

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1998

BRASÍLIA · ANO 35 · Nº 138



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

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 138

abril/junho – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

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

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, João Evangelista Belém e Wellington de Araújo Moreira

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Maria Celeste Ribeiro

REVISÃO DE PROVAS: Helena Maria Vieira da Silva, Marcelle Carvalho Dela Bianca, Mônica Renata de Cássia Araújo Freire e Roberta Negromonte Vasconcelos

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Paulo Henrique Ferreira Nunes

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

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

Solicita-se permuta.

Píde-se 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 35 · nº 138 · abril/junho· 1998

Osvaldo Maldonado Sanches	A atuação do Poder Legislativo no orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo	5
Ney Fontoura Bocanera	A privatização das empresas estatais como pré-requisito para implementação de um regime econômico neoliberalista	25
Paulo Luiz Netto Lôbo	Educação e advocacia no III milênio	31
Fábio Konder Comparato	Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas	39
Josaphat Marinho	O direito e as contradições da lei e da vida	49
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz	Responsabilidade do Estado por atos judiciais	55
Hugo Nigro Mazzilli	O Ministério Público e a defesa do regime democrático	65
Carlos Mário da Silva Velloso	Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico. Efeito vinculante e outros temas	75
José Carlos Barbosa Moreira	O <i>habeas data</i> brasileiro e sua lei regulamentadora	89
Mauro Roberto Gomes de Mattos	Direito de defesa em sindicância	103
Adilson Abreu Dallari	Cobrança de taxa para custeio da TV educativa	113
Eduardo Carlos Bianca Bittar	Funções essenciais à Justiça: a jurisdição e a cidadania na Constituição federal de 1988	127
Gerald E. Caiden e Daisy de Asper Y Valdés	A essência do profissionalismo no Serviço Público	139
Paulo José Leite Farias	A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais	155
Inocêncio Mártires Coelho	Konrad Hesse/Peter Häberle um retorno aos fatores reais de poder	185
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva	Teoria da Justiça de John Rawls	193
Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes	Competência para julgar ação de improbidade administrativa	213

Márcio Nunes Aranha

As *dimensões objetivas* dos direitos e sua posição de relevo
na interpretação constitucional como conquista
contemporânea da *democracia substancial* 217

Marcelo Rocha Saboia

Notas sobre as regiões metropolitanas 231

Antônio Souza Prudente

Medida provisória e segurança jurídica 237

Luiz Henrique Manoel da Costa

A Inconfidência Mineira inserida na evolução do
direito penal 249

A atuação do Poder Legislativo no orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo

OSVALDO MALDONADO SANCHES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Bases teórico-doutrinárias da participação do Legislativo no orçamento público. 3. Arcabouço legal que disciplina a matéria e suas principais violações. 4. O empobrecimento da participação do Congresso Nacional nos últimos anos. 5. A questão dos critérios para a distribuição de recursos entre as regiões. 6. O progressivo esvaziamento das Relatorias Setoriais. 7. Apreciação de projetos sobre matéria orçamentária: uma proposta. 7.1. Modificações no processo de apresentação de emendas. 7.2. Aperfeiçoamentos na estrutura e funcionamento das Relatorias. 7.3. Fixação de normas para a regionalização das alocações. 7.4. Sistematização das restrições legais à apresentação e aprovação de emendas. 7.5. Atribuição de maior relevância à questão dos juros da dívida. 8. Considerações finais.

1. Introdução

Embora não se possa negar que o processo utilizado pelo Congresso Nacional para a apreciação dos projetos sobre matérias orçamentárias tem avançado bastante desde 1991, é preciso reconhecer, por outro lado, que este apresenta ainda um vasto elenco de problemas e inadequações. As evidências das necessidades de aprimoramentos acham-se expressas nas mais diferentes fontes, sobretudo nos artigos de especialistas, nos estudos técnicos solicitados pelos órgãos do Parlamento, nas apreciações críticas da imprensa e nas avaliações sobre os problemas operacionais ocorridos nos últimos anos. Em nosso entender, grande parte das falhas apontadas nessas manifestações decorre da base anárquica¹ em que se fundou a

Osvaldo Maldonado Sanches é Mestre em Administração Pública pela FGV/RJ e pela State University of New York em Albany, Assessor de Orçamento da Câmara dos Deputados e ex-Diretor de Orçamento do Estado do Paraná.

¹ Ao falarmos em “base anárquica”, referimo-nos ao fato de que a participação do Poder Legislativo no processo orçamentário, pós 1988, deu-se praticamente

retomada de prerrogativas do Poder Legislativo nas áreas das políticas públicas e dos orçamentos. Decorrem, igualmente, das ações de contingência implementadas pelo Parlamento com o sentido de autolimitar às suas intervenções no campo dos gastos públicos, a fim de minimizar as críticas dos interessados em comprometer a sua imagem.

Entre as medidas adotadas com o propósito de combater o excesso de liberalidade verificado no estágio inicial da retomada de prerrogativas, maior parte das quais acertadas, incluíram-se algumas cujos efeitos acabaram por comprometer a qualidade da atuação do Poder Legislativo na apreciação de projetos sobre matéria orçamentária, sobretudo por tumultuar os processos inerentes a cada tipo de proposição. Entre tais cumpre destacar: a) as que acabaram por limitar as emendas dos parlamentares ao simples detalhamento de alguns programas, restringindo as suas oportunidades de participar de modo mais expressivo na indicação dos grandes problemas que afetam suas regiões e na formulação de políticas públicas; b) o fracionamento das relatorias em vários níveis, tendo como consequências: a geração de um grande volume de “papelório”, a redução nos níveis de transparência do processo (pela segmentação das alocações), a postergação das decisões mais importantes e a ampliação dos conflitos entre aqueles que concorrem por recursos cada vez mais escassos; e c) o caráter genérico das normas relativas à regionalização dos investimentos e demais alocações.

Em outras palavras, mesmo reconhecendo os avanços assegurados pelas normas das Resoluções nºs 1/91 e 2/95, do Congresso Nacional, é evidente que a organização e a implementação dos procedimentos e operações fixadas por tais estatutos foram, de uma maneira ou de outra, influenciadas pelos fundamentos “anár-

sem limites. Inicialmente não havia distinção entre o âmbito das emendas dos parlamentares e o das emendas coletivas; não existiam limites quantitativos para as emendas – em 1992 foram apresentadas cerca de 72.000 emendas –; inexistiam restrições à alocação de recursos em favor de municípios ou à concessão de auxílios e subvenções para entidades privadas; a criação de novos programas e projetos ocorria independentemente do interesse dos Ministérios responsáveis; as reestimativas de receitas eram aceitas sem maiores questionamentos; os Relatores possuíam grande latitude para realizar atendimentos por meio de emendas de sua autoria (dissimulando os beneficiários); e não existiam preocupações com a equidade no atendimento aos estados e parlamentares.

quicos” supramencionados. Logo, para que se aperfeiçoe o processo – conferindo-lhe maior eficácia e objetividade – e se restaurem os fundamentos doutrinários da intervenção do Parlamento, é imprescindível que se reveja a atual sistemática de apreciação, em especial no que tange às emendas e relatorias, de modo a depurá-la das imperfeições apontadas e dotá-la de maior substância.

Foi com o sentido de subsidiar tais aperfeiçoamentos que articulamos a presente abordagem, tomando como referência a análise dos processos e dos resultados obtidos nos últimos anos e assumindo como teses válidas: a) que a necessidade de limitar o número de emendas aos projetos sobre matéria orçamentária não deve resultar no total cerceamento à ação dos parlamentares no campo das políticas públicas; b) que a desejável liberdade para a apresentação de emendas coletivas deve ser exercitada dentro dos limites do factível; c) que a apreciação dos projetos sobre matéria orçamentária por colegiados de relatores tem inúmeras vantagens, tais como: a agilização dos processos, a redução do “stress” dos envolvidos (por minimizar a recorrência e acabar com as infindráveis rodadas de negociações), a elevação dos níveis de transparência e equidade das alocações, e a diminuição dos níveis de concentração de poderes em relatores individualizados.

No desenvolvimento do tema, são adotados como pressupostos básicos: a) que as normas legais e regimentais devem ser estritamente respeitadas; b) que os fundamentos da participação do Poder Legislativo no processo orçamentário não devem ser desvirtuados por conveniências de ordem prática (prazos demasiado rígidos, sistemas de quotas, etc.); c) que a agilização de procedimentos não deve ocorrer às expensas do sacrifício de aspectos relevantes do ponto de vista do interesse público; d) que existem ganhos efetivos na submissão de todos os tipos de projetos sobre matéria orçamentária – Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), Lei Orçamentária Anual (LOA), Lei de Crédito Adicional (LCA) – à mesma sistemática de tramitação. Além desses, que a apropriada participação do Poder Legislativo no processo orçamentário deve envolver não apenas a realização de aprofundadas análises sobre os projetos respectivos, mas, também, que esta se dê em consonância com as estratégias nacionais, oriente-se para questões substanciais para o interesse público – ações mais relevantes para o desenvolvimento econômico, social e institucional do País – e se revista de apropriada densidade.

2. Bases teórico-doutrinárias da participação do Legislativo no orçamento público

Sem maiores digressões históricas, é possível situar na Idade Média as origens do orçamento público como instituto jurídico, onde este surge pela necessidade de se impor limites ao abusivo uso da tributação pelos monarcas. Mais precisamente, foi em 1215 que o Rei João Sem-Terra, da Inglaterra, por imposição dos barões feudais – que sentiram a necessidade de limitar a cobrança de tributos a fim de preservar as vilas e cidades de níveis de expropriação que as tornassem inviáveis –, outorgou a Magna Carta, estabelecendo:

“Nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo seu Conselho Comum [órgão representativo que constitui um dos embriões do Legislativo], exceto com o fim de resgatar a pessoa do Rei, fazer seu primogênito cavaleiro e casar sua filha mais velha uma vez, e os auxílios para esse fim serão razoáveis no seu montante.”

Embora vários aperfeiçoamentos tenham sido empreendidos nos séculos subsequentes, com o sentido de ampliar o controle dos súditos sobre o Estado, só em 1688, com a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), é que surge a formulação “todo o subsídio [tributo] será votado anualmente pelo Parlamento”, que, convertida em princípio, viria servir de referencial básico para o controle dos poderes deferidos ao Estado, pelos representantes do povo, nos Estados organizados sob a forma representativa. A partir de formas embrionárias de orçamento público, onde a ênfase era no controle da receita, esse instituto vai evoluindo de modo a abranger também preocupações com a despesa (correta utilização dos recursos havidos por meio da tributação), sobretudo no século XIX, quando a França e os EUA refinam seus procedimentos, sistematizando princípios orçamentários e processos técnicos, criando instituições como as Cortes de Contas e consolidando o princípio da intervenção do Legislativo na formulação, fiscalização e avaliação da execução dos orçamentos.

De fato, é a partir do século XIX que o princípio do controle sobre a *ação* do Estado (a cargo do Poder Executivo) pelos representantes do povo se consolida, tendo por referências, de um lado, o forte conteúdo filosófico do “iluminismo” francês e, de outro, as formulações dos “founding fathers” (sobretudo as de Jefferson

e Madison) na estruturação das bases para a edificação dos EUA como uma grande nação. Em ambas vamos encontrar a idéia básica de que, sendo os homens livres e iguais, o exercício do poder pelo Estado só se justifica na medida em que este derive da vontade geral da sociedade, expressa pela via direta (mediante consultas plebiscitárias) ou indireta (por meio de representantes investidos de mandato), uma vez que os legítimos detentores do poder decisório são os cidadãos.

Nas sociedades que acolhem a fórmula representativa de organização – como a brasileira e as da maioria das nações ocidentais –, a vontade geral do povo é manifestada por intermédio dos mandatários eleitos para integrar o Poder Legislativo². Apenas estes têm legitimidade para definir, para cada período de tempo, as políticas públicas, as prioridades e os programas de gasto que interessam à maioria dos segmentos da população que representam. Nessa perspectiva, cabe ao Poder Executivo apenas apresentar propostas de atuação fundamentadas em diagnósticos, implementar as decisões do povo (tomadas por meio dos corpos legislativos), sistematizadas na Constituição e nas leis, e exercitar os atos de gestão com competência e responsabilidade, de modo a aumentar a eficácia do Governo e a ampliar a eficiência no emprego dos recursos. Não é por acaso, mas por respeito à melhor doutrina, que o processo orçamentário brasileiro, na forma ora definida pela Constituição – abrangendo vários componentes (PPA, LDO, LOA, LCA) –, passou a constituir um dos mecanismos mais efetivos da participação do Legislativo no campo das políticas públicas e na realização de intervenções significativas nos gastos governamentais.

Apesar de questionada pelos apologistas dos Executivos “fortes”, a participação mais efetiva do Legislativo possui uma série de vantagens do ponto de vista do interesse público, inclusive pela própria natureza dos

² No Regime Parlamentarista, isso é ainda mais evidente, pois, no contexto deste, o próprio Gabinete (Governo) é definido pela maioria ou mediante negociações entre a maioria e a minoria do Parlamento, mantendo-se tal Governo apenas enquanto continuar a desfrutar da confiança do Poder Legislativo. Em qualquer caso, a prerrogativa de decidir há de ser exercida com responsabilidade, ouvindo-se os órgãos técnicos, avaliando-se os diagnósticos setoriais e regionais, levando-se em conta a capacidade de execução das unidades e respeitando-se as suas atribuições legais.

processos decisórios – abertos e participativos – peculiares aos órgãos legislativos. Como observamos em artigo anterior³, embora seja verdade que tais processos sejam mais lentos do que os conduzidos em ambientes com a autoridade centralizada, também é verdade que estes, na medida em que propiciam que os vários interesses e visões da realidade se digladiem entre si, conduzem a decisões mais maduras, consolidadas e ajustadas às demandas da sociedade. No campo das alocações de recursos, as singularidades de tal processo decisório tendem a evitar a ocorrência de grandes erros alocativos – freqüentes quando as decisões são da tecnoburocracia –, impondo que os grandes projetos sejam submetidos a um severo teste de consistência quanto à sua viabilidade e oportunidade, antes da respectiva implementação. Nesse sentido, são exemplares as atuações do Congresso Nacional nos projetos do SIVAM, da Ferrovia Norte-Sul e da Transposição das Águas do Rio São Francisco.

3. Arcabouço legal que disciplina a matéria e suas principais violações

A elaboração, apreciação, execução e avaliação dos planos e orçamentos públicos é regulada principalmente pelos arts. 70 a 72, 165 a 169 e 195 da Constituição Federal e arts. 34 a 42, 60 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela lei do plano plurianual (PPA) aprovada para cada quadriênio (atualmente a Lei nº 9.276, de 9/5/96), pela lei de diretrizes orçamentárias (LDO) aprovada para cada exercício, pela Lei nº 4.320/64 – que, recepcionada pelo texto constitucional, vem suprindo a inexistência da lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da Constituição –, por algumas disposições do Decreto-Lei nº 200/69 e pela Resolução nº 2/95 do Congresso Nacional.

Uma parte significativa dessas normas tem por escopo a fixação de restrições à flexibilidade de programação e execução do Poder Executivo e às intervenções do Poder Legislativo, mediante emendas, na definição das prioridades, programas e conteúdos dos planos e orçamentos da União. No que se refere às LDOs e Resoluções do Congresso Nacional, as suas normas restritivas derivam, de um lado, do esforço do Legislativo em melhorar a sua ima-

³ Vide: “A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do orçamento”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 131, jul./set. 1996.

gem perante a população e, de outro, das pressões do Executivo no sentido de manter as suas propostas de orçamento tão inalteradas quanto possível. No que tange às normas constitucionais de caráter restritivo, o seu fundamento foi o desejo dos Constituintes, ao restaurar as prerrogativas do Legislativo em matéria orçamentária, de que estas fossem exercidas sob a ética da responsabilidade, evitados os vícios ocorridos no passado. Entre as restrições com esse propósito cabe apontar: a) a subordinação da programação da LOA às definições do PPA e LDO; b) as vinculações de receitas e os parâmetros para os gastos com seguridade, educação, pessoal e irrigação; c) a proibição de dispositivos estranhos à previsão da receita e à fixação da despesa no texto da LOA; d) os limites e condições para a realização de operações de crédito, vinculações de receitas e movimentação de recursos; e) a proibição de investimentos não-previstos no PPA; e f) a fixação de condições para a aprovação de emendas aos projetos sobre matéria orçamentária.

No que tange às normas que regem as emendas ao projeto de lei orçamentária e aos projetos que o modifiquem (entendidos como tais os projetos de créditos adicionais), as restrições são constitucionais (art. 166, § 3º), legais (art. 33 da Lei nº 4.320/64) e regimentais (Resolução nº 2/95-CN). Segundo as primeiras, *as emendas a tais projetos – sejam elas individuais ou coletivas – só podem ser aprovadas caso:*

“I) sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II) indiquem os recursos necessários, *admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa*, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados...; III) sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com dispositivos do texto da lei.”

Na Lei nº 4.320/64, as limitações se acham definidas no seu art. 33, que estabelece:

“Art. 33. Não se admitirão emendas ao projeto de lei do orçamento que visem a: a) alterar a dotação solicitada para despesa de custeio, salvo quando provada, nesse ponto, a inexatidão da proposta; b) conceder dotação para início de obra cujo projeto não esteja aprovado pelos

órgãos competentes; c) conceder dotação para instalação ou funcionamento de serviço que não esteja anteriormente criado; d) conceder dotação superior aos quantitativos fixados em Resolução do Poder Legislativo para concessão de auxílios e subvenções”.

A Resolução nº 2/95 – que substituiu e revogou, expressamente, a Resolução nº 1/91-CN⁴ –, por sua vez, agrega, lado a lado, normas genéricas (susceptíveis de diversas interpretações) sobre emendas, como as que dispõem sobre os papéis do Relator-Geral e as situações excepcionais em que se justificam suas emendas, e normas específicas (objetivas e precisas), como as que definem os tipos de autoria, o número de emendas por autor e os requisitos de fundamentação.

