman Ray. 2. ed. rev. New York : Century, 1925.

tipo de governante, relegando os privilégios e introduzindo a imagem do Presidente, tinham, mesmo assim, um verdadeiro respeito pela figura do rei e transplantaram, conscientemente ou não, a personificação poderosa do rei para o presidente. Informa terem acontecido discussões sobre a forma pela qual se deveria tratar o Presidente – *His Majesty, the President*, ou, simplesmente, *Mr. President*, tendo sido, evidentemente, adotada a última opção⁵.

Outra questão surgida, que considerava a um tempo a abolição de privilégios e o caráter democrático do novo sistema, foi a do tempo do exercício do mandato. Relegado o sistema monárquico, se a França fundamentou sua democracia na liberdade, os Estados Unidos da América, como o notou Tocqueville, fizeram-na na igualdade. Abolidos os privilégios, a escolha do chefe do Executivo se faria por eleição e por tempo limitado. A primeira discussão resultou na determinação de um período de sete anos de mandato, não se permitindo a reeleição. Discussões posteriores levaram à conclusão de que o Presidente não seria escolhido pelo Congresso, mas por um corpo de delegados, e assim surgiu a possibilidade da reeleição. Ogg e Ray⁶ informam que, ao longo do tempo, a tradição fixou, praticamente, o limite de dois mandatos.

Nos Estados Unidos é tão importante a figura do Presidente como chefe do Executivo que ele se torna inviolável. Não pode ser preso *for any offense, not even murder*; nenhuma corte tem jurisdição sobre ele e de nenhuma forma pode ser restringida sua liberdade. Só pelo processo do *impeachment* pode ser removido e só depois disso lhe pode ser imputado um processo judicial.

A escolha do Presidente é um processo

⁵ Hamilton escreveu no Federalista: (HAMILTON, e JAY. *The Federalist*. Washington : Edward Earl, 1938, p. 322) “The writers against the Constitution... calculating upon the aversion of the people to monarchy, they have endeavored to enlist all their jealousies and misapprehensions in opposition to the intended President of United States... He has been decorated with attributes superior in dignity and splendor of those of the king of Great Britain. He has been shown to us with his diadem sparking on his brow and the imperial purple flowing in in his train”...

⁶ OGG, op. cit., p. 199. Alguns presidentes americanos pretenderam ou chegaram a ser indicados para um 3º mandato, mas não o lograram por motivos vários.

complexo (CONSTITUTION OF USA, section 2, art. 2.). Woodrow Wilson⁷ afirma que a maneira americana de escolher os presidentes é um exemplo marcante da observação de que o povo americano “emenda a Constituição na prática sem emendá-la constitucionalmente”. (*La manière légale de changer la Constitution est si lente et si pénible que nous sommes contraints d’adopter une série de fictions commodes qui nous permettent de conserver les formes sans obéir labourieusement à l’esprit de la Constitution, qui s’élargira à mesure que la nation grandira*).

A eleição pelo Congresso seria a mais aceita, especialmente por aqueles que consideravam o Presidente um mero agente de execução das leis, com preponderância do Legislativo. Vingava, entretanto, a idéia de que deveria haver um equilíbrio de poderes entre Legislativo e Executivo – o que dificilmente ocorreria se o chefe deste fosse eleito por aquele. Esta questão política está diretamente ligada ao sistema de governo e à teoria constitucionalista do Estado democrático de direito, com a separação de poderes. Os convencionais americanos optaram por um plano de eleição pelo povo, não diretamente, mas através de um colégio eleitoral. Cada estado determina um número de eleitores igual ao número de senadores e representantes que têm no Congresso. Assim, segundo Wilson⁸, o Executivo americano é escolhido por uma assembleia representativa e deliberante. Na Inglaterra e na França, a câmara eleitora é a câmara legislativa permanente. Nos Estados Unidos, a câmara eleitora existe só para o fim a que se propôs – ela desaparece assim que o fim é atingido.

O sistema é o de partidos, em que o delegado fica comprometido com seu partido. Um antigo presidente, como conta Edward Corwin⁹, opinou que “um eleitor que votasse contra o seu partido seria objeto de execração e, em tempo de grandes convulsões, poderia ser sujeito a linchamento”. A maneira original pela qual os eleitores do Presidente exercem sua atividade está descrita no parágrafo 3, seção I, artigo II, da Constituição dos Estados Unidos.

⁷ WILSON, Woodrow. *Le Gouvernement Congressionnel*... Paris : V. Giard & E. Brière, 1900.

⁸ WILSON, op. cit., p. 263.

⁹ CORWIN, Edward. *The President : office and powers 1787-1957*... 4. ed. rev. New York : New York University Press, 1957, p. 41.

Corwin, em *The President*, descreve as atividades do Presidente dos Estados Unidos em diversos capítulos ressaltando suas diversas funções como: a) chefe administrativo; b) chefe executivo; c) órgão de relações exteriores; d) comandante em chefe em tempo de guerra; e) líder legislativo e f) instituição. A Presidência institucionalizada é, para Corwin (p. 299 e segts.) a Presidência despessoalizada.¹⁰

Por ocasião da elaboração da constituição francesa de 1848, como nos ensina Michel Troper,¹¹ o sistema escolhido pelos constituintes foi o da separação absoluta. O Presidente da República era investido só da função executiva. Ele não poderia ser demitido, com a ressalva de que a inexecução de leis era um crime do qual a Assembléia poderia acusá-lo. Ele só poderia agir pelos Ministros que, estes sim, poderiam ser demitidos pela Assembléia. Tocqueville caracterizou com essas palavras o poder do Presidente francês: “na esfera do poder legislativo, impotência; naquela que lhe é própria, estreita dependência.” (*apud* Troper, op. cit.)

No Brasil, o perfil do Presidente da República foi influenciado diretamente pelo do Presidente americano. É fato notório que a grande movimentação política ocorrida no fim do Império teve uma conotação muito mais federalista do que, propriamente, presidencialista. Pedro Calmon narra que os estadistas dos meados do século passado, em vista da heterogeneidade das condições econômico-geográficas das províncias do Império, tinham em vista a forma federativa de Estado, como ocorrera nos

¹⁰ Os presidentes americanos, configurando à sua maneira o governo, favoreceram o “culto da personalidade”, dando características próprias à instituição.

O professor Benoit Jeanneau (*Droit Constitutionnel et Institutions politiques*. Paris : Dalloz, 1972) vê no governo uma tendência atual de personificação do poder (p. 77 e segts) “Quelle que soit la forme juridique que revêtu l'exécutif, le pouvoir gouvernemental tend aujourd'hui à se concentrer et à s'exprimer dans une individualité. C'est le phénomène qu'on appelle la personnalisation du pouvoir”.

Ele distingue o poder pessoal ou potência que não conhece limites à sua ação – do poder personalizado, isto é, a individualização da ação governamental, enquanto contida nos limites constitucionais, fenômeno que atribui à propensão natural do público de aspirar a que a autoridade se incarne em uma personalidade.

¹¹ TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : Générale de droit et jurisprudence, 1973. p. 201.

Estados Unidos da América, da qual o sistema presidencialista seria apenas um corolário, já que a centralização é um fato político mais próprio dos estados unitários, como no sistema monárquico. Deve também ser lembrado que o Imperador D. Pedro II era um homem que impunha respeito e era admirado pela maioria dos seus súditos. Foram apenas as contingências políticas, resultado exatamente dos movimentos federalistas, que levaram à sua deposição. Sendo federativa a escolha política, a opção presidencialista foi dela corolário.

O Poder Executivo, que se confundia com o Imperador, foi substituído pelo Poder Executivo, que se confunde com o Presidente da República.

O órgão principal do exercício do Poder Executivo é o Presidente da República. À maneira norte-americana, o caminho utilizado para se estabelecer a relação Executivo/presidente da República com o Poder Legislativo foi o da democracia dos poderes autônomos. Pontes de Miranda aponta as linhas mestras dos poderes do Presidente da República.¹²

a) “O Presidente da República deve ter o poder da ordenação política da nação, não exclusivo, mas em sistema que não exclua a ordenação política da função integrativa da Justiça constitucional nem a vigilância da Assembléia quanto à lei fundamental” – poder que dá a tônica, tantas vezes observada na evolução do sistema presidencialista brasileiro, da supremacia do Executivo, justamente pela força política de que se investe;

b) “O Chefe de Estado precisa ter o poder de intervenção nas coletividades interiores e de ação emergencial (estado de sítio, suspensão das garantias constitucionais)” – o primeiro deles, pilar e garantia do Estado federal “*punctum dolens* do Estado federal, onde se entrecruzam as tendências unitaristas e as tendências desagregantes”¹³, e o segundo, a garantia das instituições jurídicas em “situações que indicam a necessidade da instauração da correspondente legalidade de execução (extraordinária) para fazer frente à anormalidade manifestada”¹⁴ – sempre com base na Constituição;

c) “O Poder Executivo, através de seus

¹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. T. 2, p. 267.

¹³ MIRANDA, op. cit., t. 2, p. 200. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 417.

¹⁴ SILVA, J. Afonso, op. cit., p. 640.

órgãos, deve deliberar sobre matérias cuja cognição lhe seja permitida decidir administrativamente, em caso de controvérsia, se a lei lhe atribui tal competência” – o que não exclui a posição do Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988;

d) “O Poder Executivo teria função precípua de administrar”. A função administrativa implica, muitas vezes, a adoção de medidas graves e imperiosas para a consecução de seus objetivos. Para favorecer o exercício da função administrativa, a Constituição brasileira de 1988 inclui em seu texto a adoção de medidas provisórias com força de lei, em caso de relevância e urgência (art. 62). Paradoxalmente, as medidas provisórias inserem-se no domínio da atividade normativa do Poder Executivo, a que se refere Mortati, caracterizando o exercício da legislação governamental, que Burdeau qualificou de “fenômeno geral e irreversível”, conforme ensina Raul Machado Horta¹⁵.

Pelo que se deduz deste contexto de atividades, o Poder Executivo, independente, partilha harmoniosamente, nos moldes da Constituição brasileira, (art. 2º) as funções com os demais poderes¹⁶.

A legitimação jurídica do primeiro chefe do executivo republicano brasileiro – o Chefe do Governo Provisório Marechal Deodoro da Fonseca – foi feita através da Proclamação do Governo Provisório de 15 de novembro de 1889: “para comporem este governo, enquanto a nação soberana, pelos seus órgãos competentes, não proceder à escolha do governo definitivo, foram nomeados pelo chefe do poder executivo da nação os cidadãos abaixo mencionados”, cujo primeiro signatário é o próprio Marechal.

A primeira referência ao Presidente da República encontra-se no capítulo I, *Do Presidente e do Vice-presidente*, da seção II da Constituição de 1891, cujo art. 41 diz: “exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brazil, como chefe electivo da nação”. No constitucionalismo brasileiro, a eleição direta do Presidente da República, vedada a reeleição para o próximo período, consta dos textos constitucionais de 1891, 1946

¹⁵ HORTA, Raul Machado. *Estudos do direito constitucional*. Belo Horizonte : DelRey, 1995. p. 573.

¹⁶ MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'Etat* : spécialement... Paris : Recueil Sirey, 1920.

e 1988. Exceções ocorreram em momentos de crise, de que é exemplo a constituição de 1934. O artigo 52, § 1º, estabelece a eleição presidencial por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos. Entretanto, o art. 1º das Disposições Transitórias estabelece a eleição do Presidente, para o primeiro quadriênio constitucional, pela Assembléia Nacional Constituinte.

A Constituição de 1937, cuja característica predominante foi inserir-se na categoria que Loewenstein chama de *nominal*, torna-se numa Constituição normativa no que se refere ao Presidente da República: ele é considerado a autoridade suprema do Estado (art. 73); entre suas prerrogativas está a de indicar um dos candidatos à presidência (art. 75, a); ele participa do Poder Legislativo que é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho de Economia Nacional e do Presidente da República (art. 38), além de que uma das câmaras das quais se compõe o Parlamento – o Conselho Federal (art. 38, § 1º) – é composta por membros dos quais dez são nomeados pelo Presidente da República (art. 50); a decisão de tribunal que declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República, os quais, a juízo deste, sejam considerados necessários, poderá ser, por ele, submetida novamente ao Parlamento e, se aprovada, tornada sem efeito.

A eleição presidencial se faz através de um colégio eleitoral composto dos eleitores que o art. 82 e parágrafo determinam. Como o próprio texto constitucional declara o país em estado de emergência, nem mesmo estas eleições ocorreram. (O art. 186 que declara o estado de emergência só foi revogado pela Lei Constitucional nº 16, de 30 de novembro de 1945.)

Nova exceção à eleição presidencial direta estabelecida pela Constituição de 1946 ocorreu com o Ato Institucional nº 1, de 10.4.64, cujo artigo 2º determina a eleição de presidente e vice-presidente pela maioria absoluta dos membros do Congresso, além de conferir ao Presidente muitos outros poderes. Esse AI estabelece a data para nova eleição presidencial em 1965.

O Ato Institucional nº 2 (art. 26) marca nova data para a primeira eleição presidencial e estabelece a inelegibilidade do então Presidente para a mesma função.

Na vigência da Constituição de 1946, em período de turbulência política, a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, instituiu o sistema parlamentar de governo,

atribuindo o Poder Executivo ao Presidente da República e ao conselho de Ministros, cabendo a direção e a responsabilidade política do governo a este último. O Presidente da República seria eleito pelo Congresso Nacional e teria atribuições de chefe de Estado. Esta emenda nº 4 foi revogada pela de nº 6, de 23.1.1963, que restabeleceu o sistema presidencial.¹⁷

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (arts. 76 e 74, respectivamente), determinam a eleição através de um colégio eleitoral composto de membros do Congresso e das Assembléias Legislativas dos Estados.

A Constituição Federal de 1988 retoma a eleição direta como forma de exercício da soberania popular, exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto (art. 14). A eleição se faz simultaneamente com a do vice-presidente, o que pretende evitar dissensões entre ambos, gerando um colapso na linha política, caso venha o vice-presidente a governar (art. 77 e parágrafos). A eleição é direta, em que pese a mordacidade do comentário de Carlos Maximiliano¹⁸.

“Nos países de regime presidencial, em que a divisão de poderes mais se aproxima do modelo clássico, o Executivo é eleito pelo povo, ao menos na aparência. Na prática, é o Presidente escolhido pelos chefes do partido dominante nos grandes estados da federação”.

Em verdade, nos sistemas eleitorais vigentes, a escolha dos nomes se faz através de *lobbies* os mais variados, inclusive econômicos, no momento das convenções partidárias. A fase seguinte – a da congregação do eleitorado em torno desse nome – corre por conta da “mídia” e do peso político do partido.

O mandato presidencial é de 4 anos, exceções feitas em 1937, em que a Constituição estabeleceu um mandato de 6 anos; em 1946, 5 anos; em 1969, em que a Emenda Constitucional nº 1 determinou o prazo de 5 anos; e em 1988, cujo prazo de 5 anos foi revogado pela Emenda

¹⁷ Foram eleitos indiretamente os Presidentes Getúlio Vargas (legitimação do 1º mandato), Castello Branco, Costa e Silva, Garrastazu Médici, Ernesto Geisel, Tancredo Neves, com o vice José Sarney.

¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 197. Nota de pé de página, acompanhada de referência à eleição indireta.

Constitucional nº 5/1994.¹⁹

A condição de elegibilidade do Presidente da República está exposta no art. 14, quando da aquisição plena dos direitos positivos políticos. Segundo alguns autores brasileiros, a maioria política se faz, no Brasil, em escalas e sua perfeição é atingida somente aos 35 anos de idade – época em que a Constituição admite a candidatura à Presidência da República: “O candidato há de ter a idade mínima no dia em que se faz a eleição”²⁰.

Só se admite a candidatura de brasileiro nato. Os doutrinadores exploram a idéia de que um cidadão naturalizado traria muitos vínculos que o ligariam à sua terra de origem, o que o poderia tornar dividido em situações de conflito. A história mostra a aversão muitas vezes demonstrada a reinantes estrangeiros. A própria literatura do Império confirma a forma reticente pela qual era vista a possível ascensão ao trono da Princesa Isabel, herdeira legítima de D. Pedro II, por causa de seu casamento com o Conde d’Eu, francês de origem.

Por esse motivo, só podem ser, também, brasileiros natos o Vice-Presidente, o Presidente da Câmara de Deputados, o Presidente do Senado Federal e os Ministros do Supremo Tribunal Federal. É nessa ordem que estas autoridades substituem o Presidente da República, no caso de ausência, ou de vacância da presidência (artigos 79, 80). Não há restrições à eleição de deputados e senadores naturalizados. Eles apenas não podem concorrer à presidência das respectivas casas, pois o presidente delas poderá, eventualmente, substituir o Presidente da República. Quanto aos Ministros do STF, exercem eles a presidência do Tribunal em rodízio e qualquer um deles pode estar em exercício no momento em que se fizer necessário chamá-lo para ocupar a cadeira presidencial.

Presentes as condições de elegibilidade expostas no art. 14 da Constituição federal, algumas situações especiais tornam inelegíveis os candidatos à Presidência.

“As inelegibilidades têm por objeto proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de

¹⁹ Cfr. Constituição de 1891, art. 43; 1934, art. 52; 1937, art. 80; 1946, art. 82; 1967, art. 75; 1969, art. 74, alterado pela Emenda Constitucional nº 2/1972; 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 5/1994.

²⁰ MIRANDA, op. cit., t. 3, p. 278.

função, cargo ou emprego na administração direta e indireta”.²¹

Estão elas previstas nos parágrafos 4º a 7º do mesmo artigo.

São inelegíveis para a função de Presidente da República os analfabetos e inalistáveis – no caso específico, os privados dos direitos políticos somente; os possíveis candidatos à reeleição; os que tenham exercido a função de presidente até seis meses antes do pleito; os cônjuges ou parentes do Presidente ou de quem o tenha substituído dentro de seis meses anteriores ao pleito.

Por outro lado, o Presidente da República em exercício poderá concorrer a outro cargo eletivo, mas, para fazê-lo, deverá desincompatibilizar-se até seis meses antes das eleições. A desincompatibilização se faz por renúncia anterior ao registro da candidatura. O cônjuge ou parentes consanguíneos ou afins até o 2º grau ou por adoção do Presidente da República, não sendo titulares de mandato, não podem pleitear eleição para cargo ou mandato algum (art. 14, § 7º).²²

A vacância da Presidência resulta de não-aceitação do cargo, renúncia, morte, pronúncia ou condenação em processo comum ou de responsabilidade, abandono de funções, saída do território nacional sem licença das câmaras por tempo maior que o determinado, suspensão de direitos de cidadão brasileiro, incapacidade física incurável durante o mandato ou demora excessiva de tomada de posse. Outras hipóteses poderão ser verificadas pelo Congresso Nacional, que é o órgão competente para declarar vago o cargo de Presidente da República.²³ Ocorrendo a vacância da Presidência e da Vice-Presidência, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga; se ocorreu nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita pelo Congresso Nacional, na forma da lei (art. 81 e parágrafos).

Investido do poder de ordenação política da nação, é de suprema importância a atividade normativa do Poder Executivo, sobre a qual se encontra ampla bibliografia, e que o Presidente da República realiza através da iniciativa dos projetos de lei, do poder de veto e da sanção, da promulgação e publicação das leis, atividades

²¹ SILVA, op. cit., p. 334.

²² Lei de Inelegibilidades: Lei Complementar nº 64 de 18/5/90.

²³ MAXIMILIANO, op. cit.

que, na complexidade de suas relações com o Poder Legislativo, constituem fases do processo legislativo, ao lado da emissão de medidas provisórias e da competência delegada para elaboração de leis.

O “poder legiferante” do Presidente da República se faz por meio de:²⁴

- iniciativa das leis;
- sanção ou veto;
- promulgação e publicação das leis;
- poder regulamentar;
- leis delegadas;
- medidas provisórias.

Machado Paupério²⁵ vê na Constituição de 1967/69 a possibilidade de iniciativa do Presidente da República nos projetos:

“a) de emendas à Constituição; b) de leis ordinárias; c) em caráter exclusivo, de leis que disponham sobre matéria financeira, criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou despesas públicas; fixem ou modifiquem efetivos das Forças Armadas; disponham sobre servidores públicos da União, concedam anistia a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional”.

A Constituição de 1988 eliminou a referência à anistia e aos crimes políticos, mantendo a competência privativa do Presidente da República para conceder indultos e comutar penas (art. 84, XII), o que se constitui uma excepcional prerrogativa do Presidente da República de interferência nas atividades do Judiciário. Trata-se de ato administrativo do Executivo que tem o condão de modificar a decisão do Judiciário extinguindo ou comutando penas impostas em sentenças transitadas em julgado – modificações que, concedidas, o juiz deve declarar.

Entre as formas de participação do Presidente da República no processo legislativo, ao lado da iniciativa dos projetos de lei, está o veto ou negação da sanção.

“Quanto ao veto, que representou inicialmente a diminuição do poder da coroa quando se desenvolvia o poder parlamentar, é, em toda parte, válido e faz

²⁴ GIL, Otto. O poder legiferante do Presidente da República. *Revista jurídica*, v. 18, n. 120, p. 23-54, jan./mar. 1973. Com referência aos decretos-leis, anteriores às medidas provisórias.

²⁵ PAUPÉRIO, Machado. Relações entre o poder legislativo e executivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 17, n. 67, p. 111-118, jul./set. 1980.

parte da mecânica de freios e contrapesos constitucionais; apesar de extinto no seu país de origem, a Inglaterra, do mesmo modo que na França, a partir de 1845” (p. 114).

O veto tanto pode basear-se em motivo de ordem constitucional quanto em razões de conveniência ou interesse público, caso em que deverá ser autorizado expressamente pela Constituição.

Hamilton, ao defender a conveniência do veto, afirma que o poder de vetar conferido ao Presidente

“não só serve de defesa ao executivo como também fornece garantia adicional contra a decretação de leis inconvenientes. Estabelece o controle salutar sobre o poder legislativo (...) O motivo primordial para conceder-se ao executivo o poder em questão consiste em capacitá-lo a defender-se e, em seguida, aumentar as probabilidades a favor da comunidade contra a aprovação de leis más em virtude de pressa, inadvertência ou intenção”.²⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁷ considera ser o veto a recusa da sanção.

“É a manifestação de discórdia do Presidente da República em relação ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional. Há de ser sempre expresso e motivado. Tem efeito meramente suspensivo. Para alguns, o veto não é apenas a contrariedade da sanção – é a negação da sanção, que só existe porque ela, a sanção, existe”.

O poder regulamentar, ainda segundo Machado Paupério, instituído na França sob o consulado, tem sido objeto de uso e abuso. O Executivo vem fazendo crescer tal poder, implícito, segundo alguns, em suas atribuições. Entende-se, hoje, constitucional a delegação de funções regulamentares, necessárias à execução das leis, só vedada em casos penais.

A Constituição Federal de 1988 faz referência expressa ao Presidente da República 46 vezes no texto e mais 6 vezes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O Presidente da República recebe, deles, atribuições e deveres vários, como:

²⁶ ROSA, Mauro Andrade. O veto nos estados presidencialistas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 89, p. 139-168, jan./mar. 1986.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 2, p. 28.

Conferir patentes aos oficiais das Forças Armadas (art. 42). prestar compromisso frente ao Congresso Nacional e convocá-lo extraordinariamente (art. 57); apresentar contas para serem apreciadas anualmente pelo Legislativo, auxiliado pelo TCU (arts. 71-166); escolher um terço dos Ministros do Tribunal de Contas, com aprovação do Senado Federal (art. 73); tomar posse em sessão do Congresso Nacional (art. 78); exercer atividades de competência exclusiva (art. 84); autorizar atos de atribuição dos Ministros de Estado e apreciar-lhes os relatórios (art. 87); aconselhar-se com o Conselho da República (art. 89) e com o Conselho de Defesa Nacional (art. 91); convocar Ministros para participar das reuniões do Conselho da República (art. 90); escolher integrantes da lista para compor o quinto constitucional nos Tribunais (art. 94); ser julgado pelo STF e ter julgados por ele os mandados de injunção cuja norma regulamentadora for de sua competência (art. 102); propor ação de inconstitucionalidade (art. 103); nomear Ministros de Tribunais (arts. 104, 107, 111, 119, 123), Procurador-Geral da União (art. 128) e Advogado-Geral da União (art. 131); decretar estado de defesa (art. 136) e solicitar autorização para decretar estado de sítio (art. 137); comandar as Forças Armadas (art. 142).²⁸

Rousseau, referindo-se aos legisladores, afirmou que “seriam precisos deuses para dar leis aos homens”. Considerando-se a complexibilidade das funções e o muito que se espera de um Presidente da República, seria necessário um “super-herói” para esta função? Woodrow Wilson já se referia às dificuldades que se encontram para escolher e eleger um homem: ele é julgado por suas habilidades anteriores entre as quais nunca (ou quase nunca) está o supremo governo de seu Estado. “Jackson foi eleito porque ganhara a batalha de Nova Orleans; Washington era um soldado; Monroe era diplomata”.²⁹ Deodoro da Fonseca, um soldado, Getúlio Vargas, um caudilho; Fernando Henrique, um professor. O fato de alguns deles terem exercido anteriormente funções legislativas, se ajuda, não os torna administradores.

²⁸ Os seguintes artigos referem-se nomeadamente ao Presidente da República.: 12, § 3º; 14, §§ 3º, 5º, 6º, 7º; 42; 48; 49; 51; 52; 57, §§ 5º, 6º; 60; 61; 62; 63; 64, § 1º; 66, §§ 1º, 3º, 5º, 7º; 68; 71; 73; 76; 77, §§ 1º, 2º, 3º; 78; 79; 80; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 89; 90; 91; 101; 102; 103; 104; 107; 111; 119; 123; 128; 131; 136; 137; 142; 166, § 1º e no ADCT: 1º; 4º; 9º; 13, § 3º; 16; 29.

²⁹ WILSON, op. cit., p. 272.

Ao mesmo tempo, bons administradores nem sempre são hábeis políticos e ao Presidente da República cabe a ordenação política da nação. As ocupações do Presidente elevam-se muito além da simples rotina; têm que estar em harmonia com o plano geral da Constituição e em consonância não apenas com as necessidades atuais, mas com os prognósticos de realização do Estado que governa.

“A administração é uma coisa que os homens são obrigados a aprender, eles não nasceram para brilhar nessas funções (...) Nós somos levados a crer que todo homem razoável e enérgico pode fazer de repente, sem preparação, o trabalho do

legislador ou do administrador” (p. 276).

Wilson sugeriu que seria melhor escolher os presidentes entre aqueles que já se houvessem experimentado em governos de Estados ou em cargos administrativos inferiores. E mais: que se fizesse a escolha de seu secretariado (ou Ministério) competente, que lhe servisse de apoio eficiente e profícuo.

Muito antes, a sofocracia de Platão já pretendia que o governante fosse sábio, ou, pelo menos, se cercasse de sábios.³⁰

A Constituição traça-lhe o perfil político-jurídico. A experiência e formação do homem não se incluem no campo que ela delimita.

³⁰ PLATÃO. *A República*. Introdução Robert Baccon. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1965. p. 30.

Os conselhos de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa

RUBENS PINTO LYRA

SUMÁRIO

1. A Constituição Federal e a democracia participativa. 2. Os conselhos estaduais de direitos do homem e do cidadão: conselhos da cidadania ou conselhos do Governo? 3. A questão da autonomia nos colegiados da democracia participativa. 3.1. Teses conflitantes sobre a paridade. 3.2. A composição dos conselhos estaduais de cidadania. 4. Os conselhos estaduais de direitos humanos de São Paulo e da Paraíba: uma análise comparativa.

1. A Constituição Federal e a democracia participativa

É consabido que um dos aspectos mais inovadores, do ponto de vista da democracia, introduzido pela Constituição Federal (CF) de 1988, reside na “participação direta e pessoal da cidadania nos atos de Governo”¹. Esta se fundamenta no art. 1º, parágrafo único, da Lei Maior: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição”.

Antes do processo constituinte, somente o Judiciário admitia, ainda que excepcionalmente, a participação direta do povo no exercício da jurisdição, fosse através do júri popular, fosse

¹ A escolha dos juízes classistas é considerada uma manifestação de democracia direta pelo doutor Paulo Guimarães Leite, Ouvidor Público de Campinas, no seu artigo *Aprimorando a Democracia* (São Paulo : mimeo, 1995. 4 p.), do qual retirei valiosas indicações para esta pesquisa. Todavia, no caso acima referido, trata-se de uma forma de participação propriamente corporativa, que se diferencia qualitativamente do direito de “participação da comunidade” com vistas à preservação do interesse público, a que aludimos na seqüência deste trabalho.

Rubens Pinto Lyra é Doutor em Direito, na área de Política, pela Universidade de Nancy (França). Professor de Teoria Política do Mestrado em Ciências Sociais e do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Presidente do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (CEDDHC) e 1º Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ouvidores (ABO).

mediante a escolha, por entidades representativas de empregadores e empregados, de juízes classistas (CF, arts. 11, § 1º e 113).²

A partir de 1988, a Justiça abre-se mais efetivamente à participação da cidadania, com a ampliação do objeto da ação popular, que passa a compreender não somente a defesa do patrimônio público, mas também a da moralidade administrativa, a do meio ambiente e a do patrimônio cultural. Já no Legislativo a participação direta do cidadão na formação da lei veio a se concretizar, destacadamente, através da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo (CF, art. 14, I e II, c/c o art. 49, V, art. 14, III, c/c o art. 61, § 2º).

Todavia, é no âmbito do Poder Executivo que as inovações alcançam maior amplitude e profundidade. A Constituição Federal contém vários dispositivos que fazem menção expressa à “participação da comunidade” na gestão pública, notadamente na área da saúde (CF, art. 198, III), da seguridade social (CF, art. 194, VIII), da política agrícola, “envolvendo produtores e trabalhadores rurais” no seu planejamento e execução (CF, art. 187, *caput*), e da assistência social, onde se estabelece, de forma específica, a participação da população “por meio de organizações representativas” na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (CF, art. 204, II).³

O Estatuto da Criança e do Adolescente talvez seja a primeira lei a atribuir à cidadania o exercício direto da gestão pública. Esta, aliás, cabe-lhe com exclusividade no caso dos conselhos tutelares, órgãos mais importantes previstos no estatuto, conforme o disposto no seu art. 132:

“Em cada Município, haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar, composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução⁴.”

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1995. 820 p.

³ BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil* : artigos. São Paulo : Atlas, 1988. 180 p.

⁴ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. João Pessoa : Defensoria Pública do Estado da Paraíba, 1995. 140 p.

2. Os conselhos estaduais de direitos do homem e do cidadão: conselhos da cidadania ou conselhos do Governo?

A Constituição do Estado da Paraíba (CE/PB), promulgada conforme os princípios da Constituição Federal de 1988, tem como escopo “instituir uma ordem jurídica autônoma para uma democracia social participativa” (CE/PB, Preâmbulo, 1988). Inspirado nesta concepção de democracia, foi criado o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (CEDDHC)

“ao qual incumbe articular as ações da sociedade civil organizada, defensora dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, com as ações desenvolvidas nessa área pelo Poder Público Estadual” (CE/PB, art. 75 do Ato das Disposições Transitórias, 1989).⁵

Já o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe) ficou estruturado com base no art. 10 da Constituição do Estado de São Paulo (CE/SP), o qual determina que este Conselho

“será criado por lei com a finalidade de investigar a violação dos direitos humanos no território do Estado, de encaminhar as denúncias a quem de direito e de propor soluções gerais a esses problemas” (CE/SP, 1989).⁶

Esses dois Conselhos são os únicos, até agora, no país, a funcionarem de forma independente do Governo, tendo na sua composição a presença hegemônica de órgãos e entidades, públicos e privados, independentes do Poder Público estadual e diretorias eleitas pelos conselheiros. Isto porque a maior parte da “classe política” e, por vezes, membros do Poder Judiciário demonstram total incapacidade de aceitar, na prática, os princípios da democracia participativa. Não admitem que a gestão governamental possa ser fiscalizada e politicamente monitorada por um órgão independente.

Assim, mesmo os conselhos com essas características, que lograram aprovação, tiveram que enfrentar dificuldades para garantir o seu funcionamento. No caso do Conselho

⁵ PARAÍBA. Constituição. *Constituição do Estado da Paraíba* : preâmbulo e artigos. João Pessoa : Assembléia Legislativa da Paraíba, 1989. 193 p.

⁶ SÃO PAULO. Constituição. *Constituição do Estado de São Paulo* : artigos. São Paulo : IMESP, 1989. 48 p.

Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (CEDDHC) da Paraíba, foi necessário “recriá-lo”, através da Lei estadual nº 5.551, de 15 de janeiro de 1992, e finalmente instalá-lo em 26 de março do mesmo ano.

Porém, já instalado e com um ano de funcionamento, o CEDDHC teve o livre exercício de seus poderes de fiscalização obstado pelo Juiz das Execuções Penais de João Pessoa, que pretendeu condicionar o acesso de seus integrantes às dependências do sistema penitenciário à sua autorização prévia.⁷ Foi preciso aguardar cinco meses para que esta pretensão arbitrária, consubstanciada em portaria, fosse sepultada por meio de despacho administrativo do Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Este reconheceu, em 20 de agosto de 1993, ser direito incontestável dos conselheiros do CEDDHC terem livre acesso a qualquer unidade ou instalação pública estadual para a realização de vistorias, exames ou inspeções.⁸

É interessante sublinhar que a exigência destas prerrogativas constituiu, e não por acaso, o pivô da disputa entre o Governo de São Paulo e as entidades da sociedade civil paulista que estiveram na origem da criação do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe).

Com efeito, a Lei estadual nº 7.576, de 27 de novembro de 1991, foi aprovada com três artigos vetados, entre os quais o que garantia

“acesso (ao Condepe) a todas as dependências de unidades prisionais estaduais e estabelecimentos destinados à custódia de pessoas, para o cumprimento de diligências”.⁹

Não obstante, o ponto de vista das entidades de direitos humanos acabou por prevalecer, mediante a aprovação da Lei estadual nº 8.032, de 28 de setembro de 1992, que contém precisamente os três artigos anteriormente vetados.¹⁰

⁷ PARAÍBA. Poder Judiciário. 7ª Vara Privativa das Execuções Penais. Portaria 1/93, de 18 de março de 1993. João Pessoa, 1993.

⁸ PARAÍBA. Poder Judiciário. Corregedoria-Geral de Justiça. Despacho Administrativo do Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça, de 20 de agosto de 1993. João Pessoa, 1993.

⁹ SÃO PAULO. Lei estadual nº 7.576, de 27 de novembro de 1991. Cria o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e dá providências correlatas. *Diário Oficial* (do Estado de São Paulo), São Paulo, 101 (225), 28 nov. 1991.

¹⁰ SÃO PAULO. Lei estadual nº 8.032, de 28 de setembro de 1992. Altera a Lei nº 7.576, de 27 de setembro de 1991. Legislação, São Paulo, set. 1992. 3 p.

As resistências aos conselhos de direitos humanos independentes do Poder Executivo se manifestaram também na indiferença e velada hostilidade com que o seu funcionamento foi recebido pelas autoridades estaduais.

No caso da Paraíba, meses após a instalação do CEDDHC, a sua direção nada havia obtido junto à Secretaria de Justiça e Cidadania e ao Governo, faltando-lhe sede, móveis, telefone e recursos financeiros. Somente um ano após a sua instalação, graças à “teimosia” de seus dirigentes, foi possível obter condições materiais que tornassem viáveis as suas atividades.¹¹

Estes dois Conselhos – o da Paraíba e o de São Paulo – conseguiram superar os obstáculos iniciais e conquistar credibilidade e respaldo para as suas iniciativas. Permanecem, todavia, sendo os únicos do país a serem estruturados de modo a garantir que a sua atuação se faça de forma independente do Poder Executivo.

A resistência dos políticos conservadores à criação de conselhos estaduais com essas características determinou, em Sergipe, a rejeição, em duas legislaturas, do projeto do Deputado Renato Brandão¹². Alegou-se – erroneamente – que seu projeto estaria contemplado na proposta do Poder Executivo, referente à criação do Conselho Estadual de Defesa da Comunidade (CEDC) – já transformado em lei.¹³

Ora, este Conselho, presidido pelo Governador do Estado, é composto de uma maioria de órgãos públicos sem vínculo com a sociedade civil. Além do mais, não conta com a participação de entidades de direitos humanos (esta expressão nunca é, aliás, empregada no texto proposto). Além de independência, carece de eficácia, visto que não dispõe, como os Conselhos da Paraíba e de São Paulo, do poder de fiscalização dos órgãos integrantes da administração pública do Estado.

A inocuidade do CEDC contrasta com os poderes conferidos pela Constituição do Estado de Sergipe (art. 133, § 1º) ao Conselho Estadual de Defesa da Pessoa Humana, *in verbis*:

¹¹ PARAÍBA. Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (CEDDHC). *Mensagem da Presidência aos Conselheiros do CEDDHC*. João Pessoa, 5 de julho de 1992.

¹² BRANDÃO, Renato. *Anteprojeto de Lei nº 102/93 de 4 de agosto de 1993*. Aracaju: Assembléia Legislativa, 1993.

¹³ SERGIPE. Lei estadual nº 3.641, de 3 de agosto de 1995.

“No exercício de suas funções, e a fim de bem cumprir suas finalidades, o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana terá poderes de polícia administrativa, de convocar pessoas e de ordenar perícias”.¹⁴

Obedecendo ao mesmo diapasão oficialista, foram criados, em 29 de dezembro de 1987, o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos em Minas Gerais e, em 27 de março de 1995, no Paraná, o Conselho Permanente de Direitos Humanos. Este, apesar de composto paritariamente por entidades, órgãos governamentais e não-governamentais (ONGS), é presidido pelo Secretário de Justiça e da Cidadania, o que, associado ao voto de qualidade conferido ao Presidente, subordina o seu funcionamento ao Governo.¹⁵

Já o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos de Minas Gerais tem a sua sujeição ao Poder Executivo estampada na própria lei que o criou. Esta, no seu artigo primeiro, qualifica o referido conselho de “órgão consultivo subordinado à Secretaria de Estado da Justiça”.¹⁶

Subordinação confirmada pelo seu Regimento Interno, aprovado em 27 de julho de 1994, ao estipular que o presidente e a maioria de seus componentes são de livre escolha do Governador do Estado. Por fim, nulo é o poder de fiscalização desse conselho, já que todas as inspeções, visitas e diligências que pretenda efetuar nos estabelecimentos públicos estão sujeitos “à prévia autorização dos titulares a que estão subordinados”.¹⁷

Dentro do mesmo padrão de dependência em relação ao Governo, foi criado, em 16 de dezembro de 1994, na Bahia, o Conselho Estadual de Proteção aos Direitos Humanos.

¹⁴ SERGIPE. Constituição. *Constituição do Estado de Sergipe*: artigos. Aracaju: SGRAF, 1989. 134 p.

¹⁵ PARANÁ. Lei estadual nº 11.070, de 27 de março de 1995. *Diário Oficial* (do Estado do Paraná), Curitiba, n. 4.476, p. 2-3.

¹⁶ MINAS GERAIS. Lei estadual nº 9.516, de 20 de dezembro de 1987. Transforma em Secretaria de Estado da Justiça a Secretaria de Estado de Interior e Justiça, cria o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos e dá outras providências. *Legislação* (do Estado de Minas Gerais), Belo Horizonte, p. 612, dez. 1987.

¹⁷ MINAS GERAIS. Poder Executivo. Decreto nº 35.661, de 27 de Junho de 1994. Aprova o Regimento Interno do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos. *Diário do Executivo*, Belo Horizonte, p. 4, 16 jul. 1994.

Com efeito, o art. 3º da lei que o criou preceitua que “o Secretário de Justiça o presidirá”. Além do mais, dos treze integrantes que o compõem, somente cinco são indicados por entidades de sociedade civil, embora os órgãos do Governo estadual sejam minoritários no Conselho.

Enfim, os nomes indicados para terem assento no referido Conselho devem passar pelo crivo da Assembléia Legislativa do Estado antes da nomeação pelo Governador, o que retira a plena autonomia de suas escolhas.¹⁸

Já os anteprojotos de lei que estão na iminência de serem encaminhados à Assembléia Legislativa do Espírito Santo e à Câmara Legislativa do Distrito Federal, respectivamente, pelos Governadores Victor Buaiz¹⁹ e Cristovam Buarque²⁰, prevêem a instalação de conselhos com dirigentes eleitos, efetivo poder de fiscalização e maioria de integrantes constituída por entidades da sociedade civil.

Queremos assinalar, à guisa de conclusão, que os conselhos do Paraná, da Bahia, de Minas Gerais e de Sergipe existem apenas no papel. Não foram instalados até agora exatamente porque são atrelados aos respectivos governos, dominados por dirigentes pouco comprometidos, na prática, com a defesa dos direitos humanos e a promoção da cidadania.

3. A questão da autonomia nos colegiados da democracia participativa

3.1. Teses conflitantes sobre a paridade

A participação popular na gestão pública, ou na fiscalização desta, para ser idônea, necessária, em todos os casos, nos órgãos colegiados, de uma paridade entre órgãos governamentais e não-governamentais? Ou, mais do que isso: de uma maioria de entidades representativas da sociedade civil? E ainda:

¹⁸ BAHIA. Lei estadual nº 6.699, de 16 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o Conselho Estadual de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências.

¹⁹ ESPÍRITO SANTO. Governo do Estado. Secretaria de Justiça e Cidadania. *Anteprojeto de Lei, sob forma de minuta, referente à criação do Conselho Estadual de Direitos Humanos*.

²⁰ DISTRITO FEDERAL. Centro de Referência de Direitos Humanos. *Anteprojeto de Lei, sob forma de minuta, referente à criação do Conselho Estadual dos Direitos Humanos*.

estas seriam, necessariamente, “organizações não-governamentais” (ONGS)?

Alguns procuradores da República defendem a tese de que, em quaisquer dos colegiados onde a lei prevê a “participação da comunidade” por meio de organizações representativas, tal participação deveria garantir a essas organizações uma presença paritária, sem o governo ter direito ao voto de Minerva ou ao poder de homologação.

Caso contrário, segundo esse raciocínio, se fosse admitida a hegemonia do Poder Executivo, a participação direta da população nos órgãos de Governo não passaria de mera figuração. O poder não seria exercido diretamente, conforme o preceito constitucional, já que as decisões continuariam a ser tomadas pelo Governo, sendo apenas caucionadas pelos exercentes da democracia direta com participação nos conselhos e órgãos assemelhados.²¹

Pensamos diferentemente. A tese dos procuradores da República, acima referidos, de necessidade de uma composição sempre paritária para legitimar, do ponto de vista jurídico e político, a participação direta da população nos órgãos do Estado, nas condições acima referidas, contrasta com a diversidade do controle da gestão pública envolvendo a participação direta da cidadania, prevista na Constituição Federal, nas Constituições estaduais e na legislação ordinária.

Como ensina o Professor Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes:

“É possível localizar na Constituição Federal de 1988 um verdadeiro sistema de mecanismos extra e interorgânicos de participação e controle da gestão pública. Todavia, nos moldes em que estes mecanismos foram contemplados, é impossível atribuir-lhes uma natureza especificamente deliberativa, consultiva ou fiscal.

O que pode ser constatado, sem muito esforço hermenêutico, é que todo este alargamento do universo subjetivo de participação na Administração Pública, realizado pelo legislador constituinte, tem seu esteio exatamente em um amplo plexo de normas através das quais o cidadão é situado como núcleo de todo um sistema de controle, o que demonstra a *preponderância da natureza fiscal destes mecanismos*”.²²

No nosso entendimento, a existência de uma

²¹ Entrevista com os Procuradores da República Fabiano Silva e Delson Lyra. Brasília, 28 nov. 1995.

²² GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O controle da administração pública* : os pressu

maioria de órgãos independentes do Poder Executivo apenas constitui pré-requisito de idoneidade no caso de colegiados dotados exclusivamente do poder de fiscalização, como os conselhos estaduais de direitos humanos.

Assim, quando se trata de Conselhos como os de Saúde, de Habitação, de Ciência e Tecnologia e de outros do mesmo gênero, que definem estratégias e elaboram políticas para o setor, alocam recursos, em suma, tomam decisões de Governo, entendemos que, nesses casos, é legítimo e até necessário que o Poder Executivo disponha de uma representação majoritária (ou, sendo o colegiado paritário, do voto de Minerva). Isto porque o titular do Executivo (Presidente, Governador ou Prefeito) foi eleito pelo povo para governar. O que obviamente, poderia não ocorrer em um Estado em que os órgãos responsáveis pela formulação das políticas públicas fossem, não os do Governo, mas conselhos integrados paritariamente por entidades do Poder Executivo, não tendo este maioria ou direito ao voto de desempate.

A ocorrência dessa hipótese poderia gerar, como subproduto, a substituição da legitimidade derivada do sufrágio universal pela de organizações com base social limitada, idôneas para exercerem influência e poder de pressão no seio do Estado e para conferirem transparência à gestão pública. Mas não para governarem em lugar do Governo.

Se tal acontecesse, estaríamos em presença da ressurreição do vanguardismo: uma minoria de “iluminados” representantes da sociedade civil, escolhidos por uns poucos, governaria em lugar dos mandatários eleitos pelo voto da maioria da população. Ou então, prevalecendo o desacordo, a ausência do voto de Minerva poderia conduzir ao virtual engessamento da administração.

3.2. A composição dos conselhos estaduais de cidadania

Examinemos agora, mais detidamente, quais os elementos necessários à configuração da autonomia dos conselhos, que dela necessitam para exercer, com independência, o seu mister de órgão de fiscalização do serviço público e de defensor dos direitos humanos.

postos teóricos para uma revisão conceitual. Dissertação de mestrado. Curso de mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis : Mimeo, 1992. 100 p.

Vimos que o primeiro requisito é o de que tais conselhos congreguem uma maioria de entidades independentes do Poder Executivo. Na verdade, se a autonomia *formal* pode ser assim assegurada, a capacidade, o empenho e a disposição de se confrontar, quando necessário, com o Governo, assim como o respaldo social para tal enfrentamento, depende de um segundo requisito: o da exigência de uma maioria de entidades representativas de diferentes segmentos da sociedade civil interessados na defesa e promoção dos direitos da cidadania.

Preenchido esse requisito, que confere uma autonomia *real* aos conselhos – sobretudo se as entidades da sociedade tiverem um compromisso *prático e efetivo* com a luta pelos direitos humanos –, pouco importa que as entidades referidas sejam públicas ou privadas. Importa que elas não sejam “entidades governamentais” no sentido estrito do termo, isto é, que elas não sejam subordinadas ao Governo.

Assim, tanto faz que sejam organizações governamentais no sentido amplo – pois exercem poderes próprios do Estado –, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os Conselhos Regionais de Medicina, Economia e outros, que aglutinam importantes setores da sociedade civil, ou que sejam simplesmente entidades privadas, como associações estaduais de imprensa, entidades ecológicas, centros de direitos humanos, etc.

Vale assinalar que existem representações de órgãos públicos participantes de conselhos com características bastante peculiares, como a Comissão de Direitos do Homem e do Cidadão (CDHC) da Universidade Federal da Paraíba. Eleita pelo órgão máximo da instituição, o Conselho Universitário congrega militantes da cidadania – com força de representação social de uma instituição prestigiosa –, que agem com plena autonomia, pois deliberam livremente sobre sua ação, não recebendo ordens de nenhum órgão da Universidade. A CDHC apresenta, portanto, elementos essenciais que a assemelham às entidades representativas da sociedade civil.

O terceiro requisito diz respeito à existência de diretorias eleitas, por duas razões: primeiro, porque, se o papel do Presidente é crucial na vida associativa brasileira, ele se torna ainda mais decisivo nos órgãos públicos cujo funcionamento fica na dependência da autoridade do

Estado que presidir o colegiado, pois dele dependerá tanto a convocação para as reuniões, quanto a obtenção da infra-estrutura necessária ao funcionamento do órgão em questão.

O quarto requisito, o poder de fiscalização – já referido anteriormente –, somente é efetivo quando o seu exercício não depender de qualquer autorização dos governantes.

4. Os conselhos estaduais de direitos humanos de São Paulo e da Paraíba: uma análise comparativa

Vimos, precedentemente, que os conselhos estaduais da Paraíba e de São Paulo são órgãos congêneres, já que compartilham aspectos que, no essencial, conferem-lhes uma identidade comum. Assim, em ambos os casos, a maioria das entidades que os compõem são independentes, suas diretorias são eleitas e possuem efetivo poder de fiscalização. Além do mais, nos dois conselhos, as entidades da sociedade civil, ou a elas assemelhadas, como as representações autônomas das universidades, são hegemônicas.

Dispõem, portanto, dos elementos substantivos, formais e operacionais, que lhes permitem exercer uma função de monitoramento da gestão pública estadual, com vistas a fazer valer o respeito pelos direitos humanos.

Existem, todavia, importantes especificidades que conformam diferentemente os dois conselhos, tanto no que se refere à sua composição quanto às suas atribuições e, conseqüentemente, ao seu campo de atuação.

São Paulo optou por compor o Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe) com a presença esmagadoramente dominante de entidades da sociedade civil, tendo os poderes de Estado uma participação apenas simbólica (um representante do Executivo e um do Legislativo). O Judiciário decidiu não tomar assento no Condepe por considerar existirem dúvidas quanto à compatibilidade entre sua participação nesse órgão e o exercício de suas funções judicantes.

Outra foi a opção da Paraíba, que fez do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (CEDDHC) uma instituição híbrida, composta de sete órgãos ligados ao Estado e oito representantes da sociedade civil ou a eles assemelhados (entre estes a OAB/PB e a Universidade Federal da Paraíba).

Vê-se que a composição do CEDDHC reflete um relativo equilíbrio entre Estado e sociedade, a despeito da presença hegemônica desta, atendendo assim ao que dispõe a Constituição paraibana, que concebeu o conselho como sendo o *locus* por excelência da articulação das ações da sociedade civil organizada com a atuação desenvolvida pelo poder público estadual na esfera dos direitos do homem e do cidadão.

A opção de São Paulo explica-se possivelmente pelo maior peso de sua sociedade civil, que praticamente sozinha consegue garantir o funcionamento do Condepe e a credibilidade deste.

Aliás, não é propriamente a sociedade civil paulista que está, através de seus segmentos mais expressivos, representada no Conselho de São Paulo, mas apenas os conselhos, comissões e grupos mais importantes de direitos humanos – além da OAB/SP, que não deixa de ser da área.

Na Paraíba, e em boa parte dos Estados brasileiros, tal composição seria inimaginável, haja vista a pouca expressividade das entidades de direitos humanos na sociedade. Daí o CEDDHC incorporar, entre os seus membros, os setores mais representativos da sociedade civil paraibana: Ordem dos Advogados, associações ou conselhos de ecologistas, médicos e economistas, entre outros.

Todavia, se considerarmos a própria debilidade da sociedade civil da Paraíba no seu conjunto, parece ter sido correta a proposta, consagrada na Constituição daquele Estado e na lei que o criou, de conceder ampla participação, no seu Conselho de Direitos Humanos, não só aos setores organizados da sociedade, mas também aos órgãos públicos encarregados da defesa e da promoção da cidadania, como o Ministério Público Estadual e Federal, a Corregedoria de Justiça, a Procuradoria-Geral da Defensoria Pública e as Secretarias de Justiça e de Segurança do Governo.

Tão importante revelou-se esta participação que a Polícia Militar do Estado foi convidada, posteriormente, pela unanimidade dos integrantes do CEDDHC, a tomar assento no conselho.

Trata-se, com essa configuração, do único conselho de direitos humanos do país que vem desenvolvendo uma experiência *sui generis* e exitosa de articulação entre os órgãos públicos e privados interessados na questão dos direitos humanos.

Na esteira deste “modelo”, o anteprojeto de lei que será apresentado pelo Governador Cristovam Buarque à Câmara Legislativa de Brasília contempla a participação de um número expressivo de órgãos do Estado ligados à área de direitos humanos (oito) apesar da nítida maioria de representantes da sociedade civil brasileira.

Um outro aspecto relevante que distingue os conselhos estaduais de direitos humanos na Paraíba de seu congêneres paulista é a abrangência de seus respectivos campos de atuação. Assim, o Condepe é um Conselho dos Direitos da Pessoa Humana, enquanto o CEDDHC ocupa-se dos Direitos do Homem mas também “do cidadão”.

A diferença não é apenas semântica. A grande maioria das entidades interessadas na questão dos direitos humanos se preocupam, exclusivamente ou quase, com as violações, em geral relacionadas com a violência, de caráter individual, de grupo ou de etnia, ou social, aos direitos fundamentais da pessoa humana.

As propostas aprovadas no seminário sobre “A Proteção Nacional e Internacional de Direitos Humanos”, realizado em Brasília, em dezembro de 1994²³, que reuniu as entidades e personalidades mais representativas no campo dos direitos humanos, bem como o *II Fórum Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos*, também realizado em Brasília, em novembro de 1995²⁴, comprovam essa assertiva. Com efeito, as suas resoluções são direcionadas quase que unicamente para a proteção aos direitos humanos contra as diferentes formas de violência e as medidas de caráter institucional ou educativo que devem ser adotadas para melhor combatê-las. As exceções correm por conta das propostas formuladas, nos dois eventos, pelo representante do CEDDHC, relativas à criação de conselhos estaduais de direitos humanos e de ouvidorias públicas.

A análise dos dispositivos da Lei estadual nº 7.576, que criou o Condepe, demonstra que

²³ MARIANO, Benedito Rodrigues, FECHIO, Fermio. *A proteção nacional e internacional dos Direitos Humanos*. Brasília : Forum Interamericano de Direitos Humanos - FIDEH; Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, 1994. 127 p. Seminário de Brasília.

²⁴ II FORUM Nacional de Comissões Legislativas de Direitos Humanos. Brasília : Comissão de Direitos Humanos da Câmara Federal. nov. 1995. 4 p.

as suas atribuições giram em torno de uma ação corretiva ou punitiva em face do desrespeito aos direitos humanos assegurados na Constituição. O regimento interno do Condepe acrescenta, como sua atribuição, o acompanhamento das políticas públicas na área social.²⁵

Assim, não é por acaso que a Lei estadual nº 8.032, que garantiu ao Condepe o poder de fiscalização, restringe o direito de acesso às instalações públicas estaduais, “às dependências de unidades prisionais e estabelecimentos destinados a custódia de pessoas”, exatamente nos setores em que funcionam os serviços públicos de caráter repressivo-punitivo, onde portanto é indispensável a ação do conselho com vistas ao combate à violência dos agentes do Estado.

Já o Conselho da Paraíba, como referido em tópico anterior, tem atribuições mais abrangentes. Estas se estendem a todos os aspectos de uma cultura de direitos do homem e do cidadão lastreada nos valores da ética republicana e democrática, que visam, entre outros objetivos, ao aprimoramento do serviço público, mediante a participação crescente da sociedade na gestão do Estado e no monitoramento de sua administração.

Assim, o art. 5º da Lei nº 5.551, que criou o CEDDHC, confere-lhe a atribuição de “propor diretrizes para o poder público atuar nas questões dos direitos do homem e do cidadão”, o que habilita o conselho a se manifestar e a formular propostas sobre todas as esferas de ação do Estado, na ótica da promoção da cidadania.²⁶

A este dispositivo de caráter abrangente corresponde um poder de fiscalização que não se restringe aos estabelecimentos de custódia, mas que se estende a “qualquer unidade ou instalação pública estadual para realização de

vistorias, exames ou inspeções”, o que sujeita virtualmente todo o funcionamento do serviço público ao monitoramento do CEDDHC.

Daí a lei em foco garantir a esse conselho não somente os poderes necessários à investigação de denúncias relativas à violação dos direitos humanos, mas também à formulação de propostas que permitam a institucionalização da promoção dos direitos do homem e do cidadão.

Com base nesses dispositivos, o CEDDHC desenvolveu toda uma intervenção *positiva* nos mais diferentes domínios. Desde estudos, posicionamentos e propostas relacionados com o respeito e o aprimoramento das liberdades públicas e do regime democrático até campanhas e eventos sobre temas específicos como o da criação e disseminação das ouvidorias públicas no país.

Nenhum dos conselhos de direitos humanos – sejam eles autênticos fóruns de cidadania ou expressões maquiadas do Poder Executivo – dispõem de um campo de atuação tão extenso quanto o do CEDDHC.

Todavia, o anteprojeto elaborado pela Consultoria Jurídica do Distrito Federal, se aprovado, criará um Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – apesar de sua aparente similitude com o de São Paulo – com uma esfera de competência e poder de fiscalização da mesma amplitude do CEDDHC.

Resta esperar que a instalação dos conselhos de direitos humanos do Espírito Santo e do Distrito Federal venha imprimir uma nova dinâmica à disseminação de conselhos de cidadania independentes do Poder Executivo, concretizando, desta forma, nesse campo específico da esfera pública, os princípios da democracia participativa.

²⁵ SÃO PAULO. Secretaria da justiça e da defesa da cidadania. *Direitos Humanos: um novo caminho*. São Paulo: Conselho Estadual de Defesa da Pessoa Humana, 1994. 122 p.

²⁶ PARAÍBA. Lei Estadual nº 5.551, de 14 de janeiro de 1992. Dispõe sobre a criação do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. *Diário Oficial* (do Estado da Paraíba), p. 4-5, 15 jan. 1992.

Problemas de legitimidad en el sistema de partidos

ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO

SUMARIO

1. El triunfo de la democracia. 2. La crisis del sistema de partidos. 3. Algunas constataciones. 4. Apuntes para una reforma. 5. La dinámica emancipatoria y los movimientos sociales. 6. La democracia como tarea inconclusa.

1. El triunfo de la democracia

Un análisis superficial de la historia reciente nos puede llevar a la conclusión de que el gran triunfador de nuestro tiempo es el sistema democrático como forma de organización política. Pero, desafortunadamente, no parece que ésta sea una conclusión correcta. Ciertamente es que la democracia moderna -entendida como sistema de organización política que distribuye el poder entre la ciudadanía mediante formas representativas de gobierno- es hoy una realidad triunfante, generalmente extendida más allá del contexto geográfico en que vino a nacer. Pero podemos plantearnos si ese sistema de organización democrática responde efectivamente a las exigencias de articulación de formas esencialmente democráticas de organización social, esto es, si la democracia es en nuestros días un modelo de organización social que obedece a los postulados emancipatorios de libertad e igualdad reales o quizás sea tan sólo una forma de reparto de cuotas de poder entre élites dominantes¹. A lo largo de este trabajo intentaremos demostrar que la democracia

¹ Para una aproximación al problema de las élites en la democracia moderna, a su caracterización, modos, símbolos y prácticas puede verse LASSWELL, Harold. *Política : Quem ganha o que, quando, como*. Brasília : Universidade de Brasília, 1984.

capitalista articulada en el sistema de partidos² entra en colisión con las exigencias de legitimidad de un modelo auténticamente democrático de organización social. Nuestro análisis, pues, se dirigirá hacia la constatación de los problemas de legitimidad que el sistema de partidos genera para, a partir de ahí, intentar vislumbrar algún atisbo de esperanza que permita recuperar ese horizonte emancipatorio que el modelo democrático representa, desde la propuesta de formas alternativas de organización democrática que virtualicen los principios democráticos en la estructura social.

Partimos, para ello, de una idea que resulta consabida, los problemas de legitimidad de las democracias contemporáneas que llevaron a Habermas a referirse a un olvido de la idea de legitimidad en el horizonte político de nuestro

² Aunque son muchas y variadas las definiciones que se han proporcionado del partido político como fenómeno nos parece muy sugerente la definición proporcionada por Max Weber en *The theory of social and economic organization*. Nova Iorque : The Free Press. 1947. p. 407 (apud CHARLOT. *Os partidos políticos*. Brasília : Universidade de Brasília, 1982, p. 38-39): “O termo ‘partido’ será empregado para designar relações sociais de tipo associativo, uma participação fundada em um recrutamento livre. Seu objetivo é assegurar o poder a seus dirigentes no seio de um grupo institucionalizado, a fim de realizar um ideal ou obter vantagens materiais para seus militantes”. Otro acercamiento conceptualizador que consideramos interesante se puede encontrar en LAPALOMBARA, Joseph y WEINER, Myron. *The Origin and Development of Political Parties*. In Lapalombara, Weiner, *Political Parties and Political Development*, Princeton : Princeton U. P. , 1966, p. 5-7. Según estos autores el partido se caracterizaría por una organización durable, entendiendo por tal una organización cuya esperanza de vida política sea superior a la de sus dirigentes en el poder; en segundo lugar esa organización debe ser bien establecida, manteniendo una estructura no sólo a nivel local sino también a nivel más amplio desde el punto de vista geográfico; el tercer elemento sería la voluntad deliberada de los dirigentes nacionales y locales de la organización de llegar al poder y ejercerlo y, por último, la preocupación por el logro de un apoyo popular, generalmente a través de las elecciones. Según estas características los autores añaden que los pequeños grupos oligárquicos que ostentan el nombre de partidos en determinados países latinoamericanos, africanos o asiáticos, están más próximos de las facciones de notables de la República romana que de los partidos políticos de las democracias modernas. Personalmente creo que esta apreciación puede extenderse, con matizaciones, a algunos partidos de las democracias occidentales que, bajo una apariencia democrática, ocultan con frecuencia los oscuros intereses de determinados

tiempo³. En efecto, en las sociedades contemporáneas la idea de soberanía popular viene siendo desplazada del ámbito político en beneficio de una legitimación técnica⁴ por razones de eficacia de las decisiones legítimas que son absorbidas por el ordenamiento jurídico en función de un análisis técnico de la repercusión de las medidas en la productividad del sistema capitalista⁵. El problema de legitimidad se muestra así como una de las características de nuestro tiempo pues, como bien describe Faria, en la medida en que el pluralismo procura compatibilizar las crecientes exigencias sociales, políticas, económicas de las sociedades modernas las decisiones no atienden a las necesidades del Estado moderno, cuya eficiencia presupone rapidez y flexibilidad en el proceso decisorio. Esto nos revela que todo proceso decisorio

sectores del poder económico y de la minoritaria y privilegiada clase dirigente. Claro está que hay casos menos alarmantes que otros (CHARLOT, Jean. Op. cit., p. 19-20). Y desde el punto de vista funcional resulta de obligada referencia la definición de Raymond Aron en *Introduction à l'étude des partis politiques*. In: ASSOCIATION française de science politique. Paris : F.N.S.P., 1949. p. 11, apud Charlot, J. Op. cit., p. 41: “A organização regular ou durável (ou o agrupamento regular ou durável) de determinado número de indivíduos com vistas ao exercício do poder, isto é, seja da conquista, seja da conservação do poder”.

³ Pérez Luño, A.E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madri : Tecnos, 1990, p. 198.

⁴ Sobre la problemática de la tecnocracia en las sociedades democráticas de nuestro tiempo puede consultarse el volumen colectivo *Tecnocracia e ideologia*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1975. Especialmente interesantes dentro de esta obra resultan los trabajos de Claus Offe (*O dilema da tecnocracia*, p. 70-84) y de Hans Lenk (*Tecnocracia e tecnologia* : Notas sobre uma discussão ideológica, p. 121-144).

⁵ Este aspecto ha sido ya objeto de mi atención en el trabajo *Universalidad y Estado: un dilema de la modernidad*, en curso de publicación. Sobre este mismo particular Warat pone de manifiesto que el sistema capitalista necesita de una forma de gobernabilidad sin política, de una simbología meramente retórica de la democracia en la que queden excluidas - por absorbidas pero irresueltas- las demandas sociales. En otras palabras, entiende el autor que la expansión internacional del modo de producción capitalista está intentando generar la convicción de que existe una incompatibilidad funcional -y en cuanto tal irresoluble- entre el desarrollo del capital y la radicalización de la democracia a través del ejercicio pleno del Estado de derecho (WARAT. L.A., *La ciudadanía sin ciudadanos* : tópicos para un ensayo interminable. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 42, p. 142-168, abr.-jun. 1995).

ocurre en un espacio social concreto en el que actúan elementos materiales, individuales, actitudes, grupos, clases, sindicatos, influencias y presiones⁶.

Pero la constatación fáctica de esta realidad conlleva a la vez un reto para quienes practican y teorizan sobre la democracia. Se trata de una exigencia que requiere de respuestas urgentes si queremos recuperar ese horizonte emancipatorio que el modelo democrático encarna. Y esta democracia contemporánea descansa sobre una estructura de representación y articulación del poder que necesita ser analizada. El análisis del sistema de partidos es la clave para la comprensión del funcionamiento real de los sistemas democráticos, y también el punto de partida de cualquier propuesta superadora de las disfunciones que el sistema de partidos creó en el modelo democrático. Y para ello puede resultar un buen punto de partida la distinción de Georges Burdeau entre “regímenes de poder cerrado” que hacen de la institución estatal el instrumento de una idea de poder monolítica, inmutable y rebelde a cualquier ajuste con concepciones diferentes, y “regímenes de poder abierto” que son los que admiten que la idea de derecho se compone de representaciones evolutivas y, por tanto, importa que el poder que de ellos emane tenga una configuración flexible para que su acción pueda adaptarse a las fluctuaciones de la conciencia colectiva y para dar cabida en sus proyectos a todas las exigencias válidas formuladas por otras fuerzas políticas⁷. A partir de esta distinción la relación entre el Estado y los partidos se muestra de una importancia decisiva para comprender la articulación

interna del poder y su estructuración con el principio legitimador de la soberanía popular. Comprender el sistema de partidos es la clave para la comprensión de la estructura de reparto de poder en una determinada sociedad y, en su caso, para la verificación de la adaptación de esa estructura a una ordenación auténticamente democrática. Por eso, cualquier empeño teórico o práctico en la superación de las carencias de la democracia contemporánea para por un acercamiento a la realidad estructural de los partidos políticos; un análisis que necesita de perspectivas interdisciplinarias, tanto de la ciencia política, como de la sociología, como de la propia filosofía del derecho. Desde esa perspectiva intentaremos mostrar que en alguna medida asistimos en la actualidad a un sistema estático y fosilizado de representación a través de partidos que, en general, encubre un simulacro de democracia, y que, por tanto, esa distinción categorial entre sistemas abiertos y cerrados es, en nuestros días, bastante confusa, ya que, salvada la apariencia formal de la democracia en los regímenes constitucionales, el sistema de partidos ha generado prácticas que atentan profundamente contra los principios democráticos de igualdad, autogobierno y representación de la voluntad de los ciudadanos. El triunfo de la democracia es, así, una imprecación victoriosa de los saciados de poder que llevados de un triunfalismo interesado proclaman la derrota definitiva de los sistemas totalitarios y se apresuran a tomar posiciones en la toma del poder por las minorías oligárquicas de los partidos políticos. Gran paradoja del sistema democrático que a todos nos afecta. Si de verdad creemos en los contenidos emancipatorios de la democracia nuestro compromiso deberá estar por la recomposición de una estructura social que garantice que el pluralismo social y político seguirá siendo el baluarte más inamovible de nuestros sistemas democráticos.

2. La crisis del sistema de partidos

Con razón podría decirse que la democracia contemporánea padece de indolencia. Una enfermedad que anega el espíritu de las socie-

organización genuinamente democrática de la convivencia es el régimen de poder abierto que está comprometido con el pluralismo social y político, condición sine qua non de la democracia. La concurrencia de una pluralidad de fuerzas -entiende Burdeau- anima la vida política y proporciona a la oposición la posibilidad de contestar el orden establecido.

⁶ FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo : Perspectiva, 1978, p. 105-114.

⁷ Tomamos así la distinción que Georges Burdeau establece en su obra *O Estado*. Lisboa : Europa-America, 1986, en la que dedica un apartado a las relaciones entre Estado y partidos políticos (*O Estado e os partidos*, p. 103-113). Para el tratadista francés los conceptos de poder cerrado y poder abierto hacen emerger las relaciones del Estado con los partidos políticos. Y este tema, destaca el autor, es uno de aquellos cuya solución determina el estilo de las colectividades nacionales modernas. Burdeau establece así una distinción básica para la comprensión del funcionamiento del régimen de partidos en las democracias contemporáneas. Su tipificación de los distintos regímenes de partidos y su análisis de las relaciones con el Estado como estructura de poder de la comunidad es de gran valor para el análisis metódico de las manifestaciones contemporáneas. El único sistema compatible con las exigencias de una

dades y que hace abdicar a la ciudadanía de las metas colectivas. Esta dolencia es generalizada en las sociedades de nuestros días. Y sin embargo no parece afectar gravemente a la estabilidad del sistema democrático. Quizás porque la democracia contemporánea no depende ya tanto de la participación efectiva de la ciudadanía cuanto de la estabilidad de las estructuras sobre las que se asienta. Por eso, aunque la participación popular en los comicios no alcance cuotas aceptables o aunque el nivel de legitimación de las decisiones políticas no sea precisamente alto, esto no parece afectar a la regularidad del funcionamiento democrático.

Lo que está ocurriendo en nuestras democracias es un fenómeno complejo que tiene causas diversas y que queda bien descrito por Luis Alberto Warat en su trabajo *La ciudadanía sin ciudadanos*. Convivimos hoy – dice el autor – con la figura triste y nebulosa de una ciudadanía que no quiere ser representada. Su ambición es escapar de lo político para asistir al espectáculo de la representación. Es una ciudadanía indiferente, incrédula y pasiva que no se preocupa con la corrupción, el quebrantamiento de la legalidad y la búsqueda de la justicia. En definitiva, pertenecemos a una ciudadanía que está lejos de los compromisos participativos y próxima al grado cero de la energía política⁸.

Una sociedad perpleja ante la imagen de su propia decadencia que renuncia a cualquier posibilidad real de acción. El fenómeno no deja de ser inquietante. Habría que preguntarse, sin embargo, por qué esto ha ocurrido? Qué sucedió para que el espacio público quedara en manos de oscuros intereses inconfesables?Cuál es la causa de ese descreimiento y abdicación

⁸ El autor denuncia el abandono de la ciudadanía y la fagocitación del espacio público por un poder aún más ávido de poder. Esto provoca un cinismo indiferente en la ciudadanía. Pero existen, sin embargo, síntomas positivos, micro esfuerzos para restituir el sentido ético a la justicia y a la política. Por eso, entiende Warat, existe en nuestros días un retorno al Estado de derecho como método para salvar la racionalidad en las sociedades democráticas. Y ese Estado de derecho es también una invitación a participar: “La gente siente que puede volver a participar luchando por su derecho a la participación. Aparece un sentimiento de que se puede participar políticamente, luchando para que la sociedad vuelva a ser política (en una forma de sociedad que amenaza con el fin de la política) éticamente regida por el “Estado de derecho” y jurídicamente instituida en torno a reglas racionales”. (WARAT, L.A. Op. cit., p. 151).

general de las responsabilidades públicas?

Podemos volver nuestra mirada con seguridad de no equivocarnos al fenómeno individualista de las sociedades del bienestar: un individualismo narcisista que termina por recluir al individuo en los ámbitos más estrechos de su desarrollo personal: lo privado –familia y amigos– y la economía –la búsqueda incesante de los pequeños placeres materiales–. La sociedad democrática, el Estado del bienestar, han engendrado un sentimiento en los ciudadanos que les impulsa a dejar de serlo. El individualismo ejerce una fuerza dispersiva sobre la sociedad y atrae a cada hombre al terreno de sus más ruines intereses. La apatía acaba apoderándose de los hombres y el desinterés por la construcción del espacio común invade su espíritu. El individualismo contemporáneo genera un sentimiento de contemplación ante los grandes problemas de la vida y acaba por sumir al individuo en una suerte de vago instinto de lucha por el bienestar que le lleva a abdicar de su condición de ciudadano⁹. De esta manera, como advierte Touraine, la ciudadanía se

⁹ He desarrollado todos estos aspectos en mi trabajo *Individualismo y modernidad: una lectura alternativa* (en curso de publicación en la revista española *Anuario de Filosofía del Derecho*). En el desarrollo ampliamente lo que he denominado individualismo del bienestar por coincidencia lógica y cronológica por la forma política en cuyo seno esa nueva forma de individualismo se desarrolla, el Estado del bienestar. Los antecedentes teóricos de este abandono del espacio público fueron ya anunciados por Tocqueville en su obra *La Democracia en América* quien vaticinó ya en 1840, una nueva forma de totalitarismo con base en esa visión radicalmente individualista de la sociedad que el orden democrático estaba propiciando. El individuo de nuestro tiempo, decía Tocqueville, estaría atezado por un individualismo que deseca el germen de las virtudes públicas y que le lleva a recluírse en el estrecho espacio de su privacidad: “Quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos el despotismo podría darse a conocer en el mundo; veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma.

Retirado cada uno aparte vive como extraño al destino de todos los demás, y sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana; se halla al lado de sus conciudadanos, pero no los ve; los toca y no los siente; no existe sino en sí mismo y para él solo, y si bien le queda una familia, puede decirse que no tiene patria” (TOCQUEVILLE, A., *La Democracia en América*, v. 2, cuarta parte, cap. 6. Edición portuguesa: *A Democracia na America*, São Paulo : Itatiaia, 1987).

debilita, ya sea porque muchos individuos se sienten más consumidores que ciudadanos o más cosmopolitas que nacionales, o ya sea también porque algunos de ellos se sienten exduidos de una sociedad de la que no tienen conciencia de formar parte ya sea por razones económicas, étnicas, culturales o políticas¹⁰. Pero si este fenómeno viene ocurriendo es porque también hay algunos factores concurrentes que resultan alarmantes.

Habría que preguntarse si, en definitiva, no es el sistema representativo el que está en crisis. Es más, habría que inquirir si ese alejamiento del espacio público tiene también otras causas más concretas que con frecuencia no se apuntan porque resulta más fácil señalar al individualismo como fenómeno social genérico cuya responsabilidad es, por tanto, difusa.

Yo entiendo que sí, que efectivamente el desencatamiento de la ciudadanía tiene otras causas que a veces deliberadamente se ocultan, quizás porque su existencia ponen en tela de juicio la propia estructura de las democracias contemporáneas, y hace emerger de inmediato la pregunta definitiva y recurrente sobre el futuro de la democracia. Pero hay algo más: personalmente estoy persuadido de que la democracia contemporánea ha terminado generando formas de irracionalismo que limitan el alcance del valor de la legitimidad, esto es, que hay prácticas sociales y principios prácticos de actuación que constituyen la piedra de toque de la aceptabilidad de las decisiones, con independencia de que éstas sean o no legítimas¹¹. El

¹⁰ Este fenómeno ha sido objeto de la atención de Touraine en sus dos trabajos más recientes, *Crítica de la Modernidad*, Madrid: Temas de Hoy, 1993, y *Qué es la democracia?* Madrid: Temas de Hoy, 1994. En ambas obras el autor aborda un proyecto de renovación y reconstrucción del panorama escindido de la modernidad, a través de la reconstrucción del espacio democrático en el que puedan integrarse, superando las polaridades, la razón técnica y la razón teórica, el universo cerrado de las identidades particulares y la aspiración liberal a la universalidad. La cita está extraída de la segunda de las obras citadas, p. 22-23.

¹¹ En este sentido la tecnocracia puede llegar a ser un serio obstáculo a la plena realización de los contenidos democráticos. La complejidad de nuestras sociedades post-industrializadas ha hecho posible y necesario que toda decisión sea avalada por el dictamen de un comité de expertos que se pronuncian sobre la viabilidad de la propuesta. Pero esto entraña un riesgo en cuanto al vaciamiento del principio de soberanía popular y su progresiva subordinación al dictamen técnico de los expertos. Conciliar estos dos

mejor ejemplo de ello lo constituye, sin duda, el principio de eficacia que termina por agostar el horizonte de la legitimidad en la democracia contemporánea, y que es utilizado con fruición por los grupos de intereses para hacer valer sus pretensiones¹². En efecto la toma progresiva de los mecanismos estatales por una élite de tecnócratas y expertos, junto con la globalización creciente de la economía mundial, ha creado una instancia superior de legitimación, excluida normalmente del control democrático, que determina la plausibilidad de las decisiones en función de un análisis técnico de eficacia en términos de productividad del sistema capitalista.

El primado de la eficacia termina por generar una especie de mito cuyo conocimiento sólo es dado a quienes, imbuidos de la autoridad que confiere el rango de experto, desvela a la gran mayoría el sentido real de las decisiones. Pero ocurre además que esa invocación de la eficacia, con frecuencia, puede carecer de controles democráticos. Entonces, la eficacia termina por convertirse en un dogma cuasirreligioso, vacío de contenidos concretos, y que bajo la apariencia de una ficticia razón técnica termina por convertirse en un obstáculo insalvable para las demandas sociales democráticamente legitimadas. Y lo peor de ello es que la eficacia termina, en última instancia, por anegar los cauces de la participación democrática. Se produce un desplazamiento de los contenidos ideológicos en el ámbito político. Los partidos mudan así en aliados de esa razón técnica llamada "eficacia" y esa fractura entre la clase dirigente y la sociedad tiene también consecuencias en la dinámica legitimadora desde el punto de vista de la ciudadanía: ya no importa tanto quién gobierne ni de qué manera lo haga, sino de los resultados económicamente cuantificables que se obtengan, contemplados éstos desde una perspectiva individual de bienestar personal. Se consume así el primado de la eficacia en perjuicio de la legitimación democrática de las deci-

aspectos, el recurso a la tecnocracia y la vigencia efectiva del valor legitimador del principio de soberanía popular es un de los grandes retos de nuestras democracias. Sobre este particular puede verse, SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado Tecnocrático*, São Paulo: Saraiva, 1973, cap. 4 e 5, p. 83-143.

¹² Sobre los grupos de interés y su incidencia en el proceso de decisión política puede verse LINDBLÖM, Charles E. *O Processo de decisão política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, cap. 10, p.75-84.

ones. La soberanía popular queda vaciada: desde el poder, porque las exigencias materiales han quedado desplazadas por la eficacia -que frecuentemente sólo será una coartada de quienes intentan preservar situaciones de dominio-; y desde la ciudadanía, porque ya no importa que poder se ejerza legítima -es decir, fundado no sólo en consentimiento sino de acuerdo con los valores asumidos colectivamente por la sociedad- y democráticamente -de acuerdo con las exigencias de participación real de la ciudadanía que el principio democrático impone-, sino que también aquí el punto de vista imperante es el de la eficacia, de una eficacia interpretada en clave individual que rechaza la afirmación de valores colectivos y otorga carta de naturaleza a las apetencias y deseos privados de los individuos. Falto así el Estado de estructuras democráticas, los contenidos emancipatorios han sido descartados por exigencias técnicas de eficacia y la soberanía opera en el reducido espacio político a través de elecciones periódicas como fundamento y legitimación de la estructura económica a la que se supeditan todos los demás ámbitos vitales. La democracia de nuestros días termina así por convertirse, en palabras de Marcuse, en una pseudodemocracia¹³, de manera que cualquier intento de realizar plenamente la democracia deberá suponer la superación del irracionalismo del espectro de las democracias modernas.

Todo este panorama, sin embargo, no está ocurriendo a espaldas de los partidos, sino que son éstos los principales protagonistas de una escena que tiene sin duda un toque melodramático. La ciudadanía retirada, al margen de la escena, contempla desde el patio de butacas el espectáculo. Su función en todo esto es bien limitada: comer palomitas mientras los personajes, con los papeles bien repartidos, representan con una impronta ficticia de espontaneidad, los pasajes de una representación cuyo final está escrito. En el escenario los protagonistas se mueven con facilidad y desenvoltura, conocen muy bien el papel que representan y saben que, si la memoria les traicionase, no faltaría la voz amiga del apuntador -omnisciente e infalible

¹³ “Dialéctica de la democracia: si la democracia significa autogobierno del pueblo libre, con justicia para todos, la realización de la democracia presupondría entonces la abolición de la pseudodemocracia existente. En la dinámica del capitalismo empresarial, la lucha por la democracia tiende así a asumir formas antidemocráticas”(MARCUSE, Herbert. *Un ensayo sobre la liberación*. México: Joaquín Mortiz, 1975, p. 70).

poder económico- que podrá la palabra exacta en el momento idóneo. Entretanto, la afluencia, cada vez más ajena a la representación, agota el paquete de palomitas y se preocupa, más que por aplaudir o reprobar, por satisfacer su insaciable apetencia de seguir comiendo palomitas.

Esta fabulación no dista mucho de la realidad, aunque tenga, esa era mi intención, un tono a la vez cómico y preocupante. Lo cierto es que en el fondo de este planteamiento lo que se está debatiendo es la capacidad de respuesta del sistema de partidos a las demandas democráticas de la ciudadanía y su adecuación a un modelo social realmente democrático. La experiencia hasta ahora es más bien tristemente elocuente. El sistema representativo se revela en la compleja sociedad de nuestros días quizás el único realizable pero es también evidente que su concreción práctica provoca un distanciamiento entre la ciudadanía y la clase dirigente que limita las posibilidades reales de la democracia.

El fenómeno resulta complejo y tiene varias causas. Entre ellas podemos resaltar especialmente la fosilización de las estructuras. Un clásico de la literatura sobre los partidos políticos reveló, hace ya más de ochenta años, algo que en nuestros días se vuelve evidente. Para Michels uno de los acontecimientos más preocupantes de las modernas democracias es la ocupación progresiva de la cúpula dirigente de los partidos por una clase profesional que aparta a los militantes. Su conocimiento de las estrategias de comunicación y su dominio sobre las masas les hace adquirir una inmovilidad casi absoluta, y la centralización administrativa evita que las iniciativas de las bases puedan tener éxito. De esta manera, cualquier posibilidad de regeneración o de cambio está de antemano condenada. La democracia deja así de ejercerse en el interior de los partidos y éstos pasan de ser estructuras coyunturales para la realización de fines colectivos, a ser fines en sí mismos que concentran las ambiciones de las minorías todopoderosas. Ante esto, Michels se pregunta si la enfermedad oligárquica de los partidos es o no curable y manifiesta su esperanza en que las carencias puedan superarse. Pero además de la oligarquía¹⁴ hay que luchar también contra la burocracia, de manera que la fosilización de las estructuras hace que cualquier lucha por

¹⁴ Para Bobbio el defecto de la democracia representativa comparada con la democracia directa consiste en la tendencia a la formación de estas pequeñas oligarquías que son los comités dirigentes de los partidos; tal defecto sólo puede ser corregido por la

las ideas que surge dentro del partido se contemple como un obstáculo a la realización de sus fines, esto es, como un obstáculo que debe ser evitado por todos los medios posibles. De esta manera la estructura oligárquica y burocrática de los partidos acaba por engendrar una tendencia perversa y contraria a la democracia con base en un egoísmo justificado. La acción de los miembros dirigentes del partido queda comprometida no por sus sentimientos ni por sus convicciones ideológicas sino por un interés personal de millares de individuos cuya vida económica está indisolublemente ligada a la existencia del partido y que temen sólo con la idea de perder su empleo. Como consecuencia de ello, a medida que las estructuras se fosilizan y los integrantes del partido aspiran a la estabilidad dentro del sistema, el partido renuncia a las grandes realizaciones y se torna un partido profundamente conservador que, aún manteniendo una ideología revolucionaria en la práctica no ejercerá otra función que la de una oposición conformista¹⁵. La consecuencia definitiva de todo este fenómeno de concentración del poder en una oligarquía es la exclusión de las masas, la impotencia de quienes no pueden acceder a los mecanismos de control y de poder:

existencia de una pluralidad de oligarquías en concurrencia entre sí. Tanto mejor, por tanto, si esas pequeñas oligarquías, a través de una democratización de la sociedad civil y de la conquista de los centros de poder de la sociedad civil por parte de los individuos cada vez más participantes, se vulven menos oligárquicas haciendo que el poder sea no sólo distribuido, sino también controlado (BOBBIO, Norberto, *O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986, p. 61)

¹⁵ Todos estos aspectos son tratados por Robert Michels en su obra *Sociologia dos Partidos Políticos*. Brasília : Universidade de Brasília, 1982. En esta obra ya clásica del pensamiento y de la literatura sobre los partidos políticos, pese a ser publicada inicialmente en 1914, se contienen planteamientos de indudable actualidad. Especialmente interesante resulta la sexta parte en la que a modo de síntesis el autor se refiere a las tendencias oligárquicas de la organización (p. 217-243) : "A organização deixa assim de ser um meio, para tornar-se um fim. As instituições e as qualidades que no início eram destinadas simplesmente a assegurar o funcionamento da máquina do partido -subordinação, cooperação harmoniosa dos membros individuais, relações hierárquicas, discrição, correção- acaba-se atribuindo mais importância que ao grau de rendimento da máquina" (p. 223). La misma idea, en lo referente al carácter oligárquico de las democracias y a la creación de una clase política que se impone al país mediante un proceso electoral de gobierno, es destacada por ARON,

"Reunidos en masa, los pobres se encuentran completamente impotentes y desarmados frente a su líder, y su inferioridad intelectual no les permite tener una idea exacta de la dirección que él sigue, ni juzgar de antemano el alcance de sus acciones"¹⁶. Se genera así lo que Randolph Lucas denomina autocracia electiva que, aún poseyendo apariencia democrática, es profundamente antidemocrática ya que la forma y el contenido de las decisiones es contraria a la libertad y a la justicia. Este sistema evita toda participación, salvo el mecanismo pasivo del voto con ocasión de las elecciones, y no concede a los probables participantes opciones en el proceso decisorio. Las decisiones no son tomadas abiertamente, después de una discusión con los partidos afectados, sino de manera secreta por los funcionarios públicos que son responsables sólo ante el gobierno y que no tienen que someter los motivos de actuación a votación pública¹⁷.

Este análisis, con ser pesimista, no deja de tener trazos de incuestionable actualidad. De él podemos tomar la caracterización de algunos fenómenos que aquejan a las democracias contemporáneas, especialmente su tratamiento de las oligarquías, la burocracia y las élites dominantes dentro de las estructuras del partido que termina por convertirse en un fin para la

Raymond. *Estudos Políticos*. Brasília : Universidade de Brasília., 1985, p. 335. Para una crítica de exposición de Michels sobre la oligarquía puede verse SARTORI, G., *Teoria Democrática*. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura, 1965, p. 135-140.

¹⁶ MICHELS, Robert, op. cit., p. 242.

¹⁷ LUCAS, Randolph. *Democracia e Participação*. Brasília : Universidade de Brasília, 1985, cap. 9. Governo Representativo e Autocracia Eletiva, p. 139-159. La autocracia electiva es, para el autor, una deformación del sistema de partidos en las democracias contemporáneas que anula los contenidos propiamente democráticos del sistema y mantiene las elecciones como forma de justificar la perpetuación del sistema. La autocracia electiva atrofia la conciencia de ciudadanía. No genera oposición porque no comete grandes maldades. Es una garantía contra las revoluciones sangrientas y es eficaz para impedir que el gobierno ignore sistemáticamente la voluntad de los ciudadanos. Evita abusos peores pero no puede distinguir lo suficiente para tener en cuenta las necesidades de los individuos concretos. Es difícil decir lo que está errado porque no hay grandes errores sino muchos pequeños que no son suficientes para llamar la atención pero que crean innumerables frustraciones e injusticias sobre los individuos. Existen pocas quejas específicas pero sí una aprehensión general, pocos escándalos, pero sí una sensación general de alienación.

satisfacción de ambiciones personales abandonando así su concepción instrumental originaria. Hemos de reconocer que estamos muy lejos de la democracia gobernante¹⁸.