Infelizmente, tais dispositivos têm sido interpretados “de maneira criativa”, como forma de ampliar os níveis de flexibilidade dos atores do processo, resultando numa série de violações às leis vigentes. Essa criatividade se inicia no plano constitucional, onde a clara restrição “admitidos *apenas* os [recursos] provenientes de anulação de despesa”, contida no art. 166, § 3º, inciso II, tem sido burlada com o entendimento de que as receitas previstas pelo Poder Executivo podem ser reestimadas pelo Poder Legislativo a título de “correção de erros ou omissões”, sendo tais recursos, a seguir, utilizados para a aprovação de emendas. Tal interpretação contraria a lógica dos textos constitucionais, onde, por definição, não existem dispositivos inócuos ou supérfluos. Se a vontade dos constituintes fosse de permitir essa flexibilidade, a restrição do inciso II não teria razão de ser, tornando-se inócuia e dispensável. Em nosso entender, o sentido das normas da Lei Maior – na qual a restauração de prerrogativas do Legislativo ocorre sob a ética da responsabilidade – é o de que a aprovação de emendas deve subordinar-se cumulativamente a três condicionantes: a) compatibilidade com planos e prioridades previamente definidas; b) visar a correção de erros e omissões (inclusive no nível dos detalhamentos) ou o ajuste de disposi-

tivos do texto da lei; c) indicar recursos compensatórios para as mudanças propostas com a finalidade de sanar os erros e omissões. Esse entendimento é consonante com o § 8º, do art. 166, segundo o qual os recursos que, em decorrência de emenda, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados [posteriormente] mediante créditos adicionais.

No que se refere à Lei nº 4.320/64, a criatividade tem se materializado pela inobservância às disposições do art. 33, como se tivessem sido revogadas. Esse entendimento, salvo melhor juízo, não suporta uma análise crítica. Em primeiro lugar, tal revogação não pode ser alegada por conflito com as normas da Constituição, já que correspondem a condições relativas à “admissibilidade” de emendas, aspecto não-abordado pela Lei Maior (que fixa condições para “aprovação”). Em segundo, elas definem orientações de ordem prática, cuja observância contribui para a defesa do Erário. Finalmente, não foi baixada nenhuma lei que regule a situação, de modo a legitimar a conclusão de que tais dispositivos tivessem sido objeto de revogação tácita. Na nossa leitura, as restrições do art. 33 devem ser somadas às do art. 166 da Constituição, de modo a evitar reduções arbitrárias em despesas de custeio – uma vez que a inobservância a esse princípio tem conduzido a avalanches de créditos suplementares –; a alocar recursos apenas em empreendimentos detalhados em projetos que demonstrem sua viabilidade, apropriada amplitude e custos razoáveis; e a só conceder recursos para entidades amparadas pela lei ou por regulamentações de similar hierarquia.

Quanto à Resolução nº 2/95 – CN, até mesmo algumas de suas normas objetivas têm sido burladas por meio de artifícios “criativos”. Um exemplo disso são as chamadas “Indicações de Bancada para Emendas de Relator”, instituídas pelo Parecer Preliminar de 1996 e mantidas no Parecer Preliminar de 1997, as quais, além de contornar as restrições às emendas de Relator⁵, vieram a sistematizar uma forma de violação aos limites quantitativos fixados pela Resolução nº 2/95-CN para as emendas de bancada estadual. Essa conduta, além de ampliar a fragmentação das alocações, reduziu o alcance institucional das emendas de bancada, sobretudo por facilitar o rateio destas entre os integrantes de algumas bancadas e deslocar o seu objeto das ações estratégicas de interesse dos estados para ações tipicamente municipais, como as de saneamento básico, habitações populares, ações de defesa

⁴ Tais Resoluções foram baixadas pelo Congresso Nacional com o propósito de disciplinar a instituição e o funcionamento da Comissão Mista a que se refere o art. 166, § 1º, da Constituição Federal, bem como o de definir as regras básicas do processo de apreciação dos projetos sobre matéria orçamentária, nestas incluída a cronologia de prazos para cada modalidade destes (PPA, LDO, LOA, LCA e PCP).

civil, infra-estrutura urbana, quadras desportivas e eletrificação rural. No que se refere às normas mais genéricas, cumpre observar o descaso às exigências definidas no art. 20, parágrafo único, quanto aos elementos justificativos que devem instruir as emendas coletivas⁶, bem como a atenuação da proibição fixada pelo art. 23, § 3º, que veda ao Relator-Geral a apresentação de emendas com o propósito de incluir subprojetos novos⁷.

Além disso, não obstante os esforços dos membros do Parlamento no sentido de limitar os papéis decisórios do Relator-Geral, por intermédio das normas da Resolução nº 2/95-CN (sobretudo as do art. 23), que o situa basicamente como um coordenador dos relatores responsáveis pelas decisões, na prática este continua a concentrar grande poder, às expensas do esvaziamento das Relatorias Setoriais. A principal determinante disso são as normas do Parecer Preliminar que têm reservado ao Relator-Geral os recursos derivados de cortes nas despesas de custeio (GND 3), dos erros de alocação (como, por exemplo, nas transferências legais, reservas de contingência e sentenças judiciais) e dos adicionais de receita (novas ou reestimadas) em relação às previsões do Poder Executivo.

⁵ As restrições à apresentação de emendas de relator foram progressivamente ampliadas pelo Congresso Nacional, a partir de 1993 (Resoluções nº 3/93-CN e 1/95-CN), em razão dos problemas identificados pela “CPI do Orçamento” na sua utilização, sobretudo pelo seu emprego como instrumento para favorecer determinados parlamentares, programas, entidades e/ou unidades da federação.

⁶ A Resolução nº 2/95-CN, em seu art. 20, Parágrafo único, estabelece: “A emenda coletiva e prioritária incluirá na sua justificação elementos necessários para subsidiar a avaliação da ação por ela proposta, apresentando informações sobre a viabilidade econômico-social e a relação de custo-benefício, esclarecendo sobre o estágio de execução dos investimentos realizados e a realizar, com a definição das demais fontes de financiamento e eventuais contrapartidas, quando houver, e definindo o cronograma de execução, além de outros dados relevantes para sua análise.”

⁷ Em 1997, não obstante as restrições regimentais e limitações criadas pelo funcionamento dos “Comitês de Apoio à Relatoria-Geral” (LOA de 1998), foram apresentadas cerca de 200 emendas de Relator-Geral, das quais pelo menos 25% relativas à criação de novos subprojetos e subatividades. Não obstante uma parte apreciável destas tenha sido objeto de cancelamentos ou modificações, por deliberação do Plenário da Comissão Mista, parte delas subsistiu, em evidente conflito com a Resolução nº 2/95-CN.

Neste último exercício, enquanto as Relatorias Setoriais só conseguiram mobilizar algo como R\$ 1,0 bilhão com base no que lhes autorizava o Parecer Preliminar, a Relatoria-Geral trabalhou com R\$ 3,3 bilhões, dos quais R\$ 1,2 bilhão por ela alocados diretamente e R\$ 2,1 bilhões disponibilizados às Relatorias Setoriais, para atender às emendas individuais e parcialmente às emendas coletivas. Observe-se, porém, que, em vista dos níveis de discricionariedade de que dispõe o Relator-Geral para fazer o aporte de recursos adicionais para as Relatorias Setoriais, este pode influir fortemente em parte das alocações durante o processo de negociação dos aportes que irá propiciar a cada Relator Setorial. Tal se traduz em muito poder para um órgão que, segundo o art. 23 da Resolução nº 2/95-CN, deveria apenas adequar os pareceres das Relatorias Setoriais.

4. O empobrecimento da participação do Congresso Nacional nos últimos anos

As violações às normas legais que regem o processo orçamentário constituem apenas uma das dimensões relevantes do problema. Uma outra, de similar importância, é o gradual empobrecimento da participação do Congresso Nacional nas decisões de natureza substantiva relativas à matéria orçamentária. As principais evidências disso são: a) o grande número de modificações nas leis de diretrizes orçamentárias por intermédio de medidas provisórias; b) a crescente prevalência do Poder Executivo na definição das programações a implementar; c) a ampliação dos programas financiados por operações de crédito e o crescimento das respectivas contrapartidas; d) as limitações ao âmbito e valor das emendas dos parlamentares; e) a ênfase na obtenção de maiores alocações em favor das unidades federativas ao invés de nos empreendimentos estratégicos para todo o País; f) a criação de rotinas com ênfase na melhoria dos processos ao invés de na qualidade das decisões; g) as limitadas preocupações com o acompanhamento e avaliação de resultados.

Sem que nos aprofundemos nessa questão, cuja amplitude e importância são dignas de apreciação detalhada, não podemos deixar de assinalar que a modificação da LDO por medidas provisórias constitui não só uma violência jurídica como uma forma de desgastar a imagem do Parlamento como instituição. Conforme tem sido salientado por parlamentares, juristas e estudiosos da matéria, em várias ocasiões, o fato de

o Poder Executivo recorrer a esse instrumento – previsto na Constituição para emprego excepcional – para modificar leis sujeitas a um rito especial de apreciação, por determinação do próprio texto constitucional, constitui um ato de desapreço ao Parlamento e de desrespeito à Lei Maior. Entre as muitas objeções possíveis ao emprego de MPs nesse caso, apontamos: a) ser inaplicável à LDO o pressuposto de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, por se tratar de lei de conteúdo e rito de apreciação pré-estabelecido; b) ser medida inadmissível, uma vez que, se até mesmo a delegação legislativa – forma mais branda do exercício da função legislativa pelo Poder Executivo – é vedada pelo art. 68 da Constituição no que se refere ao PPA, LDO e LOA, muito mais deve sê-lo em relação a esse instrumento de expropriação de prerrogativas; c) mais do que um grave atentado ao bom senso, seria uma violência aos princípios gerais de direitos que a Lei Maior exigisse um rito especial para a aprovação da LDO e não demandasse similar rigor para a sua modificação.

A forma como vêm sendo conduzidas as negociações com o Poder Executivo, desde a etapa de formulação da LDO até a da execução dos orçamentos – com o sentido de evitar vetos e de assegurar elevados níveis de execução às emendas aprovadas –, tem resultado numa progressiva acomodação do Legislativo às conveniências da Administração. A partir de 1993 – em que o Congresso Nacional sinalizou com clareza o seu desejo de ter os orçamentos federais separados em documentos distintos⁸, redefiniu, pela LDO, a estrutura básica da LOA, instituiu regras para a regionalização dos gastos

⁸ Em 1993, o Deputado João Almeida, Relator da LDO para 1994, insistiu nessa questão, já antes abordada pelo Senador Márcio Lacerda na apreciação da LDO de 1993, nos seguintes termos: “Outro aspecto que merece detida atenção do Congresso Nacional e, em particular desta Comissão, é a questão da separação entre os orçamentos fiscal e da seguridade social. É preciso acabar de vez com as divergências sobre o entendimento pretendido pela Constituinte sobre a matéria. A nossa leitura do dispositivo constitucional indica... que o intencionado foi a confecção de dois documentos separados, com precisa definição de receitas, despesas e fontes de financiamento de cada orçamento, com a clara separação da programação de um e de outro, e com regime diferenciado de caixa por ocasião da execução, sem o que não se poderia falar em orçamento fiscal e orçamento da seguridade social, mas sim em programação de uma e outra esfera. Não temos dúvidas, igualmente, que tal separação propiciaria maior transparência e verdade orçamentária.”

e criou uma série de novos projetos de interesse público –, a cada ano o Parlamento passou a enfatizar menos essas questões. Nos dois últimos anos, essa tendência se acentuou ainda mais, na medida em que o Executivo passou a sinalizar, sem reação maior do Poder Legislativo, que as liberações de recursos teriam pouca viabilidade fora dos projetos que integram os programas “Brasil em Ação”, “Comunidade Solidária” e “Combate à Mortalidade na Infância”, ou prioridades da Administração como a irrigação, a restauração de rodovias e a regulamentação fundiária.

Disso tem resultado a prevalência do Executivo na definição da programação a implementar e um gradativo empobrecimento das intervenções do Congresso Nacional.

Essa prevalência vem se consolidando, por outro lado, pela tendência recente do Poder Executivo de ampliar, a cada ano, o número de projetos financiados com recursos de empréstimos internacionais e de elevar o volume das respectivas contrapartidas, inibindo, por esse meio, a realização de modificações nestes pelo Poder Legislativo, já que as LDOs têm criado proteções especiais para tais programações⁹. Tais projetos¹⁰, quase sempre identificados por títulos genéricos (“guarda-chuvas”), oferecem grande flexibilidade de execução, por caber aos

⁹ A partir da Lei nº 9.293, de 15/7/96 (LDO/97), pelas disposições do art. 14, essa proteção foi bastante ampliada, ao vedar a destinação das contrapartidas de empréstimos para fins diversos dos programados, transferir para o Congresso Nacional o ônus da prova de eventuais erros na sua fixação (inversão do ônus da prova) e passar a exigir que tais erros sejam demonstrados documentalmente.

¹⁰ No Projeto de Lei Orçamentária Anual para 1998, são exemplos emblemáticos dessa estratégia: a) no Ministério da Ciência e Tecnologia: Projeto 1700 – “Participação no Capital de Empresas”, com R\$ 56 milhões, dos quais R\$ 38 milhões em contrapartidas, e Projeto 1119 – “Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico”, com R\$ 73 milhões, dos quais R\$ 43 milhões em contrapartidas; b) no Ministério da Educação e do Desporto: Projeto 3456 – “Reforma da Educação Profissional”, com R\$ 40 milhões, dos quais R\$ 25 milhões em contrapartidas, e Projeto 3499 – “Fundo de Fortalecimento da Escola”, com R\$ 59 milhões, dos quais R\$ 39 milhões em contrapartidas; c) no Ministério da Saúde: Atividade 2312 – “Normatização e Coord.de Serviços de Saúde”, com R\$ 52 milhões, dos quais R\$ 26 milhões em contrapartidas, e Projeto 3376 – “Infra-estrutura do SUS”, com R\$ 137 milhões, dos quais apenas R\$ 3 milhões detalhados por estados, sendo R\$125 milhões alocados no projeto genérico intitulado

órgãos da Administração (Poder Executivo) definir, mais tarde, quem preenche as condições de elegibilidade e qual a magnitude do atendimento a ser dado em cada caso. Em vista das vantagens políticas e operacionais dessa situação, não se pode descartar a hipótese de que isso venha ocorrendo por força de ações intencionais destinadas a reduzir a participação do Congresso Nacional nas decisões alocativas.

As restrições aos níveis de flexibilidade do Legislativo se completam pelas pressões realizadas, de um lado, pelos Governos de Estado e, de outro, pelos parlamentares alinhados com a Administração, no sentido de que as dotações estadualizadas dos projetos dos programas “Brasil em Ação” e “Comunidade Solidária” sejam protegidas, ao máximo, de cortes e cancelamentos. Embora o argumento básico para essa “proteção” seja o da necessidade de assegurar recursos para que se dê continuidade a convênios em andamento, sua razão mais verdadeira são, provavelmente, as possibilidades que oferecem para a canalização de tais recursos para os seus aliados. Essa estratégia tem sido bastante eficaz nos últimos anos, como evidencia o fato de os Relatores, de um modo geral, terem preservado de cortes, na média, mais de 50% das dotações detalhadas por estados.

No que se refere às limitações no âmbito e valor das emendas individuais dos parlamentares, que, na sua forma mais recente, não passam da antecipação do processo de habilitação dos Estados e Municípios aos recursos dos programas prioritários do Governo¹¹, é possível perceber uma forte semelhança entre tais emendas e as primitivas “subvenções a entidades” – existentes até 1991 –, em que cada

REFORSUS; d) no Ministério do Planejamento: Projeto 3435 – “Melhoria das Cond.Habitacionais em Áreas Urbanas e Rurais”, com R\$ 56 milhões, dos quais R\$ 41 milhões em contrapartidas, e Projeto 3460 – “Ações de Saneamento no Âmbito do PASS”, com R\$ 90 milhões, dos quais R\$ 60 milhões em contrapartidas; e) no Ministério da Indústria e Comércio: Projeto 1724 – “Ações para o Desenvolvimento Integrado do Turismo no Nordeste”, com R\$ 30 milhões, tudo em contrapartidas.

¹¹ No Orçamento para 1998, das 8.530 emendas individuais apresentadas, totalizando R\$ 891 milhões, nada menos que 5.230 emendas, no montante de R\$ 538 milhões, referiram-se a ações de saneamento básico, melhorias habitacionais, infra-estrutura urbana e ações de saúde a cargo dos Ministérios do Planejamento e da Saúde e 1.410 emendas, no montante de R\$ 140 milhões, referiram-se a equipamentos e obras para escolas, quadras esportivas e bibliotecas, a cargo

parlamentar tinha uma “quota” para distribuir entre os municípios e entidades benfeiteiros de seu interesse. As diferenças básicas entre tais processos são apenas: a) que nas subvenções o detalhamento era posterior à lei, mediante anexos; b) que a publicidade dos atos respectivos era bastante limitada; c) que o montante dos recursos distribuídos sob a forma de subvenções era bem menor que os atualmente alocados por meio das emendas. O aspecto mais grave dessa orientação é que, além de conduzir à pulverização dos recursos em miríades de pequenos empreendimentos – nem sempre os mais necessários às respectivas comunidades –, esta acabou por retirar grande parte do significado da intervenção dos parlamentares no processo orçamentário, que é o de indicar as prioridades sociais e econômicas de cada contexto regional.

No plano das emendas coletivas, são perceptíveis diversos problemas. As emendas das Comissões Permanentes, certamente pela falta de tradição do Parlamento brasileiro em mobilizar tais órgãos para tratar de questões orçamentárias, têm-se orientado para questões genéricas e deixado de apresentar fundamentos suficientes para lhes dar consistência. Por outro lado, em vista do vasto número desses órgãos na Câmara dos Deputados e Senado Federal (25 Comissões), cada um destes podendo apresentar 5 emendas, essa categoria passou a totalizar um volume excessivo de proposições, em montantes que excedem, em muito, os recursos remanejáveis pelo Congresso Nacional (no Orçamento para 1998, as 121 emendas propostas pelas Comissões totalizaram R\$ 5,1 bilhões, enquanto todos os remanejamentos realizados pelas Relatorias – Geral e Setoriais – em atendimento a todos os tipos de emendas coletivas – de Comissões, Bancadas Regionais e Bancadas Estaduais – limitaram-se a cerca de R\$ 3,4 bilhões). As emendas das Bancadas Regionais, por sua vez, têm tido o seu emprego distorcido, até mesmo sendo rateadas entre as unidades federativas que compõem cada região, desvirtuando seus méritos propósitos e assumindo a feição de autênticas emendas estaduais¹². No que se refere às emendas das Bancadas Estaduais, além dos problemas derivados da inexistência de limites para sua proposição – com

dos Ministérios da Educação, do Desporto e da Cultura. Se consideradas as demais áreas de Governo, constata-se que 95% dessas emendas são de simples detalhamento de programas, cujas ações seriam executadas ainda que tais emendas não existissem.

resultados similares aos das emendas das Comissões (241 emendas totalizando R\$ 5,7 bilhões) –, as evidências são de que o embate pela ampliação das alocações em favor dos Estados tem-se verificado em detrimento de preocupações com ações mais gerais, isto é, em prejuízo de empreendimentos estratégicos para o desenvolvimento econômico e social.

No seu conjunto, esses problemas têm conduzido a uma distorção no processo de apreciação do Orçamento pelo Congresso Nacional, onde se tem investido mais na criação de rotinas que resultem na melhoria dos processos (maior eficiência no cumprimento dos prazos) do que na melhoria da qualidade das decisões. Não se objeta quanto à conveniência de se eliminar procedimentos desnecessários, pouco efetivos ou cuja relação de custo/benefício não os justifiquem – em particular os que geram grande volume de “papelório”, demandam muito tempo (dos parlamentares e órgãos do Congresso Nacional) ou ampliam o nível de recorrência e conflito dos processos –, ou quanto à necessidade de aperfeiçoar os métodos e modernizar o instrumental. Sem dúvida tudo isso é necessário. O que se questiona é se a ênfase na eficiência dos processos não estaria contribuindo para afastar os atores focais, os parlamentares, das questões essenciais relativas à formulação das políticas de alocação de recursos. Por exemplo, a limitada amplitude dos programas de saneamento e habitação – de grande efeito na geração de emprego e na elevação do nível de qualidade de vida das populações –; o precário alcance dos atuais programas de ciência e tecnologia – cujos recursos vêm sendo canalizados maciçamente para bolsas de estudo em favor de pessoas que, ao terminarem seus estudos, não contarão com meios para dar seqüência aos seus trabalhos –; a deterioração da estrutura institucional de planejamento do país – tornando indisponíveis diagnósticos apropriados para orientar a alocação dos recursos do setor público –; a falta de questionamento às políticas de reservas monetárias e juros do Governo – que têm grandes

repercussões nos encargos com a dívida e limitam as disponibilidades para outras alocações –; para nos referirmos apenas a algumas questões.

O empobrecimento da participação do Congresso Nacional na apreciação de matérias orçamentárias se evidencia, igualmente, pelas limitadas preocupações com o acompanhamento e avaliação de resultados e a precária importância atribuída, até esta data, ao processo de apreciação do Plano Plurianual. No primeiro caso, a par da criação de Comissões Permanentes de Fiscalização e Controle nas duas Casas do Congresso Nacional e de algumas articulações com o Tribunal de Contas da União, pouco tem sido feito, não existindo estruturas encarregadas de acompanhar e avaliar, sistematicamente, a execução orçamentária federal. No que se refere à apreciação do projeto de Plano Plurianual – de maior importância que as LDOs e LOAs, por caber-lhe a definição de parâmetros para tais leis anuais –, essa assertiva se comprova pelo fato de não serem previstas emendas coletivas a tal projeto, por ser a sua análise delegada a um relator singular – quando tal projeto seria o que mais justificaria a intervenção das subcomissões temáticas permanentes –, pelos restritos prazos de apreciação desse projeto (cerca de 60 dias) e pelo limitado número de emendas apresentadas a tal proposição (345 em 1992 e 1.535 em 1995), bastante restrito se comparado com as quase 12.000 emendas habituais no Orçamento.

5. A questão dos critérios para a distribuição de recursos entre as regiões

No decorrer dos últimos sete anos (desde 1992), a falta de critérios adequados e estáveis para a distribuição dos recursos públicos entre as várias unidades federativas tem sido, provavelmente, a questão que mais problemas tem criado no decorrer do processo de apreciação dos projetos de lei orçamentária anual pelo Congresso Nacional. Com justa razão. Num universo de recursos escassos, na ausência de critérios, é natural que cada um procure maximizar as alocações em favor da respectiva região. Isso não quer dizer que tenham faltado iniciativas com o sentido de equacionar essa situação, mas sim que não foi possível chegar a nenhuma solução duradoura. Em vários desses exercícios, foram feitas tentativas, por meio de diferentes fórmulas, de resolver a questão mediante inclusão de normas compatíveis com as orientações básicas

¹² Segundo VALENÇA, Aurélio Nonô. Processo orçamentário no âmbito do Congresso Nacional : sugestões para aperfeiçoamento. *Informativo do INESC*, Brasília, v. 11, n. 77, Ago./1997. Encarte. “- as emendas de bancada regional não vêm refletindo demandas de caráter regional, chegando mesmo, no caso das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, a funcionar como uma cota adicional para as bancadas estaduais da região.”

da Constituição e do ADCT nas leis de diretrizes orçamentárias¹³. O que importa é que essa falta de definição tem contribuído para ampliar os níveis de desconfiança das Bancadas quanto aos riscos de seus Estados serem prejudicados na distribuição dos recursos, ampliando o potencial de conflito do processo.

Assim, parece ser imperativo que se defina, de forma clara e pragmática, critérios objetivos e de fácil demonstração, para que as alocações sejam direcionadas de modo a contribuir para a “redução das desigualdades inter-regionais”, mas sem prejuízo de que se faça também o equacionamento das necessidades das demais unidades da federação. Para tanto, é necessário que se uniformize o entendimento a ser dado à norma constitucional (art. 165, § 7º, da CF) que orienta no sentido de que as alocações de recursos sejam feitas de modo a ter como uma de suas funções a de “reduzir as desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”. Afinal, o que se deve entender por “critério populacional”? Seria ele a distribuição dos recursos de maneira proporcional à população de cada região? É óbvio que não. Isso não contribuiria para reduzir as desigualdades, mas sim para acentuá-las. A Constituição é, por definição, a sistematização de normas sábias –

¹³ Na LDO/93 (Lei nº 8.447/92), seu art. 16 definia que, excetuados os investimentos excluídos pelas disposições constitucionais, os demais obedeceriam “para fins de distribuição, aos seguintes critérios: I – metade, proporcional à população de cada Estado; II – metade, inversamente proporcional à renda *per capita* de cada Estado”. Na LDO/94 (Lei nº 8.694/93), seu art. 19 definia que, excetuados os que devam ser excluídos em obediência a normas constitucionais, os investimentos deveriam obedecer a “os seguintes critérios de distribuição: I – 34%, proporcional à população de cada Estado; II – 33%, inversamente proporcional à renda *per capita* de cada Estado; III – 33%, proporcional à população com carências alimentares típicas da indigência”. Na LDO/95 (Lei nº 8.931/94), cujo art. 18 reproduzia, com apenas pequena variação de redação, a orientação da LDO/93, a norma foi objeto de voto, cujas razões não resistem a uma análise primária. Nas LDOs dos anos 1996, 1997 e 1998 (Leis nºs 9.082/95, 9.293/96 e 9.473/97), não foram incluídas normas relativas à regionalização dos investimentos. Não obstante, alguns Relatores Setoriais, como os responsáveis pela programação do Ministério do Planejamento (ações de saneamento, habitação, infra-estrutura urbana e integração regional) dos anos de 1997 e 1998, utilizaram-se de critérios como os da LDO/93 para orientar o atendimento às emendas coletivas.

destinadas a organizar a sociedade, a promover a eqüidade e a viabilizar o bem geral –, jamais uma “lei burra”. Portanto, embora não o tenha explicitado, ao definir essa norma, o que pretendeu foi institucionalizar o princípio da redistribuição, deixando ao alvitre da lei complementar sobre orçamentos (prevista na Constituição, mas ainda não produzida), das LDOs e das ações dos decisores os delineamentos para sua operacionalização. Portanto, na falta de normas legais mais definitivas, nada impede que o Congresso Nacional atue, por Resolução ou normas da LDO, no sentido de definir orientações mais operacionais para o acatamento ao “espírito” com que foi estruturado o texto constitucional.

Isso é imprescindível pelo fato de o art. 35 do ADCT não ser suficientemente claro, na medida em que combina elementos objetivos com subjetivos e se refere a aspectos ainda não legalmente caracterizados (como, por exemplo, o que se deva entender por “projetos considerados prioritários no plano plurianual”) ou ainda não individualizados nos orçamentos federais (como, por exemplo, o que considerar como “manutenção dos órgãos federais no Distrito Federal”). Além desses tópicos, que precisam ser melhor objetivados para possibilitar a sua operacionalização, e dos itens da despesa pública já expressamente excluídos da regionalização pelo dispositivo supra (“segurança e defesa nacional; despesas relativas ao Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União e Poder Judiciário; serviço da dívida da administração direta e indireta”), é preciso adicionar como não susceptíveis de regionalização, em razão de sua natureza: a) os encargos com inativos e pensionistas; b) os benefícios da previdência social (aposentadorias e pensões); c) o pagamento de sentenças judiciais; d) as transferências constitucionais. Convém-se que todos esses gastos se referem a encargos derivados da ação pretérita do setor público, nada construindo no presente, não devendo, portanto, serem objetos de regionalização ou apropriados como alocações em benefício desta ou daquela região.

No âmbito do orçamento de investimentos das estatais, existem várias restrições de ordem prática ao melhor encaminhamento da regionalização das aplicações. A primeira, é que até agora não foi possível chegar a um entendimento uniforme do que se deva entender por “inves-

timentos de estatais¹⁴”. Será que as inversões financeiras do BNDES e da Caixa Econômica, por exemplo, são menos relevantes do ponto de vista do desenvolvimento econômico e social que os investimentos da Petrobrás e Telebrás? Será que as inversões financeiras realizadas pela Caixa no financiamento de programas de habitação popular são menos importantes que os gastos a fundo perdido do Ministério do Planejamento com similar finalidade? No entanto, muitos relutam em aceitar que tais inversões sejam incluídas no orçamento de investimentos. A segunda restrição é que não se pode pretender que as empresas realizem seus investimentos com o sentido de reduzir disparidades inter-regionais, principalmente no que se refere às empresas de capital aberto, dado que suas aplicações devem ocorrer nos territórios em que suas atividades são demandadas e em que os empreendimentos têm viabilidade econômica. Nesse caso, seria legítimo exigir apenas que tais entidades se esforçassem para colocar seus serviços, com satisfatório nível de qualidade, em todas as unidades federativas em que seus produtos sejam demandados, principalmente no caso dos prestadores de serviços como os Correios, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e o Banco do Brasil.

Além dessas razões, *per se* suficientes para justificar a tomada de providências, existe também uma determinante legal para que se fixem normas com o propósito de disciplinar a regionalização dos investimentos e das alocações orçamentárias relativas à prestação de serviços às comunidades. Ocorre que mesmo as “capen-

¹⁴ Em artigo publicado na *Revista de Administração Pública*, da FGV (jul./set. 95), intitulado Processo Orçamentário Federal: Problemas, Causas e Indicativos de Solução, assinalamos, ao lado das objeções do Deputado João Almeida, Relator da LDO/95, quanto à limitada abrangência que vinha sendo dada ao Orçamento de Investimento de Estatais, que “na tradição da linguagem constitucional pátria, o termo investimento é designativo das despesas de capital e não do elemento ou grupo de despesa de idêntico nome, como tem sido interpretado, restritivamente, nos últimos anos”. Mais do que apenas isso, entendemos que a abrangência dada atualmente ao orçamento de investimento das estatais, do qual constam praticamente apenas os gastos do GND 4 (“Investimentos”), tem contribuído para tornar pouco expressiva a programação de estatais como a Caixa Econômica Federal, Infraero, FINEP, Banco do Nordeste, Banco do Brasil, Eletrobrás, Telebrás e BNDES, cujas inversões financeiras são de grande importância para o desenvolvimento de segmentos estratégicos da economia nacional.

gas” normas definidas pelo texto constitucional estão para se tornar insusceptíveis de exigibilidade, tendo em vista que o prazo fixado pelo art. 35 do ADCT está para expirar. Define esse dispositivo:

“O disposto no art. 165, § 7º, será cumprido de forma progressiva, no prazo de até dez anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986-87.”

Ora, se a Constituição foi promulgada em outubro de 1988, a Lei Orçamentária Anual de 1989 já teve de ser elaborada segundo suas normas. Portanto, tendo se iniciado, nesse ano, a contagem do prazo fixado pela Constituição, o ano de 1998 corresponde ao último ano em que existe a exigibilidade das alocações com o propósito de reduzir as desigualdades inter-regionais.

6. O progressivo esvaziamento das Relatorias Setoriais

As Relatorias Setoriais foram concebidas com três finalidades básicas: 1) dividir os trabalhos, de modo a possibilitar que a vasta programação da administração federal e as muitas emendas dos parlamentares (no início da década dos 90, estas chegavam a 70.000 em cada exercício) pudessem ser apreciadas dentro do prazo definido pelo art. 35 do ADCT; 2) aliviar a Relatoria-Geral das tarefas de natureza operacional (sistematização das decisões sobre as emendas individuais) e de apreciação preliminar de mérito das emendas coletivas; 3) dividir o poder no âmbito da Comissão Mista – retirando parte da autonomia do Relator-Geral –, de modo a tornar o processo mais aberto, transparente e democrático, bem como a ensejar a efetiva presença das representações partidárias no processo, inclusive como forma de evitar os problemas que conduziram à instauração da CPI do Orçamento.

No entanto, à medida que as práticas de funcionamento da Comissão Mista foram sendo consolidadas, sob a influência de diferentes forças e interesses – incluídas as relativas à agilização do processo de apreciação (limitação no número de emendas, redução de prazos e instituição de quotas), à flexibilização de conceitos (“ações tipicamente municipais”, “investimentos administrativos” e “emendas de relator”), à valorização do conhecimento das práticas e processos relativos à matéria orçamentária

(detido apenas por alguns parlamentares) e à aceitação da premissa de ser legítimo que as bancadas mais atuantes obtenham vantagens para seus Estados –, essas finalidades foram perdendo relevância e conduzindo à deterioração dos papéis das Relatorias Setoriais.

Como salientamos no título 4 – “O empobreecimento da participação do Congresso Nacional nos últimos anos” –, a institucionalização do sistema de “quotas” para as emendas individuais, ao lado dos “indutores” (do Poder Executivo) a que tais emendas se concentrem em determinados programas, acabou por tornar pouco relevante a participação das Relatorias Setoriais na apreciação dessas proposições. Desde então, o paradigma passou a ser que, uma vez respeitado o limite por mandato parlamentar – que vem se situando no patamar de R\$ 1,5 milhão nos últimos anos – e as normas fixadas pelo Parecer Preliminar, não caberia a tais Relatorias questionar as preferências dos autores das emendas, exceto para realizar correções de ordem técnica (nestas incluídas as inerentes aos níveis desejáveis de padronização nas metas e títulos), muito mais a cargo das assessorias do que dos Relatores. Com isso, esvaziou-se o conteúdo decisório desta faceta da atuação dessas Relatorias, que passou a se resumir à simples validação das emendas individuais.

No que se refere aos ajustes na programação oriunda do Poder Executivo – imposição de cortes –, a atuação das Relatorias Setoriais tem ficado adstrita à realização de reduções, até um determinado percentual¹⁵, nas dotações para investimentos (GND 4) e para inversões financeiras (GND 5), observadas as restrições estabelecidas pelo Parecer Preliminar no que se refere aos recursos derivados de empréstimos e suas contrapartidas, aos recursos diretamente arrecadados (fontes 150 e 250) e às receitas vinculadas. Ocorre que, nos três últimos anos,

¹⁵ Segundo os termos do item 13 do Parecer Preliminar, aprovado pela Comissão Mista de Orçamento em sua reunião de 8/10/97, destinado a orientar a apreciação do projeto de LOA para 1998, o total de cancelamentos facultados às Relatorias Setoriais ficou limitado a 50% das dotações alocadas no GND “Investimentos” e a 20% das dotações alocadas no GND “Inversões Financeiras”, após excluídas da base de cálculo todas as vedações de que trata o item 9 do mesmo Parecer (dotações relativas à amortização da dívida, dotações para o FAT, dotações de projetos financiados com as fontes 146 a 149 e 246 a 249 e respectivas contrapartidas, e dotações financiadas por recursos oriundos de doações).

os recursos propiciados por tais cancelamentos têm sido insuficientes, na maioria das Relatorias Setoriais, até para atender às emendas individuais. Na apreciação do Orçamento de 1998, como já salientamos, essas Relatorias conseguiram mobilizar por esse meio apenas cerca de R\$ 1,0 bilhão, enquanto a Relatoria-Geral, por meio das fontes à sua disposição, mobilizou cerca de R\$ 3,3 bilhões. Para os fins de nossa abordagem, é pouco relevante que parte desses recursos tenha sido colocada à disposição das Relatorias Setoriais. O que importa é evidenciar duas coisas: a) que, na média, cada um dos sete relatores setoriais possui uma latitude decisória muito restrita para a imposição de ajustes na programação proposta pelo Poder Executivo; b) que o Relator-Geral continua a deter grande poder decisório, dado que, em certas situações, o poder para preservar determinadas dotações pode ser até mais importante do que o de fazer alocações de recursos adicionais. Além disso, se considerado que não existem regras claras para orientar a distribuição dos recursos da Relatoria-Geral entre as várias Relatorias Setoriais – a qual se subordina apenas ao arbítrio do Relator-Geral –, fica evidente o grau de vulnerabilidade desses órgãos ao condicionamento de parte desses recursos.

Não seria justo omitir que uma parte do problema deriva da conduta adotada por algumas das Relatorias Setoriais. Com freqüência, os recursos que estas mobilizam são restritos porque estas preferem atuar abaixo dos limites que lhe são facultados – por razões diversas – e operar com os recursos colocados à disposição pela Relatoria-Geral. As razões mais freqüentes para essa conduta são, de um lado, as pressões políticas dos governos estaduais – no sentido de que evitem ao máximo a imposição de reduções nas dotações detalhadas em favor de cada estado (“subprojetos estadualizados”) – e, de outro, dos órgãos públicos – no sentido de que os cortes não desorganizem as suas programações. Com freqüência, essas postulações são endossadas pelas bancadas estaduais ou pelos seus interlocutores mais ilustres, por saberem que tais programações – no todo ou em parte – serão executadas em benefício de segmentos, locais ou áreas geográficas de seu interesse.

Porém, esses comportamentos negativos representam apenas uma parte do problema. A outra, igualmente importante, é constituída pelo fato de que, na forma atual, a atuação das Relatorias Setoriais tem contribuído para tornar as negociações relativas ao orçamento cada vez

mais complexas. Na medida em que essas Relatorias não conseguem mobilizar recursos para atender a todas as expectativas e não contam com orientações e procedimentos apropriados para a regionalização das aplicações, realizam apenas atendimentos parciais, remetendo quase todos os pleitos, como pendências, para reavaliação pela Relatoria-Geral. Além disso, com frequência, ao exercerem os seus níveis de flexibilidade, realizam cortes na programação oriunda do Poder Executivo ou dão atendimentos a pleitos em conflito com as posições do Relator-Geral ou com as aspirações de determinadas lideranças. Disso resulta que tais decisões tenham de ser revistas, mediante múltiplas e desgastantes rodadas de negociação – nem sempre com os mesmos interlocutores –, retardando o processo e comprometendo a transparência da apreciação das emendas coletivas relativas às programações mais relevantes.