Los partidos, en cuanto organización social de ciudadanos que concuerdan en la realización de determinados fines a través de cauces políticos, deben suponer la existencia de cauces absolutamente democráticos de acceso y participación en sus estructuras. Sólo así la exigencia del pluralismo político podrá encontrar una plasmación efectiva en la práctica democrática. El pluralismo político supone la existencia de diversas opciones, de diferentes puntos de vista y soluciones a los problemas igualmente legítimos de la ciudadanía y esto implica el reconocimiento jurídico de la realidad de los partidos políticos, pero precisamente esta estructuración democrática a través del sistema de partidos exige que no sean una fuerza sin control y que se sometan por tanto a una legislación exhaustiva y precisa sobre su organización interna, financiación y derechos de sus miembros para evitar la formación de oligarquías entre sus dirigentes¹⁹. Pero esta exigencia no siempre encontró cumplida respuesta en nuestros ordenamientos jurídicos y con frecuencia los partidos quedaron alejados del control democrático de sus miembros para entretejer una enmarañada red de ocultos intereses entre los integrantes de la clase dirigente. Cuando este fenómeno se generaliza es la democracia la que queda amenazada.

La ausencia de mecanismos democráticos en la organización de partidos es, así, factor determinante del pluralismo político y de la propia democracia. La ocultación de los partidos al control democrático de las bases favorece un alejamiento progresivo de los dirigentes con respecto a la ciudadanía que tienden a asegurar su posición dentro del partido, evitando la actuación efectiva de los mecanismos democráticos de legitimación. Esto tiene como consecuencia la fosilización de las estructuras de los partidos que quedan en

¹⁸ Nos recuerda Sartori que en las democracias contemporáneas cuando hablamos del pueblo como gobernante exageramos o le otorgamos al término un significado vago e impreciso. Aunque el ideal exigiría una democracia gobernante la observación del mundo real nos muestra que lo que poseemos realmente es una democracia gobernada (SARTORI, Giovanni, op. cit., p. 94).

¹⁹ Sobre el valor y consecuencias del pluralismo político en una organización democrática de partidos y su regulación en la Constitución española, puede verse, PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid : Tecnos, 1984, p. 163-169.

buena medida aprisionada por prácticas históricas de liderazgo que distorsionan un discurso interno auténticamente democrático. Además, la fosilización de las estructuras tiene también como consecuencia el surgimiento de la clase política en cuanto grupo corporativo cerrado de dirigentes políticos, que conforman un cuerpo aparte y ajeno a la sociedad y que, con independencia de su adscripción a distintos partidos, mantienen características comunes, principalmente, la conciencia de clase -esto es, la conciencia de pertenencia a un cuerpo social privilegiado y superior cuyo poder es inmanente y no delegado por la voluntad popular- y la profesionalización de la política -entendiendo por tal no el servicio esmerado y cualificado a la sociedad, sino la permanencia continuada en los cargos con el propósito de hacer de la actividad política una profesión en toda la extensión de la palabra-. Este panorama permite explicar la fractura entre la clase dirigente y la ciudadanía, el corporativismo de la clase política, y el uso abusivo del aparato estatal y de las instituciones democráticas como muros de contención para la salvaguarda de los privilegios de la clase dirigente. Por este camino, la soberanía termina convirtiéndose en una plausible coartada teórica para la perpetuación de los privilegios de clase y el vaciamiento de los contenidos emancipatorios de la democracia.

Esta situación generalizada con mayor o menor gravedad en los países democráticos nos permite constatar la evidencia de un hecho: la crisis del sistema de partidos como forma de articulación de la democracia representativa²⁰.

3. Algunas constataciones

Pero conviene detenerse a contemplar un poco el escenario de la historia más reciente. En él podemos encontrar la verificación irrefutable de los hechos, y sólo desde los hechos podemos realizar una crítica que se pretenda rigurosa. Nuestra más reciente historia está plagada de todo un amplio repertorio de síntomas que permiten diagnosticar la crisis del sistema de partidos. En todos estos casos es la propia democracia quien se ve amenazada y, por tanto,

²⁰ Sobre la distinción entre democracia representativa y democracia directa puede verse el trabajo de BOBBIO, op. cit., p. 41-64. Personalmente entiendo que es preciso concebir modelos conciliadores que integren mecanismos participativos de la ciudadanía dentro de un modelo de democracia representativa que debe ser reformado para virtualizar el potencial legitimador de la soberanía popular.

la pervivencia de la democracia pasa necesariamente por la reforma del sistema de organización de partidos.

Recientemente vivimos con estupor el descubrimiento de una tupida red de corruptelas a gran escala que alcanzó a todos las grandes fuerzas políticas italianas. La "tangentopoli" desveló todo tipo de irregularidades cometidas por los representantes más egregios de la voluntad popular, unas veces para financiar las arcas de los partidos, otras, para enriquecer sus patrimonios personales. El sistema democrático italiano se mostró así ante los ojos de la ciudadanía como un sistema corrupto. Era como mostrar de repente, a la vista del pueblo, que todo había sido una farsa. Que las promesas vertidas en programas electorales y en campañas eran nada más que el reclamo para la perpetuación de una realidad inconfesable, que los desvelos de los políticos por mejorar las condiciones de sus ciudadanos eran, sencillamente, una gran burla. La confianza popular había sido defraudada. De repente todo parecía desmoronarse. No había ideologías, ni dignidad, ni valores, no había instituciones sino tan sólo una sombra desvaída, una conciencia remota, una solemne proclamación constitucional que permenece invariable para sorpresa de todos los ciudadanos. Dónde estaba entonces la República, dónde la democracia? Había que retomar el horizonte de una organización auténticamente democrática, había que fundar nuevamente las bases de la convivencia democrática. No era que la democracia estuviera herida, era que, sencillamente, hacía tiempo que la clase política había firmado su certificado de defunción a espaldas del pueblo. El caso italiano es un buen ejemplo de cómo una clase política puede terminar entretejiendo una estructura de poder alejada de los intereses generales de la sociedad y utilizar la confianza popular para erigirse en grupo aparte, fuera de todo control e investido de privilegios vitalicios.

Junto a la constatación de este hecho nos interesa detenernos en otro de no poca importancia. La experiencia es también conocida y refleja uno de los problemas principales del sistema de partidos. En lo que toca a la existencia de una democracia puramente formal con la existencia de un partido dominante que anula el pluralismo político, el caso mejicano resulta paradigmático. Como destaca Jean Charlot, el peligro específico del partido dominante es exactamente que el poder sin división de un solo

partido acaba por minar la legitimidad del sistema en perjuicio de su base democrática²¹.

La práctica del sistema de partidos en el Estado mejicano terminó por concentrar el poder de las élites dominantes y de los grandes empresarios en un partido que se cierra a la posibilidad de un acceso democrático a las estructuras partidarias. El pluralismo político no queda formalmente anulado, porque se admite la posibilidad de que otros partidos puedan crearse y competir por el poder, pero sí que queda materialmente descartado. La estructura socio-política de Méjico hace que el partido dominante tienda una amplia red de clientelas entre la ciudadanía que no sólo lo hacen irresistible sino que hace prácticamente inviable la posibilidad de un relevo pacífico en el poder. En esta circunstancia la democracia termina por ser un puro expediente formal para la preservación de intereses contrarios a los intereses de la mayoría. Y la posibilidad de una transformación social constitutivamente democrática en términos de emancipación humana no deja de ser una hipótesis teórica inalcanzable. En este caso estamos ante la negación fáctica del pluralismo político y, con él, de la democracia como forma de organización social.

Citemos, también, un caso aún más reciente. En este supuesto la crisis del sistema de partidos tiene también mucho que ver con la corrupción. Pero, a mi juicio, tiene más que ver aún, con la formación de una clase política como cuerpo orgánico que utiliza el poder para atrincherarse frente a la ciudadanía. Se trata de una actitud antidemocrática de determinada clase política que termina por hacer del poder una barricada de resistencia frente a las presiones sociales. Y ello invocando la legitimidad que las urnas confirieron. El problema tiene, por tanto, connotaciones éticas importantes, pues se invoca la legitimidad que la confianza popular otorgó estáticamente en las urnas cuando es precisamente esa confianza popular la que después se revela defraudada. Cuando la confianza ha sido general y sistemáticamente defraudada no parece aceptable desde el punto de vista moral invocar precisamente esa confianza para continuar en el poder. Sobre todo cuando las transgresiones entran en colisión directa no sólo con los valores

²¹ De esta manera el partido dominante tiende a confundirse con el sistema político que encarna y modela a lo largo de los años. Sobre el partido dominante puede verse CHARLOT, Jean. *Du parti dominant*. Projct 48, p. 942-951, set./out. 1970.

éticamente mayoritarios de la sociedad sino con la propia literalidad de la norma constitucional. Ese es el caso de la democracia española. Los recientes escándalos de corrupción alcanzaron a altos cargos de la administración del Estado y se mostraron como un fenómeno generalizado al afectar indistintamente a diversas y variadas instituciones: al gobernador del Banco Central, al Director general de uno de los cuerpos de la seguridad del Estado -la Guardia Civil-, a la Cruz Roja, a la dirección del Boletín Oficial del Estado, etc. En todos estos casos el poder fue usado abusivamente para atesorar importantes patrimonios personales. Igualmente la confianza popular fue utilizada para realizar un uso abusivo de los fondos reservados y para constituir una trama ilegal de recaudación de comisiones y blanqueo de dinero para la financiación del partido en el poder. Pero, además de ello, existen dos casos que hacen quebrar los principios constitucionales: en primer lugar, la implicación de altos cargos del Ministerio del Interior en una trama de terrorismo de Estado y, en segundo lugar, la evidencia de que el máximo órgano de la seguridad nacional escuchó, grabó y almacenó durante un largo periodo de tiempo conversaciones telefónicas de personajes relevantes de la vida española. Precisamente todos estos acontecimientos encierran alguna lección positiva que la ciudadanía no tardará en aprender, pero es difícil imaginar que la herida abierta por la confianza defraudada pueda cicatrizar con facilidad. Parece poco probable que el distanciamiento, la incredulidad y el escepticismo de la ciudadanía con respecto a la actividad política y a quienes a ella se dedican pueda ser resuelto en poco tiempo. Y lo peor de ello es que estas situaciones perjudican seriamente a la democracia.

Pero no podemos concluir este apartado sin hacer, aunque sea, una mínima referencia a los problemas de legitimidad que el sistema de partidos genera en las sociedades subdesarrolladas. En efecto, todos estos problemas alcanzan magnitudes difíciles de describir en las sociedades de los países democráticos del Tercer Mundo. En estos casos, a los problemas ya reseñados hay que añadir todo un amplio repertorio de problemas específicos que agrava considerablemente la situación y que amenaza con hacer de la forma democrática de gobierno algo puramente formal. El subdesarrollo, la carencia de condiciones económicas y culturales, la situación precaria de grandes masas de la población nacional junto con la concentración de la riqueza en unas pocas manos y la connivencia del poder político con el poder

económico agrava considerablemente los problemas de legitimidad de los gobiernos elegidos por la ciudadanía en estos países. La situación alarmante de grandes masas de la población influye decisivamente en la formación de las mayorías y la legitimidad democrática queda así profundamente mermada. En un trabajo de tesis doctoral aún inédito el Profesor Ramos Ulgar²² mostró, a través de un estudio sociológico con trabajo de campo, cómo la abstención crece considerablemente en las zonas donde habitan las clases más deprimidas, de tal modo que se puede establecer una relación directa entre el nivel de vida y la participación popular mediante el ejercicio del voto. La conclusión de este trabajo resulta evidente: quienes están en peor situación económica, quienes carecen incluso de lo más elemental para su subsistencia difícilmente llegan a ejercer su derecho al voto. La democracia se convierte en estos casos en una mera declaración solemne, sin contenido alguno para los más desfavorecidos, y se asienta sobre la exclusión sistemática de grandes masas de población. Esta realidad acrecienta el problema de las oligarquías, que venimos señalando, y hace que los partidos se conviertan con frecuencia en un aparato burocrático que alberga los intereses de los más poderosos²³. En esta coyuntura los partidos

²² Del Bolsillo a la Urna, tesis de doctorado inédita defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en el curso académico 1993/94.

²³ En un estudio recientemente publicado bajo la coordinación de Helio Jaguaribe se hace notar que en un país como Brasil el 35% de las familias se encuentran en una situación de extrema pobreza con ingresos per cápita iguales o superiores al salario mínimo medio, en tanto que un 65% de los brasileños tienen ingresos per cápita iguales o inferiores a un salario mínimo. El 80% de la fuerza de trabajo gana menos de dos salarios mínimos y el analfabetismo de la población adulta brasileña es todavía del 20% (LA SOCIEDAD, el estado y los partidos en la actualidad brasileña, H. Jaguaribe (comp.). México : F. C. E., 1992. p. 16.

La causa de esta situación se ha de buscar en el desigual reparto de las rentas entre la población. La sociedad brasileña es lo que podríamos denominar una sociedad desequilibrada ya que, como nos indica el estudio anteriormente citado, cerca del 40% participa en las actividades relacionadas con una moderna sociedad industrial, viviendo en condiciones similares a la de algunos países europeos, en tanto que el 60% de la población depende de una miserable agricultura de subsistencia, o integra los inmensos cinturones de miseria que rodea a todas las grandes ciudades brasileñas, viviendo de un precario sector terciario informal en condiciones equivalentes a las observables en los países africanos y asiáticos más pobres (op. cit., p. 42).

dejan de ser plataformas sociales abiertas para la plasmación de determinados objetivos generales para convertirse en estructuras cerradas de poder, de las que participan grupos minoritarios y poderosos, carentes de contenidos ideológicos y cohesionados únicamente por intereses económicos individuales o de grupo²⁴.

En suma, todas estas experiencias recientes nos ponen en antecedentes de algo que, por consabido, no deja de ser un hecho alarmante: el sistema de partidos está en crisis. El partido político en nuestros días ha dejado de cumplir con su misión originaria en cuanto plataforma de intereses sociales de un sector de la ciudadanía para devenir en una estructura cerrada, oligárquica y estática que convierte el poder en un medio para la satisfacción de intereses de la clase dirigente. Los datos corroboran cuanto decimos. Así lo atestiguan las tramas de financiación ilegal de los partidos mediante la creación de toda una estructura financiera al margen de la legalidad que se sustenta sobre prácticas corruptas, la creciente burocratización de los partidos que devienen estructuras estáticas de poder y que fagocitan los movimientos y demandas de las bases: los partidos políticos en nuestros días han creado una especie de estamento superior que, sustentado en las bases del partido, hacen de la democracia una forma meramente postulada desde el punto de vista teórico. Y qué decir de los caudillismos de los líderes carismáticos, del vaciamiento de los contenidos ideológicos o de la claudicación de demandas sociales generalizadas de la ciudadanía ante razones técnicas de eficacia? Ahí están algunos de los grandes problemas de la democracia contemporánea. Y la posibilidad de superarlos pasa necesariamente por la búsqueda

de alternativas a un sistema de partidos que pese a haber cumplido una importante misión histórica, necesita en la actualidad, una renovación profunda, pues caso de no producirse el sistema de partidos terminará siendo uno de los más grandes obstáculos a la virtualización efectiva del principio democrático.

4. Apuntes para una reforma

Cualquier tentativa de reforma deberá tener en cuenta que si la ciudadanía abdicó de sus responsabilidades políticas no fue tanto por factores coyunturales sino, sobre todo, por prácticas viciadas permanentes que hicieron cundir el desencanto entre la ciudadanía. Y las vías de solución vienen dadas precisamente por la corrección de las prácticas perversas. Evitar la profesionalización de la actividad política es, en ese sentido, una de las tareas primarias a realizar, cerrando el paso a quienes, ociosos y ambiciosos, no tienen otro objetivo que perseguir su permanencia como clase asentada en el poder, más allá incluso de los cambios de rumbo de la voluntad popular, pues con frecuencia carecen del pudor suficiente para mantenerse fieles a un partido cuando éste ya no es depositario de la confianza popular.

Y en conexión con ello hemos de contemplar que la burocratización de la estructura de los partidos ha contribuido decisivamente a fosilizar la actividad política como algo no al servicio de la ciudadanía sino de la pervivencia del sistema. En esta óptica los partidos se terminan vaciando de contenidos ideológicos y acaban por convertirse en fines en sí mismos, abandonando su primigenia concepción instrumental de cambio social. Con ello los partidos

²⁴ En el caso de Brasil esta situación era descrita en 1981 por Fernando Withaker Cunha, en *Representação, Política e Poder* (Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1981). Para este autor los partidos en Brasil carecen de ideología y de programación doctrinaria definida. Los votos recaen así sobre las personas, no sobre las ideas: "Os partidos, no Brasil, têm sido agrupamentos econômicos de diferentes bases, sem individualidade teórica, que lutam, exclusivamente, por uma hegemonia sem horizontes e sem real participação popular" (p. 70). Este mismo problema es abordado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho en *A Reconstrução da Democracia* (Ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo, e em especial no Brasil). São Paulo : Saraiva, 1979. En esta obra el autor estudia el modelo democrático con especial referencia al régimen brasileño,

abordando en la segunda parte de la obra el análisis de los factores condicionantes del orden político; y refiriéndose a la incidencia del factor autocrático en la configuración del poder en el Brasil en cuanto factor histórico que ha determinado la propia evolución política. Entiende el autor que esos condicionantes históricos vinieron a formar en Brasil una tradición autocrática contraria a cualquier noción de igualdad entre los hombres (p. 55). Sobre la influencia de los factores económicos sobre lo político puede verse el cap. IV, p. 69-84. Y sobre el sistema de partidos en Brasil entiende que es inviable ya que procede de concepciones inexactas como la de que el elector decide según el programa de los partidos; y que esos programas, siempre vagos y genéricos, pueden servir para la orientación efectiva del gobierno en su actividad cotidiana (p. 120).

se convierten en los sustentadores de la continuidad del sistema y dejan de ser motores del cambio social. Por eso es preciso que la revitalización democrática contemple una reforma en profundidad de estos aspectos: impidiendo la permanencia en cargos de servicio público durante largo tiempo, agilizando el funcionamiento y la regeneración de la clase dirigente para evitar que se convierta precisamente en eso, en una clase con conciencia de sus privilegios y alejada de la sociedad que la sustenta y limitando el número de cargos políticos en la estructura del Estado, con lo cual se reducirán las posibilidades de que los “buscadores de mejor fortuna” puedan ganar terreno en su carrera ascendente y sin descando.

También deberá tenerse en cuenta la articulación de un sistema legal que garantice plenamente el pluralismo social y político, clave de bóveda de la pervivencia de la democracia. Esto quiere decir que debe evitarse a toda costa la creación de bloques mayoritarios monolíticos, pues ellos suponen un riesgo serio para la pervivencia de la libertad crítica de los individuos y minorías disidentes. El sistema de partido dominante acaba por deformar el principio democrático y hacer de él sólo una fachada, una forma de legitimidad de pretensiones carentes de contenidos emancipatorios. Por ello, esta preservación del pluralismo requiere de un apoyo legal explícito de las leyes electorales, teniendo en cuenta que la estabilidad del sistema de gobierno no puede ser coartada suficiente para cercenar la manifestación originaria de la voluntad popular, creando mayorías artificiales en función de un sistema proporcional y desproporcionado de representación mayoritaria. El compromiso con el pluralismo requiere así de una determinación legal explícita del régimen electoral²⁵. No basta con declaraciones

²⁵ Sobre los sistemas electorales de las democracias contemporáneas es interesante la exposición compartiva, en el marco de la ciencia política, que ofrece Arend Lijphart en *As Democracias contemporáneas* (Lisboa : Gradiva, 1989, cap. 6, *Sistemas eleitorais, os métodos de maioria e maioria relativa e a representação proporcional*, p. 201-222). Lijphart parte de la distinción entre dos modelos democráticos fundamentales: de un lado, las democracias mayoritarias, que se construyen sobre el gobierno de las mayorías y, de otro, las democracias consensuales, que descansan sobre el reconocimiento fáctico de la pluralidad de formas y prácticas de vida. En este modelo de democracia de consenso el pluralismo social y las profundas divisiones sociales imponen una restricción de la regla de las mayorías. En el caso

retóricas y solemnes sino que se han de establecer mecanismos reales de tutela de las creencias y convicciones de los distintos grupos que articulan una sociedad democrática viva. Y esos mecanismos reales deben ser interpretados en sentido positivo, es decir, no cabe ya identificar la consagración legal del pluralismo con una actitud meramente pasiva del Estado, consistente en un “dejar hacer”, sino que la salvaguarda de las diferencias, de las convicciones y de las creencias heterogéneas de la sociedad requiere de un compromiso activo del Estado en la remoción de los obstáculos que impiden un discurso plenamente libre entre la ciudadanía. Pluralismo significa así compromiso real y efectivo en la mejora de las condiciones que permitan un discurso libre entre los sujetos, un discurso, al modo habermasiano, no dominado por posiciones de privilegio que interfieran la comunicación libre.

particular de sociedades pluralistas en las cuales se verifica una clara compartimentación basada en diferencias religiosas, ideológicas, lingüísticas, culturales, étnicas o raciales que dan origen a subsociedades virtualmente separadas con sus propios partidos, grupos de presión y medios de comunicación, no existe la flexibilidad necesaria para la viabilidad de la democracia mayoritaria (p. 41). Particularmente pienso que este segundo modelo de democracia representativa es más acorde con el respeto a los derechos de las minorías y con el reconocimiento del pluralismo inherente a las sociedades democráticas. El principal problema de los modelos de representación proporcional consiste precisamente en la tendencia que revelan los sistemas electorales a producir resultados no proporcionales que favorecen a los grandes partidos, y que adquiere especial importancia cuando los partidos que no consiguen la mayor parte de los votos obtienen, sin embargo, mayoría parlamentaria absoluta. Estas mayorías son denominadas “construidas”, es decir, creadas artificialmente por el sistema electoral (p. 220). Este fenómeno permite la formación de un gobierno de un solo partido con apoyo parlamentario mayoritario, lo cual, en mi opinión, supone un desplazamiento del pluralismo inherente a las sociedades democráticas, con la consiguiente quiebra del efectivo valor legitimador de la voluntad popular que no encuentra fiel reflejo en la composición del mapa parlamentario, en beneficio de la invocación de la gobernabilidad como principio sobre el que descansa el menoscabo del alcance real de la voluntad popular. El retorno a sistemas electorales más acordes con la voluntad popular efectivamente expresada es, en mi opinión, uno de los grandes retos de la democracia representativa de partidos pues el sistema proporcional de mayorías provoca una disfunción entre el pluralismo político y el pluralismo realmente existente en la sociedad.

Resulta obligado, por tanto, mencionar algo que se desprende de todo ello: si el pluralismo implica un compromiso positivo con la remoción de obstáculos que impiden el libre desarrollo de opiniones absolutamente espontáneas y no mediadas por posiciones de dominio, ese pluralismo -que es puntal sobre el que se sustenta una sociedad auténticamente democrática- exige no sólo que se garanticen las condiciones para el libre desarrollo de individuos y grupos, en el sentido de evitar el predominio ficticio de una fuerza política mayoritaria en aras de una pretendida estabilidad del sistema, sino un compromiso con el pluralismo social como condición básica de la convivencia libre. El pluralismo político no es más que una expresión de una sociedad diversa, plural y comprometida con la promoción integral del sujeto. Y ese pluralismo social exige también una recuperación del vínculo comunitario mediante la creación de nuevos espacios de lo público en los que puedan desenvolverse libremente las opiniones de individuos y grupos. Esto tiene una inmediata repercusión práctica con respecto al funcionamiento del sistema de partidos: no podemos vivir más atrapados por la apariencia que nos devora, no podemos seguir soportando que el espacio público sea territorio privado de oligarcas. Hay algo que nos impulsa a exigir que la democracia nos impregne y nos invada. Por eso si no queremos dejar que la democracia se nos muera entre las manos en un final dramático que, aunque remoto comenzamos a aventurar, es preciso poner un hálito de esperanza en las estructuras. Es urgente abrir nuevos espacios de lo público democratizando realmente el sistema de partidos, sus estructuras internas y sus funciones, estableciendo vínculos reales entre las bases -la ciudadanía militante- y los que ostentan responsabilidad directa en los órganos de dirección. Si queremos hacer de la democracia algo más que un mero postulado formal tenemos que ser conscientes que la democratización pasa por la democratización de los partidos, de sus estructuras, de sus métodos y, sobre todo, de sus contenidos ideológicos. Es necesario, por tanto, ganar espacios de espontaneidad y de intercambio, de mediación y de diálogo, liberando ámbitos mediatizados por intereses económicos o de clase.

5. La dinámica emancipatoria y los movimientos sociales

Ya no podemos seguir viviendo presos de esta parodia, aplaudiendo con indolencia un espectáculo que no deja der una burda

representación de democracia. Es el momento de decidir si queremos seguir siendo cautivos de nuestro pasado más miserable y aborrecible. Nuestro futuro sólo puede depender de nosotros mismos y tenemos recursos a nuestro alcance. De nada valen las evasiones individualistas ni las actitudes timoratas. Recuperar el contenido emancipatorio de la democracia es algo que sólo puede hacerse desde la ciudadanía. No podemos seguir esperando una solución providencialista y milagrera. Por eso creo que es urgente recuperar el espacio público pero ahora ya desde una dimensión nueva que comienza a tomar forma. Las estructuras tradicionales del sistema de partidos deben ser reformadas y pueden ser aún expedientes útiles a la democracia, pero hay un terreno por recuperar que es el de la imaginación, el del vínculo concreto e inmediato de la ciudadanía implicada ya en causas emancipatorias específicas.

El discurso del partido, aún reformado en clave genuinamente democrática, es insuficiente. La complejidad de las sociedades contemporáneas hace emerger multitud de intereses específicos, permanentes o coyunturales. Y estos intereses concretos avivan la ciudadanía y la democracia, son el palpito de una sociedad viva y de una ciudadanía activa. Los lazos sociales de cooperación se fortalecen y se consolida así una nueva forma más dinámica y más ágil de hacer política, desde la calle, desde la conciencia ciudadana. Los movimientos sociales son esa nueva dimensión de lo público que hemos de rescatar para la democracia. Su valor reside en que son, precisamente, estructuras instrumentales, a veces esporádicas, que privilegian la consecución de un fin específico. Nuestra democracia contemporánea necesita de este aliento de lo concreto, porque las ideologías se nos fueron de nuestras manos y quedaron aprisionadas en las estructuras pesadas del aparato. Y contribuyen a crear espacios abiertos donde el vínculo comunitario se reestablece desde un programa concreto de actuación. Los movimientos sociales²⁶ recuperan así para la

²⁶ Para una aproximación histórica al fenómeno de los movimientos sociales, a su génesis y a las experiencias históricas concretas en que se plasmó, puede verse la obra de Werner Hofmann, *A História do pensamento do movimento social dos séculos 19 e 20*, Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984. Para una aproximación a los movimientos sociales en Latinoamérica puede verse el volumen colectivo editado bajo la coordinación de Sônia Laranjeira, *Classes e movimentos sociais na América Latina*, São Paulo : Hucitec, 1990. Sobre los movimientos sociales en Brasil puede verse el volumen colectivo *Alternativas*

democracia esa visión de lo temporal concreto, y la legitimidad estática de las elecciones periódicas y de los grandes objetivos generales y abstractos de los partidos encuentra así su contrapunto: frente a esa legitimidad estática de las elecciones periódicas el movimiento social establece una vía dinámica de legitimación de las decisiones que hace de la democracia un test permanente para la ciudadanía y para los dirigentes políticos, porque la democracia comienza así a tener la impronta de algo dinámico, que se está haciendo colectivamente y, por tanto, la legitimidad tiene también ahora una dimensión dinámica, no fosilizada, a través de la confrontación permanente y esencialmente democrática de las decisiones políticas; frente a esa generalidad y abstracción desideologizada del sistema de partidos, los movimientos sociales constituyen ahora ya una respuesta específica a demandas sociales de la ciudadanía y suponen, por ello, la revitalización de los lazos de empatía, de cooperación y de solidaridad más inmediatos entre la ciudadanía, al tiempo que reintroducen en el espacio público un discurso inconformista y emancipatorio que es esencial a la sociedad democrática pues no están comprometidos con la pervivencia y conservación de un orden ya dado -como los partidos-, sino que al orientarse a la consecución de objetivos específicos hacen de su pretensión también un objeto de discusión social, recuperando la visión conflictiva de la sociedad que es esencial a la democracia. Y esto es algo que no puede ser ignorado: si la democracia tiene un valor especialmente reseñable ese es el de posibilitar que el conflicto social surja libre y espontáneamente al tiempo que articula mecanismos para la resolución pacífica -no violenta ni coercitiva- de los compromisos. El sistema de partidos ha hecho del conflicto social un tabú, algo no deseado y que, por ende debe ser evitado, ignorando con ello que el conflicto es el punto de inflexión del progreso social.

En un trabajo anterior²⁷ ya resalté la necesidad de recuperar una dimensión dinámica de la legitimidad democrática que sustenta, a su vez, una concepción diacrónica del poder. Esta concepción necesita de esa redimensionación del espacio público como una estructura abierta y espontánea. Se trata en definitiva

populares da democracia: Brasil, Anos 80, Petrópolis : Vozes, 1982. Dentro de esta obra merecen especial atención el trabajo de Tilman Evers, *Os movimentos sociais urbanos*: O caso do Movimento do Custo de Vida, p.73-98, y el de Ximena Barraza, *Por uma Subjetivação da Sociedade*, p. 121-125.

²⁷ Op. cit., nota 5.

de reconquistar los conceptos de ciudadanía y legitimación. Esa comprensión dinámica de la legitimidad y, en consecuencia, del poder, rehuye el encasillamiento de las estructuras cuyo carácter instrumental sólo se justifica en la medida en que establece la continuidad entre los espacios y mundos de vida. Por eso me parece interesante el planteamiento de Negri y coincido con él parcialmente cuando opone a la soberanía estatal, como concepto acabado de un poder prescrito y reglado y de una legitimación histórica y fosilizada, la noción más audaz y anticipadora de poder constituyente -algo dinámico, abierto, indeterminado y expansivo-. Pero el poder constituyente tiene un potencial revolucionario que no puede ser despreciado pues allí donde hay poder constituyente hay revolución²⁸. Me parece que lo acertado de este planteamiento reside en su invocación de un

²⁸ Todos estos aspectos sobre tratados por Negri, A., *El poder constituyente*. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Madrid : Libertarias/ Prodhufi, 1994, donde expone su concepción del poder constituyente en los términos que a continuación expresamos:

“...el paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, quebranta, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda posible continuidad (...). Es, por consiguiente, el del poder constituyente, como fuerza impetuosa y expansiva, un concepto ligado a la preconstitución social de la totalidad democrática. Esta dimensión, preformativa e imaginaria, tropieza con el constitucionalismo de manera precisa, fuerte y durable(...). La pretensión del constitucionalismo de regular jurídicamente el poder constituyente no es sólo estúpida porque y cuando quiere dividirlo; lo es sobre todo cuando quiere bloquear su temporalidad constitutiva. El constitucionalismo es una doctrina jurídica que conoce solamente el pasado, en una continua referencia al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas y a su inercia, el espíritu replegado; por contra, el poder constituyente es siempre tiempo fuerte y futuro” (p. 29).

Para Negri existe una absoluta contradicción entre el concepto de soberanía y el de poder constituyente: el poder constituyente “...es el acto de la elección, la determinación puntual que abre un horizonte, el dispositivo radical de algo que no existe todavía y cuyas condiciones de existencia preven que el acto creativo no pierda en la creación sus características. Cuando el poder constituyente pone en funcionamiento el procedimiento constituyente, toda determinación es libre y permanece libre. La soberanía, por el contrario, se presenta como fijación del poder constituyente, luego como término de él, como agotamiento de la libertad de que es portador.”(p. 42). Por eso el poder constituyente “Significa antes que nada establecer una continua relación entre poder

nuevo terreno dinámico de legitimidad que evite el encasillamiento y la fosilización de las formas históricas. Pero no podemos desconocer que ese poder constituyente es, esencialmente, anticonstitucionalista pues rehuye el establecimiento de formas precisas y predefinidas. Creo que esta es la gran carencia de la idea de poder constituyente anticipada por Negri: si no hay estructuras, si no hay procedimientos, quién garantiza que ese poder no devendrá tiránico? Me parece por ello más acertado concebir una idea de legitimación dinámica a través de los movimientos sociales, no como espacios ajenos a un control democrático y constitucional, sino como lugares de revitalización de lo público - a través de los lazos de cooperación y solidaridad-, de liberación y transformación de las conciencias ciudadanas y espacios dinámicos donde los intereses, ideológicos en el sentido más concreto del término, se identifican en la realización de un objetivo específico que constituye demanda social.

El movimiento social recupera así esa dimensión dinámica de la legitimidad de lo político y redimensiona el valor de pluralismo social como fuente del progreso colectivo, insertando nuevamente el conflicto en la dinámica democrática de la que había sido desplazado²⁹. Y en este sentido la recuperación de una concepción esencialmente conflictiva de la sociedad es una tarea pendiente y decisiva para el futuro de la democracia. En efecto, la democracia capitalista de partidos ha tendido a anular el conflicto, a reconducirlo dentro de cauces bien reglados de desarrollo que permitan su neutralización a partir de la asimilación de las demandas sociales en que el conflicto se concreta por la estructura estatal; otra cosa será que la fuerza expansiva

constituyente y revolución, una relación íntima y circular: así que allí donde hay poder constituyente hay revolución. Ni la revolución ni el poder constituyente tienen fin jamás cuando están interiormente conexados." (p. 44).

²⁹ Al movimiento social y a otros fenómenos asociativos específicos se refiere Bobbio como fenómenos esencialmente pluralistas de las sociedades democráticas. Por eso estos fenómenos asociativos deben respetar las reglas del juego democrático pues, de lo contrario, los movimientos sociales podrían convertirse en estrategias antidemocráticas tendentes a la negación de derechos. Las conquistas de la democracia no pueden ser menoscabadas. Cualquier estrategia de transformación social deberá no sólo ser respetuosa con los principios de la convivencia democrática sino convertirse en agentes de una virtualización democrática plena orientada a la realización de un

del conflicto pueda servir realmente para transformar la sociedad pues el sistema crea una compleja red jurídico-política en la que los conflictos quedan reabsorbidos por el mismo sistema. Se anula así una de las precondiciones de la democracia: si las posibilidades de conflicto quedan reducidas y cualquier demanda social es canalizada a través de procedimientos reglados de neutralización, de manera que el problema no se resuelve, la demanda no se satisface pero sí que se consigue desarticular la presión que la reivindicación social de la demanda generó; la democracia se convierte no en un medio de resolución de las controversias sociales sino sobre todo en una estrategia de anulación de las fuerzas sociales disconformes con el sistema. Veamos esto: el sistema capitalista abomina del conflicto porque incide negativamente sobre su eficacia, sobre la productividad de bienes y servicios. El conflicto es así algo no deseable que debe ser a toda costa evitado. Por eso las estrategias conflictuales de las democracias capitalistas no apuntan a la resolución real del conflicto, porque en buena medida su resolución requeriría una transformación parcial del *statu quo*, de la reestructuración del sistema productivo o de la limitación o subordinación del sistema económico a las demandas sociales emergentes. La estrategia conflictual de la democracia capitalista es bien distinta: no consiste en la resolución del conflicto porque esto podría alterar gravemente la propia estabilidad del modo de producción, pero tampoco puede consistir en su sofocamiento sistemático porque con eso también quedaría amenazada la propia estabilidad del sistema al aumentarse considerablemente el índice de

horizonte de emancipación humana que sólo será tal en la medida en que sea compatible con los triunfos consolidados del sistema democrático. Por eso dice Bobbio que el discurso sobre las vías de la política en un sistema democrático no sería completo si no se tuviesen en cuenta las formas de agregación en torno a intereses relativos a las condiciones de desenvolvimiento de la personalidad. El autor hace mención expresa a los movimientos sociales, como los movimientos feministas, los movimientos de jóvenes y los de homosexuales y a las ligas en defensa de minorías lingüísticas o raciales. Estos movimientos son reconocidos con base en los dos principios fundamentales de libertad de asociación y libertad de opinión, los cuales deben ser interpretados como verdaderas precondiciones para el funcionamiento de las reglas del juego, particularmente de la regla fundamental según la cual ninguna decisión colectiva puede ser tomada e implementada si no reposa en última instancia sobre el consenso. (Bobbio, N. Op. cit., p. 72).

insatisfacción social y con ello, la posibilidad de amotinamiento o rebelión. Por ello el conflicto no termina de ser resuelto pero tampoco es sofocado: sencillamente se neutraliza, y con él la posibilidad de abrir un debate profundo sobre las causas que lo generaron y que permiten la creación de una situación que provoca insatisfacción y da origen a la demanda social. La democracia capitalista no resuelve la pobreza, ni las bolsas de miseria y de marginación que se acumulan en las diásporas de los grandes núcleos urbanos. El sistema capitalista no facilita una igualdad real de condiciones en el acceso a la salud o a la educación, tan sólo asegura que en principio todos tendrán una educación o una salud gratuita pero no resuelve el problema estructural que subyace al propio capitalismo: la exclusión sistemática de una minoría que carecen de posibilidades reales de integrarse en el sistema. Tampoco, por tanto, abre la vía para una democratización del propio sistema de organización económica. Lo que interesa es asegurar su propia estabilidad. Y para ello, nada mejor que medidas sociales concretas, pequeñas concesiones que son como las migajas que quedaron en la mesa tras la comida, ya sea en forma de subvenciones a bajo interés o mediante subsidios, pensiones no contributivas o cualquier otra medida que actúa de manera redistributiva y no reestructuradora. Y entre tanto se tiende a crear una gran mayoría de clases medias que tienen acceso al sistema, que se halla plenamente inserta en él y que constituye la más sólida garantía de que el sistema se perpetuará por vía democrática. La pervivencia del sistema queda así asegurada: los excluidos son contentados con actuaciones esporádicas que no resuelven el problema estructural que generó la demanda social pero que neutraliza la posibilidad de conflicto, y dispersa a las masas ante la satisfacción parcial e inmediata de algunas de sus necesidades más apremiantes, y entre tanto el sistema se consolida y aleja cada vez más la posibilidad de que el conflicto pueda renacer pues la gran mayoría de los ciudadanos ven mejorar sus condiciones de vida sin llegar a pensar que esa mejoría puede deberse a la exclusión de otros del sistema.

Ante esto es preciso revitalizar el espacio público, reivindicando el carácter constitutivamente democrático del conflicto social. Stuart Mill podría afirmar que, donde no hay conflicto, o bien hay una sociedad intelectualmente muerta, o bien esa sociedad vive bajo el totalitarismo más feroz. Se hace preciso articular

cauces concretos a través de los cuales el conflicto pueda emerger en la vida social. Se trata de liberar espacios al libre desenvolvimiento individual, de ampliar el horizonte de lo público y de reconquistar el espacio político por una ciudadanía ya no más inhibida. Es urgente rehacer el espacio público, entretejer nuevamente los vínculos de la solidaridad y de la cohesión social ahora disueltos por la dispersión del individualismo consumista y recalcitrante del Estado del bienestar. En este terreno la tarea está por hacer y sólo puede llevarse a la práctica si se lucha desde el ámbito de las conciencias individuales. La dinamización del espacio público, la creación de esos nuevos espacios de ciudadanía requiere de la liberalización de ámbitos invadidos por la hipermercantización del mundo de la vida, pero exige sobre todo una labor específica de concienciación: nos interesa no un concepto abstracto y difuso de ciudadanía sino cada ciudadano en particular, con sus conflictos, con sus inquietudes y sus frustraciones: nos interesa sobre todo cada hombre, convertido fácilmente en mercancía por el capitalismo o enmascarado por los códigos informáticos de una burocracia estatal; nos interesa, por tanto, revelar al hombre su condición más intrínsecamente humana y el valor de su propia dignidad como sujeto moral. Y esto exige una concepción abierta, radical y diacrónica de la democracia. Como punto de partida: porque es exigencia derivada de la igualdad moral de los sujetos; como cauce, porque sólo a través de la democracia cabe un desarrollo pleno de cada uno de los sujetos morales, y como punto de llegada porque la realización plena de la autonomía moral exige la realización plena de la democracia.

6. La democracia como tarea inconclusa

Por todo ello no parece posible seguir sosteniendo una concepción frustrante del sistema democrático articulada a través de una estructura petrificada de partidos. No nos parece posible seguir auspiciando esta deformación de los contenidos emancipatorios de la democracia a través de la concentración del poder en una élite oligárquica de tecnócratas o profesionales de la política, sino que necesitamos explorar vías alternativas y complementarias. Porque no podemos ser tan idealistas como para pensar que podemos prescindir de un alto grado de tecnificación en la gestión y gobierno de los asuntos colectivos, pero es

evidente que los resultados de este predominio absorbente de la funcionalidad del sistema no resultan ser emancipatorios ni acordes con los contenidos de una democracia real. Por eso hemos de reivindicar cauces concretos a través de los cuales pueda concretarse esa recuperación de los espacios de ciudadanía para hacer de la democracia algo más que un sistema pacífico de preservación del statu quo y de reparto de las cuotas de poder entre las élites dominantes. Se trata de postular la democracia como proyecto de identidad ética, como realización efectiva de la libertad y la igualdad en condiciones de desarrollo de la plenitud moral del sujeto. Por ello, sin ser tan ingenuos como para pensar en un retorno a las viejas formas democráticas del mundo clásico, sin dejarnos llevar por la nostalgia trasnochada de tiempos que efectivamente no fueron mejores, debemos articular mecanismos reales de participación compatibles con la funcionalidad del sistema representativo sobre el que descansa la democracia capitalista contemporánea y que nos permitan recuperar para todos el espacio de lo político.

Cualquier empeño por reconstruir el espacio político de la ciudadanía sólo puede apoyarse ya sobre la necesidad de incorporar la iniciativa espontánea de los ciudadanos a través del movimiento social. Porque las cerradas estructuras de los partidos ahogan el espacio de desenvolvimiento de la ciudadanía y la limitan a una concepción reglada y formal del ejercicio de las responsabilidades públicas que consiste únicamente en el ejercicio del derecho al voto. La recreación de esos espacios nuevos de lo público es una tarea pendiente de la propia ciudadanía. No podemos seguir albergando esperanzas irrealizables, no podemos continuar apostados sobre las quimeras de las realizaciones espontáneas. Necesitamos recuperar un discurso democrático, pero, sobre todo, necesitamos recuperar una práctica democrática plena.

Si hay demandas concretas de grupos sociales éstas deben canalizarse a través de ese espacio público liberado. Las demandas de los movimientos sociales son el aliento nuevo de la democracia porque especifican exigencias concretas y, por ende, ideológicas: son el compromiso de un sector de la ciudadanía con la realización de un valor y eso supone que están impregnadas de ideología. Y en un momento en que todo el horizonte político parece difuminado ante la turbia constitución de un espacio

desideologizado es necesario reintroducir el debate ideológico si queremos recuperar un horizonte más diáfano de lo político³⁰. El movimiento social es, a la vez, el complemento necesario a las visiones genéricas, abstractas y globales de las posiciones políticas programáticas de los partidos pues contrarrestan el necesario equilibrio, fruto del compromiso entre las distintas fuerzas dentro de un partido y de los partidos entre sí, que se establece entre pretensiones que se quieren armonizar. Pero además el movimiento social constituye una fuerza expansiva de la conciencia ciudadana, de modo que las demandas sociales de los movimientos acaban tras un largo periodo reivindicativo implementando los programas políticos de los partidos y entrando así en el terreno de las medidas políticas realizables. Ese es el caso, por ejemplo, de los movimientos ecologistas que se instituyeron como fuerza crítica de la ciudadanía ante los abusos constantes y la degradación permanente de la naturaleza por los Estados y por las grandes compañías del capitalismo internacional. En nuestros días es toda la sociedad la que se ha beneficiado de esa demanda social sectorial de respeto a la naturaleza de manera que lo que comenzó siendo una aspiración sectorial de grupos marginales termina por conformar una conciencia crítica generalizada en la ciudadanía y fuerza la admisión de contenidos ecologistas en las disposiciones programáticas de los partidos. Otro tanto ocurrió en España recientemente con el movimiento de 10'7 que reclamaba, como medida de solidaridad con los países del Tercer Mundo, la cesión del 0'7% del producto interior bruto en concepto de ayuda a estos países. El movimiento sirvió para despertar la conciencia atrofiada y conformista de una ciudadanía pasiva, y pronto la petición prendió en la ciudadanía. El movimiento del 0'7 no consiguió todo cuanto se proponía pero alcanzó un espectacular resultado: hizo despertar el valor de la solidaridad en las conciencias individuales de los ciudadanos consumistas y su presión sirvió para que el gobierno adoptara medidas urgentes de solidaridad con el Tercer Mundo.

³⁰ Para un estudio de las ideologías modernas y una perspectiva de futuro de la política ante el ocaso de las ideologías en la contemporaneidad puede verse la obra de Frederick M. Watkins e Isaac Kramnic, *A Idade da Ideologia*, Brasília: Universidade de Brasília, 1981. Especialmente interesante es en particular el capítulo XII, *Rumo ao ano 2000: o futuro da ideologia*, p. 93-107.

Es así como esos aspectos de una conciencia ciudadana sectorial acaban por revertir en valores sociales, demandas sociales generalizadas de la ciudadanía que recaba su incorporación al plano de las medidas políticas como bien que debe ser tutelado. El movimiento social huye así de una concreción estática de la legitimación y de los valores y se constituye en conciencia crítica de la ciudadanía. Su compromiso concreto termina revertiendo en progreso social, como fuerza expansiva que alimenta la conciencia crítica de la ciudadanía. Pero el movimiento social tiene también una misión mucho más concreta porque acerca lo político al ciudadano a través de la estimulación de su conciencia ante un hecho concreto. Crea así un estímulo en la ciudadanía ante el cual no se suele permanecer indiferente y contribuye a una recreación del espacio público. Supone por ello una forma de revitalizar la democracia y, por tanto, de poner la discusión política al alcance del ciudadano pero también de reivindicar el papel creativo del espacio político que corresponde a la ciudadanía, tantas veces arrebatado por estructuras oligárquicas, tecnocráticas y grupos de presión que determinan el horizonte de lo político.

De esta forma el ciudadano vuelve a sentirse protagonista de la representación, ya no más un espectador pasivo e indolente que aplaude sin prestar atención a lo que ocurre sobre el escenario, y ahora sí un nuevo elemento de la escena que hará cambiar el final que ya estaba escrito. Por eso sólo podemos responder con la perplejidad a quienes sostienen la vigencia y virtualidad del sistema de partidos, pues aunque resultan estructuras imprescindibles para la democracia, no creo que en su configuración actual puedan contribuir al avance de la democracia como proyecto de emancipación humana; máxime cuando las políticas globales responden a un proceso selectivo de aspectos que puedan ser generalmente admitidos con facilidad en un proceso de negociaciones y concesiones mutuas entre distintas fuerzas sociales dominantes, grupos de presión y poderes fácticos. El movimiento social introduce, frente a esta concepción frustrante de la democracia, un elemento crítico en la ciudadanía conformista y revitaliza el debate político colocando problemas candentes al alcance de un debate sin posiciones de privilegio entre los ciudadanos.

Me parece, por ello, que los planteamientos generales no es que no sirvan sino que resultan insuficientes, o sea, que necesariamente la

política debe integrar una visión integral de las relaciones humanas, una cosmovisión de la ordenación social, pero esto no termina de resolver los problemas concretos de las complejas sociedades de nuestros días: tenemos que reconocer que hay identidades e intereses sectoriales y que el progreso general de la democracia como proyecto de realización plena del pluralismo social, condición de la plena autonomía moral de los sujetos, requiere de la inserción de un espacio colectivo, inmediato, conflictivo e inconformista, sectorial pero no fragmentado que representa el movimiento social.

La recreación de un espacio público abierto exige por tanto una reforma profunda del sistema de partidos a fin de que su estructura y funcionamiento sea plenamente acorde con las exigencias de democracia real de la ciudadanía. El partido político, como institución dinámica aglutinadora de las demandas sociales, es todavía un instrumento necesario para la democracia. Pero en las sociedades contemporáneas la complejidad del sistema tiende a alejar la democracia de la ciudadanía y a provocar un fenómeno de concentración del poder en las élites -tecnócratas o plutocráticas- dominantes. Si hemos de continuar reconstruyendo la democracia, en una labor permanente por la emancipación humana, hemos de explorar nuevas vías de reconstrucción del espacio público y en esto el movimiento social parece mostrarse como el complemento necesario a la actividad más general, abstracta y, en buena medida, desideologizada de los proyectos globales que encarnan los partidos. Esta tarea de recuperación del espacio de ciudadanía exige, por tanto, de estructuras adecuadas a las sociedades de nuestros días. Parece evidente por ello que en el umbral del segundo milenio el hombre no puede seguir pensando el partido político con los mismos esquemas y estructuras del siglo XIX. La reforma del sistema de partidos debe orientarse pues a redimensionar la virtualidad emancipadora de la democracia como proyecto común de la sociedad. Ello exige abrir vías de comunicación en el espacio de ciudadanía que articulen la legitimidad democrática a través de la soberanía popular. Nuestras propuestas van dirigidas en ese sentido, pero no son un programa cerrado, antes bien, constituyen propuestas para el debate y la reflexión. La recuperación de la función emancipadora de la democracia requiere, en mi opinión, de la articulación de un sistema de

partidos que responda a exigencias radicalmente democráticas, sin desconocer el papel de orientación que debe corresponder a los expertos en las complejas sociedades de nuestros días, pero exige también un modelo nuevo de relación con lo público que huya de la estandarización y la homogeneidad de estructuras pétreas y fosilizadas; el movimiento

social, en cuanto agrupación temporal o estable de ciudadanos para la consecución de objetivos específicos, constituye la savia nueva que necesita la democracia. Es no sólo un modelo complementario de articulación de la participación popular, sino, sobre todo, un atisbo de esperanza para quienes aún soñamos con el triunfo definitivo de la democracia.

Esclarecimento a respeito da viabilidade econômica da capital do Brasil

LEILA OLLAIK

SUMÁRIO

O “custo-Brasília” revisitado. 1. Da argumentação lógica. 2. Dos números. 3. Da metodologia. 4. Conclusão.

O “custo-Brasília” revisitado

Em ensaio publicado pela revista *Conjuntura Econômica*, da Fundação Getúlio Vargas, em maio de 1996, o jornalista e economista Ib Teixeira defende que a construção da atual capital do Brasil foi um erro. Segundo ele, Brasília custou bilhões aos cofres públicos e não gerou retorno, prejudicando o desenvolvimento de outras áreas, como educação e saúde.

O presente texto tem por objetivo analisar alguns argumentos apresentados pelo ensaísta.

1. Da argumentação lógica

Há algumas afirmações, no ensaio, que demonstram que o autor não foi informado de aspectos, pouco relevantes, da história e da realidade de Brasília. Alega que foram construídos “dezessete edifícios com cinco blocos de 10 pavimentos, abrigando 372 apartamentos de três quartos”. Tal obra não existe em Brasília. Em outro trecho, refere-se ao Teatro Nacional como *Teatro Municipal*. Mas esses pequenos detalhes pouco afetam a qualidade do Ensaio.

Ib Teixeira escreve:

“se ignora por que um funcionário público federal, que no Rio ou em São Paulo ganha pouco mais de um salário mínimo, deve ser contemplado em Brasília com um vencimento, no mínimo, cinco vezes maior.”

Ora, servidores (e não *funcionários*) públicos

Leila Ollaik é economista pela Universidade de Brasília, Analista de Finanças e Controle e assessora do Gabinete do Secretário de Fazenda e Planejamento do GDF.

federais ganham o mesmo salário em Brasília ou em qualquer outro estado. Qualquer variação depende apenas de diferenças entre carreiras e cargos. Um analista de finanças e controle em Brasília, por exemplo, ganha a mesma remuneração que um analista de finanças e controle em Manaus. Como o custo de vida em Brasília é mais alto do que em outros estados, os daqui ganham até menos, do ponto de vista real. O que ocorre é que há determinados cargos que são referentes apenas ao primeiro escalão do Governo, e esses, apesar de servirem a todo o país, só existem na Capital.

O autor argumenta, com muita propriedade, que o Governo Federal oferece mordomias e ostentações aos servidores públicos. No entanto, essas mordomias (carros, residências, reformas e equipamentos por conta do Estado) existem apenas para altos postos do Governo e não para todos que residem na Capital. Além disso, não há nenhuma conexão entre as mordomias e o planalto Central, isto é, não são os ares do local que fazem com que os políticos eleitos pela maioria do povo brasileiro desfrutem de mordomias e sejam despreocupados com os graves problemas da população. É indiscutível a existência de mordomias e ostentações, mas o comportamento dos tomadores de decisão não pode ser atribuído à localização da Capital.

“Aboletados num trator, percorríamos os canteiros de obras, recebendo a informação oficial de que boa parte da construção de Brasília estava sendo financiada pela Previdência Social”.

Já antes de 1960, a Previdência Social era utilizada para outros objetivos que não os para o qual existe. A Previdência já teve seus recursos destinados a bancos de diversos estados. Realmente, a construção de Brasília não deveria ter sido financiada pela Previdência Social. Infelizmente, essa prática de modificarem os objetivos da Previdência Social persiste até hoje, o que esclarece ainda mais que não foi a construção da nova Capital que gerou os problemas da Previdência.

A construção de Brasília esteve inserida na política de desenvolvimento da época, que previa grandes obras. Brasília não foi a única obra e muito menos o fator decisivo para a situação econômica e social que se seguiu a 1960.

“O mundo estava perplexo em saber como um país pobre, do pobre hemisfério Sul, se dava ao luxo de construir uma

‘cidade interplanetária’, uma cidade do então longínquo ano 2000”.

Essa afirmativa equivale a perguntar como o nosso país, com tantos problemas de pobreza, desemprego e violência, proporciona o maravilhoso espetáculo do *carnaval* todos os anos. O carnaval é parte de todo um contexto cultural brasileiro, assim como a construção *faraônica* de Brasília foi parte de um contexto de política de desenvolvimento adotada na época.

No entanto, o modelo de grandes obras, que invertia as prioridades, adotado pelo país quando da construção da nova Capital, resulta hoje na exportação de modelos de políticas sociais, especialmente na área de educação. O programa Bolsa-Escola, iniciado em Brasília em 1995, é aplaudido e copiado nas mais diversas localidades, sempre com o objetivo de melhorar a educação em nosso país.

2. Dos números

O ensaio tomou como base a estimativa do ex-Ministro da Fazenda Eugênio Gudin, feita logo após a inauguração da cidade, de que o custo inicial de Brasília foi de US\$ 1,5 bilhão. Esse valor teria sido corrigido pela inflação dos Estados Unidos da América nos últimos 35 anos. Assim, o autor chegou ao montante de US\$ 35 bilhões. Caso esses cálculos estivessem certos, a inflação norte-americana teria sido de 2.234% no período, ou seja, 9,42% ao ano em média.

Entretanto, o Índice de Preços ao Consumidor dos Estados Unidos da América¹ revela que a inflação acumulada nos últimos 35 anos, de 1960 a 1995, foi de 413,66%, ou seja, 4,79% ao ano em média. Portanto, pela taxa de inflação medida nos EUA, US\$ 1,5 bilhão equivale hoje a US\$ 7,7 bilhões, e não a US\$ 35 bilhões.

Acresceram-se a esse montante de US\$ 1,5 bilhão juros de 3% ao ano por 35 anos, chegando-se, incompreensivelmente, a mais US\$ 35 bilhões. Fato é que o montante de US\$ 1,5 bilhão corrigido com juros de 3% ao ano por 35 anos resulta em US\$ 4,2 bilhões, e não nos US\$ 35 bilhões divulgados no ensaio.

Outros US\$ 36 bilhões teriam relação com o custo das transferências de recursos do Governo Federal para o Distrito Federal desde 1960, pouco mais de US\$ 1 bilhão por ano,

¹ Fontes: Banco Central do Brasil e índices norte-americanos que estão disponíveis na Internet. (<http://stats.bls.gov/cpiovrw.htm>).

estimativa esta bastante razoável.

Já o outro valor citado é o de US\$ 59 bilhões, supostamente gasto pela iniciativa privada na Capital. Teixeira calculou o investimento da iniciativa privada com a relação US\$ 0,50 para cada US\$ 1 de dinheiro público investido. Mesmo considerando que fosse correta a premissa do autor, aplicação de meio para cada inteiro, seu cálculo estaria errado, pois o setor privado teria investido metade de US\$ 106 bilhões, ou seja, US\$ 53 bilhões, ao invés dos US\$ 59 bilhões apresentados ao leitor. Isso considerando os resultados apresentados, pois o montante de US\$ 106 bilhões é a soma dos números encontrados pelo próprio autor, 35 bilhões de custo inicial somados a 35 bilhões de juros e somados a 36 bilhões de transferências. Como já ficou claro que, seguindo a metodologia proposta, os resultados são US\$ 7,7 bilhões de custo inicial, US\$ 4,2 bilhões de juros e US\$ 36 bilhões de transferências, o total de dinheiro investido pelo setor público seria de US\$ 48 bilhões, e, portanto, o total de investimento do setor privado seria equivalente à metade, ou seja, US\$ 24 bilhões.

Para finalizar, o ensaio apresenta uma tabela onde 35+35+36+59 totalizam 155 bilhões de dólares, ao invés da soma correta, que seria US\$ 165 bilhões.

Utilizando os mesmos argumentos e a mesma metodologia do autor, porém efetuando cálculos corretos, o custo total encontrado seria US\$ 72 bilhões. Ou seja, menos da metade do custo informado ao leitor.

Resultados apresentados no ensaio	Resultado correto, considerando a metodologia do ensaio
35,00	7,70
35,00	4,22
36,00	36,00
59,00	23,96
165,00	71,88

O ensaio cita o seguinte trecho, escrito pelo Sr. Gudín:

“Nestes últimos 8 anos, as dotações e os dispêndios têm sido da ordem de 200 a 300 bilhões de cruzeiros, por ano, sejam cerca de 100 milhões de dólares por ano. Total até agora, portanto, um bilhão e meio de dólares”.

E o autor, em seguida, escreve:

“Considerando-se, porém, somente a estimativa do Dr. Gudín, que incluiria despesas orçamentárias e não-orçamentárias e outros agregados, só os primeiros passos de Brasília como capital estariam custando, em meados dos anos 60, em termos monetários, uns US\$ 5 bilhões”.

Caso o autor tenha considerado o valor de US\$ 5 bilhões, ao invés de US\$ 1,5 bilhão, para iniciar os cálculos, vejamos: US\$ 5 bilhões corrigidos pela inflação norte-americana equivale hoje a US\$ 26 bilhões, e a juros reais de 3% ao ano resulta em mais US\$ 14 bilhões. Portanto, considerando a mesma metodologia, mas iniciando a conta pelo valor *inicial* de meados dos anos 60, tem-se o seguinte:

Resultados apresentados no ensaio	Resultado correto, considerando a metodologia do ensaio, iniciando com o valor de meados dos anos 60
35,00	25,68
35,00	14,07
36,00	36,00
59,00	37,88
165,00	113,63

O custo total encontrado seria US\$ 114 bilhões. Ou seja, menos de setenta por cento do custo informado ao leitor.

3. Da metodologia

Além de todos esses pontos questionáveis, o referido estudo apresenta também falhas metodológicas graves ao considerar apenas um tipo de transferência, o que impossibilita a comparação do “custo-Brasília” com o custo de outros estados.

Todas as unidades da federação recebem transferências da União. Essas transferências assumem formas outras que as simplesmente orçamentárias. Algumas destas formas são empréstimos do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal, do BNDES, para citar apenas algumas que se encaixam na modalidade de federalização das dívidas estaduais. Tais empréstimos são muitas vezes negociados para serem pagos em 30 anos, sem juros e sem correção monetária.

Há outras modalidades, como, por exemplo, os repasses constitucionais (Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios e salário-educação) e os incentivos e benefícios concedidos ao setor privado dos diversos estados.

O economista e jornalista Ib Teixeira considera os investimentos do setor privado na capital do Brasil para calcular seus custos. Com o objetivo de seguir a mesma lógica, ao analisar quanto cada unidade da federação recebe de transferências da União, deve-se considerar também a parcela referente a incentivos governamentais a indústrias privadas de cada estado.

Em uma tentativa de esboçar o que deve ser considerado para comparar-se a quantidade de recursos federais que é destinada a cada estado, pode-se considerar os seguintes recursos federais:

a) BNDES = Valor dos desembolsos efetuados pelo sistema do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

b) BB = Valor dos créditos concedidos pelo Banco do Brasil às atividades econômicas.

c) CAIXA = Empréstimos da Caixa Econômica Federal.

d) FPE + FPM = Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios

e) SALÁRIO-EDUCAÇÃO

f) TESOURO = Despesa realizada pelo Tesouro

Todos esses dados podem ser encontrados no *Anuário Estatístico do Brasil*, elaborado pelo IBGE.

O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios (item *d*) estão de acordo com as vinculações constitucionais relativas à participação na receita da União. Por estes fundos, os estados, o DF e os municípios recebem parcela do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados.

Tais fundos têm como objetivo reduzir as disparidades regionais no nível de renda, obedecendo a critérios de população e renda que colocam o Distrito Federal em posição desfavorável (diretamente proporcional à população e inversamente proporcional ao nível de renda)². O DF recebe menos de 1% dos recursos destes fundos. Para 1996, cabem ao DF 0,6902% dos recursos do FPE e 3,5% dos recursos do FPM, enquanto cabe, por exemplo,

² Código Tributário Nacional, artigos 86 a 91.

ao Estado da Bahia 9,3962% e à cidade de Salvador 8,0% dos respectivos fundos³. As transferências referentes ao salário-educação dos estados e do Distrito Federal (item *e*) seguem critérios igualmente desfavoráveis à Capital.

O BNDES continua transferindo recursos aos estados. De novembro de 1995 a abril de 1996 foram financiados R\$ 135 milhões para a Bahia e R\$ 764 milhões para quatro estados: Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul⁴.

Consultando o *Anuário Estatístico do Brasil* de 1994, nos itens citados acima, nota-se que treze estados receberam mais recursos federais, em 1993, do que o Distrito Federal. O Estado de São Paulo recebeu dez vezes mais recursos do que a capital do Brasil. Enquanto o Distrito Federal recebeu 2,3 % do total dos recursos federais para os estados, Minas Gerais recebeu 9,8 % destes mesmos recursos, Rio Grande do Sul recebeu 9,9 %, Paraná recebeu 10,7 % e São Paulo recebeu 23,2 %.

É importante notar que não se estão considerando as transferências federais referentes às entidades de desenvolvimento (como SUDENE), à abdicção de receita (como zonas francas) e à ajuda a bancos estaduais — tão freqüentes em nossa recente história. Caso essas modalidades de transferências também fossem computadas, tornariam o custo da capital do Brasil ainda mais barato em relação a outros estados.

4. Conclusão

A capital do Brasil é viável economicamente. Caso seja interessante discutir o “custo-Brasília”, é necessário o desenvolvimento de análise mais séria e mais extensa do que a apresentada no ensaio publicado, em maio de 1996, pela revista *Conjuntura Econômica*, da Fundação Getúlio Vargas.

O ensaio levanta fatos reais para chegar a conclusões errôneas, transmitindo a falsa imagem que a Capital proporciona mordomias a todos os que aqui residem, usando argumentos que não condizem com a realidade. Enumera

³ Decisão Normativa nº 008/95 do Tribunal de Contas da União, anexo II.

⁴ De acordo com a *Folha de São Paulo* em 22 de abril de 1996, artigo de Francisco Santos, da sucursal do RJ.

ostentações e privilégios como causados pela mudança da Capital para o interior, considerando que Brasília é a causa da conduta não-ideal de nossos políticos, raciocínio este que não apresenta sustentação lógica.

Além disso, os cálculos apresentados contêm falhas técnicas, levando a resultados distorcidos. O ensaio divulga taxas de inflação para a correção dos números que são incompatíveis com dados oficiais e comete incorreções matemáticas.

A metodologia adotada não aborda todos os aspectos do tema tratado, apresentando falha lógica, pois considera apenas as transferências

orçamentárias, impossibilitando a comparação do conjunto de transferências (diretas e indiretas) que a União faz às unidades da federação, tornando a análise superficial e inconsistente.

Para se avaliar a viabilidade da construção da Capital seria necessário considerar, pelo menos, o desenvolvimento social e econômico proporcionado à região. E quanto a sua manutenção, a soma dos dados que deveriam ser considerados para uma comparação inicial mostra que outros estados recebem mais recursos do Governo Federal do que Brasília, o que comprova a viabilidade da Capital.

Propriedade intelectual sobre produtos da Biotecnologia

MARCELO DIAS VARELLA E MÁRCIA CRISTINA PEREIRA

SUMÁRIO

1. Noções gerais. 2. Histórico. 3. Fundamentação jurídica das modalidades de proteção. 3.1. Patentes. 3.2. Patentes de cultivares e de microrganismos. 3.3. Legislação de proteção de cultivares. 4. Perspectivas sócio-econômicas da adoção de cada modalidade de proteção. 4.1. Patentes de seqüências de DNA. 4.2. Patentes de cultivares. 4.3. Legislação de Proteção de Cultivares. 4.4. Patentes de microrganismos.

1. Noções gerais

Nos últimos anos, desde o início das discussões sobre a aprovação do Projeto de Lei nº 824/91, conhecido popularmente como Lei de Patentes, muito se tem falado sobre o tema, embora com pouco embasamento filosófico e jurídico, o que se deve principalmente à não-existência, no Brasil, de doutrina e mesmo de estudo mais aprofundados sobre o assunto. Neste trabalho, pretendemos realizar uma análise histórica da propriedade intelectual em território pátrio e em outros países de variados níveis de desenvolvimento, bem como elaborar um estudo crítico dos diversos modos de proteção existentes sobre plantas e microrganismos em todo o mundo e das possíveis conseqüências da adoção de cada modalidade de proteção em âmbito nacional.

2. Histórico

Projeto de Pesquisa dos Departamentos de Direito e Biotecnologia da Universidade Federal de Viçosa, sob a orientação dos Professores Evaldo Ferreira Vilela, Ph.D, UFV; Fabiana de Menezes Soares, MS, UFV e Joaquim Carlos Salgado, DS (UFMG).

O início do desenvolvimento industrial no Brasil, embora de maneira insipiente, deu-se com a entrada da família real e a posterior abertura dos portos em 21/1/1808. Pouco mais de dois meses após a abertura dos portos, em 1º de

abril de 1808, publicou-se um alvará permitindo a proteção de inventos, ou seja, garantindo o monopólio sobre a comercialização do mesmo ao seu inventor, privilégio que tinha a duração de 14 anos.

Contudo, durante muitos anos, pouco se fez para estimular a concessão de registros. Em 1830, uma nova lei, baseada na Constituição de 1824, foi feita para tornar efetiva a proteção dos inventores, regulando os privilégios e os direitos deles decorrentes. As patentes eram concedidas gratuitamente, cobrando-se apenas o selo e o feito, cabendo ao interessado provar por modelos, planos e desenhos, descrevendo todo o processo e depositando tudo no arquivo público. O privilégio durava de cinco a vinte anos e a violação dos direitos tinha por sanção uma pena de multa equivalente a 1/10 do valor dos produtos fabricados, além da perda dos mesmos.

Posteriormente, outros decretos e regulamentos vieram a modificar essa legislação, mas sem alterações substanciais, o que somente ocorreu após a Convenção de Paris em 1883. A Convenção de Paris teve a participação de diversos países, como Bélgica, Espanha, França, Guatemala, Itália, Holanda, Portugal, São Salvador, Sérvia e Suíça, e como objetivo formar uma união internacional para a proteção da propriedade industrial. O Brasil tornou-se signatário em 28 de julho de 1884. Nesse documento protegia-se não somente as invenções, mas também as marcas de fábrica e de comércio e dispunha-se sobre a “criação de um depósito central das marcas estrangeiras e dos registrados nas províncias”, um órgão ancestral do atual Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Em 1923, com o Decreto nº 16.264, tornou-se exclusivamente federal o registro das marcas, e em 1945 um decreto-lei regulamentou os crimes em matéria de propriedade industrial. Contudo, somente com a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, é que o Brasil veio a ter uma legislação mais adequada às necessidades nacionais (legislação esta que vige até os dias de hoje).

No mundo, as diversas legislações foram criadas também de acordo com as convenções internacionais, em especial com a Convenção de Paris, nas suas diversas versões.

Com relação à biotecnologia, a primeira legislação que se tem conhecimento data de 1883, na Alemanha, em Kischenshof. Quarenta anos mais tarde surgia na Inglaterra a Lei sobre Sementes, que tinha como objetivo permitir o

patenteamento de sementes de variedades vegetais; em outros países, como o Canadá, também foram criados dispositivos permitindo o patenteamento, embora quase não tenham sido utilizados na prática.

Foi somente na década de 60, com a criação da União Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais, que se criou um sistema adequado para o setor agrícola. Neste acordo, proibia-se o patenteamento vegetal, dada a sua inadequação às necessidades fáticas dos agricultores. A legislação aprovada foi a de Proteção de Cultivares ou Direitos de Melhorista, como também é conhecida, que, embora com algumas variações, como veremos adiante, vige até os dias de hoje em dezenas de países.

3. Fundamentação jurídica das modalidades de proteção

Quando nos referimos à propriedade imaterial, queremos dizer que o bem jurídico tutelado é composto de bens incorpóreos, intocáveis, ou seja, “que não têm existência tangível e são relativos aos direitos que as pessoas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto (...) tais como direitos autorais”.¹ Ou ainda, aqueles que têm existência ideal, abstrata, mas que o ordenamento jurídico reconhece². Fisicamente só podemos concluir pela existência de bens móveis incorpóreos, o que decorre da impossibilidade de um bem incorpóreo ser imóvel.

A Patente e a Proteção de Cultivares são, portanto, *formas de aquisição da propriedade imaterial*. São modos, indicados pelo ordenamento jurídico, de se adquirir a propriedade sobre determinado bem móvel, e não a propriedade em si, como consideram alguns. A mobilidade do bem é expressamente estipulada pelo próprio ordenamento jurídico. Limongi França considera que este modo de propriedade é um direito pessoal e não real³, o que é muito debatido pela doutrina, graças aos direitos instituídos pela lei ao seu titular.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1989. V. 1 : Teoria geral do direito civil, p. 151.

² MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo : Saraiva, 1968. V. 1: Parte geral.

³ FRANÇA, Limongi *apud* ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 60.

No campo biotecnológico, diferem de outros meios de proteção, como os híbridos, que se configuram como um modo natural de “proteger” a planta, mais especificamente a semente. Neste ponto, é de essencial importância a distinção entre semente e grão, que em muitos casos se faz apenas quanto à destinação do mesmo. Se para o plantio, semente, se para o consumo, beneficiamento, grão. O sistema de patentes e o de proteção de cultivares são modos artificiais de proteção, fruto do labor humano. Como a propriedade imaterial somente foi considerada como passível de aquisição há poucos séculos, este modo de proteção é muito recente se compararmos com a propriedade sobre coisas móveis, cuja origem remonta ao início da humanidade.

3.1. Patentes

O sistema de proteção por patentes no campo biotecnológico é muito recente. Embora inicialmente elaborado no começo do século, pode-se dizer que somente na década de 80 é que começou a ser utilizado realmente para plantas e microrganismos. Foi nos EUA, com o caso *ex part Chackabarty*, em 1980, que se deu o passo definitivo para a disseminação deste sistema para o mundo, principalmente devido à força da indústria norte-americana no contexto econômico mundial.

Embora em muitas outras disputas, como em 1976, na Austrália, e em 1978, na Irlanda, os respectivos órgãos oficiais de registro de patentes tenham sido vitoriosos judicialmente, mantendo a negativa da adoção deste sistema para seres vivos, naquela disputa judicial, o Escritório de Patentes dos EUA foi derrotado na Suprema Corte, sendo obrigado a aceitar a patente de uma bactéria e, cinco anos mais tarde, com o caso *ex part Hibberd*, a aceitar também a patente de plantas.

A patente na área vegetal se dá com o registro da planta no órgão competente, que, em geral, é vinculado ao Ministério da Indústria e Comércio. No Brasil, tem-se o Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

Os critérios para a aceitação do pedido e consequente registro são os mesmos utilizados para invenções industriais, ou seja, novidade, originalidade, viabilidade industrial e distinguibilidade, embora este, específico para a área vegetal, varie de país para país.

É considerada nova a variedade que não

está registrada, que ainda não caiu em domínio público, ou, como preferiu o Legislador do Código de Propriedade Industrial, ao tratar de invenções, “que ainda não foi compreendida pelo estado da técnica”. O parágrafo 2º do artigo 6º assim explica:

“O estado da técnica é constituído por tudo que foi tornado acessível ao público, seja por uma descrição escrita ou oral, seja por uso ou qualquer outro meio, inclusive conteúdo de patentes no Brasil e no estrangeiro, antes do depósito do pedido de patente”.

Caso um inventor venha a descobrir um produto totalmente novo e original, se colocar à disposição de terceiros, deixará de ser novo e, por conseguinte, não poderá ser patenteado⁴.

É original aquele de que não se tem conhecimento, que não está em domínio público. Desse modo, nem toda variedade nova é original⁵. O critério originalidade é talvez o mais complexo e mais difícil de se identificar em uma invenção. Embora internacionalmente consagrado, como bem aborda o ilustre jurista João Gama Cerqueira, citado por Rubens Requião⁶, é omitido em muitas legislações, o que decorre de sua inerência a toda e qualquer atividade inventiva.

Viável industrialmente é a variedade vegetal que tiver um fim econômico determinado, suscetível de aplicação industrial. Distinguível é a variedade que se distinga claramente de qualquer outra conhecida quando da data do pedido.

Em algumas legislações, percebemos que não se explicita a expressão “entre as variedades conhecidas”, quando referente à originalidade, tratando o critério de modo amplo, como se o homem tivesse total ciência das milhões de variedades existentes em toda a flora mundial.

⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. V. 1, p. 230.

⁵ O conceito de novidade varia conforme a legislação estudada. O ilustre Professor Fran Martins, no seu *Curso de Direito Comercial*, 2ªed., p. 509, classifica a novidade em absoluta e relativa. É absoluta aquela invenção que nunca teve contato com terceiros. Será relativa nos moldes da antiga legislação, admitindo a patente, mesmo que a mesma já tivesse sido concedida no estrangeiro até um ano antes do depósito no Brasil.

⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial apud REQUIÃO*, Rubens. *Ibidem*. p. 229.

A orientação moderna, mais humilde e consciente da realidade, indica que se use a expressão, impedindo problemas judiciais futuros, como poderia ocorrer no caso de se “redescobrir” a variedade na natureza anos mais tarde. Se isto acontecesse, para se chegar à justiça dever-se-ia realizar um estudo minucioso para averiguar se o pesquisador da planta patenteada agiu ou não de má-fé. Se agiu, o registro será nulo, gerando efeitos *ex tunc*⁷ Se de boa-fé, a nosso entender, não ocorreria nulidade pois, embora o texto legal se refira “dentre as existentes”, devemos utilizar de boa hermenêutica e interpretar a expressão como “dentre as conhecidas”, adequando o texto do legislador à realidade fática e considerando as relações jurídicas realizadas como atos jurídicos perfeitos.

Como vimos acima, pode-se patentear ser vivo como um todo ou em partes, neste caso, através de seqüências de DNA. Quando se patenteia através de seqüências de DNA, faz-se um registro de todas as bases nitrogenadas (elementos que o formam), como Adenina, Guanina, Citosina, Timina e Uracila, representado-as por A, G, C, T, U, respectivamente. Cada seqüência de bases nitrogenadas dá origem a uma característica independente. Destarte, é possível a existência de diversas patentes na mesma planta, uma para cada característica.

Os direitos abrangem todas as fases da comercialização, além da proibição existente para a reprodução da matéria viva em causa. Deve-se considerar cada fase da comercialização das sementes como uma incidência do fato gerador que dá origem à obrigação de pagar os *royalties*. Se houver mais de uma característica patenteada (várias seqüências de DNA), cada fase deverá pagar *royalties* a cada detentor do registro e cada comerciante deverá obter a autorização de todos os detentores para vender o produto.

O *royalty* é fixo e, de modo geral, calculado proporcionalmente ao uso ou exploração quantitativa à produção⁸. A legislação, todavia, não estipula limites máximos para a cobrança de *royalties*. Assim, se houver muitas patentes

⁷ Diz-se que o efeito é *ex tunc* quando ocorre nulidade de todos os atos desde do início. Assim, todos os contratos com que sabia da condição de nulidade são nulos, exceto os realizados com terceiros de boa fé, que devem ser respeitados. O efeito será *ex tunc* quando gerar nulidade somente a partir de sua declaração, preservando as relações jurídicas anteriores.

⁸ *idem*, p. 279.

sobre o mesmo cultivar, cada detentor da patente poderá cobrar royalties como se fosse o único, gerando um acúmulo no preço final, o que se deve principalmente a ser esta possibilidade quase uma exclusividade do sistema de patentes de plantas e, portanto, não prevista pelo legislador. Esta situação é possível quando da patente de seqüência de DNA; o mesmo não ocorre quando da patente de cultivares, onde somente há uma patente para toda a planta, acarretando menor burocracia e menores taxas de cessão ou concessão.

Há países que fixam limites para a cobrança de *royalties*, que normalmente variam de 1% a 5%. Mesmo nos países tradicionalmente liberais como a Inglaterra, o limite para fixação da porcentagem é 4%, e houve casos em que o governo inglês, na década de 60, obrigou determinada empresa a baixar o teto para 2,5%.

Como o sistema de patentes foi elaborado inicialmente para invenções, proíbe-se a reprodução do bem protegido. Assim, se Pedro inventa uma máquina de engarrafar vasilhames de vidro, ninguém poderá confeccionar outra igual ou muito semelhante, sob pena de cometer um ato ilícito. Como na adaptação ao sistema para a proteção a plantas não se alterou quase nada, continua a proibição de reproduzir o bem protegido. Desse modo, o agricultor não poderá fazer novas sementes, ou, caso as faça, já que grande parte das culturas são autógamias, ou seja, os frutos servem como sementes⁹, não as poderá utilizar como tal, sob pena de cometer o mesmo crime indicado acima.

Para que qualquer pesquisador possa estudar o bem patenteado, com objetivo de melhorar o produto para novamente colocá-lo à venda, deve obter a autorização do detentor da patente. Se houver mais de um, deverá ter a autorização de todos, o que normalmente é feito mediante o pagamento de uma quantia exigida pelo titular da patente. No entanto, se não houver intuito de lucro, mas apenas fins didáticos, como objetivam as universidades brasileiras e outras instituições de pesquisa sem fins lucrativos, não serão devidos os royalties.

No Projeto de Lei nº 115/93, no Senado Federal, já se previa, no artigo 43, V e VI, a desnecessidade de permissão do titular da patente a terceiros quando a utilização for sem finalidade econômica e quando servir como

⁹ Henk Hobelink in *O Escândalo das Sementes*, revela que 85% das culturas do terceiro mundo são formadas a partir dos campos de replantio.

“fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos”. O mesmo ocorre quando terceiros

“utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa”.

Para obter a proteção, faz-se uma requisição ao órgão competente. Após a análise dos requisitos e a sua aprovação, formula-se um certificado de proteção, que tem os dados principais sobre a patente e o prazo de sua duração. Os campos seguem critérios internacionalmente estipulados, respeitando tratados dos quais o Brasil faz parte.

Após a expedição do certificado, seu detentor poderá negociá-lo, como bem móvel que é. Quando perto do termo final¹⁰, poderá pedir renovação de seu direito. O prazo para pedido de renovação varia de acordo com a legislação.

3.2. Patentes de cultivares e de microrganismos

O sistema de patentes de cultivares é muito semelhante ao anterior, por DNA, que, aliás, configura-se como um aperfeiçoamento deste. Difere-se principalmente no fato de que o cultivar é protegido como um todo e não mais em partes, como na patente de seqüências de DNA. O detentor do registro tem direito a todos os *royalties* referentes ao cultivar, uma vez que ele detém todos os direitos referentes ao mesmo. Esta modalidade de proteção foi a inicialmente pretendida pelo Executivo, quando do oferecimento do Projeto de Lei nº 824/91¹¹.

Não se patenteia uma característica independente de uma planta, mas a planta como um todo, com o conjunto de suas características.

É adotado por poucos países, entre eles o México, através da Lei de Fomento e Proteção da Propriedade Industrial. Quando do início do sistema de patentes para a agricultura, na década

de 20, esta modalidade de proteção foi utilizada, embora, como explicamos acima, de modo pouco significativo, concretizando-se somente nos anos 80, após o julgamento do caso *ex part Chackhabarty*.

No Brasil, foi inicialmente proposto pelo Executivo durante o Governo do Presidente Fernando Collor e teve como relator o Deputado Federal Ney Lopes (PFL). Contudo, graças às pressões de diversas correntes de centro-esquerda e esquerda do Congresso Nacional, como PT, PSDB, PC do B, PDT e outros, a matéria foi retirada do Projeto de Lei de Propriedade Industrial.

Neste sistema seguem-se os mesmos critérios do anterior, como novidade, originalidade, distinguibilidade e utilidade do bem a ser protegido.

Com relação aos microrganismos, o Projeto de Lei nº 115/93 somente o admite quando o mesmo estiver dentro de um processo determinado, gerando um produto específico. Nos primeiros projetos de lei (824/91 e substitutivos), no art. 18 previa-se a patente para um microrganismo desde que fosse novo, independente da aplicação prática para a qual pudesse vir a ser utilizado, o que pode ser interpretado devido à omissão de maiores requisitos para a concessão da patente. A consequência seria o direito do detentor do registro sobre qualquer utilidade prática que se desse ao mesmo, o que seria uma injustiça. Exemplificando, se alguém descobre uma bactéria, mesmo que desconheça suas aplicações seja na indústria de alimentos, cosmética ou qualquer outra, poderia patenteá-la. Um dia, se outro pesquisador, após longas pesquisas, viesse a decifrar suas características e conseguisse uma aplicação industrial para a bactéria, deveria pagar *royalties* ao detentor da patente.

Os critérios de estar inserido em um processo determinado e gerando um produto específico são utilizados em grande parte nos países que aceitam o sistema de patentes para estes seres. Na Comissão de Constituição e Justiça, aceitou-se uma emenda alterando o texto, considerando patenteáveis os microrganismos transgênicos, ou seja, aqueles que tiveram seus códigos genéticos alterados pelo homem.

Todos os demais efeitos do direito continuam, como a necessidade de autorização para o desenvolvimento de pesquisas, de concessão para venda das sementes, de pagamento de

¹⁰ Termo final, neste caso, representa a data de expiração do prazo da concessão.

¹¹ Deputado Federal Ney Lopes, relator do PL 824/91, (que regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial). Entrevista concedida em agosto de 1993.

royalties a cada comercialização e de reprodução da matéria viva em causa, ou seja, da formação dos campos de replantio para formação de novas sementes.

3.3. Legislação de Proteção de Cultivares

No caso da Legislação de Proteção de Cultivares ou Direitos de Melhorista, temos uma completa inversão dos efeitos do registro. Esta legislação é o mais utilizada em todo o mundo, principalmente por não ser uma adaptação feita de um setor econômico para outro, mas um sistema de proteção especialmente criado para o setor de produção de sementes, analisando seus problemas e necessidades. Entre os países que mais a utilizam estão os membros da Comunidade Econômica Européia¹² Austrália, Argentina, Chile, Uruguai e outros. No Brasil, no mês de agosto de 1995, foi proposto, pela Embrapa, Abrasem¹³ e outras entidades não-governamentais, um anteprojeto de lei, agora na Câmara dos Deputados, e, pelo Senador Odacir Soares, em uma versão um pouco distinta da anterior, o Projeto de Lei do Senado n° 199/95.

Os critérios utilizados para o registro são muito semelhantes ao sistema de patentes, quando não os mesmos. Basicamente, a variedade deverá ser nova e original, ou seja, não ter sido posta à venda ou não ser de domínio público e não haver nenhum registro anterior da mesma. A variedade não pode ter sido colocada à venda nos últimos 24 meses, embora este prazo varie para cada país e para cada variedade, observando-se principalmente se é perene, semi-perene etc.

Também se exige a distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade¹⁴ Será distinguível quando for claramente distinta das demais conhecidas, quando da data de pedido de registro. Evita-se assim, além dos problemas destacados acima, com o uso da expressão “existentes na natureza” presente em algumas legislações de patentes, o melhoramento cosmético. Importante ressaltar que o melhoramento cosmético, fraude biotecnológica ou simples-

mente “maquiagem” como preferem alguns, ocorre quando um outro pesquisador ou grupo econômico, distinto do detentor do registro, altera pontos insignificantes da planta, mas que, por ser distinta, pode ser protegida, possibilitando ao novo detentor do registro comercializar livremente a variedade, independente de licenças do titular do registro da planta original e com custos de pesquisa muito inferiores ao daquele.

Dessa forma, há uma série de descritores, que são estipulados pelo órgão controlador, visando caracterizar ao máximo possível as qualidades da planta. Deverá haver um número significativo de descritores diferentes da planta original sob pena de não ser possível o registro.

Será homogênea quanto às suas características ao longo de suas gerações. Será estável quando, ao longo dos seus ciclos reprodutivos, não sofrer alterações genéticas significativas, mantendo suas características principais, com descritores estáveis, ou seja, mantendo sua homogeneidade. Caso a planta sofra alterações sensíveis, não há porque manter a proteção, pois, basicamente, estar-se-ia protegendo outra planta.

O órgão controlador é vinculado, normalmente, ao Ministério da Agricultura e não ao Ministério da Indústria e Comércio, como no caso do sistema de patentes. Utiliza-se o Ministério da Agricultura devido à sua maior inserção no setor econômico objetivado, para o possível fomento à utilização do registro¹⁵ e ainda para controle mais efetivo dos pagamentos dos direitos.

O retorno do capital investido advém, como no sistema de patentes, da comercialização do produto, que é um direito do seu titular, embora possa conceder de forma gratuita ou onerosa a terceiros. Contudo, os direitos somente são devidos quando da comercialização das sementes protegidas ao agricultor, não de diversas fases, como no sistema de patentes.

Em cada país, são notáveis algumas diferenças com relação a quem deve ou não pagar os *royalties*. Inicialmente criados na Inglaterra e hoje consagrados em toda a Comunidade Européia, os pequenos agricultores não precisam pagar os direitos de *royalties*, o que se configura como um incentivo indireto do

¹² A matéria é normatizada pelo Regulamento 8.167/94 do Conselho Europeu.

¹³ ABRASEM significa Associação Brasileira das Empresas Produtoras de Sementes.