No seu conjunto, o efeito dessas distorções é a total descaracterização dos papéis originalmente concebidos para as Relatorias Setoriais. Segundo a maneira que estas vêm operando, tornaram-se organismos obsoletos e desfuncionais, já que: a) ao invés de dividirem os trabalhos, tornaram-nos mais complexos e recorrentes; b) pouco ajudam na agilização do processo por avançarem apenas superficialmente na decisão das questões mais críticas; c) não aliviam a Relatoria-Geral das tarefas de natureza operacional por exigirem que esta faça a revisão do conjunto das emendas coletivas de cada Estado; d) pouco têm contribuído para a efetiva divisão do poder no âmbito da Comissão Mista, já que o Relator-Geral continua a ser o ator focal do processo, não obstante isso seja dissimulado por normas de limitado alcance prático e por contestações públicas de discutível sinceridade.

Na verdade, se bem observado, os Comitês de Avaliação – criados com base nas normas dos Pareceres Preliminares que orientaram a apreciação das Leis Orçamentárias para 1997 e 1998 – têm sido mais efetivos e funcionais que as Relatorias Setoriais na divisão, organização e agilização dos trabalhos, bem como na racionalização dos cortes nos custeios básicos (GND 3) e na promoção de uma maior equidade nos atendimentos às emendas coletivas. Sua maior deficiência, em nosso entender, reside no fato de reforçarem a concentração de poderes na Relatoria-Geral, já que, no seu formato atual, tais órgãos são constituídos e coordenados pelo Relator-Geral.

7. Apreciação de projetos sobre matéria orçamentária: uma proposta

Como ficou evidenciado ao longo desta abordagem, a sistemática de elaboração de emendas a projetos sobre matérias orçamentárias, bem como a de apreciação dessas proposições, vem apresentando uma série de problemas e inadequações. Em alguns casos, os efeitos dessa situação são da maior gravidade por comprometerem o funcionamento do Congresso Nacional como instituição e por reduzirem o significado da participação dos parlamentares no processo de apreciação de matérias de tal relevância.

Tal conclusão não significa que o Congresso Nacional venha sendo pouco sensível à necessidade de aperfeiçoar seus processos de participação na definição e implementação de políticas públicas. Pelo contrário, sua preocupação nesse sentido se acha evidenciada pelo caráter evolutivo das normas que regulam a apreciação das proposições sobre matéria orçamentária e pela crescente inquietação dos seus membros com as questões pertinentes ao acompanhamento da execução dos gastos públicos e à fiscalização dos órgãos do Poder Executivo. Desde a Resolução nº 1/91-CN, logo aperfeiçoada em 1993, depois substituída pela Resolução nº 2/95-CN – que fixou melhor delineamento e limites quantitativos para a apresentação de emendas, conferiu prevalência às emendas coletivas, definiu a estrutura básica do Parecer Preliminar e criou restrições aos poderes das relatorias –, sucederam-se várias ações nesse sentido. Entre essas, cabe destacar o projeto de lei complementar previsto no art. 165, § 9º, da Constituição, a criação de comissões permanentes de fiscalização e controle, as ações gerenciais no sentido de o orçamento ser aprovado antes do início do exercício respectivo e as recentes manifestações das Presidências da Câmara e Senado sobre a conveniência de novos avanços nesse campo.

Com esse entendimento e considerados os pressupostos delineados no início dessa abordagem, entendemos que, além de ações orientadas para evitar manobras “criativas”, como as utilizadas nos últimos anos, são necessárias várias modificações no processo de apresentação de emendas individuais e coletivas; na estrutura e forma de funcionamento das relatorias; na interpretação da norma constitucional que orienta a regionalização das alocações; no entendimento dado às restrições legais e constitucionais à apresentação e aprovação de emendas; e no nível de relevância que deve ser atri-

buído à questão dos juros da dívida. Uma vez implementadas tais mudanças – na forma detalhada a seguir ou em variantes de similar propósito –, muitos dos problemas atuais serão eliminados, com ganhos para a Instituição e bons resultados para a sociedade.

7.1. Modificações no processo de apresentação de emendas

Os problemas identificados e apontados nas páginas precedentes indicam que a atual sistematização de emendas apresenta três graves disfunções: a) esvaziamento do conteúdo institucional das emendas individuais e pulverização das alocações em pequenos empreendimentos; b) distorção nas finalidades das emendas das Comissões e das Bancadas Regionais; c) irrealismo dos montantes pretendidos pelas emendas coletivas, sobretudo as de autoria das Comissões Permanentes e das Bancadas Estaduais.

Quanto à primeira das disfunções, entendemos que *o processo seria aperfeiçoado*, de maneira consonante com as elevadas responsabilidades da Instituição, por meio de duas medidas: 1) *redução no número de emendas individuais para algo como 10 a 15* (média de R\$ 100 a 150 mil por emenda) e *fixação*, de forma clara e objetiva, *dos programas em que tais emendas seriam cabíveis* (por exemplo: saneamento, habitação, desporto, obras e equipamentos escolares, equipamentos culturais, etc.); 2) *instituição das “Emendas de Indicação de Prioridades”* (setoriais, estaduais ou microrregionais), *as quais, sem definir o valor do atendimento, delineariam os problemas que devem merecer atenção do setor público federal*, facultando-se a cada parlamentar a apresentação de uma ou duas emendas dessa natureza. A primeira medida se destina a induzir uma maior concentração nas alocações, evitando o desperdício de recursos com ações de limitada relevância ou o fenômeno das obras que se arrastam por anos a fio sem a possibilidade de conclusão por falta de recursos. A segunda se afigura como imprescindível para que os parlamentares possam atuar na sinalização das políticas públicas e programas necessários à estrutura econômica, social ou institucional dos seus estados e microrregiões. Afinal, as emendas individuais foram concebidas como instrumentos de formulação de políticas públicas e não apenas para constituir um meio de viabilização dos atendimentos “paroquiais”.

No que se refere às distorções detectadas no emprego das emendas das Bancadas Regionais e das Comissões, a nossa percepção é de que isso ocorre pelo fato de estes órgãos estarem sendo orientados para atuar sobre um instrumento de detalhamento das alocações (lei orçamentária anual), quando, pela sua natureza, deveriam ser dirigidos para intervir sobre as proposições superordenadoras deste, ou seja, àquelas relativas ao plano plurianual (PPA) e à lei de diretrizes orçamentárias (LDO). A atuação das comissões permanentes, em razão de suas competências constitucionais (“art. 58, § 2º, VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer”), deve situar-se no nível da formulação das políticas públicas de alocação e não no dos detalhamentos operacionais. O mesmo se pode dizer das Bancadas Regionais. Assim, *com relação às distorções inerentes às emendas das Comissões e Bancadas Regionais, a nossa sugestão é de que a competência desses órgãos para emendar projetos sobre matérias orçamentárias – excetuadas as Comissões Diretoras da Câmara e Senado, às quais, por dever de ofício, interessam as alocações orçamentárias in concreto – deve ficar restrita ao Plano Plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Parecer Preliminar.*

Quanto às emendas das bancadas estaduais – as de maior importância para o equacionamento das necessidades de cada unidade federativa –, entendemos que são necessários vários aprimoramentos. Em primeiro lugar, é imperativo que se revejam os seus limites quantitativos, submetendo-os a uma regra que leve em conta as diferentes magnitudes dos estados e bancadas. Não há como sustentar que as bancadas dos estados como o de Minas Gerais – com 10,39% da população do País, 9,81% do PIB, cerca de 800 municípios e 53 parlamentares – tenham de acomodar as suas postulações dentro das mesmas dez emendas facultadas a bancadas de estados como o Amapá – com 0,19% da população do País, 0,16% do PIB, 20 municípios e 8 parlamentares. A norma atual – que atribui a todas as bancadas um mesmo limite quantitativo de emendas – fere o princípio da proporcionalidade que deve organizar as decisões colegiadas e institui um gravame adicional à sub-representação política dos estados mais populosos. Em segundo, é necessário fixar limites (de valor) para as emendas das bancadas. Tal se afigura como um imperativo de racionalidade. Não tem sentido admitir que se formulem emendas de

bancada no montante de R\$ 12 a 20 bilhões (como ocorreu em 1996 e 1997) se a capacidade de mobilização de recursos pelo Congresso Nacional, para tais atendimentos, tem sido inferior à média de R\$ 3 bilhões, nos últimos cinco anos. *Os limites de valor, por bancada, devidamente considerados os critérios de regionalização, deveriam ser fixados pelo Parecer Preliminar*, que passaria a definir o montante de recursos mobilizáveis pelo Congresso Nacional naquele exercício. Se desejável alguma margem de flexibilidade, inclusive para que a atuação da Relatoria se revista de maior significado, o limite para as emendas de cada bancada estadual poderia ser fixado de modo a ultrapassar o montante mobilizável em 15% a 30%, com obrigatoriedade indicação da ordem de prioridade de cada emenda e a definição dos valores mínimo, médio e máximo para cada empreendimento (100%, 115% e 130% do teto estadual). Por fim, que sejam definitivamente vedados artifícios “criativos” como as chamadas “indicações para emendas de relatoria”.

7.2. Aperfeiçoamentos na estrutura e funcionamento das Relatorias

Como salientamos anteriormente, as Relatorias Setoriais têm se revelado órgãos de pouca efetividade no aperfeiçoamento do processo de apreciação dos projetos sobre matéria orçamentária. São muitas as causas do seu insatisfatório desempenho. Estas abrangem desde a precária institucionalização das Subcomissões temáticas permanentes, passam pela limitada objetividade dos critérios de decisão, pela precária demanda por ações decisórias nas emendas individuais (após a instituição das quotas por mandato parlamentar) e pela restrita visibilidade do que estão fazendo as demais relatorias, até o excessivo grau de autonomia conferido ao Relator-Geral. Na reversão desse quadro, acolhidos os pressupostos legitimados pelos estudos de administração pública – especialmente o de que é mais fácil criar uma nova estrutura do que modificar práticas antigas –, a solução mais recomendável parece ser a criação de um novo modelo de intervenção.

Assim, com base na positiva experiência realizada em 1994 (Orçamento para 1995) – primeiro ano, desde 1990, em que a Lei Orçamentária foi aprovada e enviada à sanção antes do início do seu exercício de referência –, mesmo sendo ano de eleições, sugerimos que *a sistemática de relatorias atualmente utilizada* para a apreciação dos projetos de PPA, LDO, LOA e

LCA (relator singular ou relatores setoriais + relator-geral) seja substituída por uma sistemática de Colegiado de Relatores, na qual se adotem processos assemelhados aos usados em 1994. Cada colegiado – composto de 5 a 7 membros – funcionaria sempre num mesmo local, aberto ao público, em horários pré-estabelecidos, dando acesso ao público aos pleitos e documentos que lhe fossem enviados e decidiria apenas com base em critérios pré-determinados. No caso do PPA e da LDO, as decisões seriam por setores de governo, programas e metas, enquanto no caso da LOA e dos LCA, estas seriam por unidade da federação e projetos. Isso permitiria assegurar transparência e publicidade às suas operações, desconcentrar o poder decisório e obter maior racionalidade e celeridade processual, ao submeter cada agregado tão-somente a um ciclo de decisão.

Tais colegiados atuariam com o apoio de Comitês auxiliares, sempre que necessário, sendo as suas decisões tomadas por maioria simples, desde que presentes 2/3 de seus membros. Sua composição seria realizada de modo a respeitar as regras de proporcionalidade partidária tradicionalmente observadas pelas Comissões do Congresso Nacional, na forma sintetizada na Resolução nº 2/95-CN, ouvidas sempre, como ocorre atualmente, as lideranças partidárias. Com essa sistemática, a responsabilidade decisória – inclusiva para a constituição dos Comitês – se deslocaria do Relator-Geral para o Colegiado, restando ao Relator-Geral a honrosa atribuição de coordenar os trabalhos. *Desse modo, seriam combatidos três dos grandes problemas atuais: a) o excesso de poder do Relator-Geral; b) a grande recorrência decisória do processo, que faz com que a mesma questão tenha de ser reexaminada várias vezes, com exacerbamento dos conflitos; c) a acumulação de atrasos nas várias etapas, dificultando a aprovação dos projetos dentro dos prazos constitucionais.* Essa sistemática pode ser implementada com ou sem o concurso das Subcomissões Temáticas, dado que a institucionalização dos colegiados não impede que o Relatório seja discutido, como preliminar, em nível setorial.

Nessa perspectiva, entendemos que as Emendas Individuais devam ser submetidas a um rito simplificado de apreciação, praticamente à margem das preocupações do Colegiado – onde o trabalho das assessorias seria supervisionado por um Comitê especial, que se encarregaria de decidir eventuais pendências –,

depois de definidos pelo Parecer Preliminar o valor da quota por mandato parlamentar e o elenco dos programas em que seria admitida a criação de subprojetos/subatividades por meio desse instrumento. Quanto às “Emendas de Indicação de Prioridades”, cuja criação é sugerida no item 7.1 – “Modificações no Processo de Apresentação de Emendas” –, depois de sistematizadas por programações típicas e áreas geográficas, seriam utilizadas como elementos auxiliares no processo decisório relativos às emendas das Bancadas Estaduais e, ocasionalmente, quando assim entendido conveniente pelo Plenário da Comissão Mista, na fundamentação de emendas do Colegiado de Relatores, desde que viabilizados os recursos necessários.

Todos os membros de cada Colegiado seriam designados na mesma ocasião, devendo os relativos à LDO e LOA serem constituídos dentro de trinta dias da instalação da Comissão Mista de Orçamento, de modo a lhes assegurar tempo suficiente para organizar os seus trabalhos, solicitar os estudos necessários às assessorias das Casas do Congresso Nacional, requerer informações complementares aos órgãos dos Poderes da União, sistematizar critérios para orientar as suas decisões, definir a estrutura de Comitês com que irão atuar e articular os elementos básicos do Parecer Preliminar.

Na sistemática ora proposta, entende-se que, no que se refere à LOA, os montantes mobilizáveis pelo Congresso Nacional devem ser definidos já no Parecer Preliminar. Mais do que apenas um número genérico, os montantes seriam definidos por órgãos, unidades, fontes, modalidades de aplicação e GNDs, de modo a que eventuais questionamentos a estes ocorram antes da efetivação do remanejamento. Se realizado na etapa do Parecer Preliminar – cujo prazo poderia até ser ampliado, tendo em vista os ganhos de tempo derivados da eliminação das Relatórias Setoriais –, essa tarefa poderia ser efetuada pelo próprio Colegiado, dando-lhe maior segurança quanto à consistência de suas ações e tornando dispensável a criação de um Comitê auxiliar para realizar essa tarefa. Os montantes assim definidos seriam alocados integralmente pelo Colegiado, vedada a constituição de reservas para atender a situações eventuais ou a quem “chorar mais” na etapa dos destiques, a fim de evitar a criação de falsas expectativas. Como contrapartida necessária a essa regra, tornar-se-ia exigível que a proposição de destiques abrangesse uma rotina, preliminar ou subsequente, na qual se definissem os recursos que os viabilizassem.

7.3. Fixação de normas para a regionalização das alocações

Conforme fundamentado no título 5 – “A Questão dos Critérios para a Distribuição dos Recursos entre Estados e Regiões” –, a precariedade dos critérios de regionalização das aplicações tem causado uma série de problemas à apreciação dos projetos sobre matérias orçamentárias. Tal fato já seria razão bastante para ensejar ações corretivas; porém, a este se acresce o de que até as restritas orientações definidas pelo texto constitucional estão para se tornarem não-exigíveis, em vista de o prazo de dez anos fixado pelo art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estar terminando no corrente exercício.

Com o sentido de sanar os problemas apontados, até que a lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da Constituição venha a regular a matéria de forma mais definitiva, sugerimos que as leis de diretrizes orçamentárias passem a incluir normas objetivas que viabilizem o cumprimento do propósito dos Constituintes de 1988, delineado no art. 165, § 7º, da Constituição e no art. 35 do ADCT. Para que isso possa ser feito de modo estável e transparente, são imprescindíveis algumas medidas complementares à simples fixação dos critérios de regionalização, sem as quais torna-se inviável o delineamento dos montantes sobre os quais esses devam ser aplicados.

Tais normas devem incluir, pelo menos: disposições relativas à definição dos projetos do PPA que devam ser situados como prioritários, sempre que tais não sejam claramente individualizados no próprio Plano Plurianual; disposições que obriguem a administração pública a individualizar as despesas relativas “à manutenção dos órgãos federais no Distrito Federal” das inerentes à manutenção de sua estrutura no restante do País; disposições relativas às “inversões financeiras” das empresas estatais (sobretudo das agências de fomento); disposições relativas ao que se deva entender por “critério populacional”; e disposições que delineiem as outras despesas que devam ser excluídas na apuração dos montantes regionalizáveis. Com base nos argumentos delineados ao longo dessa abordagem, são sugeridas, com caráter referencial, tomando-se como base a LDO vigente, as seguintes inclusões no texto das futuras LDOs:

a) No Capítulo I, como parágrafo adicional do art. 2º:

“Para os fins do que estabelece o art. 35, § 1º, I, do ADCT, são considerados projetos prioritários no Plano Plurianual aqueles nominados no Anexo II desta lei”;

b) No Capítulo II, como parágrafo adicional do art. 6º:

“A fim de possibilitar o cumprimento do que estabelece o art. 35, § 1º, III, do ADCT, os órgãos e unidades orçamentárias individualizarão, mediante categorias de programação no seu menor nível, as despesas com a manutenção das suas unidades sediadas no Distrito Federal”;

c) No Capítulo III, como inciso adicional do art. 16 (“Na programação da despesa não poderão ser.”):

“incluídos subprojetos genéricos que beneficiem várias unidades da federação, ainda que financiados com recursos de empréstimos ou das respectivas contrapartidas contratuais”;

d) No Capítulo III, como artigo subsequente ao 17:

“Art. 18. Exetuados os gastos com investimentos, inversões financeiras e outras despesas correntes relacionadas com a prestação de benefícios diretos às comunidades, que devam ser excluídos por disposições constitucionais ou normas desta lei, o conjunto desses gastos obedecerão, para fins de sua distribuição entre as unidades federativas, aos seguintes critérios:

I – metade, proporcional à população de cada Estado;

II – metade, inversamente proporcional à renda per capita de cada Estado”;

e) No Capítulo III, como parágrafo do artigo 18(acima):

“Parágrafo único. Para a apuração do montante sobre o qual serão aplicados os critérios de regionalização, além dos indicados no art. 35, § 1º, do ADCT, excluem-se também, em razão de sua natureza, os gastos com: I - encargos com inativos e pensionistas; II - benefícios da previdência social (aposentadorias e pensões); III - pagamento de sentenças judiciais; IV - transferências constitucionais que integrem o programa de trabalho do órgão “Transferência a Estados, Distrito

Federal e Municípios; e V – recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador”.

f) No Capítulo III, Seção IV, adicionar ao final do *caput* o complemento:

“de modo a individualizar todas as suas aplicações que sejam caracterizáveis como investimentos ou inversões financeiras na classificação econômica da despesa”.