¹⁴ No Brasil o teste de Distinguibilidade, Homogeneidade e Estabilidade é conhecido como DHE.

¹⁵ Entrevista com Elmar Wagner. Assessor do Secretário de Políticas Agrárias do Ministério da Agricultura. Entrevista realizada em 09/09/94.

Estado ao pequeno agricultor. As definições de quem é ou não pequeno agricultor estão no Regulamento nº 8.167/93 do Conselho Europeu.

É permitida a livre circulação da semente protegida quando o fim for a realização de pesquisas, ainda que realizadas por empresas com fins lucrativos, sendo desnecessária a autorização do detentor do registro, o que não ocorre com o sistema de patentes.

Também de modo distinto ao sistema de patentes é possível a formação de campos de replantio para sementes, uma vez que não se proíbe a reprodução da matéria viva em causa. Assim o agricultor poderá comprar uma semente protegida, plantá-la e utilizar os melhores grãos de sua safra como sementes para o próximo plantio.

4. Perspectivas sócio-econômicas da adoção de cada modalidade de proteção

Com base nas experiências dos demais países que adotam legislações referentes à proteção intelectual de produtos vegetais e de microrganismos e suas posições no cenário sócio-econômico mundial, procuramos traçar as conseqüências da adoção de cada legislação em âmbito nacional. Assim, procuramos obter, de maneira lógica, os resultados esperados individualizando cada modalidade de proteção.

4.1. Patentes de seqüências de DNA

Como vimos acima, esta forma de proteção foi uma adaptação de um sistema previamente elaborado para proteger inventos e marcas industriais para uma realidade totalmente distinta e que, por isso, traz uma série de conseqüências indesejáveis.

Do ponto de vista do primeiro pesquisador, o sistema de proteção por patentes oferece diversas vantagens, uma vez que, para muitos atos na cadeia de pesquisa, produção e comercialização de sementes, será necessária sua autorização e, portanto, será possível obter um rápido retorno do capital investido com uma boa margem de lucro.

Como se protege uma determinada cadeia de DNA, responsável por uma característica determinada da planta, é possível a existência de várias patentes na mesma planta. Exemplificando, imaginemos que Paulo, melhorista vegetal no Rio Grande do Sul, descubra uma

seqüência de DNA que seja responsável pela maior resistência do feijão a determinada praga. Se Pedro, outro melhorista vegetal, quiser utilizar a variedade de feijão de Paulo para desenvolver pesquisas objetivando aumentar sua produtividade, deverá ter autorização de Paulo. Se obtiver êxito e o agricultor quiser plantar a variedade, somente poderá fazê-lo pagando *royalties* aos dois, e assim por diante.

Do ponto de vista do agricultor, o sistema também oferece desvantagens. Além do acúmulo de *royalties*, o que eleva o preço da semente, não é permitido utilizar os frutos obtidos na própria safra como sementes para o plantio seguinte, o que é conhecido por campos de replantio, pois proíbe-se expressamente a reprodução da matéria viva em causa. Assim, a cada safra o agricultor é obrigado a recorrer ao mercado para nova compra de sementes, o que acarreta, em nível mundial, um incremento nos custos da produção agrícola de US\$ 6 bilhões¹⁶.

Como imaginar que seja possível controlar os agricultores brasileiros, muitas vezes isolados e sem assistência alguma, que possam ser fiscalizados se estão ou não formando campos de replantio? Ou ainda, como convencer que uma técnica que o agricultor utiliza desde que nasceu, a partir deste momento, é ilícita, sujeita a sanções? Pensamos que seja impossível na realidade nacional.

Com relação ao consumidor final, também haverá prejuízos, pois, com o acúmulo de *royalties*, o aumento dos custos para a produção agrícola e o aumento da burocracia para o desenvolvimento de novas pesquisas, haverá um aumento dos preços dos produtos, a curto prazo, sem grande melhoria na qualidade e produtividade dos produtos agrícolas.

Por estes motivos, consideramos o sistema de patentes de seqüências de DNA não indicado para fomentar o desenvolvimento nacional.

4.2. Patentes de cultivares

O Sistema de Patentes de Cultivares, basicamente, tem o mesmo fundamento das patentes de seqüências de DNA. Contudo, não se protegem características da planta, mas sim a planta como um todo.

Como não há a possibilidade de se patentear várias características simultaneamente, não é

¹⁶ HOBELINK, Henk. *O Escândalo das Sementes*. Nobel, 1987.

possível existirem várias patentes na mesma planta, o que garante somente um titular para cada variedade. Deste modo, torna-se mais fácil a concessão de licença para o desenvolvimento de pesquisas, a circulação do conhecimento na comunidade acadêmica e a própria comercialização do produto.

Contudo, as patentes de cultivares trazem todos os vícios de um sistema de patente na área agrícola. Será necessária autorização do titular do registro para o desenvolvimento de novas variedades mais produtivas, mais resistentes; continuam proibidos os campos de replantio para formação de sementes, elevando os custos da produção agrícola, como vimos acima, além de onerar sensivelmente o consumidor final, que, por ser o último da cadeia de comercialização, acaba por absorver todos os custos de produção.

4.3. Legislação de Proteção de Cultivares

A Legislação de Proteção de Cultivares, como vimos nos itens anteriores, difere-se substancialmente dos sistemas de patentes. Ao contrário daqueles, onde se adaptou uma modalidade de proteção industrial, inicialmente elaborada para máquinas, a uma realidade completamente distinta, aqui temos uma forma de proteção criada especialmente para o setor agrícola.

Como há participação do melhorista vegetal na comercialização do produto, através da cobrança de direitos, haverá retorno do capital investido e conseqüente estímulo à realização de novas pesquisas, colaborando com o desenvolvimento tecnológico nacional.

Não existe proibição à reprodução da matéria viva em causa, aliás, nos textos referentes à proteção de cultivares, normalmente vem expressa a possibilidade de o agricultor utilizar os frutos de sua safra como sementes para formar os campos de replantio. Assim, não haverá aumento dos custos agrícolas, como nos sistemas de patentes.

Não há restrições à circulação do conhecimento entre a comunidade científica. Qualquer pesquisador poderá fazer melhoramentos na planta protegida, mesmo se com finalidade comercial. Contudo, para protegê-la novamente, a nova planta deverá ser distinta da original em aspectos significativos, o que visa coibir o “melhoramento cosmético”.¹⁷ Os direitos ficam

¹⁷ Melhoramento cosmético é uma expressão

entre 2% e 7%, conforme a variedade vegetal¹⁸.

Desse modo, o consumidor não será onerado sensivelmente, e a curto prazo, com o estímulo às pesquisas, tem-se variedades mais resistentes, que necessitam de menos agrotóxicos, e mais produtivas, melhorando a qualidade e reduzindo os preços para o consumidor final.

Sendo assim, consideramos esta forma de proteção altamente positiva para o cenário brasileiro, uma vez que fomenta as pesquisas, gera produtos melhores e mais baratos, estimula a produção agrícola, ou seja, promove o desenvolvimento nacional.

4.4. Patentes de microrganismos

A questão do patenteamento de microrganismos, a nosso ver, foge da seara ética, sendo uma questão quase totalmente do âmbito econômico. O Brasil, há muito, deixou de travar disputas filosóficas com relação ao tema junto às fontes de pressão para a aprovação da matéria.

Como bem demonstra o Professor Douglas Gabriel Domingues,¹⁹ o Brasil é um país relativamente atrasado, se compararmos com os países desenvolvidos, na área biotecnológica, muito devido à falta de verbas para pesquisas e treinamento de profissionais. Assim, com a adoção de um sistema de patentes para este setor, teremos amplo domínio das multinacionais, concedendo-lhes monopólios para exploração, o que prejudicará a livre circulação do conhecimento em âmbito nacional.

Por outro lado, o não-patenteamento acarretará a sobretaxação das exportações brasileiras, em destaque para os Estados Unidos, trazendo grandes prejuízos para o setor de calçados e suco de laranja, principalmente.

Com base nesta relação custo/benefício é

utilizada para designar um tipo de fraude ocorrida na área biotecnológica. Um terceiro modifica pontos insignificantes na planta protegida e protege sua nova planta, podendo comercializá-la livremente. Como não teve grandes gastos com pesquisas, poderá vender seu produto a um preço inferior, prejudicando o verdadeiro pesquisador, detentor do registro inicial.

¹⁸ Dr. Márcio Miranda (CENARGEN). Entrevista realizada em julho de 1995.

¹⁹ DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 221.

que vem sendo negociada a aprovação ou não do Projeto de Lei de Patentes, e, pelo decorrer dos fatos, percebemos que o Executivo, desde o Governo de Fernando Collor de Melo, passando por Itamar Franco e mesmo o de Fernando Henrique Cardoso, vem preferindo o patenteamento às perdas nos demais setores da economia.

Bibliografia

ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. 640 p.
COMUNIDADE Econômica Européia. Conselho

Europeu. Regulamento 8.167/94.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1989. V.1 : Teoria geral do direito civil.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. 323 p.

HOBELINK, Henk. *O Escândalo das Sementes*. Nobel, 1987.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*, 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. 613 p.

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1968. V. 1 : Parte geral.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21 ed. São Paulo : Saraiva, 1993. V. 1, 322 p.

A exploração dos serviços de telecomunicações na Constituição brasileira

Interpretação da Emenda Constitucional nº 8 de 1995

GASPAR VIANNA

A Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que altera a Constituição brasileira no tocante à *competência para a exploração de serviços de telecomunicações*, tem o seguinte teor:

“Art. 1º O inciso XI e a alínea *a* do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 21. Compete à União:

.....
XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do artigo 21 com a redação dada por esta emenda constitucional.”

A leitura desta Emenda Constitucional evidencia, desde logo, que a exclusividade conferida à União para explorar todo e qualquer serviço de telecomunicações continua a existir. O “monopólio constitucional” (como de forma imprópria e simplista alguns preferem chamar) não acabou. O direito à exploração de serviços de telecomunicações permanece sendo da União que, se desejar, e só se desejar, poderá dividi-lo com terceiros. Se isto ocorrer, isto é, se

a União vier a delegar a terceiros a exploração de alguns de seus serviços, ou de todos os seus serviços, isto não significará que ela tenha perdido o direito de, simultaneamente, explorá-los.

O que se convencionou chamar de “monopólio” continua e continuará a existir, enquanto permanecerem em vigor o Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 e a atual política de exploração dos serviços públicos de telecomunicações, introduzida pela Lei nº 5.792 de 1972. A Emenda Constitucional não revogou um único artigo sequer destas duas leis. Para fazê-lo, elegeu, com clareza, um instrumento adequado: *a nova Lei Regular das Telecomunicações Brasileiras*. Enquanto este ato não existir, as leis e a política que elas introduzem continuarão em vigor.

Houve, apenas, a *desconstitucionalização parcial* da matéria. Em outras palavras, a exclusividade até então reservada à União para, diretamente ou por empresas sob controle acionário estatal, explorar serviços públicos essenciais (dentre os quais os telefônicos, telegráficos e de transmissão de dados) deixou de ser matéria constitucional. Agora, estes serviços, como quaisquer outros, poderão continuar a ser explorados pela União, mas também poderão ser delegados à iniciativa privada, mediante concessões, permissões ou autorizações.

A Emenda Constitucional poderia dizer apenas isto, repetindo a redação que fora adotada pela Constituição de 1967 e mantida pelo texto de 1969, *verbis*:

“Art. 8º Compete à União:

.....
XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:

a) os serviços de telecomunicações.”

Caso acolhesse esta redação sintética e genérica, o Congresso Nacional estaria consagrando, com pequenas alterações formais, a proposta de emenda constitucional que lhe fora encaminhada pelo Poder Executivo.

Entendeu, todavia, o Poder Legislativo que a “flexibilização” do texto constitucional não poderia ser feita nos termos incondicionais solicitados. Se, por um lado, o Parlamento permitiu que, na organização dos serviços de telecomunicações, a participação da empresa não-estatal pudesse vir a ser ampliada, por outro lado, exigiu que esta maior participação passasse a obedecer a um *conjunto de condições*.

A primeira condição é de que qualquer

mudança no regime jurídico hoje vigente se faça “nos termos da lei”. “Etimologicamente – ensina De Plácido e Silva em seu *Vocabulário Jurídico* – ‘termo’ assinala os pontos em que se limitam, ou em que terminam as coisas, para que se fixem as condições, as determinações, as imposições, que as demarcam e as governam” (op. cit., Rio de Janeiro: 1. ed. Forense, 1963. V. 4, p. 1538). Logo, quando se diz que determinada ação deve ser desenvolvida “nos termos da lei”, pretende-se dizer que, para ter legitimidade, ela deverá respeitar a forma, as condições, a sistemática estabelecida na lei.

Segundo o *Dicionário de Direito* editado pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas, a expressão “nos termos da lei”, embora possa parecer redundante, é de larga utilização em Direito Constitucional e tem o propósito de retirar a auto-executoriedade de uma disposição, subordinando expressamente a sua eficácia às condições que vierem a ser estabelecidas pelo Poder Legislativo. O seu uso, portanto, transforma uma norma de *eficácia plena* em norma de *eficácia contida*, isto é, que só passa a ter aplicação prática depois que for devidamente regulamentada.

O artigo 21, inciso XI, letra *a* da Constituição brasileira, agora com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 8 de 1995, é novo alicerce sobre o qual deverá ser construído um novo “prédio”: a nova política nacional de telecomunicações. O “primeiro andar” deste “prédio” é a nova Lei Regular das Telecomunicações Brasileiras. Só que este andar ainda não existe.

O Poder Executivo, como é acaciano, apenas *executa*. Ele existe para transformar em *ação administrativa* o que a lei determina. Ao Executivo compete executar as políticas existentes, elaborando para este fim planos de ação ou planos de metas, nos quais estabelece prioridades, fixa prazos, aloca recursos humanos e financeiros e fiscaliza a execução. Conseqüentemente, ele não tem competência para legislar, formulando *políticas públicas*. Da mesma forma que ninguém pode subir a escadaria de um prédio e chegar ao terceiro andar *sem antes passar pelo segundo andar*, não é admissível que o Presidente da República expeça um decreto executivo, ou que um Ministro de Estado edite uma instrução de serviço (portaria) para assegurar a fiel execução de uma lei *sem que esta lei exista*.

Portanto, ainda que de forma redundante, mas para evitar qualquer dúvida quanto ao seu

firme propósito de estabelecer, ele próprio, os termos (a extensão e a profundidade) da “flexibilização” das telecomunicações, o povo brasileiro, por seus representantes, julgou indispensável incluir no texto da Emenda Constitucional que a reforma institucional do setor terá de ser feita “nos termos da lei”, negando, assim, expressamente, o “cheque em branco” que havia sido solicitado pelo Poder Executivo.

A Emenda Constitucional define, com clareza, a *forma* e o *conteúdo* da nova lei das telecomunicações brasileiras. A *forma*: uma lei *nova*, o que elimina a idéia de aproveitar leis pretéritas. E uma lei *ordinária*, o que afasta, de um lado, os rigores da lei complementar e, de outro, as facilidades da medida provisória.

Se a Emenda Constitucional proíbe, expressamente, em seu artigo 2º, a edição de medida provisória para a definição do novo regime jurídico das nossas telecomunicações, é indiscutível que tal regulamentação, por razões ainda mais consistentes, não pode ser feita por meio de atos administrativos, como os decretos executivos e as instruções de serviço (portarias ministeriais). Portanto, a edição de qualquer ato “regulamentar” ou “normativo” que não seja uma lei de natureza ordinária estará maculada de inconstitucionalidade.

Quanto ao *conteúdo*, a desconstitucionalização está *condicionada* ao balizamento a ser estabelecido por uma lei geral, o que afasta, conseqüentemente, a idéia de leis parciais, temporárias ou mínimas. O novo inciso XI do artigo 21 da Constituição, após exigir que qualquer concessão, permissão ou autorização somente seja outorgada “nos termos da lei”, dá continuidade ao texto, acrescentando-lhe uma vírgula e o pronome relativo “que”, introduzindo uma *oração subordinada*.

Vejamos, então, o que isto significa.

A oração subordinada – sabe-se – funciona “como termo de outra oração” (CUNHA, Celso. *Gramática do Português Contemporâneo*. 9. ed. Rio de Janeiro : Padrão, 1981. p. 404). Neste caso, como termo de uma oração principal e introduzindo “termos essenciais”, que são comandados pelo verbo *dispor*.

Dispor, ensina o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, vem do latim *disponere* e, como verbo transitivo direto, significa estabelecer regras, estatuir normas de conduta, reconhecer direitos e impor obrigações. Empregado na 3ª pessoa do singular do futuro do presente

– *disporá* – e tendo como sujeito da oração *a lei*, não deixa dúvidas quanto ao aspecto impositivo e imediato da obrigação de fazer.

O emprego da oração subordinada *adjetiva explicativa* encerra naturalmente um motivo, ela ali está inserida por uma razão. E esta razão é clara: fica-se sabendo que a nova lei não poderá ser uma lei qualquer. A oração *esclarece* que a nova lei “disporá” (logo, não é uma faculdade, mas sim uma obrigação, uma exigência, uma condição) sobre “aspectos institucionais” (no plural, logo, mais de um). E, dentre outros, foram mencionados, a título de exemplo, dois aspectos, a saber, um de natureza técnica (a “organização dos serviços”) e o outro de natureza administrativa (a criação de um “órgão regulador”).

Organizar é colocar em ordem. Organizar serviços de telecomunicações é ordenar, enquadrar, fazer a distribuição de competências, ou seja, dividir o enorme “bolo” chamado serviços de *telecomunicações* em “fatias”, destinando cada uma delas aos diferentes “comensais”.

A exploração de todos os serviços de telecomunicações, sem exceção, compete à União. E quem fala em nome da União, quem legisla sobre telecomunicações, é o Congresso Nacional. Logo, esta tarefa de “divisão do bolo” ou *enquadramento dos serviços em grupos* é matéria de lei. Dela é a missão de definir, em primeiro lugar, as “fatias do bolo” que serão reservadas para consumo direto e exclusivo das forças armadas, ministérios, autarquias ou empresas estatais da União. Só a lei poderá conceituar e estabelecer os limites do *Sistema Nacional de Telecomunicações* e definir o grupo de serviços que é considerado fundamental para o desenvolvimento, segurança e defesa nacionais.

Da mesma forma, é responsabilidade da lei indicar as “fatias do bolo” que serão entregues à iniciativa privada, através de concessões. E é dela, também, a missão de definir em que casos se recomenda o regime concorrencial e em que casos o regime de exclusividade deve ser mantido. Finalmente, só a lei pode dizer quais serviços serão delegados por permissão e quais serão delegados por simples autorização de uso.

Como se vê, esta é uma tarefa das mais difíceis, que envolve muita polêmica, muitos interesses econômicos e até políticos. Talvez este seja o *ponto central* da nova Lei Regulamentar das Telecomunicações Brasileiras. A organização dos serviços envolve também questões estratégicas a serem definidas, tais

como dar resposta às seguintes perguntas: quem poderá explorar a telefonia celular? O serviço será explorado sob o regime de duopólio, entre dois competidores em uma mesma área de operação? A competição será entre uma empresa estatal e uma empresa privada? Como a lei poderá assegurar a interiorização do serviço? E a “fatia” das comunicações por satélite, a quem poderá ser entregue? Sob que condições?

Interessa, pois, aos próprios empresários e investidores que esta matéria – “organização dos serviços” – seja tratada com profundidade e seriedade pelos agentes competentes – os *parlamentares* – e através do instrumento apropriado – a lei. Ninguém de boa-fé fará investimentos substanciais a médio ou longo prazo no Brasil com base em solo instável e alicerces frágeis como decretos executivos e portarias ministeriais. Estes atos administrativos podem ser revogados ou inteiramente alterados, bastando para tanto apenas a vontade e o humor dos eventuais ocupantes do Poder Executivo. Esta preocupante fragilidade aumenta ainda mais quando se sabe que este mesmo Poder Executivo é *parte interessada* neste *enquadramento dos serviços em grupos*, uma vez que ele próprio explora inúmeros serviços de telecomunicações.

A “organização dos serviços” é talvez o mais importante dentre os múltiplos “aspectos institucionais” a serem tratados na nova Lei Regulamentadora, a exemplo do que já fizera em 1962 o Código Brasileiro de Telecomunicações.

A exigência constitucional de “criação de um órgão regulador” decorreu da generalizada insatisfação com a ilegítima e insatisfatória auto-investidura do Poder Executivo nas funções de órgão regulador. Agride a lógica que um mesmo poder explore serviços e, ainda, edite normas regulando a exploração destes mesmos serviços. É evidente que as funções de execução devem ser separadas das funções de normatização.

Se o povo brasileiro, por seus representantes, *estivesse satisfeito* com a ação normativa desenvolvida pelo Poder Executivo, *sequer teria a lembrança de criar um órgão para estabelecer normas regulatórias sobre telecomunicações*.

A edição de portarias e outros atos administrativos aprovando “normas técnicas” que, na verdade, simulavam a edição de verdadeiros atos regulamentares de serviços de telecomunicações foi tolerada até 1988. Todavia, a partir

da Constituição brasileira, tal prática tornou-se flagrantemente inconstitucional. Afinal, inscreve nossa Carta Magna, só o Congresso Nacional pode dispor, editar atos normativos, enfim, legislar sobre telecomunicações (Constituição, art. 22, inciso IV).

Por ser assim, o “órgão regulador” não poderá ser um apêndice da burocracia do Ministério das Comunicações ou da Presidência da República, sob pena de inconstitucionalidade. Tudo continuaria igual – exatamente o que a Constituição quis banir. Haveria uma desconformidade entre os fins que a Constituição buscou alcançar e o texto da Lei Regulamentar.

O “órgão regulador” *deverá ser necessariamente um agente especializado do Poder Legislativo*. É a lei, ao instituí-lo, poderá criar um sistema regulador inovador e fecundo, que propicie, a um só tempo, competência profissional, legitimidade e rápida resposta normativa às exigências das novas tecnologias. A lei poderá incumbir o órgão regulador da tarefa de elaborar os regulamentos de serviços destinados a assegurar a sua fiel execução. Tais atos normativos seriam aprovados por decretos legislativos. A lei poderá, ainda, reconhecer competência ao órgão regulador para editar normas técnicas complementares aos referidos decretos. Legítimos, porque emanados de um agente especializado do próprio Poder Legislativo, tais atos terão eficácia externa e, como tal, deverão ser compulsoriamente observados por toda a sociedade brasileira.

O Poder Executivo não perderia, obviamente, a sua competência constitucionalmente reconhecida de editar atos de *eficácia interna*, isto é, destinados apenas aos órgãos da administração direta e indireta, como as instruções de serviço (portarias) ministeriais e os decretos do Presidente da República.

Impõe-se, igualmente, definir qual a *composição e competência* deste órgão e, sobretudo, *se ele substituirá* o Ministério das Comunicações (que deixaria de existir), assumindo as funções executivas de outorga e fiscalização, ou *se ele coexistirá* com aquele Ministério, ficando apenas com funções regulatórias (*hipótese em que o Ministério das Comunicações continuaria a existir, mas apenas com as funções executivas de outorga e fiscalização*).

Qualquer que seja a competência do novo órgão, parece ser apropriado que seus conselheiros (comissários ou qualquer que venha a

ser a designação de seus membros) sejam indicados pela sociedade civil, por processos e critérios que a lei indicará – o que, evidentemente, elimina a simples nomeação ou escolha pessoal do Presidente da República.

Como nenhuma lei tem palavras ou expressões inúteis, e muito menos a Lei Constitucional, a Lei Regulamentar *disporá* (logo, obrigatoriamente, e não facultativamente) sobre *outros aspectos institucionais*.

O que são “aspectos institucionais”?

“Aspectos” são ângulos, assuntos ou matérias relativas às *instituições*, as quais são definidas no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por J. M. de Carvalho Santos, como sendo o “conjunto de regras estabelecidas, quer pelo legislador, quer pelos particulares, em vista da satisfação de interesses coletivos ou privados”. (Rio de Janeiro: Borsoi, v. 27, p. 241.)

Segundo De Plácido e Silva, em seu sempre consultado *Vocabulário Jurídico*, o termo “institucional” exprime “o sentido de fundamental, orgânico, vital, necessário, indispensável”. E completa:

“Regras, fatos ou formalidades institucionais entendem-se as que se registram ou se anotam como fundamentais, vitais, ou indispensáveis à legitimidade da instituição a ser estabelecida ou a ser formada.” (op. cit., v. 2, p. 840)

À vista destes conceitos, chega-se mais uma vez à conclusão que a *nova lei regulamentar* exigida pela Constituição Federal para as telecomunicações brasileiras não poderá ser uma lei ordinária e parcial. Necessariamente há de ser extraordinária e abrangente, pois *deverá dispor sobre o conjunto de princípios e regras indispensáveis para a satisfação dos interesses coletivos e privados no que diz respeito à utilização de telecomunicações*. E o termo “utilização” é empregado aqui em sua significação gramatical mais ampla. Significa não só as serventias que se destinam ao público em geral, como aquelas que buscam suprir as necessidades de uma determinada coletividade, empresa ou indivíduo. Abrange a exploração das potencialidades das telecomunicações por empreendimentos comerciais, bem como por indivíduos e entidades que não visam ao lucro, mas apenas à satisfação de suas necessidades de intercomunicação. Portanto, utilização a qualquer título, eventual ou permanente, gratuito ou oneroso, para satisfação de necessidades

próprias ou de terceiros.

Portanto, para a Lei Constitucional, são considerados “aspectos institucionais” todas as regras jurídicas ou formalidades legais que, em maior ou menor proporção, *integram* o regime jurídico de exploração de serviços públicos de telecomunicações. Desta forma, novas concessões e permissões para a exploração de serviços públicos de telecomunicações só poderão ser delegadas após a entrada em vigor da nova lei regulamentar que disponha sobre tal matéria.

Além dos dois “aspectos institucionais” exemplificados no texto constitucional – o “órgão regulador” e a “organização dos serviços” –, *quais são as outras matérias de natureza institucional que deverão ser expressamente tratadas na lei regulamentar?*

A Constituição brasileira responde a esta pergunta. Em seu artigo 175, a Carta Magna incumbiu o Poder Público da responsabilidade de *prestar todos os serviços públicos* – inclusive os de telecomunicações. Para desincumbir-se de tal responsabilidade, o Poder Público foi autorizado a agir de *duas* maneiras: *diretamente*, lançando mão de seus próprios recursos, ou *indiretamente*, lançando mão de recursos da iniciativa privada.

Caso o Poder Público opte por esta segunda hipótese, deverá seguir fielmente um *modelo institucional específico*, denominado *regime jurídico das concessões e permissões para a exploração dos serviços públicos*. Ainda segundo a nossa Constituição, este modelo deverá ser instituído por lei. O parágrafo único do citado artigo 175 *enumera alguns itens (aspectos) que compõem o modelo institucional* a ser fiel e necessariamente observado. São eles:

a) o caráter especial do contrato de concessão e do termo de permissão, aí incluídas as questões relativas à transferência da outorga e outras cláusulas essenciais;

b) as condições a serem cumpridas pelo prestador do serviço para obter do Poder Público a prorrogação do contrato de concessão ou permissão;

c) as formas de extinção da concessão, tais como a caducidade, a rescisão, a encampação e o advento do termo contratual;

d) a fiscalização dos serviços concedidos ou permitidos (indicação do órgão fiscalizador,

sua competência e seus recursos humanos e materiais);

e) os direitos e obrigações dos usuários e do prestador do serviço;

f) a política tarifária, estabelecendo o mecanismo que assegurará ao prestador do serviço obter a verba necessária para cobrir os custos de operação, a justa remuneração do capital investido e a expansão e o melhoramento dos serviços prestados à sociedade;

g) a obrigação de manter serviço adequado;

h) as características peculiares das licitações, tais como condições de participação, elaboração do edital, sua publicidade, documentação para habilitação e critérios para o julgamento.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o *regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos*, regulamentando o artigo 175 da Constituição Federal, trata de todas estas matérias institucionais acima enumeradas. Em princípio, todos os serviços públicos concedidos ou permitidos estariam sujeitos ao regime introduzido por esta lei geral.

Para reforçar este entendimento e eliminar qualquer tentativa de interpretação que excluísse este ou aquele setor do campo de abrangência da Lei nº 8.987, o Presidente da República, no mesmo dia 13 de fevereiro de 1995 em que sancionou a referida lei, editou a Medida Provisória nº 890 que, já em seu artigo 1º, enumerou vinte e duas atividades que se sujeitariam ao novo regime. Dentre elas, expressamente, no inciso III, constava “telecomunicações, nos termos do inciso XI do artigo 21 da Constituição”.

Ocorre que houve precipitação. A referida Medida Provisória foi examinada pelo Congresso Nacional, com vistas a sua conversão em lei, *antes* da promulgação da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Logo, naquele momento, em julho, o inciso III do artigo 1º era de uma inconstitucionalidade aberrante: como submeter as “telecomunicações, nos termos do inciso XI do artigo 21 da Constituição”, ao regime de concessões à iniciativa privada se, *naquele momento*, tais serviços ainda eram exclusivos das empresas sob controle acionário estatal?

Para evitar que este detalhe, relativo apenas ao setor de telecomunicações, tornasse inconstitucional a lei que surgiria como resultado da conversão da Medida Provisória nº 890, bem

como para compatibilizar o texto da nova lei com o da Emenda Constitucional que entraria em vigor, desenvolveu-se uma ampla negociação entre o Executivo e os partidos de oposição.

A solução encontrada foi simples: *os serviços de telecomunicações foram expressamente excluídos da enumeração de serviços e obras públicas que se sujeitam à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Para tanto, a nova lei, que recebeu o número 9.074, de 7 de julho de 1995, ao ser decretada pelo Congresso Nacional, retirou de seu artigo 1º o inciso que colocava os serviços de telecomunicações dentre aqueles sujeitos ao regime jurídico instituído por aquelas duas leis.

E, se alguma dúvida ainda existisse quanto a esta exclusão, bastaria ler dois outros artigos da Lei nº 9.074. O artigo 2º proíbe, a partir da sua vigência (8 de julho de 1995), a outorga de novas concessões e permissões “sem lei que lhes autorize e fixe os termos” (logo, novas concessões e permissões para serviços de telecomunicações não obedecerão aos termos previstos naquelas leis gerais e terão de obedecer aos termos de uma *lei específica de telecomunicações*). Por outro lado, o artigo 26 excetua os serviços de telecomunicações da reestruturação dos serviços concedidos nos moldes previstos por tais *leis gerais* (logo, tal reestruturação deverá ser feita também nos termos da *lei específica de telecomunicações*).

Como se vê, antes mesmo da vigência da Emenda Constitucional nº 8, de 1995 (16 de agosto), a *organização dos serviços de telecomunicações* (regulamentação da outorga de concessões e permissões) já estava *condicionada* à edição de uma nova lei específica para lhes autorizar e fixar *todos os aspectos institucionais* (e não apenas *alguns* deles).

Portanto, a nova *Lei Regulamentar das Telecomunicações Brasileiras*, a exemplo do que já fizera há mais de trinta anos o Código Brasileiro de Telecomunicações, terá de dispor obrigatória e especificamente sobre todos os aspectos institucionais que, devidamente sistematizados, formam o *regime jurídico peculiar às concessões e permissões para a exploração de serviços públicos de telecomunicações*.

Além de dispor sobre as *matérias institucionais* a que se referem os artigos 21, inciso XI, letra *a*, e 175 da Constituição Federal, a Lei Regulamentar deverá dispor ainda sobre outras matérias de idêntica natureza, só que não

expressamente citadas naqueles dispositivos. São matérias hoje tratadas nas leis em vigor e que, por absolutamente inadequadas, precisam ser atualizadas, isto é, não podem continuar a vigorar simultaneamente com o novo modelo institucional a ser implantado com a Lei Regulamentar. Estas matérias são as seguintes:

a) *infrações e penalidades administrativas* a que estarão sujeitas as empresas privadas que, por força da “flexibilização” autorizada pela Emenda Constitucional, poderão passar à condição de concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais de telecomunicações. A matéria, hoje tratada no Código de Telecomunicações, alterado pelo Decreto nº 236, de 1967, de inspiração autoritária e editado durante a República Militarista, está absolutamente inadequada ao Estado de Direito e, sobretudo, aos novos tempos anunciados de telecomunicações globais e de regime competitivo;

b) *crimes de telecomunicações*, tais como o crime de violação de telecomunicações e o crime de instalação ou utilização não-autorizada de estação ou equipamento de telecomunicações, hoje tratados insatisfatória e inadequadamente no Código de Telecomunicações de 1962;

c) *reestruturação do Sistema Telebrás – STB*, tendo em vista a exclusão a que se refere o artigo 26 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 (o STB continuará como está ou será reestruturado? A empresa *holding* continuará a existir, com um novo objetivo social, ou será extinta? Quais as transformações jurídicas que a lei reservará à Embratel? E quanto às demais empresas estaduais do Sistema Telebrás, serão transformadas em empresas regionais? Por que processo?);

d) *política de exploração de serviços de telecomunicações por satélite* – trata-se de matéria estratégica para qualquer país, especialmente para aqueles de dimensão continental e grande contingente de miseráveis como o Brasil. A matéria sugere uma profunda reflexão em torno das potencialidades do veículo e da sua utilização para alavancar um processo de desenvolvimento. A Agência Espacial Brasileira precisa ser chamada a contribuir para a construção desta política. Lastimavelmente, porém, desde o Governo Collor este assunto vem sendo “regulamentado” por instruções de serviço (portarias).

Se a Lei Básica e Regulamentar vier a ser editada sem dispor expressamente sobre *todas*

estas matérias “institucionais” (ou seja, *fundamentais*), será inequivocamente uma lei incompleta. Desta forma, será editada como uma lei frágil, incapaz de resolver todos os conflitos de interesse, sobre ser ainda passível de *arguição de inconstitucionalidade*, pelo descumprimento formal de uma condição essencial, inscrita na Constituição Brasileira.

A nova lei básica e regulamentar das telecomunicações terá de ser, na verdade, um novo Código Brasileiro de Telecomunicações. Embora isso não esteja expressamente escrito na Emenda Constitucional nº 8, de 1995, a interpretação de seu texto só pode conduzir a tal conclusão.

As leis nascem da necessidade de regular determinado assunto. Ao longo do tempo, aquele mesmo assunto passa a exigir atualização ou complementação. Então, são editadas outras e mais outras leis. Em um dado momento, o volume de leis sobre aquele assunto torna-se tão grande e desordenado que reclama consolidação e sistematização. E o ato legislativo decorrente desta evolução natural chama-se *código*. Não é, pois, sem propósito que o termo *código*, derivado do latim *codex*, tirado do *caudex* (tronco de árvore) primitivamente, com a significação de tábua ou prancha, passou a designar toda a espécie de *coleção de escritos* sobre determinados assuntos.

O código é, portanto, uma lei tal qual qualquer outra lei. Notabiliza-se em relação a outras leis ordinárias pelo fato de nele estarem contidas, de forma ordenada, todas as disposições de um mesmo assunto, até então dispersas em inúmeras leis. Daí, definir Planiol como *código* “un recueil unique, non seulement pour tout un pays, mais pour toute une partie du droit”. (PLANIOL, M. F. *Traité élémentaire de droit civil*. Colaboração de G. Repert. 10. ed., Paris : 1925. V. 1, p. 7-8).

Na terminologia jurídica, ensina o *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de J. M. de Carvalho Santos, *código*

“é uma coleção, um corpo de leis, contendo todas, ou a maior parte, das normas jurídicas que disciplinam determinada matéria, sendo sistematicamente dispostas num todo orgânico, de modo a simplificar-lhes a procura, facilitando a interpretação.” (op. cit. V. 9, p. 84)

Em tese de doutorado para a Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, depois revista, ampliada e, em 1976, transformada em livro, demonstramos cientificamente a

autonomia legislativa, constitucional, formal e substancial do direito brasileiro de telecomunicações. Registramos ali que o primeiro diploma legal regulando a utilização das comunicações por processo eletromagnético foi o Decreto Imperial nº 2.614, datado de 21 de julho de 1860.

Nos setenta anos seguintes, um expressivo volume de atos normativos foram, por si sós, suficientes para assegurar ao novo direito a sua *autonomia legislativa*. Em 27 de maio de 1931, editou-se a primeira consolidação das leis de telecomunicações, o Decreto Executivo nº 20.047. Tal ato manteve-se por trinta anos, até que, em 5 de outubro de 1962, entrou em vigor a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações. Com ele, o direito de telecomunicações ganhava *autonomia formal* e equiparava-se à maioria dos países do mundo que possuem lei específica para regular suas atividades no campo das telecomunicações (VIANNA, G.L.G. *Direito de Telecomunicações*. 1. ed., Ed. Rio, Rio de Janeiro : 1976, p. 30/40).

As vantagens de uma lei básica, sistematizada, específica para o setor foram comprovadas ao longo de mais de três décadas. O Código Brasileiro de Telecomunicações, todavia, envelheceu e reclama a sua substituição. Mas, evidentemente, por um outro instrumento jurídico de igual hierarquia.

A Constituição determina a elaboração de uma única lei regulamentar (e não várias), como também que tal lei trate de todas as matérias institucionais do setor (e não de algumas). Logo, *um novo código*.

Admitir o contrário nos remeteria para a interpretação equivocada de que o Congresso Nacional teria patrocinado um retrocesso institucional: *o setor de telecomunicações* (que, ao longo de cento e trinta e quatro anos, já evoluiu o suficiente para dispor de uma legislação codificada) *teria sido condenado pela Lei Constitucional a retroceder no tempo e voltar a ser regulado por leis provisórias, esparsas e incompletas*.

O setor de telecomunicações, que conta, hoje, com um *código* orientado por interesses nacionais e objetivos estratégicos bem definidos, teria sido condenado pela Constituição Federal a perder o rumo, o norte, o referencial, uma vez que ficaria à mercê de *leis avulsas e conjunturais*, de conteúdo mínimo, dispondo só o necessário para atender aos interesses

comerciais de poderosos grupos de pressão interessados em segmentos de serviços altamente rentáveis.

O vigente Código Brasileiro de Telecomunicações, sancionado pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, foi um instrumento legal exemplar. Não se limitou a dispor sobre direitos e deveres do Estado, dos cidadãos e das empresas no tocante à prestação de serviços de telecomunicações. Além dos “aspectos institucionais” – o indispensável balizamento entre os sujeitos da relação jurídica tripartite (*concedente-concessionários-usuários*) –, lançou bases para o futuro das telecomunicações, tendo sido uma alavanca fundamental para o desenvolvimento do nosso País.

Mais do que um passivo repositório jurídico, destinado a evitar e a solucionar eventuais conflitos de interesses, a Lei nº 4.117, de 1962, instituiu uma política pública para os serviços de telecomunicações. Traçou um plano de ação, projetou instrumentos e previu recursos para financiar os objetivos claramente fixados. Ela era, portanto, um instrumento jurídico atualizadíssimo em relação às tecnologias da época, delegava poderes normativos a um órgão colegiado, o Conselho Nacional de Telecomunicações, e dava ao Governo os instrumentos necessários para implementar uma política pública estatizante.

Passaram-se, todavia, implacáveis trinta e quatro anos.

O Código Brasileiro de Telecomunicações está tecnologicamente revogado. Ele projetou uma arquitetura de serviços coerente com a década de sessenta, quando destacavam-se as tecnologias eletromecânicas, as válvulas termoiônicas e as radiocomunicações por ondas médias e curtas. Ele é, portanto, anterior à frequência modulada, ao conhecimento e exploração das potencialidades das tecnologias eletrônicas e digitais, bem como ao emprego comercial do transistor e do *chip*. Também os satélites de telecomunicações, os circuitos integrados miniaturizados, a tecnologia celular e a transmissão de dados vieram bem depois que ele entrou em vigor.

Para o Código de 1962, a televisão é um serviço de âmbito local e, como tal, recebe o mesmo tratamento jurídico de uma pequena emissora de rádio. Afinal, àquela época não se tinha nenhum referencial sobre as potencialidades daquele que era um novíssimo serviço. Não se falava, ainda, em microondas, videotape,

televisor em cores, som estereofônico, televisão por assinatura e transmissão via satélite em rede de âmbito nacional.

Como o poder regulamentar assegurado ao Executivo não pode ir ao ponto de *innovar* em relação às tecnologias existentes, tampouco de *legislar* originariamente sobre tecnologias tão recentes que sequer foram citadas no texto da lei de 1962, só há um caminho para a atualização das normas jurídicas às novas tecnologias: *um novo código*.

O setor de telecomunicações deixou de ter um órgão com competência normativa delegada pelo Poder Legislativo. Por meio de um órgão regulador – o Conselho Nacional de Telecomunicações, Contel –, o setor podia acompanhar a rapidez tecnológica, editando resoluções que, fiéis ao espírito estatizante do Código, tinham natureza normativa. Presentemente, só o Congresso Nacional pode legislar sobre telecomunicações. É certo que o Presidente da República pode editar decretos regulamentares e o Ministro de Estado pode editar instruções de serviço, mas tais atos administrativos só podem ser editados para a “fiel execução” do Código de 1962 e só têm eficácia interna (só se aplicam aos servidores públicos).

Esta fidelidade restringe a quase nada o campo de ação reservado ao Poder Executivo. Só pode detalhar a execução de serviços expressamente previstos no Código e regulamentados antes da Constituição de 1988. E, ao instruir os órgãos e entidades integrantes da administração de telecomunicações, o Poder Executivo deverá observar o espírito, a vontade, a índole das Leis nº 4.117, de 1962, e 5.792, de 1972. Tais leis foram editadas com o propósito de transferir da iniciativa privada para o setor estatal a prestação dos serviços públicos essenciais de telecomunicações. Logo, só estarão em conformidade com o espírito e com o texto estatizante daquelas leis os atos administrativos que tiverem por objetivo manter ou aumentar o grau de participação do Estado na prestação de serviços. Se, todavia, tais leis vierem a ser invocadas como “fundamento legal” para a edição de decretos e instruções de serviço de índole liberalizante, na qual serviços até então desenvolvidos com exclusividade por empresas sob controle acionário estatal passam a ser explorados também pela iniciativa privada, teremos um aberrante *desvio de finalidade*, que é causa de nulidade do ato e responsabilização do agente que o praticou.

Portanto, pelo que se demonstrou, a edição

do novo Código de Telecomunicações torna-se indispensável também pelo fato de que *as vigentes leis de telecomunicações são imprescindíveis como alicerces para a edição de qualquer ato administrativo (decretos e portarias) de índole privatizante.*

Os países europeus e asiáticos se dedicaram, nesta última década do século, à elaboração de novos códigos de telecomunicações, já adaptados às novas tecnologias, às modernas estruturas administrativas e às suas estratégias de desenvolvimento econômico e social. Através da *Internet*, podemos “navegar” diretamente à Biblioteca do Congresso Norte-Americano. Pode-se acessar ali a volumosa, casuística e impressionantemente protecionista legislação americana de telecomunicações. É surpreendente a vastidão e a riqueza de detalhes daqueles atos.

A *HR3626*, só a título de exemplo, vai a fundo nos poderes das empresas de telecomunicações, chegando ao refinamento de estabelecer (seção 104) que uma operadora local que operar com poder monopolista em qualquer serviço não poderá, em hipótese alguma, exigir que o seu usuário compre outros produtos ou serviços por ela fornecidos, onde existam terceiros fornecedores. E este é apenas um detalhe de uma legislação preocupada em evitar quaisquer práticas inibidoras da concorrência.

O Telecommunications Act of 1996 – a nova lei de telecomunicações norte-americana, sancionada no dia 8 de fevereiro do corrente ano – é um belíssimo exemplo a ser seguido. Ele adapta as regras jurídicas às novas tecnologias, à fusão da informática com as telecomunicações e às novas oportunidades de negócios que nascem deste novo paradigma.