7.4. Sistematização das restrições legais à apresentação e aprovação de emendas

A experiência humana tem demonstrado, ao longo dos tempos, que nada é mais educativo do que o exemplo. Na sociedade moderna, os estudos de comportamento têm comprovado que os melhores exemplos são os das pessoas focais, entre as quais as autoridades constituem os maiores expoentes. Portanto, por essa e por uma série de outras razões – dever institucional, preservar uma imagem positiva, atender aos imperativos do interesse público, etc. –, o Congresso Nacional, como a principal autoridade incumbida da produção das leis do País, tem a responsabilidade de dar exemplo modelar de respeito e acatamento às normas constitucionais, legais e régimentais.

Para que isso possa acontecer no campo dos projetos sobre matérias orçamentárias, é indispensável que se harmonizem as várias normas que disciplinam a matéria – Constituição, ADCT, Lei nº 4.320/64, Decreto-Lei nº 200/67, LDO do exercício e Resoluções do Congresso Nacional –, superando as divergências de interpretação e construindo um referencial claro e consistente para utilização por vários anos.

Nesse sentido, entendemos que a primeira providência é acabar com a criatividade nas interpretações constitucionais. Se a Constituição, em seu art. 166, § 3º, inciso II, estabelece que, para a aprovação de emendas, serão “admitidos apenas os [recursos] provenientes de anulação de despesa”, não cabe buscar outras fontes, como, por exemplo, a reestimativa de receitas a título de “correção de erros ou omissões”. Disso não advém nenhum prejuízo, já que o Poder Legislativo tem ao seu alcance um instrumental bastante amplo para agir no caso de receitas eventualmente subestimadas. Entre estes podemos citar: a) a provocação de mensagem retificativa do Poder Executivo; b) a instauração de processo de apuração de crime de responsabilidade; c) a retirada – total ou

parcial – dos níveis de flexibilidade tradicionalmente conferidos ao Poder Executivo para a abertura de créditos adicionais; d) a mudança nas normas da LDO que definem a magnitude das reservas de contingência, definindo-a apenas no que se refere à proposta do Executivo e deixando ao Legislativo a prerrogativa de fixar o valor com que constarão da lei orçamentária anual; e) a imposição de pesados cortes nos projetos emblemáticos da Administração.

Como segunda providência, ainda no âmbito da interpretação das normas constitucionais e a partir do princípio de que nestas não existem dispositivos inócuos ou supérfluos, é conveniente que se consolide o entendimento de que *a aprovação de emendas deve subordinar-se, cumulativamente, a três condicionantes*: a) sua compatibilidade com os planos (PPA) e prioridades (LDO) previamente definidas; b) orientar-se para a correção de erros e omissões (aceitáveis como tais inclusive a individualização de obras ou ações por localidades, mediante sub-projetos ou subatividades) ou para a realização de ajustes nos dispositivos do texto da lei; e c) indicar recursos compensatórios para as mudanças propostas com a finalidade de sanar os erros e omissões, sempre que estas envolverem alocações adicionais de recursos.

Além disso, que se atue no sentido de promover o acatamento às normas do art. 33 da Lei nº 4.320/64. Com efeito, a alínea “a” – que veda a admissão de emendas que visem “alterar a dotação solicitada para despesa de custeio, salvo quando provada, nesse ponto, a inexatidão da proposta” – destina-se a *evitar cortes arbitrários nos custeios*. Sua inobservância, nos últimos anos, em que, com freqüência, foram impostos cortes lineares a determinadas atividades e projetos – com vistas a gerar recursos para o atendimento a emendas –, tem resultado na necessidade de um grande volume de remanejamentos e de créditos adicionais quando da execução do orçamento. Merece atenção, igualmente, o dispositivo desse artigo (alínea “b”) que veda a concessão de “dotação para início de obra cujo projeto não esteja aprovado pelos órgãos competentes”. De fato, em princípio, *os recursos públicos devem ser alocados apenas nos empreendimentos cuja viabilidade, amplitude e custos tenham sido avaliados como razoáveis* – evitando-se a sua pulverização em miríades de obras de duvidosa prioridade. Quanto às alíneas “c” e “d” – que vedam a concessão de dotações para “instalação ou funcionamento de serviço que não esteja anteriormente criado”

ou que excedam “aos quantitativos fixados... para concessão de auxílios e subvenções” –, expressam dispositivos que já vêm sendo respeitados, a partir de normas incluídas nas LDOs dos últimos anos, que definem inclusive restrições adicionais aos auxílios e às subvenções. Sem dúvida, as normas do art. 33 definem orientações de ordem prática cuja observância contribuem para a defesa do interesse público.

Quanto às normas da Resolução nº 2/95 – CN, ou de qualquer outra que venha a substituí-la, é preciso combater sistematicamente os artifícios “criativos” e consolidar o entendimento de que *a atuação da Comissão Mista de Orçamento deve dar-se com o máximo de transparência, desconcentração do poder e por meio de processos que assegurem tanto o combate aos desequilíbrios inter-regionais quanto a equidade nos atendimentos*. Num País de tantas carências como o nosso, também os estados de melhor estrutura econômica e de grandes populações possuem problemas sérios a equacionar, especialmente os relacionados aos atendimentos sociais, em vista do agravamento do fenômeno do desemprego no mundo e seus desdobramentos sobre a sociedade.

7.5. Atribuição de maior relevância à questão dos juros da dívida

A questão das taxas de juros, em que pese a sua grande ponderação nos gastos orçamentários da União, tem sido pouco discutida no âmbito dos processos de apreciação dos Orçamentos. Se é verdade que a administração das taxas de juros constitui um dos instrumentos básicos de implementação da política monetária do Governo pelas autoridades monetárias – que deve ser exercida com níveis apropriados de flexibilidade para que tais possam atuar com a necessária presteza diante de conjunturas adversas –, também é verdade que o Parlamento não pode ficar à margem desse processo, pouco informado das determinantes de cada mudança de orientação e alheio às suas consequências. Existem aqui pelo menos três vertentes relevantes para justificar uma mudança de atitude em relação a essa matéria. A primeira, que cabe ao Congresso Nacional exercer o monitoramento de todas as atividades que tenham importância para o processo produtivo nacional. Ninguém pode negar que o nível das taxas de juros se enquadre nessa categoria. A segunda, que dado a magnitude da dívida interna sob a responsabilidade do Tesouro – hoje situada na casa dos R\$ 165 bilhões –, cada décimo de ponto percen-

tual nas taxas mensais representa um custo adicional de R\$ 2 bilhões, por ano, nas despesas orçamentárias relativas à rubrica “juros”. Portanto, se as taxas de juros anuais subirem de 28,0% para 31,6%, os gastos do Tesouro com os juros da dívida interna se elevarão em cerca de R\$ 6,0 bilhões. A terceira, que pelas suas competências constitucionais na fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo – incluídos os da administração indireta –, cabe-lhe atuar na supervisão de todas as atividades em que os agentes responsáveis possam estabelecer ações que favoreçam interesses particularizados em detrimento do interesse público e das responsabilidades institucionais.

8. Considerações finais

Embora se reconheça que a simples implementação das medidas propostas não resolva por inteiro a questão do empobrecimento das participações do Congresso Nacional na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, não resta dúvida de que ela contribui de modo significativo para que se avance nessa direção. Porém, para que se promova uma ampla reversão no quadro atual, é necessário que tais medidas sejam complementadas por providências que: a) impeçam a alteração das leis de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual por medidas provisórias; b) neutralizem a prevalência do Executivo na definição das programações a implementar; c) resultem em maior ênfase nas alocações em favor de empreendimentos estratégicos; d) conduzam a ações mais efetivas no campo do acompanhamento e avaliação de resultados.

Para finalizar, gostaríamos de deixar registrado, mesmo sem ter tratado da questão no

decorrer da abordagem, que somos contrários às propostas de modificação nos prazos ora fixados para que o Executivo e o Legislativo cumpram suas responsabilidades no processo orçamentário. Com o “background” de quem vem atuando nesse campo há mais de duas décadas, em ambos os Poderes, entendemos que os problemas da atual sistemática de apreciação dos projetos sobre matéria orçamentária (PPA, LDO e LOA) tem pouco que ver com a exigüidade dos prazos facultados ao Poder Legislativo. Na verdade, o problema está em que se tem gasto muito tempo com apreciações que poderiam ser simplificadas e que se tem criado processos decisórios superpostos, nos quais cada conjunto de decisões precisa ser revisto duas, três ou mais vezes. Disso resulta um processo recorrente que é lento, tremendamente desgastante para todos os envolvidos e de reduzida produtividade. Se o processo for reorganizado, na forma aqui sugerida, essa dificuldade será superada. Não vemos sentido em estreitar ainda mais os prazos já bastante reduzidos concedidos ao Poder Executivo para elaborar sua proposta de orçamento, ou seja, de menos de sessenta dias após a aprovação da LDO (se concluída dentro do prazo constitucional), se não for possível viabilizar o início da apreciação da LDO, pelo Poder Legislativo, antes de meados de abril. Isso parece difícil, salvo se o início da sessão legislativa anual puder ser também antecipado, pois, como se sabe, nas primeiras semanas de cada ano legislativo (que se inicia em 15 de fevereiro), as prioridades do Congresso Nacional são para a definição das Lideranças e Presidências das Comissões Permanentes. Somente depois disso é que suas atenções se voltam para a instalação da Comissão Mista de Orçamento, evento que, desde 1991, jamais ocorreu antes do início do mês de abril¹⁶.

¹⁶ Segundo as Atas da Comissão Mista de Orçamento, as sessões de instalação da CMPOF ocorreram: a) em 28/5/91 (Presidência do Sen. Ronaldo Aragão); b) em 8/4/92 (Presidência do Dep. Messias Góis); c) em 30/6/93 (Presidência do Sen. Raimundo Lyra); d) em 8/11/94 (Presidência do Dep. Humberto Souto); e) em 12/9/95 (Presidência do Sen. Renan Calheiros); f) em 17/4/96 (Presidência do Dep. Sarney Filho); g) em 15/4/97 (Presidência do Sen. Ney Suassuna).

A privatização das empresas estatais como pré-requisito para implementação de um regime econômico neoliberalista

NEY FONTOURA BOCCANERA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Regimes econômicos. 3. Liberalismo. 4. Intervencionismo. 5. Adam Smith e David Ricardo. 6. John Maynard Keynes. 7. Neoliberalismo. 8. Conclusões.

1. Introdução

A história econômica das nações nos ensina que, em certos momentos da vida dos Estados, os seus respectivos governos valem-se de soluções drásticas, de forma radical, a fim de socorrer a saúde da economia de seus países, buscando, entre outras medidas, reformar literalmente os procedimentos da ação governamental junto aos agentes econômicos formadores da riqueza e do crescimento econômico nacionais.

Conforme assistimos, contemporaneamente, no caso brasileiro, as medidas governamentais nos permitem concluir que o Executivo tem em vista alterar substancialmente o regime econômico herdado de governos anteriores de cunho totalmente intervencionista na economia da nação, o que, como sabemos, acarretou, para o Estado, uma gama considerável de encargos, criando uma hipertrofia do seu tamanho e um contexto orgânico inepto, impraticável de ser administrado.

Conseqüentemente, o desenvolvimento do Estado, máxime na sua órbita econômica, seria inatingível. Assim, acreditamos que não restou outra alternativa ao governo brasileiro senão a implementação de um outro regime econômico, cuja escolha, como tudo indica, recaiu na adoção dos princípios e critérios que embasam um modelo neoliberalista, como veremos adiante, o que ficou cabalmente transparente em face da

Ney Fontoura Bocanera é Advogado (Reg. OAB/RJ), Procurador Autárquico Federal (Aposentado), Pós-graduado em Direito Público (*Lato sensu*), ex-Professor de Direito Civil-AEUDF/DF e ex-Assessor-Consultoria MPAS.

privatização das empresas estatais, que vem sendo praticada mediante o planejamento governamental preestabelecido.

2. Regimes econômicos

Isso posto, a doutrina nos autoriza a registrar que, historicamente, segundo se empunham as circunstâncias políticas de cada país, a opção do regime econômico, invariavelmente, recaía entre os dois tradicionais regimes que a história da economia política mundial recomendava, isto é, o *Regime Liberal* ou o *Regime Intervencionista*.

Essa sistemática foi, igualmente, adotada pelo Brasil. A cada novo sistema político governamental, um desses regimes econômicos era adotado pelo então governo brasileiro.

3. Liberalismo

O primeiro regime acima citado, o *Liberal Clássico*, surgido no século XVIII, preconizava que o Estado deveria omitir-se de interferir no processo econômico, posição esta que a doutrina resumia nas expressões: “laissez faire”, “laissez passer”. Assim, o Estado deveria assumir uma posição plenamente passiva, contemplativa, frente à vida econômica do país.

4. Intervencionismo

Ao contrário do regime retro definido, surge posteriormente o Regime Intervencionista, cujos adeptos pregavam um procedimento do Estado junto à área econômica diametralmente oposto ao do Regime Liberal. Seu surgimento se deu durante o primeiro quartel do século XIX, tendo como expoente máximo a figura de Simon de Sismondi, que proclamava ser necessária a intervenção do Estado para proteger os fracos contra os fortes, remediando, inclusive, os abusos praticados pela concorrência ou para atenuar as crises industriais. Defendia Sismondi o Estado Socialista. Porém, mais tarde, passou a se estribar no pensamento de Karl Marx, cujas idéias tinham como base a filosofia de Hegel, seu dileto amigo, e que se acham substancialmente em sua famosa obra “O Capital”. Tal obra serviu, no futuro, como uma espécie de bíblia ao Comunismo Internacional, que, como sabemos, teve uma existência apenas de setenta anos como sustentáculo da vida política da Rússia Soviética, cujo governo adotava, àquela

época, um regime econômico de pleno intervencionismo na economia do país. Mas, como é notório, esse regime fracassou literalmente, quer na União Soviética como em outros países comunistas, os quais, hoje, já possuem uma economia democratizada em boa parte.

5. Adam Smith e David Ricardo

Para maior clareza das verdadeiras origens e dos reais objetivos de ambos os regimes econômicos acima comentados, devemos remontar ao século XVIII, quando sobressaíram as figuras exponenciais, primeiro, de Adam Smith, por meio de sua célebre obra “Richesse des nations” (Riqueza das Nações), e, posteriormente, de David Ricardo, como autênticos representantes de uma novel filosofia econômica de cunho essencialmente liberal. Essas duas notáveis personalidades eram hostis à intervenção do Estado no domínio econômico, porque entendiam que tal ingerência era não apenas inútil, mas nefasta. Portanto, foram os critérios filosóficos instituidores do regime liberal que levaram esses dois teóricos a considerarem esse regime como o mais conveniente e frutuoso a ser seguido pelo Estado com vistas ao desenvolvimento nacional, sobretudo num sistema capitalista democrático.

Nessa trilha, eram esses economistas unâmes em afirmar que a implantação do regime econômico liberal se afinava fundamentalmente ao sistema capitalista clássico do século XIX, o qual, por sua vez, repousava em três princípios básicos: 1º) o da liberdade econômica; 2º) o da propriedade privada e, 3º) o da herança. Vale ainda dizer que, até hoje, num Estado de Direito, de cunho capitalista, democrático, esses três princípios ainda são literalmente reconhecidos na ordem jurídica como legítimos e indispensáveis à satisfação das necessidades humanas. Daí por que a doutrina entende que as regras jurídicas e os fenômenos econômicos estão em estreita relação entre si. Nesta razão, diziam aqueles que se perfilhavam à teoria liberalista: cabe ao Estado conceder à iniciativa privada toda a liberdade negocial, ficando a cargo dele, Estado, *apenas* algumas obrigações relativas ao desenvolvimento econômico da nação, tais como: a construção e manutenção de estradas, de pontes, de canais, de portos, etc. De resto, nada mais competia ao Estado interferir no campo econômico, enfatizavam em seu discurso doutrinário os partidários da escola liberal clássica, a qual teve em Adam Smith e David Ricardo seus maiores nomes.

6. John Maynard Keynes

Feito esse perfuntório exame da chamada teoria econômica clássica, surgida em França, no século XVIII, e que foi o berço da famosa escola liberal, não poderíamos deixar de explicitar o pensamento de Keynes, reformador por excelência do Liberalismo, cujos estudos vieram a público no limiar do século XX. Sua obra inicial, "Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda", deu margem a inúmeras divergências no campo das ciências econômicas. Na aludida obra, Keynes propugnava, embora respaldado na linha política liberal, pela manutenção de um estado de equilíbrio da economia com a realização do *pleno emprego*. Para Keynes, o maior problema econômico era a supressão do desemprego e a obtenção do pleno emprego. Assim sendo, pregava ele que o Estado via-se obrigado a intervir para agir junto às variáveis fundamentais, a fim de atingir o pleno emprego. As idéias de Keynes, diz a doutrina, serviram de fundamento para a criação do chamado Estado Social, ou, como querem alguns, Estado Protetor. Essa política econômica defendida por Keynes, devemos ressaltar, foi consagrada pelos seus resultados positivos alcançados, principalmente, por ocasião da grande depressão de 1929, nos Estados Unidos da América do Norte.