No que respeita à *forma*, o *Telecommunications Act of 1996* é, sem sombra de dúvida, *vinte vezes maior* do que os inopiosos 129 artigos do Código Brasileiro de Telecomunicações. São 710 seções, o que projeta algo em torno de 3.000 “artigos” (nomenclatura não utilizada no direito norte-americano), 12.000 linhas ou 300 páginas escritas.

No que respeita ao *conteúdo*, é um texto voltado para os objetivos estratégicos do país. *Internamente*, as empresas são estimuladas a competir, mas sob maior fiscalização do Governo e da sociedade, municiados por uma legislação aperfeiçoada e voltada para impedir a formação de monopólios setoriais e cartéis

eletrônicos. *Externamente*, a nova lei projeta e estimula uma política expansionista, em direção aos mercados emergentes, como o latino-americano.

Aspirar, portanto, para o Brasil, ao mesmo caminho seguido pelos países desenvolvidos, isto é, a um pacto nacional sob a forma de um conjunto metódico de normas jurídicas, que condense o essencial sobre o assunto telecomunicações, subordinando-o aos objetivos estratégicos do país, é dar correta interpretação à *mens legis* da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Como se vê, ainda que formalmente não venha a se denominar “Código Brasileiro de Telecomunicações”, a nova lei terá de ter *subs-tância* e *abrangência* de um código. Só assim estaremos acompanhando os procedimentos adotados pelos países desenvolvidos.

Ao longo deste trabalho procurou-se fazer a “autópsia” da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Ao seu final, presume-se, resultou abundantemente provado que os congressistas aprovaram *um texto cheio de condicionantes*.

Qual a razão disso?

Para dar resposta a essa pergunta, torna-se oportuno buscar os magistrais ensinamentos extraídos dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772. Um antigo texto, que jamais envelhece, pois contém valores permanentes. Ali se aprende que só se descobre o sentido e o alcance de uma regra de Direito, “depois de examinar as *circunstâncias* e os sucessos históricos que contribuíram para a sua confecção e perquirir qual seja o *fim do negócio* de que se ocupa o texto”. Põe-se em contribuição, portanto, dois elementos: a *ocasio legis* e a *ratio legis*. E conclui aquele repositório de ensinamentos jurídicos: “este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo descobrimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela”.

Carlos Maximiliano, na sua obra fundamental, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, registra que

“toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objeto ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito: quando assim não se procedia, construíam a obra de hermenêutica sobre a areia movediça do processo gramatical”.

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure a tutela de interesse para a qual foi redigida.” (9. ed., 3. tir. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 151/52)

Instruídos por estes ensinamentos básicos (que se mantêm até os nossos dias, e são seguidos, na essência, por todos os tratadistas de Direito), devemos indagar: *em que circunstâncias a Emenda Constitucional nº 8, de 1995, foi confeccionada?*

Os jornais e revistas da época, se consultados, mostrarão os motivos pelos quais o dispositivo não é meramente declaratório, como talvez fosse tecnicamente mais aconselhável em um texto constitucional de um país de estruturas estáveis e comportamentos previsíveis.

O artigo 21, inciso XI, letra *a*, da Constituição tornou-se programático, condicional, finalístico, devido a temores de que o Poder Executivo pudesse iniciar a chamada “flexibilização” sem observar questões essenciais que necessariamente devem preceder a qualquer processo de liberalização. Tal receio adensou-se por causa de declarações do Ministro das Comunicações, Sr. Sérgio Motta, que soaram aos ouvidos dos legisladores como uma verdadeira ameaça à competência legislativa do Congresso Nacional.

A autoridade máxima das telecomunicações brasileiras não anunciou, como era de se esperar, o início de um trabalho sério e cauteloso de exame da legislação comparada e de levantamento do “entulho normativo” expresso por centenas de decretos e portarias de índole autoritária, para, a partir deste material, elaborar o novo modelo institucional para as telecomunicações brasileiras. Modelo que, devidamente formatado como um novo Código Brasileiro de Telecomunicações, seria, em seguida, submetido ao exame e deliberação do Congresso Nacional. Segundo inúmeras declarações, publicadas em todos os jornais, e não desmentidas, “no dia seguinte” ao da aprovação da mudança do texto constitucional, o Ministério das Comunicações daria início à “flexibilização”, publicando

editais para a telefonia celular e permitindo o amplo acesso da iniciativa privada na exploração de satélites e de transmissão de dados. Tudo, surpreendentemente, através de *atos administrativos*...

Diante de tal *circunstância* (ameaça de usurpação da competência normativa do Poder Legislativo), o Congresso Nacional atendeu à *finalidade* que se pretendia alcançar (flexibilização na organização dos serviços), mas, paralelamente, estabeleceu *condições* (um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais).

A resposta do Poder Legislativo foi clara, através do texto final da Emenda Constitucional nº 8, de 1995: assuntos como “flexibilização” e “quebra de monopólio” terão de ser amplamente debatidos pelos *agentes certos*, os parlamentares, no *lugar apropriado*, o Congresso Nacional, e formalizados pelo *instrumento cabível*, a lei.

Não é necessário um grande esforço de interpretação do texto constitucional para se concluir que a nova lei de telecomunicações não poderá trazer o retrocesso, representado por leis esparsas, diversificadas e conjunturais, destinadas exclusivamente a suprir uma necessidade avaliada como de maior urgência do que as demais. Seria, pois, inconstitucional uma lei que, por exemplo, viesse a regular a licitação para a telefonia celular sem, paralelamente, dispor sobre o órgão regulador do serviço, o regime tarifário, as infrações, as penalidades e outros “aspectos institucionais” já apontados neste trabalho. A Emenda Constitucional nº 8, de 1995, não proíbe apenas medidas provisórias, mas também “leis provisórias”.

Se o texto constitucional buscasse como *finalidade* a liberalização incondicional, não teria incluído nenhuma restrição. Prevaleceria o princípio da auto-executoriedade. Quando muito, o texto exigiria apenas a edição de uma lei. *Mas uma lei qualquer. De qualquer tamanho ou conteúdo.*

No entanto, a Emenda Constitucional *agiu inversamente*: estabeleceu com riqueza de detalhes a forma e o conteúdo da lei que deverá dar eficácia à flexibilização. A lei a que ela se refere é básica, *é regulamentar, é sistemática*. Não há espaço para uma um amontoado desordenado de leis *mínimas, provisórias e incompletas*.

É hora de o Congresso Nacional lançar-se ao trabalho fecundo de elaborar uma nova lei

para o setor de telecomunicações. *Uma lei modernizadora*, que flexibilize a exploração de todos os serviços de telecomunicações e revogue expressamente onde couber os dispositivos estatizantes em vigor. *Uma lei nova*, que, ao nascer, não seja compelida a conviver com leis ultrapassadas. *Uma lei completa*, que não cause inevitáveis dúvidas de interpretação e possibilite intermináveis pendências judiciais. Só com uma lei assim, que abranja todos os aspectos institucionais, teremos *uma lei legítima* e, como tal, imune a qualquer arguição de inconstitucionalidade.

Poderá o Brasil, todavia, produzir um pouco mais do que uma lei formalmente perfeita e juridicamente inquestionável. Mais ainda do que fazem as novas leis que acabam de ser editadas nos países desenvolvidos, a nossa lei poderá servir, também, como instrumento para gerar novos empregos, expandir nossas microempresas e ampliar gradativamente os poucos nichos industriais e tecnológicos existentes. Afinal de contas, dispomos de um exemplo histórico, que nos mostra as vantagens da opção por um código exemplar, que incorpore uma audaciosa *política nacional de telecomunicações*.

A elaboração de uma lei com tais características há de ser mais demorada, sem dúvida. Talvez exija mais alguns meses de debates e de tramitação legislativa. Temos pressa, é verdade. Mas sempre tivemos pressa e essa pressa tem sido, muitas das vezes, causadora dos nossos grandes desastres. Além disso, é preciso distinguir, com nitidez, a pressa que estimula no sentido de resolver os grandes problemas nacionais da pressa gerada pelos interessados em resolver os seus interesses particulares e comerciais.

É hora de respeitar o nosso passado ou, se isso não for relevante, de, pelo menos, copiar o procedimento das grandes potências mundiais. Precisamos produzir uma lei de verdade, na qual a “flexibilização” seja utilizada como uma poderosa *alavanca* para o desenvolvimento brasileiro no próximo milênio e não como uma *algema* para nos manter, agora de forma inexorável, como uma nação tecnologicamente desprezível, economicamente colonizada e estrategicamente periférica.

É hora de elaborar uma lei completa, íntegra e sistêmica, e não um remendo improvisado, destinado simplesmente a legitimar a divisão do “bolo” mais cobiçado do mundo dos

negócios em “fatias”, entregando-as ao apetite de “famintos comensais”. Precisamos produzir uma *lei exemplar*, que seja uma barreira à formação de monopólios privados e cartéis eletrônicos, e não um *papelote vulgar*, gerado para legitimar negociatas e a dilapidação do patrimônio público.

As tecnologias são *neutras*: o uso que o ser humano lhes dá pode servir para salvar vidas ou para destruí-las. Nas mãos de Hitler, na Alemanha, as *ondas radioelétricas* foram instrumento de ódio, destruição e morte. Entregues à Roquete Pinto, no Brasil, serviram para a difusão da educação e da cultura para o nosso povo. O *raiolaser*, uma ampliação da luz por meio de radiação intensificada, pode salvar vidas, se aplicável à medicina, e pode destruí-

las, se utilizado como arma.

Agora, no limiar do Terceiro Milênio, assistimos à fusão das telecomunicações com a informática, gerando possibilidades infinitas, um imenso desafio à imaginação. As tecnologias, em permanente mutação, podem salvar o Brasil do subdesenvolvimento e da miséria crônica, mas podem igualmente contribuir de forma decisiva para manter ou ampliar o vigente sistema de servidão. Os efeitos sociais não são determinados pela tecnologia, que é sempre neutra, mas pela norma institucional que rege a sua aplicação, que objetiva sempre alguma coisa, ou seja, é finalista.

A norma institucional, aqui, chama-se Código Brasileiro de Telecomunicações.

Despacho saneador

ADRIANA DE ALBUQUERQUE HOLLANDA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Antecedentes históricos. 3. Objeto do despacho saneador. 4. Atividade saneadora do juiz. 5. Efeitos no despacho saneador. 6. Recursos no despacho saneador. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho foi objeto de monografia apresentada para a conclusão do curso de pós-graduação na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, tendo sido adaptado para atender a esta publicação e à alteração sofrida na disciplina quanto aos agravos pelo advento da Lei nº 9.139/95.

O despacho saneador vem sendo objeto de estudo por parte dos doutrinadores desde a sua origem. Como um instituto originário dos direitos português e brasileiro, encontramos aqui uma das melhores soluções para a problemática da economia processual.

Com a presente pesquisa pretendemos fazer uma abordagem sobre o progresso histórico apresentado por esta figura processual.

O despacho saneador foi o produto da prática dos direitos português e brasileiro em aprimorar técnicas para desobstruir o processo das questões formais, buscando a solução cada vez mais ágil para dirimir um conflito.

Como o Professor Galeno Lacerda expõe, o processo será sempre uma forma de aflição para as partes, sendo o nosso objetivo abreviar ao máximo este sofrimento, evitando um constrangimento maior que o próprio processo em si. Através deste pensamento, as técnicas desenvolvidas por nosso direito acabaram por nos proporcionar a figura do despacho saneador,

Adriana de Albuquerque Hollanda é Bacharel em Direito, formada pela Universidade de Brasília e pós-graduada pela ESMPDFT.

cujo desenvolvimento se estende a cada dia, como podemos observar com as últimas novidades do Código de Processo Civil.

Desta forma, ao introduzirmos esta questão, buscamos prestar homenagem ao ilustre doutrinador Galeno Lacerda, que de forma pioneira se aprofundou nesta matéria, cuja contribuição a nossa cultura jurídica é imensamente inegável.

2. Antecedentes históricos

A origem do despacho saneador não é unívoca, vez que encontra diferentes fontes entre os nossos doutrinadores. Alguns acreditam achar esta figura nas mais antigas civilizações, outros acreditam que esta só pode admitir um início no direito português.

Galeno Lacerda, um dos maiores estudiosos no assunto em nosso direito, alia-se à corrente daqueles que visualizam o início deste instituto até nas civilizações primitivas. Assim, afirma que o marco inicial para o despacho saneador é anterior ao próprio direito romano, pois encontramos vestígios desta atividade em outras sociedades do mundo antigo, apesar desta apresentar-se de forma primária. Tais atividades, segundo Lacerda, caracterizavam-se mais pela qualidade da decisão proferida que por sua natureza, porquanto, realmente, não há como considerarmos que as questões ali decididas guardem semelhança com o que definimos atualmente como preliminares.

Quanto ao direito romano, encontramos um grande número de teóricos que consideram a divisão do processo romano em *in jure* e *in judicio* como a semente que originou a figura do despacho saneador no processo civil como o conhecemos. Esta tese é fortemente criticada por Enrico T. Liebman, pois o mesmo a considera um equívoco. Tal divisão, que visava levar o mérito da causa a ser julgado sem mácula de qualquer preliminar, não guarda outra semelhança que não esta, sendo consideradas como preliminares algumas questões cuja doutrina atual as teria como mérito da causa. A outra justificativa de Liebman para desconsiderá-la como precursora do despacho saneador está no fato de esta divisão dever-se mais a razões políticas e históricas do que processuais, sendo tão características da cultura romana, que não há qualquer hipótese de comparação sem cairmos num grande equívoco.

O direito germânico, juntamente com o direito romano e o canônico, formaram o que definimos como direito medieval. Com a forte influência da cultura bárbara, encontramos nesse período o formalismo em seu modelo mais exacerbado, sendo admissível a anulação de um processo pelo menor vício, desaparecendo a figura do princípio da economia processual.

Enrico T. Liebman¹ vislumbra a figura das exceções dilatórias, dessa fase, como formas de se argüir um vício no processo. Introduzida pelos glosadores na Idade Média, possuía forte rigidez, como é característico em tal momento, só encontrando uma reação na Idade Moderna. Já Pontes de Miranda, ao analisar o instituto, encontra justamente neste período o marco inicial para o despacho saneador, acreditando que nas exceções dilatórias estaria o embrião para que se decidissem questões preliminares anteriormente ao mérito. Sua posição encontra críticas pela parte de Alfredo Buzaid, que concorda existirem estas figuras, mas não as encontra sistematizadas, sendo na realidade somente fruto de mera aplicação empírica, não podendo então servir de base para considerar-se como o ponto de partida para a formação do instituto do despacho saneador.

Com a superação da Idade Média, o processo retorna aos princípios clássicos do direito romano, sendo fruto da reação ao formalismo exacerbado que predominou durante o direito medieval. Tal resposta partiu inicialmente da França, sendo seguida posteriormente pela Alemanha, com o que verificamos não se formarem mais distinções entre questões preliminares e de mérito, cabendo às partes argüirem uma eventual nulidade do processo a qualquer tempo, conforme as circunstâncias e oportunidades. Esta técnica acabou sendo abandonada pelo fato de as próprias partes terem o poder de imprimir ao processo o ritmo que lhes convinha, contrariando o princípio da economia processual.

Assim, verificamos que a origem do despacho saneador não tem opinião pacífica; encontramos, entretanto, uma maioria considerável de doutrinadores com o pensamento de que, realmente, este instituto tem sua base no direito português e contém originalidade suficiente para justificar ser este o seu berço, e não somente a herança de outro país.

Esta figura surgiu no direito português como

¹ LIEBMAN, Enrico T. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. p. 100.

uma reação ao formalismo, como também foi encontrada na França e Alemanha, despontando com o nome de “despacho ordenador” no processo sumário, onde o juiz podia, de ofício, julgar antecipadamente as nulidades que porventura existissem no processo. Definitivamente esta é a origem direta do despacho saneador.

Quanto a este instituto jurídico no Brasil, a sua origem é obviamente portuguesa, já que fomos sua colônia. Após a independência, o direito brasileiro continuou recepcionando as regras do regime jurídico anterior em nosso território, havendo uma inovação a partir de 1939, quando se unificou a matéria de direito processual civil em um código somente.

O Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu a matéria de forma generalizada, pois antes cada estado possuía a sua própria legislação processual. Esta disciplina introduziu o saneamento do processo através do despacho saneador, diferentemente do instituto no direito português, onde era denominado inicialmente de despacho ordenador. Desta forma, o instituto foi introduzido na legislação pátria.

No Código de Processo Civil de 1973 não há mais a denominação de despacho saneador, mas há a previsão do saneamento do processo, ficando superada a discussão que se estabeleceu a respeito da nomenclatura deste instituto. Esta atividade, prevista como uma fase, teria seu momento oportuno através de despacho escrito, exarado nos autos, em que o magistrado declararia o processo saneado, ou tão-somente marcaria audiência de instrução e julgamento, definindo quais as provas que foram aceitas e como deveriam ser promovidas em tal audiência, considerando-se, implicitamente, que o processo está perfeitamente constituído.

No final do ano de 1994, com o advento da Lei nº 8.952/94, houve uma profunda reforma no Código de Processo Civil, modificando radicalmente a estrutura da atividade saneadora do juiz, sendo criada a audiência preliminar, que possui três diretrizes: conciliar as partes, concentrar as decisões saneadoras do processo e planejar ordenadamente a instrução da causa na audiência de instrução e julgamento. Permanecem também as hipóteses de julgamento antecipado da lide, assim como de extinção do processo pelas hipóteses do art. 267 do CPC, que dá término ao processo sem o julgamento do mérito.

Com tais novidades, criou-se na doutrina

divergência a respeito do momento adequado para o exame de tais questões.

Cândido Dinamarco² entende que o momento adequado para que a autoridade judiciária enfrente as questões versadas como preliminares se apresenta agora em forma de audiência, tendo sido o art. 331 do CPC de 1973 revogado pela norma superveniente estatuída na Lei nº 8.952/94. Assim, torna-se obrigatório ao juiz verificar, primeiramente, a possibilidade de conciliação, para somente após decidir se o processo não será extinto ou se a causa é passível de ser julgada antecipadamente. Tais atos só serão formalizados após a audiência preliminar.

Conforme ressalta Cândido Dinamarco, a atividade saneadora se apresenta mais como uma ação residual, por não ter ocorrido nenhuma das duas hipóteses anteriores, ainda durante esta nova audiência.

Tal posição não é partilhada por J. E. Carreira Alvim³ nem por Humberto T. Júnior⁴, que sustentam somente ser possível a audiência preliminar se a lide não for julgada antecipadamente, ou o processo não for extinto pelos casos do art. 267. Carreira Alvim justifica a sua posição em virtude do próprio texto da lei, que determina a aplicação do art. 331 unicamente quando não ocorrerem as hipóteses dos tópicos anteriores (extinção do processo ou julgamento antecipado da lide).

3. Objeto do despacho saneador

Neste momento, começaremos a lidar com a atividade saneadora do juiz, analisando seus elementos e estabelecendo qual é o campo de atuação do magistrado ao sanear um processo.

Inicialmente, há que se levar em consideração quais são os atos do juiz, que vão desde a extinção do processo por algum vício insanável até o pronunciamento de mérito com o julgamento antecipado da lide. Através destes atos, como se pode perceber, diferentemente do tempo em que Galeno Lacerda escreveu seu

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

³ ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*. 1. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

⁴ JÚNIOR, Humberto T. *As inovações no Código de Processo Civil : Juizado Especial Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

livro sobre o despacho saneador, a atividade jurisdicional ampliou deveras o seu campo de atuação, principalmente se destacarmos a recente reforma por que passou o Código de Processo Civil nesta área, sendo criada a audiência preliminar, visando abreviar ainda mais as contendas que possam ser dirimidas através da conciliação. Tais transformações são resultados de evolução constante, pois quando da promulgação do próprio Código em 1973, através da possibilidade de julgar antecipadamente a lide, já houve um grande avanço. Porém, antes de nos atermos a este ponto específico, é necessário que se faça um estudo sobre a legitimidade da relação processual, que é a atuação verdadeiramente saneadora do processo.

Para se analisar o objeto da atividade saneadora, a regularidade na relação processual, necessário é que se verifiquem, inicialmente, os pressupostos processuais, que são requisitos indispensáveis a qualquer formação processual perfeita.

Os pressupostos processuais são a primeira análise que o juiz deve promover ao verificar a relação jurídica, pois são os requisitos para a boa constituição de qualquer processo. Tais pressupostos apresentam-se sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Começaremos com os pressupostos subjetivos. O primeiro exame é feito sobre a autoridade judicial, uma vez que nada será válido se a matéria for apreciada por juiz que não tinha habilitação para atuar em determinada área. Tais requisitos são avaliados pelas exceções de incompetência, impedimento e suspeição, são argüidas em peça própria e destinam-se a apreciar se determinado julgador está apto a proferir uma decisão sobre a demanda em questão. A exceção de incompetência visa a excluir autoridade judiciária que não tenha jurisdição sobre determinada matéria, evitando que se promova toda a instrução novamente. Quanto à exceção de impedimento, esta destina-se a evitar que o princípio da imparcialidade venha a ser desrespeitado, já que não há como se exigir a isenção de uma pessoa que tenha vínculos familiares com a parte. A última exceção é a de suspeição, onde o princípio da imparcialidade é, igualmente, o objeto a ser protegido, mas dessa vez não por laços sanguíneos, e sim por motivos de foro íntimo que venham, de alguma forma, a influenciar a decisão da autoridade judiciária. Todos esses pressupostos subjetivos implicam o seu conhecimento a qualquer momento, inclusive *ex officio*. Este requisito não está incluso no art.

267 do CPC, mais por ter disciplina própria, que por sua natureza, continuando a ser abordado pela doutrina como um pressuposto processual, devendo, portanto, ainda ser analisado como uma possibilidade de saneamento do processo, ainda que diversamente em relação aos demais pressupostos processuais da atividade saneadora propriamente dita.

O outro pressuposto processual subjetivo diz respeito à legitimação das partes, que devem ser capazes e devidamente representadas em juízo. Quanto à capacidade, esta se auferê pelas normas constantes do Código Civil, no seu art. 9º, que permite às pessoas se habilitarem em juízo para defesa de seus interesses. Quanto aos indivíduos incapazes, os mesmos terão que suprir essa deficiência através da representação de pessoas que tenham, legalmente, permissão para ajuizar uma ação em defesa dos interesses daqueles a quem as mesmas representem. Possuímos também em nosso ordenamento jurídico o instituto da substituição processual, onde a lei, em casos excepcionais, permite que uma pessoa, em nome próprio, promova uma ação em defesa de interesse de terceiro, não havendo a figura do representante legal, mas do substituto processual.

Além desta capacidade, é necessário que se esteja devidamente representado em juízo, a *legitimatío ad processum*, onde se exige que uma pessoa, para atuar em juízo, faça-se representar por profissional habilitado para tanto. Esta regra está inclusa nos arts. 36 e 37, do CPC, e adverte às partes que, na falta da devida procuração, os atos serão reputados inexistentes. Estes pressupostos são exigíveis durante todo o período em que permanecer a relação processual. Ainda que este pressuposto seja atendido no início do processo, mas depois, por algum problema superveniente, venha a ocorrer a falta desta representação, este vício processual deverá ser sanado, pois autorizará a extinção do processo na hipótese de atingir o autor da demanda, e, sendo o réu, imputar-se-á a este a condição de revel.

Desta forma, finda-se a análise dos pressupostos processuais subjetivos, permanecendo ainda a questão dos objetivos, que passaremos a estudar agora.

Tais pressupostos objetivos subdividem-se em pressupostos extrínsecos e intrínsecos, sendo estes ligados à causa em si e aqueles a fatores exteriores que influenciam diretamente a questão e que, caso não sejam atendidos,

acabam por extinguir a relação jurídica em curso.

Como requisitos extrínsecos à boa formação da relação processual, encontramos a litispendência, a coisa julgada e o compromisso arbitral.

A litispendência se verifica quando duas causas idênticas estão sendo julgadas ao mesmo tempo, exigindo-se que a última delas seja extinta. Para considerarmos que há litispendência é necessário que se verifiquem três elementos: coincidência entre as partes, o objeto e a *causa petendi*. A decisão que extingue o processo por litispendência não tem força de coisa julgada material, mas somente atende a uma causa que proíbe o prosseguimento daquele processo.

Humberto Theodoro Júnior, em *Curso de Direito Processual Civil*, considera que, na hipótese de extinção do processo por litispendência, ocorre em verdade um acolhimento de causa objetiva de improcedibilidade, o que autorizaria ao julgador deste processo, repetido, analisar a hipótese de ilidir tal causa através de algum vício insanável no primeiro processo.

Quanto à coisa julgada, o tratamento é idêntico ao da litispendência, porém a primeira causa já transitou em julgado, exigindo o trancamento da outra questão, sem que o julgamento de mérito ocorra.

Ainda há que se pensar na hipótese do segundo julgamento acabar por transitar em julgado também, o que poderia nos levar a um impasse: qual o julgamento que teria validade? O primeiro ou o segundo? A nossa jurisprudência tem entendido que, nestas hipóteses, prevalecerá o último julgamento.

O terceiro pressuposto processual objetivo extrínseco ao processo é o compromisso arbitral, cuja função significa terem as partes renunciado ao direito de resolver seus litígios através da função jurisdicional do Estado, recorrendo ao árbitro que já foi eleito no compromisso arbitral, para que esta pessoa habilitada venha a dirimir o conflito que se apresenta nesta relação jurídica. Este direito é garantido às partes pelo art. 1.037 do Código Civil.

Há que se considerar inicialmente que tal compromisso arbitral de forma alguma pode ser confundido com a cláusula compromissória, que nada mais é que a previsão do compromisso arbitral. Nesta hipótese, as partes pactuam em face de uma possibilidade de conflito futuro, onde recorrer-se-á a um árbitro particular para a solução de determinado embate, que já foi eleito

naquela cláusula e que será a pessoa apta à resolução do problema que possa ser apresentado. Porém, apesar desta cláusula compromissória, não há como impedir que uma pessoa recorra ao Estado para que lhe faça uma prestação jurisdicional por antecipação.

O compromisso arbitral significa que houve um litígio e que as partes recorreram aos árbitros habilitados pela cláusula compromissória. Desta forma, será vedado às partes recorrer ao Judiciário, pois já há uma instância arbitral que foi acionada, causa impeditiva da instância jurisdicional estatal. Nesta situação, incidirá a proibição do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

Quanto aos pressupostos processuais objetivos intrínsecos, os mesmos dizem respeito à observância das normas legais para a formação regular da relação processual, sem atender a um rol específico de hipóteses. Esta subordinação, como propriamente expõe Galeno Lacerda, traduz-se pela ausência de nulidades ou vícios em geral dos atos processuais em seu aspecto objetivo.

Como um exemplo da satisfação destas condições há a correta propositura da ação, o que significa a regularidade da petição inicial, conforme expõe Rogério Lauria Tucci⁵. Caso a mesma esteja defeituosa, poderá a autoridade judiciária mandar emendar o pedido, visando desta forma sanar os defeitos que a mesma apresenta. Porém, há também a possibilidade de se apresentarem vícios insanáveis, o que leva ao indeferimento da inicial, ocorrendo a extinção do processo sem julgamento do mérito. Claro, esta é uma forma de se sanar o processo, já que não permite sequer que a relação processual chegue a se formar por não ter qualquer possibilidade de ver sucedida aquela proposição. Outro exemplo de pressuposto processual objetivo intrínseco está na regularidade da citação, cujo vício importa em nulidade de todos os atos que dali em diante forem feitos. Portanto, nota-se que tais pressupostos não podem ser especificados, pois não há como determinar quais e quantos serão os vícios que podem surgir nos procedimentos jurisdicionais, ficando o julgador a velar pela sua formação regular, atendendo a tais pressupostos intrínsecos ou extrínsecos.

Após a análise dos requisitos genéricos da relação processual, a autoridade judiciária deverá

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Do Julgamento conforme o Estado do Processo*. 2. ed. 1982.

examinar os requisitos que se apresentarem de forma específica e individual para cada ação, que denominamos de condições da ação. Tais condições estão ligadas à própria admissibilidade da ação, não mais à conformidade da relação processual. Desta forma, são auferidas por três aspectos: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir.

De acordo com Enrico Tullio Liebman, em *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*,

“as condições da ação, portanto, são requisitos que a lide deve possuir para poder ser julgada. Eles dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito”.

Daí concluímos que as condições da ação são prejudiciais ao julgamento do mérito e, no caso de haver deficiência em algum de seus requisitos, impossibilitarão ao julgador conhecer a matéria de fato naquele julgamento. A esta deficiência o direito processual denomina carência de ação, sendo o autor da pretensão carecedor da ação.

Conforme se depreende do que foi exposto até o momento, tais condições, de acordo com o conceito moderno de ação, possuem um vínculo exclusivamente processual, não nos permitindo mais que façamos um juízo de valor a respeito do direito pleiteado pela parte, pois isto contrariaria o conceito que apresentamos de atividade saneadora, onde o que se perquire é a regularidade dos atos processuais, não a procedência ou improcedência de um pedido. A ação, vista atualmente, é um direito completamente independente do direito material, não nos permitindo que retornemos a velhas bases, já ultrapassadas, para auferir uma condição de procedibilidade da ação. Portanto, quanto às condições da ação, há que se verificar somente os pressupostos em relação à lide, apesar de estarmos ligados à causa em discussão, já que a mesma só deve ser examinada de forma genérica e hipotética, pois, caso contrário, ao invés de estarmos manifestando um juízo de admissibilidade, estaríamos proferindo entendimento a respeito do litígio em discussão, e a decisão interlocutória, de forma prematura, tornar-se-ia uma sentença de mérito.

A possibilidade jurídica do pedido é o primeiro requisito destas condições a ser analisado e está diretamente ligado ao direito material objeto da ação em questão. A atividade do magistrado será a de verificar a viabilidade ju-

rídica do mesmo, sem que isso signifique um juízo de mérito, como dito anteriormente. Não há análise da procedência ou não do pedido da parte, mas se, no caso em tela, há norma jurídica que respalde o pedido elaborado pelo autor.

Para que se verifique esta possibilidade jurídica, conforme nos demonstra Humberto Theodoro Júnior⁶, devemos buscar essa juridicidade dentro do próprio direito processual, para que desta forma não haja confusão entre o mérito e a condição da ação. Nesta metodologia, devemos estar cientes de que o pedido do autor se divide em duas partes: o pedido mediato e o pedido imediato. O primeiro, dirigido ao réu, diz respeito à pretensão resistida do autor, que se dirige ao réu no intuito de que, em campo jurisdicional, satisfaça-lhe a reivindicação. Quanto ao pedido imediato, este dirige-se diretamente ao Estado, sendo seu objeto a prestação jurisdicional. Será nesta área que analisaremos se há possibilidade jurídica, pois, caso o autor demande sobre o impossível, este pedido não encontrará apoio na norma jurídica, em tese ao menos, não havendo como o Estado satisfazer-lhe a prestação jurisdicional, devendo o processo ser extinto de imediato, evitando, desta forma, sejam executadas atividades que, ao final, resultariam inevitavelmente na perda do pedido para o autor.

Assim, sendo a impossibilidade jurídica do pedido um dos requisitos das condições da ação, quanto ao efeito desta sentença, que é apenas terminativa, este será o da coisa julgada formal, possibilitando ao autor demandar novamente em juízo, desde que adapte o seu pedido ao ordenamento jurídico vigente em nosso direito.

Quanto à legitimidade da parte, o segundo requisito das condições da ação, também chamado de *legitimatío ad causam*, esta se liga mais às partes que ao objeto do processo, voltando-se a observar a pertinência de determinada parte em litigar naquela causa. Conforme verificamos pelo art. 6º do Código de Processo Civil, é-nos vedado postular em juízo direito alheio, o que nos leva a considerar como legítima a parte que não estiver inclusa em tal preceito. Este princípio é válido tanto para o pólo ativo como para o passivo, pois a tutela jurisdicional não terá qualquer valia se a pessoa contra quem o autor demanda não for a adequada a sofrer a sanção da sentença, o que, também, autoriza o

⁶ JÚNIOR, Humberto T. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1, p. 53-54.

jugador a extinguir o processo sem o devido conhecimento do mérito. Esta legitimação pode ser ordinária ou extraordinária.

A legitimação ordinária será aquela em que obedeceremos ao preceito do art. 6º do CPC, ou seja, teremos por legítimo aquele que se intitula o possuidor do direito material, enquanto o legitimado passivo será aquele que poderá arcar com a ordem proferida pela autoridade jurisdicional.

No tocante à legitimação extraordinária, encontraremos a mesma somente em casos excepcionais, em que a pessoa legitimada a demandar em juízo não será aquela que reclama para si a titularidade de algum direito material, mas demanda em juízo a defesa de direito alheio. Tais casos, devido a sua extravagância, são encontrados em dispositivos expressos na norma processual, em enumeração do tipo *numerus clausus*, sendo vedado que se autorize uma pessoa fora dos casos elencados na legislação. A tal fenômeno denominamos a figura da “substituição processual”.

O último requisito para satisfazer as condições da ação é o do interesse de agir, que, igualmente aos dois anteriores, não deve ser confundido com o interesse em relação ao direito material, mas deve ser auferido em seara processual, e que pode ser analisado sob dois aspectos: a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Quanto à necessidade, este item significa que só é admitida uma relação processual naqueles casos em que, pela falta da formação de um processo, haverá prejuízo potencial ao seu autor. Como afirma Arruda Alvim, é a necessidade

“que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermos-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”.

Conforme se depreende, a instância jurisdicional só é admitida nas hipóteses em que o prejuízo é iminente, não se admitindo a sua utilização para outras questões de cunho somente interpretativo ou enunciativo, ou como expõe Humberto Theodoro Júnior⁷, “como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica”.

Desta forma, verificamos que, da mesma maneira que os pressupostos processuais, as condições da ação também possuem caráter

⁷ JÚNIOR, Humberto T. Op. cit. p. 56.

eminente processual, estando quase que completamente desvinculadas do direito material, que é visto nesta fase somente de forma genérica.

Além destes dois objetos básicos, a atividade saneadora observa outros pontos do processo, que, igualmente, possuem requisitos passíveis de saneamento, levando alguns, realmente, a uma sentença de mérito, porém, mais pelo objeto sucinto que pela apreciação apurada dos fatos alegados pelas partes, conforme os casos da prescrição e decadência, que possuem somente uma análise do lapso temporal entre a lesão ao direito alegado e a entrada com a demanda judicial, que, caso tenha ultrapassado o seu limite temporal permitido, tranca a ação judicial. A sentença que admitir estes institutos será de mérito.

Outro instituto é a perempção, também abordado no art. 267, do CPC, que significa a perda de uma faculdade processual por desídia, ou por inércia da parte em praticar um determinado ato processual. Conforme se verifica dentre as hipóteses elencadas por este Código, haverá possibilidades expressas, como a de ficar o processo sem qualquer movimento, por mais de um ano, por inércia das partes; ou quando o autor deixar de praticar um determinado ato por mais de trinta dias⁸. Quanto à hipótese de o juiz julgar a extinção do processo com base no inciso V, do art. 267, esta significa que o autor deu causa a extinção do processo por três vezes, ficando proibido de entrar com o mesmo pedido contra aquele réu, de acordo com o art. 268 do CPC.

Outra hipótese está na desistência da ação, quando o autor resolve não prosseguir com tal relação jurídica. Esta desistência será sobre o direito de demandar em juízo naquele momento, não sobre o direito material, possibilitando ao autor que intente novamente este pedido. Este ato pode ser unilateral, desde que o réu ainda não tenha apresentado a sua resposta, ou ainda quando este for revel, já que não podemos considerar a hipótese de ouvir o réu que não compareceu até aquele momento e, como expõe Humberto Theodoro Júnior⁹, não haverá

⁸ A esta última hipótese, a jurisprudência considera que é vedado ao juiz extinguir o processo de ofício, devendo haver alegação do réu para incorrer em tal dispositivo, assim como determina a jurisprudência que, no caso da falta do autor em cumprir os atos para a citação do réu, ocasionando a extinção do processo, sequer deverá o réu ser citado para contrarrazoar no recurso de apelação.

⁹ JÚNIOR, Humberto T. Op. cit. p. 322-323.

qualquer prejuízo para aquele réu revel que deixou de defender-se até o momento da desistência. Porém, caso o réu formule defesa, esta será o limite da unilateralidade deste ato, mesmo que ainda não tenha decorrido todo o prazo para a sua resposta, pois a relação processual já está completa, não podendo o autor praticar qualquer ato desta natureza sem a anuência da outra parte. A desistência da ação é admitida em qualquer fase do processo, haja vista ser um direito que faz parte da esfera dispositiva do autor. Entretanto, caso tal manifestação se apresente em grau de recurso, os autos deverão baixar para o juízo de origem, pois este é o órgão competente para homologar a desistência, após a oitiva do réu. De qualquer forma, para que uma desistência produza efeitos, é impreterível que a mesma seja homologada por sentença, sob pena de não existir juridicamente.

Quanto ao penúltimo instituto a ser analisado como objeto da atividade saneadora do juiz, este é encontrado no inciso IX, do art. 267, quando considerado o objeto da disputa judicial como intransmissível. Esta característica é muito particular de determinadas ações que são consideradas personalíssimas, cuja discussão se funda em direito inerente àquela pessoa, não podendo ser transmitido para outrem, nem mesmo na hipótese de sua morte. Um ótimo exemplo que Humberto Theodoro Júnior apresenta, em seu estudo *Curso de Direito Processual Civil*, é o da ação de alimentos, quando ocorre a morte do alimentando. Não existindo mais o titular do direito, a ação se extingue por não haver a possibilidade de este direito ser transmitido para qualquer sucessor.

A última hipótese de falha processual que justifique uma atividade saneadora do juiz a ponto de extinguir o processo é a confusão, entendida esta como a eventualidade em que, pelas circunstâncias, não há como determinar quem é o autor, quem é o réu, confundindo-se tais figuras em uma só pessoa. Como se conclui, não há mais um conflito, pois tanto o autor como o réu figuram em uma única pessoa, não podendo haver litígio de alguém consigo próprio. Tal questão se afigura muito nas causas em que litigam ascendentes e descendentes, ou mais genericamente herdeiros. Daí, quando sobrevem a morte de algum deles, o sobrevivente acaba por herdar o bem litigioso, não havendo mais sentido em permanecer tal discussão.

Desta forma, concluímos as explicações

sobre as possibilidades mais comuns que envolvem atividades saneadoras da autoridade judiciária. Há outras hipóteses para se extinguir o processo, como a transação entre as partes, que definitivamente não se apresenta como um meio de sanear o processo, mas contribui sobremaneira para a economia processual, assim como para uma solução do conflito da maneira mais adequada para os litigantes. Porém, o objeto deste estudo visa demonstrar as formas para a manutenção da instrumentalidade do processo, que jamais pode ser um fim em si mesmo, mas sim um meio para satisfazer a controvérsia que originou este pedido de prestação jurisdicional.

4. Atividade saneadora do juiz

Com a reforma do final de 1994, o princípio da oralidade ganhou um impulso redobrado, vez que foi instituída, entre outras modificações, a audiência preliminar, procurando-se reforçar, no direito processual civil brasileiro, a figura da conciliação.

Com a audiência preliminar, o que se passa a verificar é justamente o fato de o juiz ter o dever de tentar promover a conciliação entre as partes, visando a solução do conflito de forma mais amena. Assim, com esta reforma, o art. 331, agora, determina a promoção de audiência preliminar para a avaliação da regularidade processual, devendo o juiz proferir decisão oral durante a mesma. Esta audiência possui tríplice objetivo: conciliação, saneamento e preparo para a instrução.

Como se percebe, a audiência preliminar possui três momentos, realizando-se o primeiro quando da tentativa inicial do juiz em conciliar as partes e promover um acordo que solucione o litígio. Somente após este momento é que estará autorizado o magistrado a verificar a regularidade da relação processual e determinar os pontos controvertidos da lide.

Desta forma, quanto ao princípio da oralidade, este teve um novo impulso em sua influência sobre o nosso sistema processual. Porém, tal posicionamento, na atualidade, apresenta-se de forma bem diferenciada à estabelecida pelo CPC de 1939, possuindo o juiz maior agilidade no procedimento, promovendo o acordo entre os litigantes, o que pode abreviar muitas contendas. Caso isso não ocorra, ainda assim o magistrado manterá sua atividade vigilante da atuação das

partes, como temos demonstrado neste estudo.

Quanto à aplicabilidade deste novo instituto, encontramos divergências em nossa doutrina.

Situando-se em um ponto, o ilustre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ determina que, com esta inovação, fica o juiz adstrito a analisar as questões processuais somente após tal audiência, que, a partir de agora, tornar-se-ia autêntica “audiência saneadora”.

Pela tese de Cândido Dinamarco, tal instituto torna-se obrigatório em todos os processos em que se verifica a vinculação do magistrado em promover o saneamento do processo. Desta forma, o procedimento ordinário possuiria, de agora em diante, a obrigatoriedade desta audiência preliminar, mesmo que não haja possibilidade de conciliação, já que seria neste momento a oportunidade de o juiz proferir manifestação sobre a regularidade do processo, assim como estabelecer quais são os pontos controvertidos da lide.

Portanto, não haveria que se falar em extinção do processo pelas questões analisadas no tópico anterior antes da tentativa de conciliação, que se observaria logo após a fase postulatória. Dentro deste parâmetro, ter-se-ia como nulo o processo, caso a autoridade julgadora não tivesse realizado o procedimento adequado, já que o mesmo seria obrigatório.

Cândido Rangel Dinamarco¹¹ deixa isto bem claro, demonstrando que a antiga forma de saneamento do processo através de despacho escrito foi revogada, só existindo a possibilidade de se proferir oralmente o entendimento sobre as questões enfocadas nesse momento da audiência preliminar.

Diversa é a posição de Carreira Alvim¹², também compartilhada por Humberto Theodoro Júnior¹³, que admite tal audiência apenas na hipótese de possibilidade de conciliação, porquanto a realização deste ato com o intuito somente de sanear o processo e determinar os pontos controvertidos da lide induziria a um atraso em todo o procedimento, sendo muito mais eficaz à economia processual um mero despacho escrito, deixando de sobrecarregar a pauta de audiências, destinando tal instrumento

para as causas que realmente demonstrem a necessidade deste procedimento ou que tenham possibilidade de conciliação.

Esta tese é justificada por meio da própria letra da lei, que determina a aplicação do art. 331¹⁴ do CPC somente após a verificação da impossibilidade de julgar antecipadamente a lide ou de extinção do processo sem pronunciamento de mérito. A audiência preliminar, assim como a conciliação do litígio, terão característica residual em face do seu cabimento estar adstrito à inexecução das duas atividades anteriormente citadas. Esta posição, que tem sido acolhida mais amplamente, alivia a carga de audiências dos magistrados, tendo a possibilidade da composição independente da audiência preliminar, conforme expõe Carreira Alvim¹⁵ através do art. 125, inciso IV, do CPC.

Ambos os pensamentos têm suas vantagens. Inicialmente, quanto ao entendimento de Cândido Dinamarco, certamente a promoção de conciliação antes de qualquer outro ato traria para o procedimento a obrigação do magistrado de promover esta conciliação e, conseqüentemente, a composição do litígio, que é o fim específico do processo, assim como tal decisão transitaria em julgado, encerrando a atividade jurisdicional, enquanto as outras formas de decisão sempre possibilitam recursos, muitos protelatórios, prolongando desnecessariamente a jurisdição e o sofrimento das partes. Igualmente, ainda que haja a previsão de composição a qualquer tempo por parte do juiz pela aplicação do art. 125, inciso IV, do CPC, este dificilmente será utilizado pela própria gama de trabalho nas questões cíveis, ocorrendo mesmo o sacrifício da conciliação pela aplicação das hipóteses precedentes ao art. 331.