7. Neoliberalismo

Na realidade, verificou-se que, na prática, nem o regime econômico liberal clássico e nem o regime intervencionista puro conseguiriam evitar os desequilíbrios econômicos na vida das nações. Daí por que os economistas acabaram por concluir que, não obstante a liberdade de mercado, a livre concorrência e o abstencionismo do Estado no campo econômico seriam as posições mais recomendáveis para se atingir o equilíbrio da economia, pois, em determinadas situações, cumpriria ao Estado intervir diretamente. Mas, até que ponto o Estado deveria intervir? Eis a dificuldade. Cada situação, portanto, deveria ser examinada e estudada acuradamente, para que, após uma profunda análise da crise, chegue-se à real conclusão da dose de interferência estatal a ser aplicada no setor afetado. Por conseguinte, nos momentos críticos, a necessidade da intervenção estatal direta se faz imprescindível, sobretudo para combater com eficácia o desemprego excessivo, por meio de uma pertinente e específica legislação, capaz, inclusive, de conceder incentivos fiscais

ou isenções de encargos às fontes de produção, ou para corrigir os desequilíbrios, segundo opinião da maioria. Portanto, entendem os modernos economistas que deve o Estado exercer a função controladora e fiscalizadora da ordem econômica, aplicando as medidas saneadoras das distorções apresentadas eventualmente no campo econômico. Trata-se, na palavra de muitos, de um intervencionismo-liberal, ao que outros denominam de *neoliberalismo*, regime esse que propugna por procedimentos intervencionistas utilizados pelo Estado eventualmente, mas só aplicáveis nos momentos de crise e passagieramente, pois refogem aos critérios do liberalismo clássico, cujos princípios não permitiam, como já comentamos, qualquer intervenção estatal na vida econômica do país em face da qual o Estado deveria assumir uma postura literalmente contemplativa.

Privatização

Ao que tudo parece, o atual governo brasileiro se inclina a implementar um regime econômico do tipo neoliberal com as adaptações de medidas jurídicas capazes de corrigir as distorções peculiares do mercado da economia brasileira, flexibilizando sua política econômica de conformidade com as necessidades sociais as quais se manifestam, freqüentemente em diferentes segmentos da coletividade, e sem perder de vista a solução dos problemas sociais, de uma maneira global, como por exemplo: o combate ao desemprego, à seca; a implantação de uma reforma agrária justa e humana; o combate à violência em todas as suas formas; e a proteção à saúde e à educação em todos os níveis e para todos.

Acreditamos, pois, que o governo brasileiro, tendo como propósito a implantação de um novo regime econômico sob um modelo neoliberal, segundo comentamos acima, com base em uma legislação pertinente, deu um passo inicial de grande alcance ao adotar uma política de privatização das empresas estatais, já em pleno andamento. Tal medida é autorizada pela lei vigente para ser exercida nas três esferas da Federação, tanto na Federal, como nas Estadual e Municipal.

A nosso ver, a privatização de tais empresas significa do ponto de vista jurídico a passagem pura e simples dos referidos entes econômicos do domínio do Estado, da pessoa de direito público, para o domínio de uma entidade particular, pessoa de direito privado, cuja atividade se desenvolve dentro do mercado da livre iniciativa.

E a forma pela qual o Estado se vale para realizar a privatização de suas empresas é a da simples alienação, sob a modalidade da concorrência pública que se promoverá por meio de “leilões” públicos nos termos do edital, como determina a lei das licitações em vigor.

Como se sabe, muitas dessas empresas já foram vendidas, tanto para arrematadores nacionais como estrangeiros, por valores elevados. E, dentro dos termos estabelecidos pelo planejamento governamental, nessas mesmas condições serão vendidas quase a totalidade das empresas estatais brasileiras.

Vale remarcar, finalmente, que essa medida da privatização de empresas estatais permite ao governo tornar o Estado bem menor e, ainda, desobrigar-se dos altos encargos que lhe imponem as referidas empresas, pois muitas já se mostram ineficientes e deficitárias, onerando consideravelmente os cofres públicos. Com essa operação de privatização, tais encargos e responsabilidades serão transferidos para as empresas já privatizadas, obtendo, ainda, o Estado, a título indenizatório, uma considerável soma de recursos financeiros que, certamente, poderá ser aplicada em áreas sociais carentes, tais como: da saúde, da educação, da previdência social, ou, ainda, no resgate de títulos públicos, etc. É digno de nota, ainda, o fato que, não obstante a forte e sistemática oposição de diferentes segmentos da sociedade, sindicatos e partidos políticos, entre os mais agressivos, e apesar da inexperiência da própria equipe encarregada de promover as operações de venda, o governo está firmemente decidido, como se propala, a levar em frente o seu planejamento de alienação de suas empresas.

Por outro lado, cumpre reprimir que essa medida representa, em nosso entendimento, um alto e valioso instrumento regulador das distorções existentes, quer em diversos setores públicos como privados; extinguindo o nepotismo e o empreguismo tão utilizados já nas empresas públicas ora alienadas; tornando-as inclusive lucrativas dentro do âmbito da iniciativa privada; fazendo com que suas finanças sejam saneadas dos abusos administrativos e reorganizado o quadro de seu pessoal que será, por sua vez, reciclado tecnicamente. E, outrossim, ampliando sua rede de negócios e diminuindo seus custos de produção.

Dessa forma, estamos certos de que a mudança dessas empresas do setor público para o privado dará a elas maior vitalidade em sua infra-estrutura e promoverá o seu desenvolvimento

to econômico de maneira abrangente com a criação de novos empregos e o aumento de produtos exportáveis, o que, consequentemente, contribuirá favoravelmente para o equilíbrio da balança comercial exterior.

8. Conclusões

Ex positis, podemos concluir, em síntese, o seguinte:

I - Fundamentalmente, a partir do século XVIII e no limiar do século XIX, no campo da economia política das nações, duas foram as correntes ideológicas em que, com algumas variáveis, seus adeptos disputaram a liderança de suas teorias, pregando o melhor regime econômico delas emanado a ser adotado pelos estados com vistas ao desenvolvimento de suas economias e bem-estar social.

Foram denominadas pela doutrina, segundo os critérios de seus princípios dogmáticos, como: a do *intervencionismo* e a do *liberalismo*. Porém, contemporaneamente, muitos são os Estados (governos) que vêm a adoção de um regime econômico misto, isto é, a interação entre ambos os regimes acima citados, como a fórmula ideal do melhor modelo a ser aplicado. Trata-se, na verdade, de uma espécie de intervencionismo liberal, ou neoliberalismo, que, segundo o magistério de W. Lipmann, resume-se, *in verbis*: “É preciso intervir para permitir à liberdade seu exercício”.

Temos, por conseguinte, a impressão que, em face das medidas já adotadas, sobretudo com a privatização das empresas estatais, esse regime foi o escolhido pelo governo brasileiro para consertar não somente as distorções existentes no Estado, como na sua economia de uma maneira global.

II - Finalmente, cumpre afirmar que a medida da privatização das empresas estatais, se levada a termo, estará inteiramente correta, eis que, repetimos, sem dúvida trará uma série de vantagens lucrativas, quer para o setor público como, sobretudo, para a economia privada.

Não será demais remarcar que, com a alienação das referidas empresas, o Estado ficará desobrigado de pesados encargos financeiros e, ainda, será indenizado com valiosas somas as quais, como já frisamos, poderão ser aplicadas em áreas sociais carentes.

Por outro lado, as próprias empresas alienadas serão beneficiadas com uma excelente solu-

ção no que tange ao seu crescimento econômico e saneamento de suas finanças, além de, no futuro, propiciarem um aumento considerável de novos empregos em face da melhoria de sua produção.

Educação e advocacia no III milênio

PAULO LUIZ NETTO LÔBO

SUMÁRIO

1. Uma pesquisa nacional sobre o perfil do advogado brasileiro. 2. Breve evolução do perfil do profissional da advocacia no Brasil. 3. Interesses corporativos e institucionais; harmonia e conflitos. 4. Postulação em juízo. 5. Advocacia assalariada. Proletarização crescente. 6. Advocacia preventiva e extrajudicial. 7. Advocacia de movimentos populares e organizações sociais. 8. O papel do advogado na mediação e na arbitragem. 9. Advocacia dos interesses transindividuais ou comunitários. 10. O impacto da informática nas práticas profissionais. 11. A formação sócio-política do advogado. 12. Conclusão.

1. Uma pesquisa nacional sobre o perfil do advogado brasileiro

Em abril de 1996, o Conselho Federal da OAB patrocinou uma pesquisa nacional por amostragem do perfil do advogado brasileiro. A pesquisa foi executada pelo instituto Vox Populi, a partir do questionário elaborado pela Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB (39 questões), que se incumbiu do acompanhamento e da análise dos resultados. Na história da OAB, foi a primeira vez que se realizou pesquisa com tal abrangência e magnitude.

Foram aplicados 1.706 questionários a advogados, aleatoriamente sorteados entre os 450.000 inscritos na OAB, proporcionalmente aos Estados, às cinco regiões do país e ao conjunto de capitais e cidades do interior. No total, foram pesquisados 296 municípios brasileiros. Levou-se em conta, para a proporção, o número de inscritos, porque a OAB ainda não conseguiu atualizar seu cadastro, de modo confiável, suprimindo as inscrições canceladas ou que deveriam estar canceladas (cancelamento voluntário).

Paulo Luiz Netto Lôbo é Doutor em Direito pela USP. Advogado. Professor e Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL. Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado na UFPE.

tário, morte ou incompatibilidade definitiva com a advocacia).

Os resultados confirmaram algumas antecipações dos estudiosos da profissão e revelaram traços que nos ajudam a comprehendê-la melhor, nas proximidades do III Milênio.

Os dados da atualização são imprescindíveis, mas podem ser distorcidos, na perspectiva de futuro, se não interligados em conjunto com as transformações havidas no ensino jurídico, na sociedade e no direito. Nos limites deste estudo, essas interfaces não serão abordadas, mas perpassarão as reflexões a seguir. Os dados da pesquisa, além de nos informarem sobre o estado da arte da profissão, permitem-nos projetá-la no futuro, trabalhando seus perfis de tendência.

2. Breve evolução do perfil do profissional da advocacia no Brasil

Durante o período colonial, o exercício da profissão de advogado era mais ou menos livre, constituindo o espaço de atuação dos leguleios ou rábulas, ou seja, dos que aprendiam e exerciam o ofício na prática. As Ordenações Filipinas (Primeiro Livro, Título XLVIII) determinavam que “todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos Reinos, tenham oito anos de estudo cursados na Universidade de Coimbra em Direito Canonico, ou Civil, ou em ambos”, sob penas severas de prisão ou degredo para os infratores. Todavia, o Alvará régio de 24 de julho de 1713 declarou que, fora da Corte, poderia ser advogado “qualquer pessoa idônea, ainda que não seja formado, tirando Provisão”. Desse termo resultou a figura do provisionado, que perdurou no Brasil até o advento do mais recente Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). Assim, pelas evidentes dificuldades de deslocamento para Coimbra, o título de bacharel em direito era quase nobiliárquico, servindo mais para a conquista de postos de comando da alta burocracia ou de efeito simbólico dos estamentos do poder na Colônia e no Império.

Com o Império, após a criação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda, por força da Lei de 11 de agosto de 1827, ampliaram-se as oportunidades para a formação profissional regular. Mas os cursos tinham finalidades explícitas de formação dos quadros dirigentes, como se lê nos Estatutos do Visconde Cachoeira aos quais remete o artigo 10 da Lei, e, residualmente, de advogados. O caráter genérico das disciplinas

ministradas não contribuiu para a profissionalização, servindo os cursos como espaços de revelação de vocações políticas e literárias. No século XIX, todas as tentativas de organização da profissão de advogado foram frustradas. Note-se que o próprio Instituto dos Advogados, fundado em 1843 como associação civil, tinha por meta organizar a Ordem dos Advogados.

Na República Velha, a hegemonia política dos bacharéis deu sinais de declínio, na proporção do crescimento da advocacia como profissão autônoma e independente do Poder Público. Somente com a criação da OAB, em 1930¹, iniciou-se, no Brasil, a regulamentação profissional do advogado, com exigência de formação universitária, salvo nas regiões do Brasil onde se fazia necessária a figura do rábula ou provisionado. Até 1994, os dois primeiros Estatutos da Advocacia (Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, e Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963) voltaram-se exclusivamente para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma. Não contemplaram a advocacia extrajudicial e o advogado assalariado dos setores público e privado.

O descompasso com a realidade profissional e social levou à necessidade de elaboração de novo Estatuto, que veio à lume em 1994, mediante a Lei nº 8.906, de 4 de julho. A advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Também disciplinou o sentido e alcance de sua indispensabilidade na administração da justiça, prevista no artigo 133 da Constituição Federal; a inserção da advocacia pública; a tutela legal mínima de um protagonista esquecido, o advogado empregado.

3. Interesses corporativos e institucionais; harmonia e conflitos

A relação de dependência da profissão com o Poder Público e a ideologia conservadora adquirida no convívio com os grupos dominantes, requisitos sociais para o sucesso, distanciam o advogado, enquanto tal, das preocupações político-institucionais. Os advogados liberais que criaram a OAB idealizaram uma enti-

¹ A criação da OAB deu-se de modo furtivo, pela inserção do artigo 17 no Decreto nº 19.408 de 18 de novembro de 1930, do Governo Provisório. O Decreto tinha por finalidade a reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal.

dade de organização profissional, de caráter corporativo e apolítico.

Todavia, as ditaduras do Estado Novo (1937) e do regime militar (1964) levaram os advogados a assumir coletivamente a defesa dos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direito, ou seja, um papel político. Sem as liberdades públicas, não há liberdade para o exercício independente da advocacia. A Lei nº 4.215/63 já prenunciava essa dimensão, assumida explicitamente pela Lei nº 8.906/94, cujo cometimento é expressivo (art. 44): “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social”. A obrigação é imposta à OAB, enquanto instituição, e individualmente ao advogado.

Apesar da lei, persiste a tensão entre as duas dimensões, agravadas nas épocas eleitorais e nas reações conservadoras, retornando-se o discurso quase exclusivo das questões corporativas.

A Ordem (e a advocacia) não se pode converter em corporação de ofício, ou de simples delegatária de poder de polícia da profissão. É mais que isso, porque adquiriu legitimidade e respeitabilidade populares por suas lutas institucionais e desinteressadas na defesa da cidadania em geral. O cidadão, em particular, sente-se melhor defendido dos abusos do poder público e do poder econômico, se o conjunto dos advogados constituírem força que se leva em conta.

4. Postulação em juízo

A postulação em juízo, ou seja, a representação judicial profissional, sempre foi o lugar destinado ao advogado, ao longo de sua milenar história. Ainda o é, como escolha preferencial ou falta de opção.

Porém, a lentidão enervante, o formalismo processual, a estrutura obsoleta e os vícios latentes de alguns auxiliares e operadores do direito, que contaminam a administração pública da justiça, desestimulam ou abortam as vocações e acirram a concorrência e condutas nem sempre éticas.

Na pesquisa da OAB, 63% dos entrevistados que declararam exercer a profissão atuam na advocacia forense, exclusivamente. Essa foi a grande surpresa da pesquisa, porque sempre se estimou que a minoria dos inscritos exercia efetivamente a advocacia. Difícil é diagnosticar tal fato. Afinal, o que se entende por efetivo exercício de advocacia? Quantas causas deve-

riam estar patrocinando o advogado e em que lapso de tempo? Os tribunais, de modo geral, contentam-se com a inscrição regular na OAB. Para o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, em seu artigo 5º, considera-se efetivo exercício da atividade de advocacia a participação anual mínima em cinco atos privativos (causas judiciais ou realização de atos de assessoria ou consultoria). A pesquisa não utilizou esse critério, o que terminou por prejudicar o resultado.

A manutenção de escritório ou a participação em sociedade de advogados não são mais requisitos imprescindíveis. A informática e os meios eletrônicos de comunicação permitem que muitos profissionais possam atuar em suas próprias residências. A profissão tornou-se mais versátil.

A tendência, particularmente em relações neociais e em questões de valores econômicos vultosos, é a utilização de mecanismos extrajudiciais e informais de soluções de conflitos, tais como a arbitragem e a mediação, reduzindo-se a importância da postulação em juízo. A crise do Poder Judiciário, incompatível com a dinâmica da vida contemporânea, tem levado os advogados ao máximo de esforço de transação, atuando mais como mediadores que defensores das partes.

5. Advocacia assalariada. Proletarização crescente

O advogado assalariado, no setor público e no setor privado, em vários países, não recebe tutela legal específica, porque é o antípoda do modelo do profissional liberal. Assim foi, no Brasil, até 1994. A realidade brasileira aponta para a proletarização da advocacia, em razão de vários fatores, entre eles o aumento do número de cursos jurídicos e de suas vagas nas últimas décadas².

A pesquisa da OAB indica a existência de 25% de advogados empregados, o que é um número expressivo.

O Estatuto de 1994 procurou definir-lhes direitos básicos, a saber, a relação com o empregador, o piso salarial, os honorários de sucumbência, a jornada de trabalho, com suas peculiari-

² De 1827 a 1960, foram autorizados 49 cursos jurídicos. Na década de sessenta, exatos 49 novos cursos foram criados. Em meado de 1997, já se atingira o número de 260 cursos, com oferta anual de quase 50.000 vagas. Enquanto isso, nos Estados Unidos, havia 179 cursos jurídicos credenciados pela American Bar Association.

aridades. O ponto mais importante é a afirmação da independência técnica, que não pode ser prejudicada pela relação de emprego, nem nas hipóteses de regime jurídico público de dedicação exclusiva, a exemplo dos defensores públicos.

6. Advocacia preventiva e extrajudicial

Esse é o campo mais dinâmico da profissão. Trinta e um por cento dos entrevistados na pesquisa declararam atuar desse modo, desenvolvendo apenas ocasionalmente, ou nunca, a advocacia forense.

Os tipos mais comuns são a assessoria e a consultoria jurídicas, voltadas principalmente para entidades públicas, empresariais e associativas. A assessoria é atividade permanente, que procura estabelecer orientação legal para a tomada de decisões e para os procedimentos. A consultoria é permanente ou episódica, respondendo a questões específicas, tendo força de persuasão proporcional à reputação de quem emite o entendimento. Ambas têm por fito prevenir o conflito e evitar a demanda judiciária.

Na atividade empresarial, são indispensáveis, ante um ordenamento jurídico complexo e variável. No Estado social, os novos direitos comunitários exigem tratamento diferenciado e antecipações jurídicas, a exemplo da proteção ao meio ambiente e da defesa do consumidor, constitutivos de limitações permanentes à atividade econômica (cf. art. 170 da Constituição Federal). Por outro lado, os “juristas de negócios” são formuladores de regras de conduta que terminam por sobrepujar o próprio direito estatal, principalmente pelo largo uso de condições gerais dos contratos, impostos a todos os consumidores de bens e serviços lançados no mercado, que podem redundar em abuso do poder contratual dominante³. Essas regulações de conduta, embora ambientando-se aos institutos existentes nos direitos nacionais, são também fenômeno do pluralismo jurídico, pouco estudado em nossos cursos jurídicos⁴.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo : Saraiva, 1991.