Quanto à posição de Carreira Alvim, certíssima a crítica a Cândido Dinamarco quanto à obrigatoriedade de realização da audiência

¹⁴ Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

¹⁵ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 191.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido R. Op. cit. p. 118.

¹¹ DINAMARCO, Cândido R. Op. cit. p. 113-137.

¹² ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 192.

¹³ JÚNIOR, Humberto T. Op. cit. p. 15.

preliminar quando verificada a impossibilidade de conciliação, porquanto a pauta de audiências deste gênero também inviabilizaria a atividade jurisdicional, sendo mais sensato o despacho escrito nos autos para proceder ao saneamento do processo e marcação dos pontos controvertidos da lide.

Desta forma, a doutrina ainda se mostra vacilante quanto aos fatores acima apontados, havendo uma tendência à linha de pensamento de Carreira Alvim, mesmo porque, conforme escrito anteriormente, esta adota literalmente a orientação da norma legal, razão pela qual deve ser a adotada.

Conforme se depreende do escrito acima, a atividade saneadora do juiz tem natureza complexa, podendo ir de uma simples decisão interlocutória até alcançar a natureza de sentença de mérito, através da conciliação entre os litigantes ou proferindo decisão sobre as provas produzidas nos autos, e não somente sobre questões procedimentais.

No atual Código de Processo Civil examinamos duas hipóteses como atividade saneadora do juiz. A primeira, quando da extinção do processo por vício insanável ou pela ocorrência de algum fato que torne inviável a prestação jurisdicional. A outra possibilidade envolve o saneamento em si, quando o juiz, mesmo verificando algum vício no processo, possui solução nos próprios autos, sendo possível salvar os atos praticados até aquele momento, caminhando o procedimento para a decisão do mérito.

Quanto à primeira possibilidade do juiz, a extinção do processo, este pode ser com ou sem julgamento do mérito, estando elencada, em sua maior parte, no art. 267 do CPC. Na hipótese de extinção do processo sem que tenha o juiz analisado a questão fundamental do pedido, esta sentença será terminativa, só possuindo o efeito da coisa julgada formal. Porém, nos casos arrolados no art. 269, incisos II a V, apesar de não ter havido uma análise da procedência do pedido, haverá a extinção do processo com efeito de decisão de mérito, produzindo portanto o efeito da coisa julgada material, impossibilitando, assim, uma nova apresentação perante o Poder Judiciário daquele pedido formulado na inicial.

Com relação à atividade saneadora do juiz propriamente dita, esta, antes da Lei nº 8.952/94, pressupunha tão-somente que o saneamento do processo era feito durante toda a fase processual, culminando com o despacho de se

encontrar o processo saneado, após a fase postulatória.

Este saneamento, após a reforma promovida no final do ano de 1994, tem a possibilidade de estágio próprio para ser feito, a audiência preliminar ou por despacho escrito conforme exposto na discussão entre os doutrinadores sobre a reforma. Depois de verificada a regularidade da relação processual, deverá o magistrado preparar-se para fixar quais os pontos litigiosos da matéria em questão, visando preparar a audiência de instrução e julgamento, que versará somente sobre o mérito da causa. Conforme expõe Humberto Theodoro Júnior¹⁶, para situar esta atividade saneadora, devemos considerar que a mesma só será cabível caso não seja o processo extinto por terem os contendores se conciliado na audiência preliminar, ou não tenha havido algum dos motivos elencados no ponto anterior, nem esteja o processo pronto para que seja proferida decisão antecipada da lide.

Além dos exames quanto à regular composição do processo, será nesta audiência preliminar o momento oportuno para que o juiz decida sobre a questão da produção de provas periciais e testemunhais, estabelecendo quais os pontos controvertidos da lide, devendo tais provas serem produzidas já na audiência de instrução e julgamento.

Como se verifica, a audiência de instrução e julgamento é necessária somente para os casos controvertidos que exijam prova testemunhal ou pericial para comprovação dos fatos que foram expostos durante a fase postulatória; nos demais casos, sua obrigatoriedade seria um formalismo por parte do direito processual civil, o que, no momento pelo qual passamos, significaria um retrocesso. A cada dia encontramos no processo somente um instrumento para a composição da lide, principalmente na área civil, justificando assim até a dispensa, em alguns casos, do princípio da oralidade que, com a complexidade de nossa sociedade, ao invés de ser um fator dinamizador para o processo, acaba por caracterizar-se como um entrave, pois a quantidade de demandas tornaria o sistema jurisdicional inoperável.

5. Efeitos no despacho saneador

Sempre que analisamos os efeitos de uma determinada decisão no processo, estes se verificam conforme a natureza da disposição

¹⁶ JÚNIOR, Humberto T. Op. cit. p. 15-16.

proferida pelo julgador. No caso do despacho saneador, ou da atividade saneadora do julgador, encontramos uma complexidade de formas de decisão, partindo de uma decisão interlocutória até uma sentença de mérito.

Conforme o nosso estudo, o despacho saneador tem a finalidade de manter a regularidade na formalização do processo e, como tal, verifica-se principalmente através da constatação dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Caso se verifique um vício insanável, o despacho saneador funcionará como um abreviador de um processo que não possui meios de cumprir a sua função de prestação jurisdicional. A decisão que põe termo ao processo será uma sentença terminativa, pois não terá havido uma apreciação do pedido objeto da questão litigiosa, tendo como efeito somente a coisa julgada formal, ou seja, apesar de o autor não ter conseguido cumprir o seu intento naquele processo, poderá propor uma nova ação, com maior cautela, visando a uma perfeita relação processual. Como o objeto verificado neste momento se limita a questões de âmbito unicamente formal, de acordo com Galeno Lacerda, que expôs a questão de maneira brilhante, há uma preclusão, porém com extinção da jurisdição, não podendo aquele juiz rever a matéria. Mas, no momento em que haja uma nova proposição da questão, esta poderá ser examinada novamente, mas à luz de um novo procedimento e não mais do anterior.

Com a reforma da Lei nº 8.952/94, o juiz poderá, nesta fase, promover a conciliação entre as partes durante a audiência preliminar. Caso tal tentativa tenha sucesso, o mesmo homologará a composição acordada entre as partes, tendo esta sentença a característica de julgamento de mérito, cujo efeito será a coisa julgada material, tornando-se lei entre as partes.

Quanto às decisões que envolvem a atividade saneadora propriamente dita, será neste ponto que encontraremos a maior controvérsia discutida no passado, pois, como expõe Galeno Lacerda, no Código de Processo Civil de 1939, uma decisão que tenha sido proferida sucintamente a respeito da regularidade do processo não seria passível de se considerar preclusa no tocante aos pressupostos processuais ou às condições da ação. Isto posto, não haveria necessidade de se recorrer da mesma, pois seria considerada esta como um mero despacho ordinatório. Só era considerada passível de preclusão a matéria que fosse decidida de forma

fundamentada, admitindo, neste caso, a possibilidade da preclusão da decisão por inércia da parte que eventualmente entendesse que algum direito seu havia sido prejudicado.

Atualmente, em cima de tal entendimento, o art. 471 do CPC proíbe expressamente que o juiz reexamine questão já decidida naquela lide. A exceção que se faz a este dispositivo está no § 3º do art. 267¹⁷, que possibilita ao juiz conhecer de tal matéria a qualquer tempo, desde que seja antes da sentença de mérito. Porém, apesar desta matéria ser conhecida a qualquer tempo, a parte que não alegar no momento oportuno o prejuízo verificado responderá pelo seu atraso. Portanto, o que se conclui é justamente o fato de verificarmos a preclusão desta decisão somente quanto à disponibilidade do direito em questão, caso não haja algum apelo da decisão proferida, já que a exigência do recurso para a decisão não possui exceções.

Este também é o pensamento de José R. Cruz e Tucci, em *Sobre a eficácia preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento*¹⁸, onde apresenta a preclusão, na verdade, como dependente mais da disponibilidade da matéria objeto da discussão. Mas, mesmo que a parte não tenha recorrido naquele momento, por ser a mesma indisponível, não há que se falar em impossibilidade do seu reexame. Porém, caso se verifique o contrário, não tendo a parte interessada manifestado o seu inconformismo, não haverá a possibilidade de reconsideração da decisão, nem pelos litigantes, nem pelo julga-

¹⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito:

(...)

IV - quando se verificar ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Saneamento do Processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, Porto Alegre, 1989. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento.

dor, por mais que o mesmo tenha mudado a sua idéia, pois infringiria o dispositivo do art. 471, não podendo tomar uma iniciativa que a própria parte, que seria prejudicada não tomou, presumindo-se inclusive a satisfação desta, já que ficou inerte ao que foi decidido pelo julgador inicial, sem interpor qualquer remédio da decisão.

Caso estivéssemos sob a vigência do Código anterior, na hipótese da decisão sucinta, o juízo sobre as questões preliminares e prejudiciais só seria emitido no momento da decisão de mérito, juntamente com a análise das questões de fato. Esta prática, mesmo naquela época, não era o ideal a ser adotado, pois o instituto do saneamento do processo visa justamente eliminar tais abordagens na sentença de mérito, que deveria decidir unicamente sobre a procedência do pedido.

Como se pode observar, os efeitos são muito diversificados, pois há uma grande variedade de decisões possíveis na fase de saneamento do processo, devendo a parte ficar atenta ao que foi proferido neste momento, permanecendo os seus interesses efetivamente protegidos.

6. Recursos no despacho saneador

Quanto aos recursos possíveis no despacho saneador, estes dependerão mais da natureza da decisão que é proferida na fase de saneamento. Quanto às decisões que extinguem o processo, com ou sem julgamento de mérito, o recurso cabível é a apelação, pois a natureza desta decisão será sempre a de sentença, conforme podemos verificar pelo art. 162 do CPC atual.

Quanto às demais decisões, as mesmas serão sempre interlocutórias, simples ou mistas, cabendo destas sempre o recurso de agravo, igualmente reformado pela Lei nº 9.139, de 30.11.95. O presente recurso após esta norma jurídica já não mais admite a reconsideração da decisão proferida, devendo ser dirigido diretamente ao tribunal competente para decidir a questão. É admissível nesta matéria tanto o agravo quanto o agravo retido, que nada mais é que o mesmo recurso, devendo somente ser apreciado na fase de apelação, como preliminar à matéria principal da causa em discussão.

A questão que se pode indagar neste campo diz respeito às decisões do magistrado que acabam por excluir alguma parte ou limitar a matéria litigiosa. Ainda aqui o recurso cabível será o agravo, pois o processo é uno e não

cabará um recurso de apelação àquela parte. Tal posicionamento se justifica pelo fato de o processo não ter efetivamente terminado, única hipótese do recurso de apelação, não havendo que se falar em término do processo para uma das partes ou para alguma questão. Tais pontos deverão ser discutidos em tese de agravo, já que a matéria decidida, ainda que relevante, foi uma questão incidente no processo.

No caso dos processos originários dos tribunais superiores, a questão torna-se mais complexa, devendo a matéria ser tratada pelos regimentos internos daquelas Cortes, haja vista a situação diferenciada em que um recurso das decisões desta natureza é tratado dentro do âmbito daquele tribunal. Assim, as regras serão a de que caberá o recurso de agravo regimental da decisão proferida por despacho monocrático e das decisões colegiadas e dependerá da matéria e do tipo de procedimento adotado para a verificação dos recursos possíveis de serem interpostos.

Desta forma, no atual processo civil, os recursos possíveis para a decisão do despacho saneador são basicamente dois: a apelação e o agravo, dependendo, tão-somente, de ter havido extinção ou não daquele processo.

7. Conclusão

Conforme observamos neste estudo, a atividade saneadora do juiz possui um campo de atuação bem extenso, incluindo a partir do final de 1994, com a Lei nº 8.952/94, a audiência preliminar, nossa mais recente aquisição ao combate contra o prolongamento das demandas judiciais.

O despacho saneador, instituto que era adotado por nosso Código de Processo Civil de 1939, possuía algumas limitações à atividade do juiz, privilegiando o princípio da economia processual. Atualmente, através do saneamento do processo, isto não mais ocorre, sendo amplos os poderes do juiz para promover a regularidade da relação processual, demonstrando-nos como o instituto possui um papel importantíssimo na atividade jurisdicional.

Com a inovação da audiência preliminar, a diretriz exposta neste trabalho fica ainda mais explícita, já que a conciliação será uma das prioridades na atividade do magistrado, porquanto tal atividade acabará por abreviar muitas contendas através da transigência entre as partes, satisfazendo tanto a questão da

efetiva prestação jurisdicional como também à economia processual, cuja falta é tão criticada em nossa sociedade.

O instituto do saneamento do processo, como se apresenta atualmente, tem sido o fruto de várias reivindicações, que, certamente, só contribuíram para o engrandecimento deste estatuto jurídico, mostrando-nos que o processo se tornou um instrumento mais ágil na finalidade de resolver a lide de forma mais célere.

Bibliografia

- ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 1. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Fabris, 1989. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Professor*

Galeno Lacerda. Porto Alegre : Fabris, 1989. Extinção do processo e mérito da causa.

- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1985.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Fabris, 1989. Do Saneamento do Processo.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 10. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 11. ed. atualizada nos termos da Constituição Federal de 1988. São Paulo : Saraiva, 1990. V.1.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. rev. Porto Alegre : Fabris, 1991. V.1.
- THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1994. V.1.
- THEODORO JR, Humberto. *As Inovações no Código de Processo Civil - Juizado Especial Cível*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o Estado do Processo*. 2. ed. rev. atual. e adit. São Paulo : Saraiva, 1982.

Crimes e seguridade social

FABIO BITTENCOURT DA ROSA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Evolução legislativa. 3. Lei n° 8.212/91. 4. Omissão no recolhimento: alguns problemas. 5. Inconstitucionalidade da lei que cria a contribuição: questão prejudicial. 6. Advento da Lei n° 9.249/95. 7. Conclusão.

1. Introdução

Em suas *Instituições de Direito Civil*, volume 1, Caio Mário da Silva Pereira limita-se a dizer que *o direito é o princípio de adequação do homem à vida social*. Tal noção supõe a *utilidade* e a *necessidade* do direito como regra de convivência com vocação para a ordem indispensável ao progresso em todos os ângulos e interesses da comunidade. Sem ordem jurídica imperaria o tumulto e, nesse ambiente, nenhum progresso seria cogitável. A grande sensibilidade do criador da norma jurídica está em identificar com exatidão essa necessidade em toda a sua extensão, significado e profundidade.

O direito material, vivido pelo povo como crença espontânea, fortalecido pelos laços da civilização, acreditado como socialmente útil, constitui a realidade que nem sempre os constituintes, ou mesmo os legisladores, conseguem perceber.

O direito formal, como expressão do poder constituído em determinado momento histórico, nem sempre traduz o direito material. Calcula mal, traça contornos errados nas regras, sonega conceitos indispensáveis, fere o sistema, trai a história, satisfaz interesses privados.

Se os homens tivessem exata consciência de seus deveres, e da utilidade de observá-los,

Fábio Bittencourt da Rosa é Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Professor de Direito Penal da PUC-RS.

inexistiriam regras, ou elas seriam mínimas.

A maior ou menor dimensão do direito escrito de um país corresponde, proporcionalmente, ao grau de civilização e cultura de seu povo.

O direito, portanto, é decorrência de uma necessária regulação de vida, culminando a intensidade dessa necessidade na criação das leis penais.

Se o ato ilícito desequilibra a ordem do Estado, o ilícito penal, certamente, é aquele que maior dano social pode causar.

Crime, dessa maneira, não deveria corresponder a uma decisão burocrática, fundada no interesse político de um governo eventual. Crime, em verdade, constitui lesão a um bem de vida altamente valorizado pelo povo, que vulnera sua segurança, que atinge sua integridade.

Cada vez mais, em nome de um caráter *sancionador* do direito penal, procura-se criminalizar condutas que nem sempre caracterizam delitos, segundo o direito material, com a noção deste como visto antes.

No Brasil – economia instável dos sucessivos e milagrosos planos econômicos – a criminalização é excessiva. Parece que tudo pode ser solucionado com a criação de uma regra penal.

Mas, se isso é verdade, não menos correto é afirmar que, invariavelmente não tem a nação o sentimento ético adequado para assimilar o efeito deletério de uma nova criminalidade, não conseguindo assimilar a indispensabilidade da incriminação no âmbito da atividade econômica.

O homem comum se traumatiza com a violência urbana. Choca-se com os assaltos, impressiona-se com os seqüestros, os estupros, os furtos. Reage com passionalismo diante dessa situação. Não tem, porém, percepção do maior dano ocasionado pela criminalidade do *colarinho branco*. É atividade que acontece longe de seus olhos, não afeta diretamente sua conta bancária, não tolhe sua liberdade imediata. Ademais, desvaloriza totalmente a classe política do país, o Estado em todas as suas formas de expressão.

O Direito Penal Econômico, como realidade jurídica adequada à repressão, é pesquisa reservada a idealistas. Não há grande espaço nesse setor, a não ser na justa medida em que a pesquisa tender a favorecer os criminosos.

Se o poder econômico fosse organizado e justo, seria o primeiro a estimular a pesquisa,

porque o sonegador de tributos, por exemplo, além de lesar o interesse fiscal e tributário, atinge o empresário honesto que tem de suportar o aumento da carga tributária.

Isso, todavia, não acontece assim. E a mídia, como representante do poder econômico, colabora eficazmente para a formação da opinião em tais termos enganosos.

No Brasil, estamos defasados em matéria de legislação penal econômica. A multa tratada pelos artigos 8º e 9º da Lei nº 8.137/90 foi indexada em BTN, indexador extinto pela Lei nº 8.177/91, que criou a TR. Os valores, hoje, são irrisórios.

Em matéria previdenciária, como veremos adiante, a regulação apresenta também sérios defeitos.

2. Evolução legislativa

Através da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, tratou o Estado brasileiro de organizar com maior eficácia um *sistema previdenciário* administrado pelo poder público. Os princípios de justiça social exigiam tal intervenção estatal, assegurando-se o trabalhador contra o infortúnio.

Esse diploma legal tipificou uma conduta, em seu artigo 86:

Será punida com as penas de crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de outras quaisquer importâncias devidas ao Instituto Nacional de Previdência Social e arrecadadas dos segurados ou do público.

No âmbito penal limitou-se a isso.

Outros comportamentos lesivos a interesses da Previdência Social ficavam sob a eficácia normativa do Código Penal e legislação extravagante.

O artigo 155 da Lei nº 3.807/60 tratou da multa, e, posteriormente, o Decreto-lei nº 66, de 21.11.66, também incriminou como apropriação indébita o fato de não se pagar o salário-família aos empregados, quando já reembolsadas as respectivas cotas pela Previdência Social.

Esses tipos incompletos tiveram sua regulação repetida nas consolidações posteriores da legislação previdenciária.

Severas críticas a esses dispositivos foram feitas por Manoel Pedro Pimentel em artigo publicado na RT-451, páginas 321 e seguintes:

Uma coisa, porém, é indubitável: foi preciso que o legislador equiparasse as condutas descritas na lei especial ao crime de apropriação indébita, pois a verdade é que, se assim não agisse, ninguém veria nesse comportamento os elementos constitutivos daquele delito.

Segundo o mestre paulista, o empresário não era mandatário ou depositário das contribuições, limitando-se a omitir-se no cumprimento de um dever criado pela administração previdenciária. Logo, era incorreto imputar-lhe o abuso de confiança, que é inerente ao crime do artigo 168 do Código Penal.

Essa espécie de crítica se repetiu, e, talvez por isso, a modificação do sistema veio com a edição da Lei nº 8.137, de 27.12.90, que definiu os crimes contra a ordem tributária, dizendo no artigo 2º, inciso II:

Constitui crime da mesma natureza: II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

A pena, que era de 1 a 4 anos de reclusão (artigo 168 do Código Penal), passou a ser de 6 meses a 2 anos de detenção, além da multa.

O artigo 14 dessa lei previu a causa extintiva da punibilidade, quando pago o tributo antes do recebimento da denúncia. A regra foi revogada, posteriormente, pelo artigo 98 da Lei nº 8.383 de 30.12.91.

Nada mais acertado do que tal revogação. A extinção da punibilidade pelo pagamento é o fator mais estimulante desse tipo de criminalidade. Com a dificuldade de obtenção de capital de giro, ao empresário era mais fácil se apropriar indevidamente de tributos, solvendo o débito se descoberto o ilícito. Porque, em verdade, a autoridade fiscal tem muito pouca eficiência em seu trabalho mercê do enfraquecimento geral do serviço público em nosso país. Assim, havendo perspectiva favorável de que a sonegação fosse sucedida, ficava o empresário estimulado à reincidência.

A discussão deve ser colocada no sentido de ser ou não tipificada uma conduta em matéria tributária, mas não que se esvazie a norma existente através de um instituto assegurador da impunidade.

Pior do que o vazio da lei é sua existência

inválida, trôpega, porque além de não regular a vida, gera a descrença no direito.

Obviamente, os fatos ocorridos na vigência da Lei nº 8.137/91 permanecem sob o abrigo de sua eficácia em vista das normas de direito intertemporal. A lei posterior é irretroativa *in pejus*. Opera-se o efeito da ultratividade da lei mais benéfica.

A dúvida surge, por exemplo, se o crime continuado da omissão de recolhimento de tributos, ato omissivo que pode se repetir por meses, abrange espaço temporal de vigência das leis conflitantes. Seria, no caso, aplicável o artigo 14 da Lei nº 8.137/90?

Se considerarmos que o crime continuado é unidade jurídica (*fictio juris*), poderemos concluir que o crime se esgota com o último ato da continuação. Em tal hipótese, seria aplicável a lei vigente à época.

Em matéria de prescrição, o crime continuado tem merecido análise diversificada da doutrina. Uns consideram que o termo inicial do prazo da prescrição da pretensão punitiva seria a data do último ato da continuidade delitiva. Outros, porém, entendem que o termo inicial seria de cada ato isoladamente.

A discussão pode ter muito relevo. Se dois atos da cadeia causal tiverem acontecido sob a vigência da Lei nº 8.137/90 e o último sob a vigência da Lei nº 8.383/91, *quid juris?* Considere-se a possibilidade de prescrição dos dois primeiros (sob a vigência da Lei nº 8.137/90).

Hoje, a pena para omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias é a do artigo 5º da Lei nº 7.492, de 16.6.86, ou seja, 2 a 6 anos de reclusão, e multa.

No exemplo acima, se considerarmos a prescrição isolada das duas condutas iniciais, ou se entendermos que o valor das contribuições não-recolhidas, e que teriam sido pagas antes da denúncia, constituísse causa extintiva da punibilidade, restaria um ato apenas como materialidade do delito. Tal conclusão viabilizaria a aplicação da pena mínima de dois anos de reclusão, obviamente sem a causa de aumento do crime continuado (artigo 71 do Código Penal), dando ensejo à concessão do *sursis*.

Penso que o fracionamento em referência é possível.

No exemplo dado, se o empresário tivesse pago o valor das três competências em relação às quais houvera o ato omissivo do recolhimento, incidiria a regra do artigo 14 da Lei nº

8.137/90 relativamente aos dois primeiros atos da continuidade delitiva; efeito da ultratividade, que impede o legislador de trair a perspectiva do cidadão em sua conduta limitada pela norma penal. Se, no momento em que houve a omissão, sabia que podia pagar e ver extinta a punibilidade, a regra do jogo não pode ser mudada em prejuízo do cidadão.

Outra questão interessante seria a aplicação da pena, se dois atos tivessem ocorrido quando em vigor a Lei nº 8.137/90, e o último sob a vigência da atual Lei nº 8.212/91. Haveria crime continuado, sem dúvida; no entanto, qual a pena abstrata aplicável: 6 meses a 2 anos de detenção, ou 2 anos a 6 anos de reclusão?

Penso que, nessa hipótese, deve ser considerada a unidade jurídica que constitui o crime continuado, concluindo-se pela aplicação da lei vigente no momento do último ato. Não é possível fracionar a conduta quanto a esse aspecto. Confesso, todavia, que a espécie pode gerar alguma polêmica, porque a solução, embora técnica, não parece a mais justa. Especialmente no crime de que estamos tratando, com uma modificação bem gravosa na resposta penal.

3. Lei nº 8.212/91

O novo Plano de Custeio da Previdência Social, através da Lei nº 8.212, de 24.7.91, como já se viu, trouxe modificações no âmbito penal.

O artigo 95 dessa lei em seu caput, diz que constitui crime as condutas que passa a descrever, nas letras *a* até *j*.

Os comportamentos definidos nas letras *a* a *f* constituem crimes omissivos próprios. Decorrem de infração de um dever legal. O autor omite-se no cumprimento de uma obrigação fiscal. É lesão ao interesse da fiscalização diretamente e, indiretamente, aos cofres do sistema previdenciário.

As demais letras definem crimes comissivos. São falsidades materiais ou ideológicas, tendo a letra *j* descrito um estelionato contra a Seguridade Social.

Atente-se para que os crimes tutelam a Seguridade Social, conceito mais amplo do que Previdência Social. A primeira abrange também as atividades nas áreas de saúde e assistência social.

A Lei nº 8.212/91 no § 1º do citado artigo 95, dispõe:

no caso dos crimes caracterizados nas

alíneas d, e e f deste artigo, a pena será aquela estabelecida no artigo 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos artigos 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.

A Lei nº 7.492/86 trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional. Seus artigos 26 e seguintes são, geralmente, normas processuais.

Como se vê, o artigo 95 da Lei nº 8.212/91 definiu tipos, mas não disciplinou penas. Limitou-se a reportar-se a outra legislação a fim de sancionar as condutas descritas nas letras *d, e e f*.

Se o crime do artigo 86 da Lei nº 3.807/60 era um tipo incompleto, porque se reportava ao artigo 168 do Código Penal, criando forma equiparada, o mencionado artigo 95 da Lei nº 8.212/91 porta uma *minusvalia* ontológica bem mais acentuada.

Norma penal tem preceito e dispositivo, ou não será norma. Funcionaria como um sino sem badalo, estético e inútil.

As falsidades e fraudes estão disciplinadas pelo Código Penal. Não precisaria se dizer nada e já seriam puníveis.

O legislador só complicou as coisas. Segue a causa de aumento de pena do § 3º do artigo 171 do Código Penal nos crimes em questão? A letra *j* do artigo 95 em referência nada especificou a respeito.

Obviamente, sendo regra inútil, não contém comando, que permanece expresso no artigo 171 do diploma penal com sua causa de aumento de pena, plenamente aplicável.

A capitulação de uma denúncia por crimes contra a Seguridade Social nunca poderia se reportar à referida letra *j*, mas ao artigo 171 do Código Penal.

Mas, se algumas alíneas são simples e desnecessárias descrições de tipos já existentes, como se observou, outras não dizem nada, permanecem quase sem suporte.

Deixar de incluir empregado em folha de pagamento, que crime caracteriza? Não existe adequação a normas do sistema punitivo brasileiro, a não ser que se force uma interpretação extensiva do artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

As alíneas *b* e *c* se ajustam aos tipos criados pela citada Lei nº 8.137/90, em seus incisos I e II.

A letra *c* poderia caracterizar comportamento definido pelo artigo 2º da Lei nº 8.137/90, em seu inciso I. A receita e o lucro são fatos

geradores de contribuições segundo o artigo 195, inciso I, da Carta de 1988, que fala em fatuamento, termo contábil que em nada se diferencia de receita sob um ponto de vista jurídico.

A letra g do artigo 95 não encontra perfeita lógica em sua pretensão punitiva. Quem é o lesado? Se o pretense empregado foi incluído em folha, e pagas todas as contribuições devidas, que dano teria sofrido a receita da Previdência? Qual a lesividade potencial de uma tal espécie de falsidade ideológica? Em que periclitaria o sistema?

O artigo 95 da Lei nº 8.212/91 foi um retrocesso. Não vejo por que não devesse ter permanecido o regramento da Lei nº 8.137/91, que pune os *crimes contra a ordem tributária*. Afinal de contas, a contribuição social é tributo, ou pelo menos deve respeitar seus princípios fundamentais, o que acaba por significar a mesma coisa. Essa dicotomia é discussão estéril sob a Constituição de 1988, em vista de seu artigo 149.

A verdade, todavia, é que permanecemos com essa solução legislativa pouco adequada, porque de uma técnica sofrível.

A omissão no recolhimento das contribuições descontadas e no pagamento do salário-família com referência às cotas reembolsadas passou a ter um tratamento de uma rigidez exagerada.

Essa lesão, quando dirigida à Previdência Social resulta numa pena de 2 a 6 anos de reclusão. Mas, quando a vítima é o erário, a pena é de 6 meses a 2 anos de detenção? Na primeira hipótese, o tributo era a contribuição previdenciária; na segunda, por exemplo, o imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Por que a diferença de tratamento? Lesar o sistema previdenciário é tão mais grave assim? Será esse o sentimento ético da nação?

Ademais, as críticas tinham se sucedido a respeito do artigo 86 da Lei nº 3.807/60, como se comentou, porque a forma equiparada à apropriação indébita era equivocada.

Pois agora praticamente se voltou a incidir no erro. É que a pena à qual se reportou o § 1º do artigo 95 da Lei nº 8.212/91 diz respeito ao crime contra o sistema financeiro, que tem esta redação:

Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta Lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou

desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Não tem o crime contra a Previdência o preceito da apropriação indébita, mas sua solução sancionatória, o que, ao final das contas, acaba por ser uma coisa quase igual.

4. Omissão no recolhimento: alguns problemas

Como se sabe, o crime em questão é formal. Consuma-se com o não-recolhimento da contribuição descontada na data do vencimento, ou seja, na *época própria* para o cumprimento da obrigação tributária.

Vencido o prazo, o pagamento da exação não destipifica o crime. E, atualmente, não mais constitui causa extintiva da punibilidade, conforme já se disse.

No entanto, entendo que deve ser examinada com muito cuidado a situação do empresário que pagou após o vencimento, mas antes de ficar evidenciada a omissão perante o fisco da Seguridade. Quer dizer: o fiscal em sua visita, constatou que o pagamento fora efetuado dias depois do vencimento.

Seria punível tal conduta?

A circunstância seria um indício manifesto de que a omissão teria sido fruto de dificuldades financeiras, ou de erro no recolhimento, o que importaria não se reconhecer o elemento subjetivo do crime, que é elemento do tipo de acordo com a teoria finalista.

Na primeira hipótese, poderia haver inexigibilidade de conduta adequada à norma; na segunda, erro escusável ou não; mas, em qualquer caso inexistente a intenção criminosa, não sendo o crime em questão punido na forma culposa.

É óbvio que a prova incumbirá ao réu, porque o crime se consuma com o fato voluntário do não-recolhimento no vencimento. A circunstância que modifica a situação definida pela acusação é a excludente de culpa. Logo, aplica-se o princípio sobre a inversão do ônus da prova consubstanciado pelo artigo 156 do Código de Processo Penal. Entretanto, como já se referiu, permanece um indício favorável ao acusado.

Outro problema que pode ocorrer diz respeito à materialidade do crime.

O tipo penal se refere à omissão no recolhimento da contribuição *descontada*. Logo, se não havia o valor respectivo, inexistiu o crime.

Imagine-se o empresário que gaste suas últimas disponibilidades com o pagamento do salário líquido dos empregados, ou que só tivesse tais disponibilidades no momento de tal pagamento. Evidente a inexistência do delito.

A prova, aqui, novamente se submete ao princípio do artigo 156 do diploma processual penal.

Se o empresário opta por pagar empregados e fornecedores para viabilizar a manutenção dos negócios é possível admitir a inexigibilidade de conduta adequada, ou mesmo a dirimente do estado de necessidade?

É muito difícil a hipótese. Teria que se evidenciar que a omissão teria sido causada para se evitar uma falência, ou algo semelhante.

O valor do bem jurídico tutelado está presumido na norma, na opção política do legislador, que não excepcionou a espécie. Nada justificaria o empregador lesar o direito do empregado a um sistema previdenciário adequado, deixando de repassar valores devidos. Para a lei, em princípio, é mais importante se manter a integridade da Previdência Social do que a saúde financeira de algumas empresas, ou mesmo o salário de seus empregados. É que o sistema depende de cálculo atuarial para sua saúde financeira. Se o custeio decresce, todos os segurados e beneficiários sofrem as consequências.

O §3º do artigo 95 da Lei nº 8.212/91 atribui responsabilidade criminal a titular de firma individual, sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores.

Essa responsabilidade não é objetiva. A decisão no sentido da conduta adequada ao tipo deve ser consciente e desejada. Desse modo, acaso seja o sócio traído por seu contador, deverá comprovar a exclusão de sua culpa, destipificando-se o comportamento.

5. Inconstitucionalidade da lei que cria a contribuição: questão prejudicial

Suponha-se que um empresário tivesse descontada da remuneração paga a um autônomo, por serviços prestados à empresa, a contribuição previdenciária. Mas, posteriormente, considerando inconstitucional a lei criadora da exação, tivesse devolvido o valor ao autônomo, ao invés de recolhê-lo aos cofres da Seguridade Social. Teria praticado crime?

Consoante se notou, o empresário sabia que se estava omitindo, contrariamente ao estabelecido em lei. Só que reputou inconstitucional

tal legislação, negando-se a cumpri-la.

Sabe-se que a contribuição criada, na forma do inciso I do artigo 3º da Lei nº 7.787/89, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso.

Praticamente a mesma regra foi repetida pelo artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91. E, na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.102/94, o Ministro Paulo Brossard concedeu liminar no sentido de ser suspensa sua eficácia.

Portanto, hoje seria mais fácil solucionar a questão posta no início deste item da exposição.

Temos que supor inicialmente, então, que nenhuma manifestação jurisprudencial tivesse ocorrido.

Se fosse intentada ação penal pela omissão no recolhimento, e como matéria de defesa se alegasse que não havia contribuição *devida* à Seguridade Social, sendo atípica a conduta, qual o procedimento do juiz criminal? Aplicável o artigo 93 do Código de Processo Penal.

Não se tratando de questão relativa a estado civil de pessoas, não fica o juiz do crime submetido à decisão do juiz do cível, como acontece na hipótese prevista no artigo 92.

Por tal modo, poderá o juiz criminal optar por aguardar, ou não, a sentença em eventual ação em que o empresário acusado esteja postulando o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da lei.

Se, no momento em que o juiz criminal fosse proferir a sentença, enfrentando a prejudicial, o Supremo Tribunal Federal já tivesse pacificado a matéria por suas duas turmas, embora sem ter havido a suspensão da eficácia da lei pelo Senado, o magistrado deveria se adaptar à orientação do STF, até pelo princípio da efetividade do processo. Logicamente, não há vinculação à decisão do Pretório Excelso, na forma da lei ou da norma institucional. Unicamente o que não deve o juiz é proferir sentenças inúteis, cujo destino é a reforma.

Se o STF tivesse, no momento antes referido, simplesmente deferido uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade, poderiam decorrer situações diversas.

O provimento provisório tem efeito *ex nunc* em tal tipo de ação.

Se a omissão no recolhimento tiver ocorrido em data posterior à concessão da liminar pelo STF, a contribuição não seria *devida*, porque a eficácia da lei estava suspensa. Logo, não existiria o crime, ficando o juiz criminal vinculado à decisão da Suprema Corte.

Se o juiz criminal entendesse constitucional a lei, seria forçado a aguardar a decisão do STF quanto ao mérito da ação direta. É que não poderia considerar *devida* uma contribuição criada por uma lei inválida, segundo o entendimento manifestado pelo STF com efeito *erga omnes*.

Caso a data da omissão no recolhimento fosse anterior à da liminar concedida, a vinculação não ocorreria, sendo facultado ao juiz criminal enfrentar a prejudicial. Também por uma questão de utilidade na prestação jurisdicional, deveria se adaptar ao entendimento da Excelsa Corte, que em apenas um caso, até agora, não confirmou no mérito o conteúdo da liminar concedida.

Na hipótese, entretanto, de que o STF já tivesse julgado o mérito da ação direta, com efeito *extunc* e *erga omnes*, o juiz criminal ficaria vinculado à decisão da prejudicial, porque a norma já estaria fora do mundo jurídico, sem vigência. Teria ficado claro que a contribuição nunca fora *devida*.

O julgamento do STF poderia ter acontecido em ação declaratória de constitucionalidade. Em qualquer sentido, tal decisão vincularia o juiz criminal, já que o artigo 102, §2º, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, dispõe que tal julgamento é vinculante *aos demais órgãos do Poder Judiciário*.

6. Advento da Lei nº 9.249/95

Quando já estava concluído este trabalho, foi editada a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Esse é um fenômeno não muito incomum, atualmente, no Brasil. Difícil é escrever sobre temas específicos em matéria jurídica sem que o autor seja surpreendido, entre a elaboração do texto e sua publicação, com normatização que modifica, total ou parcialmente, o objeto do comentário.

O artigo 34 da citada Lei nº 9.249/95 dispõe:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

A medida tem por finalidade reforçar o caixa do Tesouro.

A disposição será revogada quando o

problema se amenizar e, em especial, quando recrudescer a sonegação na esperança de não ser descoberta a omissão.

De logo, é de se observar que o dispositivo abrange os crimes contra o caixa da Seguridade Social.

Desse modo, a omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias poderá ser objeto de extinção da pena, desde que o pagamento dos valores devidos se efetue antes do recebimento da denúncia.

O legislador referiu-se a *tributo ou contribuição social*, numa evidência de que sua intenção não era de dar tratamento diferenciado à omissão de recolhimento, seja ela de impostos ou de contribuição devida à Previdência Social.

A falta de referência expressa aos tipos da Lei nº 8.212/91 deve ser atribuída a descuido do legislador brasileiro, o que pouco surpreende.

Hoje em dia, uma das maiores preocupações da área econômica do governo diz respeito à saúde financeira da Previdência Social. Não seria lógico que ficasse fora da decisão política de amenizar a punibilidade de condutas lesivas à respectiva receita.

Por outro lado, evidente a retroação dos efeitos da norma às hipóteses de pagamento anterior ao recebimento da denúncia.

De outro modo, a condutas idênticas seriam assegurados tratamentos diferenciados, o que é difícil conceber, especialmente em matéria penal.

Volta a questão relativa ao parcelamento como hipótese de extinção de punibilidade.

Apesar de algumas decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que parcelar caracteriza *promover o pagamento*, deve-se entender que a norma penal em branco se completa com o conceito de pagamento inserta no Código Tributário Nacional.

Segundo a lei tributária, pagamento constitui forma de extinção do crédito tributário, sendo o parcelamento da dívida simples moratória individual, que não extingue o crédito.

Se com a prova do parcelamento se viabilizasse a extinção da pena, isso importaria a extinção do processo penal.

A hipótese daria oportunidade a que o devedor parcelasse a dívida em inúmeras prestações, e que a mera satisfação de poucas importasse o benefício penal. Por certo, não foi essa a intenção do legislador.

7. Conclusão

Os crimes contra a Seguridade Social não merecem destaque legislativo. São crimes contra a ordem tributária, não havendo motivo para regras próprias de tipificação de condutas.

Observou-se, neste trabalho, que o artigo 95 da Lei n° 8.212/91 constitui mera explicitação de comportamentos já puníveis, na conformidade de outros diplomas legais.

Quanto ao mais, a tutela do sistema previdenciário é suficiente com o arcabouço legislativo do Código Penal e legislação extravagante.

Por outro lado, o bem de vida realizado pela

Seguridade Social não tem valor maior do que aquele de responsabilidade do restante da administração. Prevenir o infortúnio do empregado, sua saúde, nem sempre é mais importante do que assegurar ao povo uma boa educação, meios materiais para o progresso econômico em todos os sentidos, como segurança, investimentos em atividades produtivas, transporte, etc.

Por que, então, punir os crimes contra a Seguridade Social, conforme se ressaltou antes, com penas bem mais severas do que aqueles que afetam o fisco?

Essas são despreziosas considerações a respeito de um tema que se abre ao debate.

A responsabilidade por dano moral no Direito do Trabalho

PINHO PEDREIRA

SUMÁRIO

1. A responsabilidade e a responsabilidade civil. 2. O conceito de dano moral. 3. A natureza da reparação do dano moral. 4. Breve notícia histórica sobre o problema da reparação do dano moral no direito brasileiro. 5. O dano moral e o Direito do Trabalho. 6. As formas de reparação do dano moral no Direito do Trabalho. 7. Os períodos em que se pode verificar o dano moral trabalhista. 8. O dano moral nas fases de extinção do contrato de trabalho e pós-contratual. 9. A reparação do dano moral trabalhista no direito brasileiro. 10. Bilateralidade do dano moral. 11. Meios preventivos. 12. Ônus da prova. 13. Cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral. 14. Avaliação do dano. 15. Justiça competente.

1. A responsabilidade e a responsabilidade civil

Responsabilidade é a obrigação de reparar o dano causado a terceiro em consequência de uma nova conduta ativa ou omissiva. O fundamento da responsabilidade é o dever do homem de não prejudicar os demais, o *neminem leadere* dos romanos, áureo princípio que permanece íntegro em matéria de responsabilidade, consoante a lição de Aguiar Dias¹.

A responsabilidade é uma categoria jurídica extensiva a todos os ramos do direito, público e privado, mas alcançou o seu maior desenvolvimento numa das disciplinas constitutivas deste último, o Direito Civil, de que um dos mais importantes institutos é a responsabilidade civil. Consiste esta no dever imposto a quem infligiu dano a outrem, em decorrência de violação de

Pinho Pedreira é livre-docente de Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia e juiz togado aposentado do TRT da 5ª Região.

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. V. 1, p. 10.

direito deste, de reparar o prejuízo, quer se causado pelo próprio agente, por pessoa sob sua responsabilidade ou por fato de animal ou coisa sob sua guarda. A responsabilidade civil pode ser contratual, quando originada de inadimplemento de contrato, e extracontratual ou aquiliana, quando não há convenção entre as partes, mas resulta do dever de a ninguém prejudicar. Há de atender a certos pressupostos, que são: fato voluntário do agente, que tanto pode ser uma ação como uma omissão; imputabilidade ou capacidade de discernimento do agente; ilicitude, que se revela pela prática, por parte do lesante, de ato ou omissão violadora do dever de não prejudicar ou pelo descumprimento da regra que impõe esse dever. A ilicitude pressupõe: dolo, culpa ou risco, isto é, exposição dos demais a perigo em proveito próprio (teoria objetiva); nexó causal entre a ilicitude e o prejuízo; dano, assim considerado o resultado da ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que acarrete prejuízo ao ofendido, conferindo-lhe, em decorrência, a pretensão a uma indenização. O dano pode ser patrimonial, quando passível de avaliação pecuniária, ou moral, quando insuscetível de estimação dessa natureza.

2. O conceito de dano moral

Embora seja verdadeiro que o dano moral é, como disse, aquele suscetível de ser aquilitado monetariamente, não esgota essa afirmação o seu conceito. As definições de dano moral são divididas em dois grupos: as que adotam formulações negativas e as que adotam formulações positivas. As primeiras são as que conceituam o dano moral de forma que ele seria todo dano extrapatrimonial. Esta concepção, muito difundida e a que, em oportunidade anterior, aderi, sofre críticas bastante fundadas. Uma delas é a de que, para cobrar valor pleno a esse tipo de definição, deve-se previamente sustentar que os entes ou coisas cujas características se pretende determinar só admitem dois tipos de diversidade; de maneira que, não pertencendo um dos elementos que se pretende classificar a um grupo, deve-se concluir automaticamente pela sua inclusão no grupo oposto, quando é certo que pode existir uma espécie de dano que, não sendo patrimonial, tampouco possa ser considerado moral. A contraposição dano patrimonial/dano não-patrimonial exauriria completamente o campo do dano jurídico, no qual não poderia ter ingresso

outro tipo de dano. E que este é possível demonstra o fato de estar reconhecido na doutrina e sobretudo na jurisprudência da Itália um *tertium genus* de dano: o dano biológico, ao lado do dano patrimonial e do dano moral. O dano biológico é a lesão à integridade física ou psíquica do indivíduo, enquanto o dano moral seria a conseqüência dessa lesão.