⁴ Sobre o descompasso entre a realidade econômica e o que se ensina nas escolas de direito, cf. HART, Dieter. Un caso ejemplar : la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato. In : *La formación del jurista*. BARCELONA, Pietro. et al. Tradução Carlos Lasate. Madrid : Civitas, 1988. p. 114-55.

7. Advocacia de movimentos populares e organizações sociais

Um dos traços mais interessantes da chamada democracia participativa é o surgimento de variados movimentos populares e organizações sociais que pretendem tornar efetiva a cidadania, interpondo-se como mediadoras entre ela e o Estado. São comumente denominadas ONGs (organizações não-governamentais). De-las brotam uma normatividade de combate, que nem sempre se compatibiliza com o ordenamento jurídico positivo. Necessitam freqüentemente de assessoria jurídica, realizada por advogados que mesclam direito e política (não necessariamente partidária), na medida em que também participam da prossecução das finalidades da entidade ou de ações que nem sempre encontram suporte no direito positivo. Inúmeras ONGs são transnacionais e acreditadas junto a organismos internacionais, inclusive a ONU.

Pode-se afirmar que os advogados a ela vinculados atingiram um grau peculiar de especialização, que reclama melhor atenção do ensino jurídico.

8. O papel do advogado na mediação e na arbitragem

Os cursos jurídicos, de modo geral, formam para o litígio forense. Contudo, as sociedades buscam incessantemente modos mais rápidos e mais informais de solução e prevenção de conflitos. Ao lado do juiz de direito, quer-se o juiz de equidade. Nessa direção caminhou a Portaria MEC nº 1.886/94, ao incluir, na prática jurídica, o treinamento de mediação e arbitragem.

Recentemente, o Brasil editou uma avançada lei de arbitragem (Lei nº 9.307, de 23-9-96), que estabelece mecanismos viáveis de decisão arbitral sobre direitos patrimoniais disponíveis, que dispensam a administração oficial de justiça, com seus aparatos e ritos. O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz, mesmo sem formação jurídica.

Na mediação, não se intenta decisão ou julgamento, mas a superação das divergências de modo a se alcançar solução negociada. O mediador viabiliza o encontro, o consenso. Depende de sua habilidade, bom senso e experiência de vida para obter concessões recíprocas e superação dos pontos de dissenso. Na mediação, a participação de grupos interdisciplinares é bem-vinda. Nos conflitos de família, por exemplo, a mediação pode ser conseguida com o empenho do advogado, do psicanalista e assistente social.

O trato do advogado com mediadores e árbitros leigos importa conduta profissional des-formalizada e aberta, porque deve sempre estar disponível para transação, com espírito conciliador. O advogado não pretende que se diga o direito contra o outro, a vitória de um e a derrota do outro, mas a justiça possível e preferencialmente negociada. Sua aptidão para conciliar é mais importante.

9. Advocacia dos interesses transindividuais ou comunitários

Os cursos jurídicos voltaram-se sempre aos direitos do indivíduo em face de outro indivíduo ou do Estado. O próprio direito público era visualizado sob a ótica da proteção do espaço do indivíduo. Nessa perspectiva individualista, o artigo 6º do Código de Processo Civil é emblemático: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Neste final de século, no entanto, o direito passou a ocupar-se de interesses que não se contêm no âmbito das relações individuais ou no clássico interesse público-estatal. Citem-se a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor, o patrimônio histórico, artístico ou turístico, os direitos da criança e do adolescente, os direitos das minorias. São interesses comunitários, no sentido de alcançar todos os integrantes da comunidade geral ou determinada, mas sem titular exclusivo, sejam indivíduos ou Estado. Quando alguém (indivíduo ou entidade pública ou particular) postula a proteção jurídica desses interesses, não o faz na condição de titular de direito próprio mas de adequado representante da comunidade. Além da clássica ação popular, outras ações coletivas têm surgido, com especial destaque para a ação civil pública.

A comunidade, por sua vez, não se confunde com a opinião majoritária ou com a soma dos interessados diretos. Assim, pode ocorrer que a população de uma cidade histórica apoie a Prefeitura que deseja asfaltar as ruas que mantêm a pavimentação originária, mas uma associação civil ou o Ministério Público intentem ação civil pública para que seja preservado esse patrimônio histórico. O sentido de comunidade ultrapassa os limites do espaço territorial e abarca os valores nacionais e até da humanidade. Por tais razões, prefiro denominá-los de interesses ou direitos comunitários, ao invés da expressão corrente de direitos difusos e coletivos.

Essa radical mudança de paradigmas exige redirecionamento da formação profissional do advogado e uma certa atitude de envolvimento com a pretensão levada juízo. Ultrapassa-se a tradição ética liberal de não se confundir o patrocínio técnico do advogado com o interesse da parte, pois afinal ele também é parte da comunidade geral. A defesa do meio ambiente ou dos consumidores reflete-se positivamente nele.

10. O impacto da informática nas práticas profissionais

Pouco mais de uma década atrás, a informática jurídica era incipiente e vista com desconfiança por muitos advogados. A pesquisa da OAB demonstrou, em 1996, uma mudança avassaladora de atitudes. Oitenta e quatro por cento dos entrevistados declararam que utilizavam o computador em seu trabalho⁵.

É impressionante como uma tecnologia de ponta avançou tanto em uma das mais antigas e conservadoras profissões do mundo. Cogita-se de área de conhecimento especializado a que se tem dado a denominação de informática jurídica, abrangendo a legislação (elaboração e informação), o Judiciário (informatização dos processos, informação) e a advocacia. Não se trata de modismo, porque o intenso desenvolvimento de programas de computador voltados direta ou indiretamente à área jurídica tornou o trabalho do advogado mais ágil e simplificado. O rápido acesso a banco de dados informatizados dos tribunais, de legislação e periódicos, além dos criados pelo próprio profissional, permite notável ganho de tempo. O tormentoso cálculo de índices e coeficientes está mais confiável e pode ser obtido pelo advogado sem o trabalho de outros profissionais.

O *modem*, o *fax*, a *internet* simplificaram as comunicações dos profissionais entre si, com seus clientes e com o aparato judiciário. O acompanhamento informatizado dos processos dispensou a necessidade de representantes dos escritórios de advocacia junto aos tribunais sediados em outros Estados ou cidades.

A informatização acelerada dos juizados e tribunais permitirá a substituição de ritos processuais desnecessários, a automação dos processos judiciais e, certamente, as comunicações diretas, para fins de intimações, aos próprios

⁵ Quarenta por cento tinham computador apenas em seu escritório; 35% tinham computador em casa e no escritório; 9% tinham computador apenas em casa.

advogados, sem necessidade das demoradas publicações pela imprensa oficial.

A informatização do trabalho profissional está provocando verdadeira revolução nos escritórios de advocacia. Antes, o advogado não podia prescindir de secretários e auxiliares assalariados. Agora, voltou ao trabalho artesanal e direto, porque o rascunho ou a concepção, no computador, já servem para finalizar o texto sem mediação de terceiros. Até mesmo a revisão gramatical e a tradução para outro idioma já são operadas por programas de computador de fácil manejo. Certas especialidades dispensam até mesmo a manutenção de escritórios, como se dá com a assessoria a empresas na elaboração de atos e contratos.

Ao final, ganha a cidadania, porque os clientes passam a deter informações mais rápidas e precisas de seus processos, alimentando as possibilidades de melhor e mais pronta administração da justiça e da defesa de seus interesses.

A informatização dos cursos jurídicos brasileiros passou a ser uma exigência insuperável e pode contribuir para que dêem o salto esperado para a formação do profissional do III milênio. A informática foi incluída entre os indicadores de avaliação global dos cursos, estabelecidos pela Comissão de Especialistas do Ensino do Direito, da Secretaria de Ensino Superior do MEC, no campo destinado à infra-estrutura, nos três grupos principais, a saber, instalações gerais disponíveis, núcleo de prática jurídica e biblioteca. No atual estágio, o principal laboratório dos cursos jurídicos é o seu núcleo de informática, para alunos e professores, com acesso à rede de comunicação científica.

11. A formação sócio-política do advogado

A Portaria MEC nº 1.886/94 estabeleceu que, ao lado da formação técnico-profissional e da formação prática, os cursos jurídicos devem assegurar ao aluno uma formação sócio-política ou fundamental. Pode-se denominá-la formação humanística, segundo expressão que esteve em voga durante muito tempo. Além das matérias profissionalizantes, em que se desdobra a dogmática jurídica, os cursos devem propiciar sólida fundamentação interdisciplinar, que permita ao aluno situar-se como cidadão e pessoa humana, na sociedade em mudanças, e melhor compreender as transformações históricas, políticas, ideológicas e econômicas.

Recupera-se um imprescindível terreno da aprendizagem do bacharel em direito, que este-

ve sob cerco e suspeita durante o regime militar. Somente assim é possível capacitar-lhe a desenvolver o raciocínio e a reflexão crítica sobre o direito existente, como agente de transformação ou para melhor compreender as mudanças efetuadas. Para se conhecer o direito existente não é necessário um curso acadêmico; basta uma formação técnica. O direito positivo muda, mas os princípios ficam. É necessário alçar-se aos princípios, às categorias científicas, às teorias gerais, aos dados de outras ciências e ramos do conhecimento, particularmente aqueles que têm a pessoa humana e as relações inter-subjetivas como objeto.

Daí a importância da filosofia (inclusive da ética), da economia, da sociologia, da ciência política, da teoria jurídica, que foi ressaltada nas novas diretrizes curriculares dos cursos jurídicos, além da história, da antropologia e tantos outros saberes. Somente assim pode ser superado o exegétismo superficial e acrítico, que é o maior responsável pela pobreza acadêmica, pelo declínio dos cursos jurídicos e pela desqualificação dos profissionais da advocacia.

A pesquisa da OAB demonstrou que 62% dos entrevistados concordam que a formação sócio-política, e não apenas dogmática, seja necessária.

Por tais razões, a Comissão de Direito do Exame Nacional dos Cursos delineou o perfil do graduando do curso jurídico, aprovado pela Portaria MEC nº 526, de 9 de abril de 1997, e que serve como subsídio para o perfil do profissional (notadamente o advogado), que se pretende alcançar como meta:

a) formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais;

b) senso ético-profissional, associado à responsabilidade social, com a compreensão da causalidade e finalidade das normas jurídicas e da busca constante da libertação do homem e do aprimoramento da sociedade;

c) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do direito, aliada ao raciocínio lógico e consciência da necessidade de permanente atualização;

d) capacidade de equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as exigências sociais;

e) capacidade de desenvolver formas extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos;

f) visão atualizada do mundo e, em particular, consciência dos problemas nacionais.

12. Conclusão

Projetando as transformações atuais ao início do III Milênio, tem-se um mundo a viver uma revolução tecnológica, com profundas mudanças culturais e de comportamentos, equiparáveis aos efeitos da revolução industrial do século XIX, a emergência de conflitos novos, a afirmação de novos sujeitos coletivos e a mutabilidade incontrolável dos direitos. A estabilidade social, tão cara ao princípio tradicional da segurança jurídica, é quase uma quimera.

Portanto, o profissional da advocacia não pode mais conter-se no modelo de especialização, para o que tendia o ensino jurídico das últimas décadas. Exige-se um profissional versátil, de formação humanista e teórica sólida, apto a entender as mudanças sociais, políticas e econômicas, para o que o estrito conhecimento do direito positivo é insuficiente.

A formação interdisciplinar é imprescindível. O conhecimento sai cada vez mais de seus casulos epistemológicos e entrelaça-se com o que se produz em outros campos. Sacando exemplos, o advogado de família não pode desconhecer o que a psicanálise, a antropologia, as ciências biológicas, a bioética e a engenharia genética têm avançado em determinados aspectos das relações familiares. O advogado de empresa vê-se diante da superação dos direitos internos, ante o crescimento dos processos de integração das nações, levando-o a compreender melhor a política internacional e o comportamento feérico da economia. Para o penalista, não basta a medicina legal, porque vê-se diante da crise penitenciária, das discussões sobre o direito penal mínimo, o que o leva à necessida-

de de compreensão mais ampla da sociologia criminal ou da psicologia criminal.

Em todo o mundo, o Estado esgotou sua capacidade de responder às demandas crescentes de acesso à justiça. Os modelos tradicionais de processo e organização judiciais são inadequados ou insuficientes. A maioria dos conflitos são resolvidos fora da administração oficial de justiça, em grande parte porque os modelos tradicionais não se adaptaram às mudanças. Os cursos jurídicos têm forte parcela de culpa, pois formam para o litígio judicial e atribuem importância desproporcional aos processos e procedimentos.

A deformação profissional levou à sobrevalorização da forma em detrimento do direito material. O processo tornou-se um fim em si mesmo, um fetiche. Porém, o cidadão quer que seu direito seja assegurado pela Justiça; não tem qualquer interesse nas questiúnculas processuais. Felizmente, a reação começou a acontecer, em virtude do alerta de processualistas mais lúcidos que têm afirmado o que pareceria tautológico: o processo e o direito processual são instrumentos de realização do direito material. A atração pelo como fazer, ao invés do que é o direito, é sintoma de formação e atuação meramente técnicas, o que reduz a importância profissional do advogado. Talvez não haja outro país onde o formalismo processual tenha assumido papel tão hegemônico no afazer dos operadores do direito. Urge a retomada dos estudos de direito material com a reforma em profundidade dos processos e procedimentos, para que se tornem simples, desburocratizados e eficazes, realizando o valor maior do acesso à justiça.

Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas

FÁBIO KONDER COMPARATO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Locke, Montesquieu, Rousseau e os fundamentos teóricos do Estado Legislativo. 3. Do imobilismo legislativo à telocracia dinâmica. 4. A inserção das políticas públicas no quadro da organização jurídica estatal. 5. A irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticos governamentais. 6. A necessária reforma constitucional. 7. Advertência final.

1. Introdução

Com a generalizada aceitação do princípio da revisão judicial das leis e dos atos do Poder Público à luz da Constituição, nele incluído o juízo de constitucionalidade por omissão, teve-se a impressão de que o longo caminho conducente ao chamado Estado de Direito chegara enfim, neste limiar do século XXI, ao término de sua evolução histórica. O que restaria fazer, doravante, era simplesmente apurar o mecanismo processual, de modo a tornar mais rápido, firme e democrático o controle permanente da supremacia da Constituição, no quadro hierárquico do ordenamento jurídico estatal, sem que se alterasse, minimamente, o objeto desse escrutínio judicial. Doravante e para sempre, continuaríamos a balizar perante a Constituição – sistema supremo de normas – unicamente outras normas ou atos públicos em geral, nada mais.

Evidentemente, a idéia de que o curso da História pode ser suspenso ou interrompido, em qualquer de suas etapas, e que o processo histórico se cristalizaria numa imutabilidade mineral, alimenta-se de pronunciada ignorância da realidade biológica. A História, afinal, nada mais é do que uma das dimensões – a mais desenvolvida, sem dúvida – do processo de

Fábio Konder Comparato é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Doutor em Direito da Universidade de Paris.

evolução biológica, ele próprio a etapa culminante da dinâmica evolutiva universal. Por que razão o Direito, que é uma das expressões mais características daquilo que Teilhard de Chardin denominou *noosfera*, ou seja, o processo de transformação cultural do mundo, substrair-se-ia à magna lei da evolução universal¹?

O reconhecimento do princípio evolucionista, aqui como em tudo o mais, veio transformar por completo as bases da epistemologia. Na tradição filosófica mais ponderosa, cujo paradigma sempre foi a teoria platônica dos arquétipos, as análises epistemológicas tendem a reduzir o cognoscível à sua essência estática e imutável. Hoje, porém, em qualquer quadrante da realidade, conhecer significa, antes de tudo, captar o sentido do processo evolutivo, imanente a todos os seres. Dito de outro modo, na linha da longa tradição filosófica que vai de Heráclito a Bergson e Heidegger, a essência dos seres não se enxerga nunca *sub specie aeternitatis*, mas apenas *sub specie durationis*. A velha oposição aristotélica entre essência e existência tende a apagar-se. O ser existe no tempo, ou não existe e, portanto, não é.

Ensaiemos, pois, nas linhas que se seguem, a análise de um sentido prospectivo para essa instituição essencial à sobrevivência da idéia democrática: o controle judicial da constitucionalidade das atividades estatais.

2. Locke, Montesquieu, Rousseau e os fundamentos teóricos do Estado Legislativo

Importa ter sempre em mente que o Estado moderno foi concebido pelos grandes pensadores políticos europeus, a partir de fins do século XVII, como uma organização necessariamente rígida e estática, porque o desafio político da época consistia em abolir o absolutismo monárquico, pela despersonalização do poder. Era indispensável, para tanto, substituir a vontade individual soberana, fundamento da

¹ A biologia contemporânea reconhece, de resto, que, na atual etapa histórica, o processo lamarckiano de evolução cultural exerce um papel mais importante do que o processo darwiniano de evolução genética, exatamente porque as aquisições culturais difundem-se mais rapidamente do que as modificações genéticas. Cf., sobre o tema, as observações feitas por Christian de Duve, prêmio Nobel de medicina de 1974, em seu recente livro *Poussière de vie : une histoire du vivant*. Paris : Fayard, 1996. p. 426 e segs. Tradução de: Vital Dust : life as cosmic imperative.

sociedade política no *Leviatã* de Hobbes, pela norma geral e abstrata.

Ora, a norma geral regula as ações humanas, mas não lhes dá um sentido concreto; delimita o campo da liberdade, pela definição de fronteiras entre o permitido e o proibido, mas não se substitui à vontade individual na escolha de objetivos de vida. O sistema normativo organiza, em suma, a convivência humana de um modo, por assim dizer, negativo: o que se põe em foco, pelo papel saliente atribuído à sanção, é o que não se deve fazer.

A montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base nessa substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da *lei*, no sentido solene que a palavra apresentava em suas origens.

A construção teórica subjacente a essa elaboração jurídica foi, como sabido, a ficção da passagem do estado da natureza para o estado civil ou político, em busca da segurança individual, um valor essencialmente estático e conservador².

Diante da permanente insegurança em que viveriam os indivíduos no estado imaginário da natureza, o objetivo último da sociedade civil, como enfatizou Locke, só podia ser “a mútua *preservação* (sublinhado no original) de suas vidas, liberdades e bens, a que eu atribuo o nome geral de *propriedade*”. A idéia é retomada várias vezes, a fim de demonstrar que o abandono do poder individual de autodefesa e de castigo dos agressores provocou, necessariamente, a instituição de um poder geral da comunidade, encarregado de estabelecer regras de conduta e de punir os transgressores.