Outra censura às definições negativas, de que teve a primazia Sconamiglio², é aquela segundo a qual uma definição negativa somente pode ser admitida quando se trata de operar na esfera de fenômenos homogêneos. Já os danos patrimoniais e os danos morais constituem fenômenos completamente diversos.

Cabe, então, optar pelas concepções de formulação positiva. Destas devem ser descartadas as que identificam o dano moral com os sofrimentos experimentados por uma pessoa e que se expressam por meio da dor física ou moral, do “menoscabo dos sentimentos”, da pena moral, dos padecimentos não-suscetíveis de apreciação econômica, como as dos civilistas argentinos Llambías e Bustamante Alsina. Objeta-lhes, com razão, Antonio Vasquez Vialard que esses efeitos psicofísicos, conquanto sejam uma conseqüência da lesão provocada por um dano moral, não se produzem necessariamente, como acontece quando o dano afeta um demente, um menor que não tem compreensão ou um ente ideal³. Devem ser desprezadas também, conquanto de formulação objetiva, as definições que consideram dano moral o constrangimento sofrido por alguém por efeito de lesão de direito personalíssimo, não obstante uma delas seja de autor tão categorizado como Orlando Gomes⁴. Isto excluiria do conceito de dano moral a lesão de direitos que não são personalíssimos, mas podem constituir objeto de dano não-patrimonial, tais os pertinentes a grupos humanos, como a família e as pessoas jurídicas.

Antecedendo a sua definição de dano moral, que adotarei, escreveu, em excelente monografia sobre este, o professor Rafael Garcia Lopez, da Universidade espanhola de Navarra:

“... a esfera do poder jurídico do sujeito

² SCONAMIGLIO. *Danno morale*. Revista di Diritto Civile, n. 1, p. 277-336, 1957.

³ VAZQUEZ VIALARD, Antonio. *La responsabilidad en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1988. p. 753.

⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 332.

de direito se compõe de bens *pessoais* (como a vida, o nome, a honra, etc.); bens *patrimoniais*, que se desenvolvem na esfera de caráter econômico que cerca a pessoa; e bens *familiares* e *sociais*, que representam o poder da pessoa dentro das organizações em que o sujeito se move.

No conjunto de tais bens jurídicos ou relações jurídicas delimitam-se clara e nitidamente dois setores perfeitamente identificados: por um lado, o formado pelos bens ou relações de valor econômico, que se denomina *patrimônio*; por outro aquele conjunto de bens e direitos que configuram o âmbito puramente pessoal do titular da esfera jurídica (bens ou direitos da personalidade, direitos de família e sociais). O patrimônio determina o que a pessoa *tem* e o âmbito pessoal o que a pessoa *é*⁵.

Depois de outras considerações, define o dano moral – atendendo à natureza do seu objeto e à consideração dele como efeito ou consequência perniciosa – nestes termos: “o resultado prejudicial que tem por objeto a lesão ou menoscabo de algum dos bens ou direitos correspondentes ao âmbito estritamente pessoal da esfera jurídica do sujeito de direito, que se ressarcem por via satisfatória sob o critério equitativo do juiz”⁵. É assim, compreendendo o dano moral, que falarei sobre a sua reparação no Direito do Trabalho.

3. A natureza da reparação do dano moral

Controvertida é, na doutrina, a natureza da reparação do dano moral. Formaram-se, a respeito, duas correntes, uma das quais lhe atribui função punitiva, enquanto a outra considera-a compensatória.

Para Ripert, adepto da teoria da pena, o que a condenação ao pagamento de danos morais realmente visa não é à satisfação da vítima e sim ao castigo do autor da ofensa. “As perdas e danos não têm aqui caráter ressarcitório e sim caráter exemplar”⁶.

A reparação do agravo moral não pode ser

⁵ GARCIA LOPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Barcelona : J. M. Bosch, 1990. p. 78-80.

⁶ RIPERT, Georges. *La regla moral en las obligaciones civis*. Bogotá : Universidad La Gran Colombia, 1946. p. 267.

considerada como pena, entre outros motivos, porque esta possui um caráter sancionador, objetiva infligir ao causador do dano um castigo; diferentemente da reparação, que procura remediar a ofensa causada ao lesionado, que é o fim colimado pelo direito. Ademais, a pena tem caráter personalíssimo, sendo, conseqüentemente, intransmissível, e não pode passar da pessoa do ofensor; reveste-se de “incontagabilidade”, para usar a linguagem de Pontes de Miranda; e a indenização do dano moral pode ser paga por um terceiro, como, para exemplificar, o empregador do preposto que foi seu autor ou uma companhia seguradora.

Von Thur nega que tenha a reparação de dano moral função expiatória, pois sua finalidade não é acarretar perda ao patrimônio do culpado e sim proporcionar vantagem ao ofendido para que possa destiná-la a procurar as satisfações materiais ou ideais que considere convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato ao homem⁷.

Os partidários da teoria que vê na reparação do dano moral uma pena privada partem do pressuposto da necessidade de equivalência entre a reparação e o dano, equivalência esta que se observa na reparação do dano patrimonial, mas que não se pode verificar na reparação do dano moral, porque não pode haver equivalência entre a dor e o dinheiro. Ainda argumentam os representantes da teoria da pena, entre os quais avulta Gabba, que, em se referindo o dano moral a bens inestimáveis, insuscetíveis de avaliação econômica, a entrega de dinheiro como consequência do evento danoso seria imoral e importaria, de certo modo, a equivalência do ressarcimento. Não se justificando este, a reparação pecuniária ainda constituiria um enriquecimento sem causa.

A isso respondem os seguidores da teoria da reparação de natureza satisfatória que não se trata, no caso do dano moral, de equivalência no mesmo sentido em que dela se fala a respeito do dano patrimonial. A reparação pecuniária tem, aqui, função satisfatória, sendo o dinheiro apenas um instrumento, um meio, para proporcionar à vítima sensações agradáveis, bens morais que contrabalançam o sofrimento a ela infligido com o agravo a outro bem moral. Como exemplos de tais sensações agradáveis podem ser apontadas viagens, possibilidade de, na hipótese de perda de um

⁷ THUR, Andreas Von. *Obligaciones*. Madri, 1934. T. 1, p. 58.

filho, propiciar a outros filhos a realização de curso superior, ajuda a alguém. A indenização por dano moral pode não fazer desaparecer a dor, nem mesmo atenuá-la, como é viável acontecer quando o dano moral consistiu na perda de filho, mas em qualquer caso exerce essa função de “contrapeso da sensação negativa”, isto é, a função satisfatória. É ela geralmente reconhecida pela doutrina brasileira, a qual, entretanto, propende para uma solução mista, que reconhece à reparação do dano moral o caráter, ao mesmo tempo, de pena e de ressarcimento satisfatório. É esta a posição de alguns dos nossos civilistas mais eminentes, como Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz. Mas a Constituição de 1988 assegura o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Comentando-a, não hesita Alcino Pinto Falcão em qualificar como “ressarcimento civil” a indenização por dano moral prevista no inciso X do art. 5^{os}.

Parece-me que, assim, a Carta Magna excluiu a possibilidade de considerar-se a indenização por dano moral como pena. Aliás, já foi ressaltada a incoerência dos que consideram imoral a reparação pecuniária desse dano, mas admitem pagamento de dinheiro em consequência dele, desde que a título de pena. Rafael Garcia, embora partidário da função exclusivamente satisfatória da reparação, admite que, indiretamente, a indenização por dano moral produz um certo efeito intimidativo⁹.

4. Breve notícia histórica sobre o problema da reparação do dano moral no direito brasileiro

A abordagem do tema que estamos desenvolvendo não se realizou antes de promulgada a Constituição Federal de 1988 porque até então estava aferrada a jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, à tese da irreparabilidade do dano moral, segundo a qual a dor não tem preço. Depois de assinalar, em livro de 1983, que o Supremo não aceitara ainda a tese da reparabilidade do dano moral, dizia Aguiar Dias não lhe parecer aceitável tão forte resistência às vozes oraculares de Pedro Lessa, Pedro dos Santos, Filadelfo Azevedo, Orozimbo

⁸ COMENTÁRIOS à Constituição. 1. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1990. V. 1, p. 186.

⁹ GARCIA LOPEZ, op. cit., p. 133.

Nonato e Aliomar Baleeiro. A reparação do dano moral, segundo informação de Pedro Lessa em voto vencido a ela favorável, era concedida antes da vigência do Código Civil¹⁰. Após o advento deste, passou-se a entender que o dano moral não era reparável, não obstante o claro pronunciamento de Clóvis Bevilacqua no sentido da sua reparabilidade. Assim pronunciou-se o ínclito autor do projeto do Código: “O Código Civil não desconhece a satisfação por dano moral”¹¹.

A jurisprudência, entretanto, consolidou-se no sentido de que o dano moral só era indenizável quando fosse indireto ou, em outras palavras, quando resultasse de dano patrimonial, o que não era reparar o dano moral, e sim o dano patrimonial com ele cumulado. Fora disso, somente admitia a reparação do dano moral quando expressamente autorizada em lei, como nos casos excepcionais da Lei de Imprensa e do Código de Telecomunicações. No Código Civil, o fundamento para a reparação do dano moral se encontra realmente nos arts. 76 – consoante o qual, para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral – e 159 – em cuja conformidade aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

Embora achando que não se encontra no Código Civil brasileiro preceito consagrador da responsabilidade por dano moral, chegava Orlando Gomes à conclusão de que se tratava de lacuna cujo preenchimento era imperioso “para atualização de nossa lei civil, tanto mais necessária quanto procedem os argumentos invocados pelos partidários da responsabilidade”¹².

A reforma viria, não como preconizado, através do Código Civil, e sim de fonte de direito de hierarquia mais alta, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5^o, incisos V e X. O primeiro preceito garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”. O segundo, mais abrangente, declara “invioláveis a

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 23.

¹¹ Clovis Bevilacqua *apud* Augusto Zenun. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 101.

¹² GOMES, op. cit., p. 332.

intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Interpretando a segunda parte do inciso X, elucida Celso Ribeiro Bastos que ela “cuida de assegurar o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. E prossegue:

“É óbvio que a Constituição não quis excluir outras formas de punição também compatíveis com a lesão a estes direitos, haja vista a existência dos crimes contra a honra. O que ela quis deixar certo é que, além da responsabilização administrativa, quando for o caso, cabe também uma responsabilização de natureza civil.

A novidade que há aqui é a introdução do dano moral como fator desencadeante da reparação.

No entanto essa tradição no caso há de ceder diante da expressa previsão constitucional”¹³.

Tal previsão torna meramente acadêmica a velha discussão sobre a reparabilidade ou não do dano moral e oportuno o estudo do problema da reparação do dano moral no Direito do Trabalho.

5. O dano moral e o Direito do Trabalho

Em trecho citado nas conclusões das V Jornadas Argentinas de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Horacio De La Fuente sublinha que, como é sabido, o trabalhador deve cumprir pessoalmente a principal prestação a seu cargo, e, em geral, não de forma ocasional, como ocorre nos outros contratos, mas permanentemente, incorporando-se a uma organização alheia com a obrigação de realizar suas tarefas em lugar e condições determinados, submetido a todo momento às faculdades de direção e disciplinares que a lei reconhece ao empregador. Isto quer dizer que, enquanto “nas contratações privadas” acham-se normalmente em jogo valores econômicos, e, como exceção, podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, geralmente de forma indireta, no contrato de trabalho o trabalhador, pela situação de dependência pessoal em que se encontra,

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988-1989. V. 2, p. 65.

arrisca permanentemente seus bens pessoais mais valiosos (vida, integridade física, honra, dignidade, etc.). Consta das mesmas conclusões que, no ordenamento jurídico argentino, a personalidade e a dignidade do trabalhador foram objeto de uma especial proteção, garantindo-se assim seus interesses ideais e morais. Conforme os princípios morais, o empregador há de responder pelos danos morais que cause se por seu dolo ou culpa lesam-se esses interesses ou bens patrimoniais.

Em artigo doutrinário o mesmo jurista se manifesta no sentido de que:

“O direito do trabalho aparece, assim, como o ramo jurídico em cujo seio o estudo do dano moral deveria alcançar seu máximo desenvolvimento, já que, como se disse, nesse direito a proteção da personalidade adquire especial dimensão, tanto por sua primordial importância – dado o caráter pessoal e duradouro da relação – como por ter sido objeto de uma garantia jurídica especial”¹⁴.

Coincidente é o pensamento de Vasquez Vialard:

“Se em algum âmbito de direito o conceito de ‘dano moral’ pode ter alguma aplicação é, precisamente, no do trabalho. A razão da ‘subordinação’ a que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito leva a que a atuação da outra parte, que dirige essa atividade humana, possa menoscar a faculdade de atuar que diminui ou até frustra totalmente a satisfação de um interesse não-patrimonial.

Uma das finalidades fundamentais do direito do trabalho é a de assegurar o respeito da dignidade do trabalhador, pelo que a lesão que em tal sentido se lhe inflija exige uma ‘reparação’, quer entendida esta expressão em sentido lato ou no de pena.

Se bem seja certo que esse tipo de menoscabo pode se dar com maior frequência em relação à pessoa do trabalhador, também pode acontecer pela ação deste sobre a do empregador ou dos que atuam em seu nome, o que também merece

¹⁴ Horacio De La Fuente *apud* Victor Hugo Alvarez Chavez. *Reparación del Daño Moral en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires : Lerner, 1987. p. 41-42; El Daño Moral. In: Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires, V. 3, p. 84.

a devida consideração, com o propósito de estabelecer um equilíbrio na relação direta entre duas pessoas, que se expressa através dos débitos recíprocos que as vinculam”¹⁵.

Do mesmo entendimento partilha a professora da Universidade de Montevidéu Cristina Mangarelli, para a qual os princípios sobre a responsabilidade são de aplicação a todo o campo do direito, donde resulta que se estendem ao Direito do Trabalho. Esclarece que a proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão. E informa que, em conseqüência, cabe a reparação do dano moral trabalhista, já consagrada pela jurisprudência do seu país¹⁶.

Não há, pois, como deixar de reconhecer que as disposições constitucionais sobre reparação do dano moral têm aplicação no Direito do Trabalho, que elas não excetuam.

As normas do Código Civil sobre responsabilidades civis são aplicáveis subsidiariamente no Direito especial referido porque são incompatíveis com ele, independentemente a reparação do dano moral trabalhista de lei outra que a regule, embora essa lei possa vir a existir.

6. As formas de reparação do dano moral no Direito do Trabalho

Rafael Garcia define a reparação específica, também denominada *in natura*, como aquela que tem por finalidade repor o prejudicado num estado igual ou similar ao que possuía antes de ocorrer a situação danosa¹⁷.

A reparação do dano moral trabalhista pode ser efetuada por dois modos: através da sanção *in natura* ou da sanção pecuniária. A primeira poderá consistir numa retratação, numa contrapublicação, numa publicação de sentença, enfim, ao menos em teoria, numa retroação do danificado à sua situação anterior ao dano moral. Faz-se a reparação pecuniária mediante o pagamento de indenização, obviamente mediante um pagamento em dinheiro. Como esclarece Vasquez Vialard, tem-se admitido no Direito do Trabalho a reparação *in natura*, mas ela não esgota a reparação do dano causado, podendo

proceder outra, em dinheiro¹⁸. Ernesto A. Martorell é partidário de que, no caso de se comprovar o agravo moral, o julgador ordene as medidas pertinentes para tentar sua reparação natural, procedendo a respeito com sumo cuidado, dado que, na generalidade dos casos, o ressarcimento do agravo exigirá uma compensação adicional, que deverá ser estimada em dinheiro, isto na inteligência de que rara vez poderá o direito, pela via natural, retrotrair o estado de coisas ao existente antes do ilícito¹⁹. No Brasil, a compensação adicional à reparação *in natura*, em pecúnia, será sempre exigível, pois a Constituição da República assegura, em todo e qualquer caso de dano moral, uma indenização. Celso Bastos, no comentário acima citado, é muito claro ao expressar o pensamento de que outra qualquer espécie de sanção pelo dano moral há de ser cumulada à indenização²⁰.

7. Os períodos em que se pode verificar o dano moral trabalhista

O dano moral, no Direito do Trabalho, pode ocorrer nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Nota Mosset Iturraspe que muitas são as hipóteses imagináveis de empresas que, durante as tratativas, por motivo ou ocasião delas, agridem os sentimentos do aspirante a um trabalho, seja avançando sua intimidade, originando sofrimentos psíquicos etc.²¹ Assim, causa dano moral o empregador que divulga, no interior da empresa ou fora dela, que um trabalhador não foi admitido como empregado por ser homossexual, alcoólatra, aidético, cleptomaniaco, etc. Ainda quando a acusação seja verdadeira, constituirá dano extrapatrimonial por desnecessária a respectiva publicidade. E, se for inverídica, torna-se muito mais grave o dano.

O dano moral pode ainda ser infligido na fase contratual, e o é quando o empregador deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, como as de higiene e de segurança do trabalho e de respeito à personalidade e dignidade do trabalhador.

Prevedo o cometimento de dano moral

¹⁸ VAZQUEZ VIALARD, op. cit., p. 762.

¹⁹ MARTORELL, Ernesto A. *Indenización del daño moral por despido*. 2. ed. Buenos Aires : Hammurabi, 1994. p. 221.

²⁰ BASTOS, op. cit., v. 2, p. 65.

²¹ Mosset Iturraspe *apud* Victor H. Alvarez Chavez, op. cit., p. 42.

¹⁵ VAZQUEZ VIALARD, op. cit., p. 755.

¹⁶ MANGARELLI, Cristina. *Daño moral en el derecho del trabajo*. Montevidéu : Acali, 1984. *passim*.

¹⁷ GARCIA LOPEZ, op. cit., p. 113.

trabalhista pelo patrão, e sua reparação, judiciosamente ensina Délio Maranhão que:

“As obrigações acessórias do empregador, e que estão previstas na lei, referem-se, de um modo geral, à prevenção dos danos que o empregado possa sofrer tanto física como moralmente pela execução do trabalho; à assistência e indenização quando tais danos ocorrem, às férias anuais para o restabelecimento de energias despendidas no curso da prestação, etc...”

O empregador tem, ainda, a obrigação de dar trabalho e possibilitar ao empregado a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso. E, acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. São obrigações que decorrem do princípio geral da execução de boa fé do contrato, que, como dissemos, está na base da disciplina contratual”²².

A obrigação de dar trabalho é muito discutível, mas indubitavelmente, se o empregador não proporciona e o faz de forma humilhante para o empregado, infringe o dever de lhe dar tratamento compatível com a sua dignidade, incorrendo, assim, na prática de dano moral.

Uma das formas humilhantes é não dar trabalho, mas exigir que o empregado compareça diariamente ao serviço no seu horário normal.

Torna-se neste passo oportuno mencionar um acórdão do Tribunal de Apelações do Trabalho de 1º Turno de Montevideú, em cuja ementa se lê:

“Em nosso direito positivo o dano moral é suscetível de reparação. Para isto dever-se-á ter lesionado um interesse não-patrimonial, e este dano há de ser produzido por um ato ilícito.

Além do pagamento do salário, o empregador tem outras obrigações que, em sua maioria, resguardam bens extrapatrimoniais do trabalhador, como, por exemplo, honra, dignidade, integridade física, etc... Assim, por exemplo, a obrigação de proporcionar tarefas acordes com a categoria profissional e o dever de dar trabalho, especialmente quando o

não-desempenho das tarefas afete moralmente o trabalhador.

O dever de previsão consiste na obrigação do patrão de tomar todas as medidas adequadas para evitar que o trabalhador sofra dano em sua pessoa ou em seus bens”²³.

Das conclusões das V Jornadas Argentinas de Direito do Trabalho e da Seguridade Social consta que a responsabilidade por dano moral durante a execução do contrato de trabalho pode nascer da violação de algum dos deveres impostos pela lei de contrato de trabalho, como: respeitar a personalidade do trabalhador, preservá-la e melhorá-la; evitar que se lhe cause qualquer prejuízo moral; respeitar e salvaguardar sua dignidade tanto ao exercer as faculdades de direção e disciplinares como ao efetuar os controles pessoais; tutelar sua integridade psicofísica; respeitar sua liberdade de expressão ao mesmo tempo que lhe proporcionar ocupação de acordo com sua categoria e qualificação profissional; e, também, dispensar igual tratamento aos que se encontram em igualdade de condições, etc.²⁴

Hipótese de dano moral ocasionado no curso do contrato de trabalho é a enfrentada pela Sala do Social do Superior Tribunal de Justiça da Galícia, que mandou pagar a respectiva indenização a uma empregada em razão de ter sido modificado, pelo empregador, o seu horário de serviço, impossibilitando-a de freqüentar um curso de Teologia e o Apostolado do Mar, com que estava comprometida, situação que a levou a um estado de acentuada ansiedade.

Ainda no curso do período de execução do contrato, pode o empregador exercer controle sobre seus empregados, fiscalizando-os por intermédio de vigilantes ou por meios audiovisuais ou outros processos mecânicos. Se essa fiscalização exorbita os limites da prestação de trabalho para se converter numa intromissão na esfera privada do trabalhador, imiscuindo-se, por exemplo, na sua intimidade, caracteriza-se o dano moral.

8. O dano moral nas fases de extinção do contrato de trabalho e pós-contratual

Na fase de extinção do contrato de trabalho, também pode caber a indenização por dano

²² SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo : Ltr, 1993. V. 1, p. 249.

²³ DERECHO Laboral. Montevideú, T. 34, n. 161, p. 154-161, jan./mar. 1991.

²⁴ *apud* Alvarez Chaves, op. cit., p. 43.

moral. Em alguns países, como Argentina e Uruguai, entende-se que a indenização da antigüidade, sendo tarifária, cobre o dano moral derivado da despedida, não se podendo a ela cumular outra indenização a título de reparação de prejuízo extrapatrimonial. Mas é assim em princípio, porque se considera ser, excepcionalmente, devida a indenização por dano moral, cumulativamente com a de antigüidade, quando à declaração de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador se acrescenta “uma atuação excessiva” (Martorell), por parte deste, ocasionadora de um prejuízo moral ao empregado, enfim, um abuso de direito. Em outros Estados, bastando mencionar Itália, Bélgica, França e Suíça, tem-se por devida a indenização por dano moral, independentemente da indenização de antigüidade, quando o empregador exercita o seu direito de despedir sem justa causa de modo abusivo. Como tal pode-se qualificar, por exemplo, a dispensa com agressão física ou moral. A grande mestra Luisa Riva Sanseverino ensinava que o direito ao ressarcimento dos danos resultantes da dispensa poderia ser sustentado, não a respeito da despedida considerada em si mesma, mas tendo-se em vista a forma pela qual houve a respectiva intimação e as conseqüências, não econômicas e sim morais, que, como tal, ela acarreta para o trabalhador. Se a despedida não é, em linha de princípio, considerada como um fato injurioso ressarcível, pode-se de fato chegar à conclusão oposta quando ela representar, para o trabalhador, um ato que direta e sensivelmente lhe ofenda a dignidade e a honra: neste caso a despedida pode, excepcionalmente, dar lugar também ao ressarcimento dos danos segundo os princípios de direito comum. Cita acórdãos da Corte de Cassação italiana em abono das suas afirmações²⁵.

Tenho sido questionado se a alegação de justa causa de despedida rejeitada por decisão da Justiça do Trabalho trãnsita em julgado caracteriza dano moral. Aqui é necessário frisar que o dano moral, para ser indenizado, precisa ser relevante, possuir *una certa entidad*, como se diz em castelhano. Conforme salientou Horacio de La Fuente, com apoio na doutrina e jurisprudência argentinas,

“o simples desgosto, a contrariedade, o desgosto, a indignação, etc... constituem estados de ânimo que fazem parte dos riscos dos negócios ou que ocorrem

diariamente na cidade e que portanto não são reparáveis; como acertadamente foi destacado, nestes casos existe *stricto sensu* um dano moral, embora pequeno, mas sua importância não parece suficientemente significativa para ser computada no direito”²⁶.

Assim, se a Justiça conclui não estar provada uma justa causa de improbidade, consistente em fato imputado pelo empregador a empregado seu, o dano moral sofrido por este é relevante e deve ser indenizado, salvo se a improcedência da arguição resultou da aplicação do princípio *in dubio pro operario*. Mas se a justa causa não-provada foi abandono de emprego ou negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, não se me afigura que o dano moral causado ao trabalhador afete sua personalidade e dignidade em grau que justifique a reparação. É certo que a acusação e o processo podem ter provocado constrangimentos ao acusado. Todavia, como ainda La Fuente pondera, só deve ser objeto de reparação o dano que tenha certa relevância, ou seja, o que for capaz de afetar a personalidade do trabalhador em qualquer de suas manifestações; indubitavelmente, esses estados de ânimo constituem riscos próprios de toda atividade que todos os habitantes estamos expostos a sofrer de uma ou de outra forma²⁷.

Em suma, consoante decidiu o Pretor de Bolonha, com a concordância de Vincenzo Poso, em comentário à sentença, o trabalhador injustamente dispensado tem direito também ao ressarcimento do dano moral em caso de despedida que, pela forma, conteúdo, tempo e modalidades, seja irremediável e gravemente ofensiva da dignidade do trabalhador²⁸.

A indenização por dano moral procede tanto em situações de despedida direta como de despedida indireta. Neste sentido pronunciaram-se as XI Jornadas do Trabalho argentinas. Um caso de despedida indireta com direito da empregada à reparação do dano moral foi objeto de sentença do Pretor de Milão, sintetizada nesta ementa:

“A trabalhadora que tenha se considerado despedida por justa causa em seguida a assédios sexuais e atos de violência realizados pelo representante

²⁶ Op. cit.

²⁷ Idem.

²⁵ SANSEVERINO, Luisa Riva. *Diritto del lavoro*. 14. ed. Padova : Cedan, 1982. p. 422.

²⁸ *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milão, v. 11, p. 403 e segts., 1992. Pt. 2 e 3.

da sociedade empregadora tem direito ao ressarcimento do dano biológico e do dano moral (na espécie o pretor, acolhendo a demanda proposta pela trabalhadora, condenou, *in solidum*, a sociedade empregadora e o seu representante legal que havia praticado os atos de violência)²⁹.

Na fase pós-contratual, acha Vialard possível a ocorrência de violação do dever de, durante ela, uma parte não prejudicar o bom nome ou a honra da outra. Aduz que “determinado tipo de atividades e o contato pessoal que as partes tiveram durante o curso da relação de trabalho permitiu aos atores desta obterem uma série de dados referentes à outra: virtudes, defeitos, vícios, etc”. Esse conhecimento não pode ser difundido entre terceiros quando isto possa causar um dano. Não existe razão alguma que legitime uma parte da relação contratual em vigência ou extinta para que revele defeitos ou costumes de pessoas com as quais se entrou em conhecimento e se esteve mais próximo de certas esferas de sua intimidade, como conseqüência do desenvolvimento da atividade laboral. Admite exceção apenas para a denúncia à autoridade judiciária, ou a revelação, a requerimento desta, de delitos de caráter penal.

O mesmo autor se refere ao fato de que os empregadores, com alguma freqüência, costumam preparar “listas negras” que difundem entre os colegas de atividade, tornando do seu conhecimento fatos certos (se não o são constituem vulgar difamação) referentes aos seus ex-empregados, para dificultar que alguém os contrate como tais, atitude esta injustificável. Se o empregado cometeu delito, o que cabia era a comunicação à autoridade policial ou à judiciária. Entende que nestes casos tem direito o empregado às indenizações por dano patrimonial e por dano moral³⁰.

Ainda seguindo os ensinamentos de Vialard, a inserção de juízos desfavoráveis ao ex-empregado em atestado ou informação sobre a conduta deste pode constituir um ilícito e, portanto, autorizar a reparação por dano moral quando não se fundar em razões válidas³¹.

De La Fuente, por sua vez, aponta exemplos

²⁹ Ibidem, v. 10, n. 2, p. 462 e segts., abr./jun. 1991.

³⁰ VAZQUEZ VIALARD, op. cit., p. 746-747.

³¹ Ibidem.

de responsabilidade na fase posterior à extinção do contrato de trabalho, mas vigentes ainda os deveres que a boa-fé impõe aos que estiveram relacionados. São eles: uma denúncia penal temerária ou dolosa após a despedida, ofensas físicas ou verbais no mesmo período, divulgação das causas de despedida sem que interesse legítimo algum justifique, etc....³².

A responsabilidade por dano moral nas fases contratual, de extinção do contrato de trabalho e pós-contratual é extracontratual, fundando-se no dever que se impõe a toda pessoa não causar dolosa ou culposamente prejuízo a outrem.

9. A reparação do dano moral trabalhista no direito brasileiro

Já vimos que a reparação do dano extrapatrimonial é, hoje, no Brasil, imposição constitucional e que dessa imposição não está excetuado o Direito do Trabalho, com o qual ela combina melhor do que com qualquer outra disciplina jurídica. Aplica-se em nosso país, quanto aos períodos pré-contratual e contratual da relação de emprego, tudo quanto sobre eles expusemos. No tocante ao período de extinção do contrato de trabalho, as indenizações tarifárias, como a de antigüidade, hoje extinta, e a decorrente de ruptura *ante tempus* e injustificada do contrato de trabalho de duração determinada, jamais cobriram o dano moral, que só passou a ser reparável depois da vigência da Constituição de 1988, salvo as raras exceções previstas em lei, nenhuma das quais concernentes à rescisão do contrato de trabalho. O FGTS não tem natureza indenizatória e, se tivesse, nenhum dano moral repararia pelos mesmos motivos por que não o reparam as indenizações, mesmo porque na vigência da nova Carta não lhe foi acrescentado, nem às indenizações, um *plus* correspondente ao dano moral. Logo, também ele não é excludente da indenização por dano moral sofrido pelo trabalhador, assegurada pela Consituição.

Assim, não cabe a indenização por dano extrapatrimonial nas despedidas “puras”, em que o empregador exerce normal e licitamente o seu direito de dispensa, mas é ela devida naquelas outras hipóteses em que ele acumula à declaração de rescisão do contrato de trabalho um abuso do direito representado por ofensa a direito incluído no âmbito estritamente pessoal da esfera jurídica do trabalhador.

³² Op. cit.

10. Bilateralidade do dano moral

O dano moral trabalhista é bilateral. Com isso quero significar que tanto pode ser causado, e mais comumente o é, pelo empregador, ou pelos seus representantes, ao empregado, quanto pelo patrão a este. Esta consideração resulta, segundo assinala Vialard, de estabelecer-se um equilíbrio em relação direta entre duas pessoas que se estabelece através dos débitos recíprocos que as vinculam³³. As V Jornadas Argentinas do Direito do Trabalho e Seguridade Social adotaram conclusão no sentido de que “o trabalhador também há de responder pelo dano que, por dolo ou culpa, ocasione aos bens não-patrimoniais do empregador”. Esse postulado dificilmente passará da teoria à prática, pois serão pouquíssimos os casos em que empregados, na sua quase totalidade economicamente débeis, poderão pagar aos seus empregadores indenização por dano moral.

11. Meios preventivos

Uma regra de experiência ensina que é melhor prevenir do que remediar. Tem ela plena aplicação ao dano moral, cujos efeitos prejudiciais dificilmente são apagados de todo pela reparação, sendo, portanto, da maior conveniência evitá-lo. Dois autores argentinos, Vasquez Vialard e Horacio de La Fuente, sustentam que, por isso mesmo, o trabalhador ameaçado de sofrer um dano moral está legitimado para recorrer à autodefesa privada, recusando-se a cumprir sua obrigação. Assim, esclarece Vialard, pode-se negar a submeter-se a revista ou qualquer outro vexame que afete sua dignidade pessoal ou não comparecer ao local de trabalho ou até recorrer à força no exercício do direito de legítima defesa para evitar que o dano se produza quando exista um perigo atual ou iminente. Tal medida seria legítima se cumpridos os requisitos a que a subordina a doutrina: agressão ilegítima, necessidade racional do meio empregado para a defesa e falta de provocação por parte do que usa os meios de autodefesa. Outra solução seria uma ação judicial para solicitar que determine o magistrado à outra parte se abstenha de praticar o ato ou omissão atentatória à dignidade do postulante. Esta situação pode-se apresentar a respeito da difusão pública (qualquer que seja o veículo utilizado: boletins, informes, listas negras), sem que haja uma causa que o legitime, na qual se

³³ VAZQUEZ VIALARD, op. cit., p. 755-756.

comunicam fatos e circunstâncias que afetam o direito da personalidade do trabalhador ou da outra parte, ainda quando fossem certos, mas sem que exista razão legítima para sua difusão³⁴.

12. Ônus da prova

No que diz respeito ao ônus da prova do dano moral, estou com Moisés Iturraspe quando sustenta que sobre a vítima desse dano pesa o ônus de prová-lo em sua existência e gravidade, mas acrescenta que essa prova pode ser produzida mediante presunções *hominis* extraídas de indícios, conforme as regras da experiência³⁵. Como precisou Jorge Gamarra, nada impede presumir (porque isto concorda com as regras da experiência) a dor dos ascendentes, descendentes e cônjuge, o complexo de inferioridade do mutilado, o descrédito derivado da difamação³⁶. Muitos autores, porém, acham que a prova do dano moral se faz *in re ipsa*.

13. Cumulação das indenizações por dano patrimonial e por dano moral

Prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que, sendo autônomos o dano patrimonial e o dano moral, podem ser cumuladas as indenizações ressarcitórias de um e outro, ainda que resultantes do mesmo fato. Para Caio Mário, não cabe considerar que são incompatíveis os pedidos de reparação patrimonial e indenização por dano moral. “O fato gerador pode ser o mesmo, porém o efeito pode ser múltiplo”³⁷. A própria jurisprudência se cristalizou nesse sentido na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, deste teor: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

14. Avaliação do dano

Parece-nos que esse problema pode ser solucionado recorrendo-se à aplicação subsidiária do art. 1.553 do Código Civil, na conformidade do qual, nos casos não previstos no

³⁴ Ibidem, op. cit., p. 766.

³⁵ Moisés Iturraspe *apud* Beatriz Venturini. *El daño moral*. 2. ed. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1992. p. 123.

³⁶ Jorge Gamara *apud* Beatriz Venturini. Ibidem.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 63.

capítulo II – Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos –, fixar-se-á por arbitramento a indenização. O abuso de direito é também ato ilícito, como resulta da interpretação *a contrario sensu* do art. 152, nº II, do Código Civil, que declara não serem ilícitos os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Logo, são ilícitos os atos praticados no exercício irregular ou anormal de um direito, como os abusivos. A indenização por dano moral não é o preço da dor (*retium doloris* ou *pecunis doloris*), que nenhum dinheiro paga. Como adverte Agostinho Alvim, “ninguém imagina de achar o equivalente, propriamente tal, da dor moral ou física.

O dinheiro serve para mitigar, consolar, para estabelecer certa compensação”³⁸.

Esclarece o mesmo escritor de direito, citando outros mestres, que os autores estão de acordo em que o dano moral abrange a dor física. Assim, os acidentes de trabalho podem produzir dano moral, sendo no caso objetiva e, pois, independente de culpa a responsabilidade do empregador pelos mesmos. A respeito do dano moral trabalhista, Vialard pondera que, no caso da fixação do dano extrapatrimonial, o juiz deve ser sumamente prudente para determinar a importância da reparação.

“Em cada caso deve fazer expressa referência à sua própria experiência, o que não obsta, em certas circunstâncias, possa utilizar algumas pautas objetivas, tais como a intensidade dos efeitos, tempo em que se projetou o agravo, prazo de internamento, seqüelas que provocam uma deterioração na vida de relação, tipo de tratamento a que teve de ser submetida a vítima”³⁹.

Cristina Mangarelli afirma que a dificuldade para determinar com exatidão o montante do dano moral sofrido efetivamente pela vítima é superada pelo *arbítrio discricionário do juiz*. E prossegue:

“Mas se bem seja feita referência de forma reiterada ao prudente arbítrio do juiz para fixar o *quantum* ressarcitório, nem tudo fica entregue à sua discricio-

³⁸ ALVIM, A. N. de A. *Da Inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo : Saraiva, 1949. p. 209.

³⁹ VAZQUEZ VIALARD, op. cit., p. 763.

nariedade, já que tanto a doutrina como a jurisprudência assinalaram que existem *elementos objetivos* que devem ser tomados em conta para graduar o montante da indenização. Por exemplo, se foram produzidas lesões físicas, considera-se a importância das mesmas, a extensão do período de recuperação da vítima, o caráter doloroso das lesões, os tratamentos que teve de suportar, as seqüelas, o caráter permanente do dano moral, etc... No caso de injúrias toma-se em conta o lugar onde elas foram produzidas e a publicidade.

De todos os modos, mesmo utilizando-se os referidos critérios objetivos, a *determinação final do prejuízo* fica sujeita ao arbítrio do juiz”.

Levam-se em conta ainda outros fatores, como personalidade, sexo e idade da vítima⁴⁰. Na opinião de Caio Mário, deve a vítima receber

“uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.

As más condições do ofensor, todavia, não o eximem do dever ressarcitório⁴¹.

Na Argentina e no Uruguai, tem-se estimado o montante da indenização por dano moral em função da importância estipulada para reparar o prejuízo patrimonial. A indenização é fixada em dez ou vinte por cento do dano patrimonial. Razão parece-nos ter Vasquez Vialard na sua oposição a esse critério, fundamentada em que constitui ele um grave erro, já que não existe entre ambos os danos uma necessária correlação dessa ou de outra índole⁴². No Uruguai, em caso de despedida, fixa-se em duas vezes o valor da indenização por dano moral. A jurisprudência do trabalho uruguaia enunciou a máxima de que as indenizações em matéria de dano moral devem se adequar aos valores econômicos do meio, à realidade sócio-econômica do país. Num país em desenvolvimento, como o Brasil, as

⁴⁰ MANGARELLI, Cristina. *Despido abusivo e incumplimiento contractual* : criterios para la estimación del daño. Montevideu : J. C. Faria, 1992. p. 33-34.

⁴¹ PEREIRA, op. cit., p. 67.

⁴² VAZQUEZ VIALARD, op. cit., p. 764.

indenizações por dano moral não podem ser vultosas como as que se manda pagar, por exemplo, nos Estados Unidos e outros países ricos.

De qualquer sorte, a indenização por dano moral não pode ser ínfima a ponto de possuir apenas caráter simbólico (tal como na França, quando se mandava pagar apenas um franco), mas também não pode ser de tal modo elevada que constitua fonte de enriquecimento.

15. Justiça competente

A Constituição Federal, por seu art. 114, atribui competência à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores. Antes da sua vigência já reconhecíamos, apoiando-nos em Luigi de Litala⁴³ e Cristóvão Tostes Malta, a competência da Justiça do Trabalho para ação de perdas e danos quando uma controvérsia que tenha por objeto o ressarcimento do dano sofrido por uma das partes contratantes for estritamente derivada da relação de trabalho. Refere-se o último autor, expressamente, à ação por dano moral derivado do contrato de trabalho⁴⁴.

Não infirma essa opinião a circunstância de que tenha o juiz da ação indenizatória para ressarcimento de dano moral de aplicar o direito comum, recorrendo a disposições do Código Civil, pois o direito comum, quando subsidiário do Direito do Trabalho, passa a integrá-lo. Nesse sentido julgou o E. Supremo Tribunal Federal, que, conduzido pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, concluiu não importar à determinação da competência da Justiça do Trabalho o fato de que dependa a solução da lide de questão de direito civil, mas, sim, que o fundamento pedido assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição nº 6.959-6, Distrito Federal).

Concorda esse entendimento com a opinião de Cristina Mangarelli, segundo a qual o princípio da responsabilidade, quando aplicado para preencher lacuna do Direito do Trabalho, a este integra-se, atendidas as suas especificidades.

O Superior Tribunal de Justiça, em numerosos

⁴³ DE LITALA, Luigi. *Diritto Processuale del Lavoro*. 2. ed. Torino: Torinese, 1938. p. 209.

⁴⁴ MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. *Da competência no processo trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 374.

acórdãos, e o próprio Tribunal Superior do Trabalho seguem direção oposta, atribuindo à Justiça comum competência para as causas trabalhistas de dano moral.

Os pronunciamentos do STJ baseiam-se nos seguintes fundamentos:

“I – A competência *ratione materiae* decorre da natureza jurídica da questão controvertida, que, por sua vez, é fixada pelo pedido e pela causa de pedir.

II – A ação de indenização por perdas e danos morais e materiais ajuizada por ex-empregados contra ex-empregador, conquanto tenha remota ligação com a extinção do contrato de trabalho, não tem natureza trabalhista, fundando-se nos princípios e normas concernentes à responsabilidade civil”⁴⁵.

Ora, em se tratando de dano moral sobre- vindo quando da extinção do contrato de trabalho, não é certo que tenha “remota” ligação com ele. Por outro lado, o fato de serem aplicáveis, no caso, os princípios e normas concernentes à responsabilidade civil não exclui a natureza trabalhista da ação de indenização por dano moral. Mangarelli demonstrou que a responsabilidade civil não é instituto exclusivo do direito civil, mas extensiva a outros ramos jurídicos, como o Direito do Trabalho, por aplicação subsidiária daquele. E o próprio Supremo Tribunal Federal, no seu aresto já invocado, manifestou-se no sentido de que a circunstância de depender a solução da lide de questão de direito civil não afasta a competência da Justiça do Trabalho. O art. 114 da Constituição Federal confere a essa Justiça competência para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores decorrentes da relação de trabalho. Esse é o caso das reclamações de indenização por dano moral verificado na vigência da relação de trabalho ou quando da sua extinção, que àquela justiça, e não à outra, compete apreciar. O mesmo acontece quando se trata de pedido de reparação de dano moral infligido na fase pós-contratual, por motivo relacionado com o contrato de emprego, de que constitui uma projeção. Ficaria excluído da competência da Justiça especializada o dano moral causado na fase pré-contratual quando a relação de emprego não chegasse a se perfazer.

O Tribunal Superior do Trabalho destoou

⁴⁵ Conflitos de Competência nºs 11.732-1 (94) 0037430-5 - SP, 391-8; São Paulo, 12.718-1 - SP.

dessa orientação, em acórdão da sua 5ª Turma, entendendo que o art. 114 da Lei Maior restringe a competência material da Justiça do Trabalho na ocorrência de litígio que envolva título laboral, não obstante as figuras de empregador e empregado⁴⁶. Mas, a aplicação do direito comum não exclui que o dissídio envolva título laboral, como envolve em se tratando de dano moral trabalhista, consoante vêm reconhecendo acertadamente os tribunais regionais do trabalho. Esta divergência entre os órgãos do Judiciário sobre a competência está criando

enormes dificuldades para as partes e seus advogados, que ficam sem saber perante qual justiça devem propor a ação de dano moral derivado de relação de emprego. A solução será a aprovação, pelo Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 1.533, de 1996, do Deputado Waldomiro Fioravante, cujo art. 3º dispõe: “Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar as ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho”, embora mereça restrições o conceito de dano moral dado no seu art. 1º.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo TST-RR-63022/92. Relator: Ministro Wagner Pimenta.