“E aí está, em suas origens, o direito e o surgimento tanto do poder legislativo quanto do executivo, assim como dos governos e das sociedades propriamente ditas”³.

² Convém observar, a esse respeito, que a oposição entre a natureza e a lei foi um lugar comum no pensamento dos sofistas atenienses. Os personagens de Cálicles e Trasímaco, retratados respectivamente no *Górgias* e no *República* de Platão, bem como Lícofron, citado por Aristóteles no tratado da *Política* (III, 9, 1280b, p. 10), sustentavam que as normas da lei positiva eram sempre contrárias à justiça natural, baseada na força; que a correção da injustiça, que é a lei da natureza, só podia ser feita por meio da lei positiva, que é o produto de um contrato social.

³ *Second Treatise of Government*. 1690, cap. 9.

Temos, pois, que, se a grande finalidade do ingresso dos homens em sociedade é a preservação de sua esfera de vida individual, e se o grande instrumento para tal são as leis editadas em cada sociedade, segue-se que “o primeiro e fundamental direito positivo de todas as comunidades humanas é o estabelecimento do poder legislativo”. Este, além de ser “o *poder supremo da comunidade*”, é também “um poder sagrado e inalterável nas mãos daquele a quem a comunidade o confiou; nem pode editar alguma de qualquer outro órgão, seja qual for a forma em que é concebido, ou o poder em que se funde, ter a força e obrigatoriedade de uma *lei*, se não for sancionado pelo *legislativo*, que o público escolheu e elegeu”⁴.

Ora, se o Poder Legislativo tem a competência exclusiva de determinar de que maneira a força da comunidade deve ser empregada, a fim de preservar a comunidade como um todo e cada de seus membros individualmente; a verdade é que essa tarefa, ao contrário da função executiva, não precisa ser exercida de modo contínuo, nem demanda, em cada ocasião, muito tempo de exercício. Assim, pelo fato de que as leis, editadas de uma só vez e elaboradas em pouco tempo, são dotadas de força permanente e precisam ser continuamente executadas, não há necessidade de que o Poder Legislativo esteja sempre em funcionamento; ao contrário do Executivo, que é um poder naturalmente sempre em ação. Daí a razão pela qual o Legislativo e o Executivo são frequentemente separados, um do outro⁵.

Não é difícil perceber como a lei aparece, no pensamento de Locke, com o sentido que sempre teve na antigüidade clássica, isto é, como uma regra geral e suprema de conduta, não sujeita, pela sua própria natureza, a alterações ou adaptações de conjuntura. Em outras palavras, o conceito de lei, para esse prólogo do Estado de Direito moderno, corresponde em sua essência ao de uma autêntica norma constitucional. É em função desse parâmetro constante e imutável que são julgados todos os atos de governo, entendidos estes como mera execução da lei.

A mesma concepção soberana e imutável de lei se encontra em Montesquieu. Se as leis, “em sua acepção mais geral, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, e se todos os seres, tanto da esfera material quanto da humana ou divina, subme-

tem-se a leis⁶, é óbvio que as verdadeiras leis humanas não se confundem com os simples decretos ou comandos, fundados na vontade individual.

A interpretação que Montesquieu dava ao mito fundador da passagem do estado da natureza para o estado civil era, aliás, radicalmente oposta à de Hobbes e à de todos os ulteriores representantes da Ilustração europeia. Para ele,

“assim que os homens se encontram reunidos em sociedade, perdem o sentimento de sua fraqueza; a igualdade, que existia entre eles, cessa e o estado de guerra começa. Cada sociedade particular passa a sentir a sua força; o que produz um estado de guerra de nação a nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir a sua força: procuram reverter em seu benefício as principais vantagens dessa sociedade; o que engendra entre eles o estado de guerra.”

É esse duplo estado de guerra que provoca o estabelecimento de leis entre os homens.

“Considerados como habitantes de um tão vasto planeta, onde é necessário que haja diferentes povos, eles têm leis que regem as relações entre esses povos; é o *Direito das Gentes*. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, eles têm leis que regem as relações entre os governantes e os governados; é o *Direito Político*. Eles têm leis, enfim, para reger as relações que todos os cidadãos mantêm entre si; é o *Direito Civil*.” (Grifos nossos).

A oposição entre a “natureza das coisas” e a vontade humana, como fundamento de validade das leis, foi levada, de resto, por Montesquieu, às últimas e lógicas consequências. Ao tratar da liberdade política, tema sensível entre todos para os *philosophes* do seu tempo, não hesitou em separar a liberdade autêntica daquilo que chamou “independência”. Mesmo na democracia, em que o povo parece fazer apenas o que quer, a liberdade não se confunde com a manifestação da vontade individual ou coletiva.

“Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir

⁴ Ibidem, cap. 11.

⁵ Ibidem, cap. 12.

⁶ *De l'esprit des lois*, livro primeiro, cap. 1.

⁷ Ibidem, cap. 3.

em se fazer o que se deve querer (pela lei), e em não ser compelido a fazer o que se não deve querer.”

Ou seja,

“a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; pois se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, já não haveria liberdade, uma vez que os outros teriam, da mesma forma, esse poder”⁸.

Em Rousseau, a oposição entre a lei e a vontade humana parece obscurecida pelo emprego da expressão “vontade geral” como conceito básico de sua filosofia política. Mas, na verdade, o que o grande genebrino procurou exprimir com essa fórmula verbal é tudo menos uma autêntica vontade.

Como foi pertinentemente salientado⁹, a expressão “vontade geral” não foi criada por Rousseau, mas usada antes dele por Fontenelle e Mallebranche, por oposição à “vontade particular”. A “vontade geral”, para esses pensadores, designava não só a vontade que tende a um fim, e não a um meio ou instrumento, como também a que tem por objeto um bem indeterminado e abstrato, e não um objeto individual e concreto. Retomando, assim, a crítica de Aristóteles¹⁰ aos *psefismata* ou decretos governamentais, que a assembléia do povo ateniense votava como se fossem leis (*nomoi*)¹¹, Rousseau separa radicalmente a “vontade geral” dos meios ou instrumentos de governo. Por outro lado, ao insistir na necessidade de bem

⁸ Ibidem, livro 11, cap. 3. Rousseau retomou essa distinção terminológica, ao dizer que a situação dos cidadãos, por efeito do contrato social, “se trouve réellement préférable à ce qu'elle étoit auparavant, et qu'au lieu d'une aliénation ils n'ont fait qu'un échange avantageux d'une manière d'être incertaine et précaire contre une autre meilleure et plus sûre, *de l'indépendance naturelle contre la liberté*” (Du Contrat Social, livro segundo, cap. 4).

⁹ JOUVENEL, Bertrand de. *Essai sur la politique de Rousseau*. Introdução à edição do Contrato Social por Les Éditions du Cheval Ailé. Genebra : Constant Bourquin, 1947. p. 105 e segs.

¹⁰ *Política*, IV, 4, 1292a, p. 1-15.

¹¹ “Quand le peuple d'Athènes, par exemple, nommoit ou cassoit ses chefs, décernoit des honneurs à l'un, impossoit des peines à l'autre, et par des multitudes de décrets particuliers exerceoit indistinctement tous les actes du gouvernement, le peuple alors n'avoit plus de volonté générale, proprement dite; il n'agissoit plus comme Souverain, mais comme Magistrat” (Du Contrat Social, livro segundo, cap. 4).

distinguir a “vontade geral” da vontade de todos, acentuava que aquela só visa ao interesse comum, enquanto a outra, que não passa da soma de vontades particulares que se entrecocam, diz respeito, tão-só, ao interesse particular¹². “O que generaliza a vontade”, retoma em outro passo, “é menos o número de votos que o interesse comum que as une”¹³.

Por tudo isso, bem se vê que a “vontade geral” de Rousseau nada tem, praticamente, da vontade humana, mas muito da ordem objetiva das coisas. Ela se confunde, na verdade, com a noção de lei, a qual representa, no sistema do “contrato social”, a sua expressão autêntica. Importa lembrar, aliás, que, ao iniciar o capítulo consagrado à lei, em sua obra máxima, Rousseau julgou necessário afirmar que, “o que é bom e conforme à ordem, assim é pela natureza das coisas e independentemente das convenções humanas”¹⁴. O que situa a lei – impossível não reconhecê-lo – como antípoda da soberania voluntarista.

Em suma, na vigorosa síntese lançada na oitava das *Cartas Escritas da Montanha*,

“um povo livre obedece, mas não serve a ninguém; tem chefes, mas não senhores; obedece às Leis, mas somente a elas, e é pela força das leis que ele não obedece aos homens”¹⁵.

Essa concepção restritiva da lei, vinculada não à vontade da maioria mas à *razão* objetiva, acabava produzindo a mesma limitação do poder estatal, que Montesquieu buscou institucionalizar pelo mecanismo da separação orgânica das diferentes funções do Estado. De uma forma ou de outra, chegava-se a uma situação de permanente “repouso” ou “inação”¹⁶. A palavra *Estado* não designa um poder que age, mas uma

¹² Ibidem, cap. 3.

¹³ Ibidem, cap. 4.

¹⁴ Ibidem, cap. 6.

¹⁵ *Oeuvres Complètes*. v. 3, Gallimard, 1964. p. 842. (Bibliothèque de la Pléiade).

¹⁶ “Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties (a Câmara alta e a Câmara baixa), l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative. Ces trois puissances devroient former un repos ou une inaction” (op. cit., livro 11, cap. 6). Lembre-se que o Judiciário não entra no rol dos Poderes do Estado, na concepção de Montesquieu, pois ele é, “de certa forma, inexistente”.

autoridade que zela pela tranquilidade e segurança da sociedade.

3. Do imobilismo legislativo à telocracia dinâmica

Sucedeu que o acaso – a única verdadeira lei da História, segundo a ironia de Chesterton – fez com que essa concepção estática da vida política se afirmasse no pensamento europeu, exatamente no momento em que, nessa mesma região do globo, a humanidade principiou a sofrer o impacto da mais profunda e decisiva transformação sócio-econômica de todos os tempos: a revolução industrial.

Bem que as Constituições liberais procuraram construir solidamente o edifício estatal, segundo os ideais do “repouso” e da “inação”. Mas o “movimento necessário das coisas”¹⁷ não demorou em deitar por terra esse artifício político. A civilização tecnológica da produção e do consumo em massa, seguida da atual era da comunicação global, passou a exigir do Estado – verdadeiro cérebro do organismo social – a triagem de uma massa crescente de informações, em vista do acréscimo extraordinário de decisões e atividades, em todos os níveis.

Ora, essa ativação incessante dos órgãos estatais engendra fatalmente o caos e a confusão de atribuições, se não for organizada no quadro de um planejamento estratégico, com a eleição prioritária de fins ou objetivos comuns e a escolha dos meios ou instrumentos mais adequados à sua consecução.

Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, senão única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Compete a cada indivíduo fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais.

Em radical oposição a essa democracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados.

¹⁷ “Ces trois puissances devroient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d’aller, elles seront forcées d’aller de concert” (ibidem).

A verdade é que a orientação finalística da ação governamental, em que pese às proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, existe até mesmo nos Estados mais fundamentalmente marcados pelo neoliberalismo triunfante. Basta lembrar que é hoje unânime o reconhecimento, entre os economistas liberais, de que toda política econômica estatal deve orientar-se para a realização das quatro metas constitutivas do chamado “quadrilátero mágico”: a estabilidade monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante da produção nacional e o pleno emprego¹⁸.

Mas é, obviamente, com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável¹⁹. A atribuição prioritária dos Poderes Públícos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país²⁰. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públícos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. A História dá-nos vários exemplos de Estados Dirigentes de cunho mercantilista, industrialista ou belicista. Pode-se mesmo dizer que, em todo o curso da História moderna, o Estado Liberal ocupa um período muito limitado de tempo, e que as tentativas de sua restauração, no momento presente, são fadadas ao insucesso.

Seja como for, a passagem da democracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes estatais. Clasicamente, ela se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é

¹⁸ O neoliberalismo contemporâneo, no entanto, parece haver abandonado toda esperança de conseguir a realização do pleno emprego.

¹⁹ Como o Estado Social é, eminentemente, um distribuidor de prestações de caráter social, um autor alemão o denomina, com uma ligeira inflexão de sentido, *Leistungsstaat*. Cf. HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Athenäum Verlag, 1980. p. 163 e segs.

²⁰ A monografia mais profunda e completa sobre o tema, entre nós, continua sendo a do Professor Paulo Bonavides, *Do estado liberal ao estado social*, 5. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrhou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo²¹.

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental²². E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora²³, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.

²¹ É a sugestiva expressão (*Gesetzesgebungsstaat*) cunhada por Carl Schmitt, *Legitimität und Legitimität*. 4. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1988.

²² O autor pioneiro nessa reclassificação das funções do Estado foi Karl Loewenstein, em sua obra *Political Power and the Governmental Process*, publicada em 1957 pela *The University of Chicago Press* e republicada em 1968 em alemão, com extenso aditamento, sob o título *Verfassungslehre*. 3. ed. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975. Para LOEWENSTEIN, a nova tripartição de Poderes é a de *policy determination*, *policy execution* e *policy control*. Como se percebe, houve apenas a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle (no sentido de um juízo de revisão).

²³ Permito-me lembrar que tratei sucessivamente desse tema em *Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático*, na coletânea de estudos *Brasil, Sociedade Democrática*. 2. ed. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1986. p. 393 e segs.; em *Muda Brasil* : uma Constituição para o desenvolvimento democrático. 4. ed. São Paulo : Brasiliense, 1987; em *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. p. 83 e segs.; e em *A organização constitucional da função planejadora, em desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional* : estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre : Fabris, 1995. p. 41 e segs.

4. A inserção das políticas públicas no quadro da organização jurídica estatal

O conceito de *política*, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente.

Um dos raros autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica daquele novo conceito é Ronald Dworkin²⁴. Para ele, a política (*policy*), contraposta à noção de *princípio*, designa

“aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil”.

Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.

Tais idéias, como se percebe, ainda são excessivamente esquemáticas. Importa dourante desenvolver a análise jurídica, de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro.

A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudentia* romana. Esse ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois, tradicionalmente, o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos.

Mas, se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso

²⁴ cf. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Massachusetts, 1978. Especialmente p. 22 e segs. e 294 e segs.

reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado “ato de comércio”)²⁵ e constitui o cerne da moderna noção de serviço público²⁶, de procedimento administrativo²⁷ e de direção estatal da economia²⁸.

A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.

²⁵ Partindo da definição do art. 2.082 do Código Civil de 1942 (*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*), a doutrina italiana, a começar por Tullio Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale* : introduzione e teoria dell’impresa. 3. ed. Milão : Giuffrè, 1962, sobretudo capítulos 6 e 7, foi a que mais desenvolveu essa ideia central.

²⁶ Ainda aí pioneiro, escreveu Ruy Cirne Lima: “A administração pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam. Essa atividade, entretanto, decompõe-se em fatos e em atos jurídicos, praticados, uns e outros, pelas pessoas administrativas e pelas pessoas privadas incumbidas da execução de serviços públicos” (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 85).

²⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Do procedimento administrativo* : Estrutura. Coimbra : Almedina, 1987.

²⁸ CAVALLO, Bruno, DI PLINIO, Giampiero. *Manuale di Diritto Pubblico dell’economia*. Milão : Giuffrè, 1983. p. 411, discorrem sobre a “atividade de governo da política econômica”.

As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Tais objetivos podem ser gerais ou especiais; estes últimos, obviamente, coordenados àqueles²⁹. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170 - VIII). No que diz respeito à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino médio (art. 208 - II). As finalidades próprias da atividade de assistência social, por sua vez, vêm declaradas no art. 203.

Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as *Zielnormen* dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas –, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica.

O importante a assinalar é que, na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmengesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*)³⁰. A tendência

²⁹ É uma distinção que me parece mais simples e teoricamente mais adequada do que a que se procura estabelecer entre *fins* e *tarefas* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, 1982. p. 286-287).

³⁰ Quanto à tipologia das leis instrumentais do Estado Dirigente, cf. o estudo já citado de Peter Häberle, p. 166-167. ELLWEIN, Thomas. *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Sob a direção de Benda, Maihofer e Vogel. Berlim; Nova York : Walter de Gruyter, 1983. p. 1121 e segs., assinala o papel contemporâneo da lei como instrumento de realização do plano.

geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do Governo, não só na instância central, mediante decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelo consagrado as *independent regulatory commissions* dos Estados Unidos.

5. A irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticas governamentais

Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar “questões políticas”³¹.

Já no início do regime republicano, quando se ensaiava entre nós o juízo de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, Rui Barbosa advertia para o fato de que uma questão política, quando analisada fora dos tribunais, assume necessariamente um caráter judiciário quando proposta como objeto de uma demanda.

“O efeito da interferência da justiça, muitas vezes”, escreveu ele³², “não consiste senão *em transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política* em questão *judicial*. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os actos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as fórmulas judiciais”. (Grifos nossos).

Em nossa Constituição de 1934, havia, porém, uma regra que, aparentemente, negava o acerto dessa opinião: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68). Interpretada em sua literalidade, a norma significaria inegável amesquinhamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, considerados discricionários, das câmaras legislativas ou de Chefes do Poder Executivo. Tratava-se, porém, de pobre hermenêutica.

³¹ Sobre a matéria, consultar-se-á com proveito a erudita monografia de Cristina M. M. Queiroz, *Os actos políticos no estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

³² *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 41 e segs.

Como bem advertiu Pontes de Miranda³³, não se deve confundir competência *ratione materiae* com competência *ratione munieris*. A declaração de guerra ou a licença para que seja processado judicialmente um deputado constituem, escusa dizê-lo, atos que refogem inteiramente à competência funcional do Judiciário. Mas nenhum deles fica imune ao juízo de compatibilidade com as regras especificamente postas pela Constituição, para a sua prática.

Foi, justamente, por não haver feito criteriosamente, ao longo do tempo, esse necessário *distinguo* conceitual que a Suprema Corte dos Estados Unidos lançou a *political question doctrine*, como reconheceu um autor, *in a state of confusion*³⁴.

Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins. No tocante a esta última hipótese, por exemplo, é de se assinalar que uma política de estabilidade monetária fundada na prática de juros bancários extorsivos e na sobrevalorização do câmbio, pode-se revelar, de modo geral, incompatível com os fundamentos constitucionais de toda a ordem econômica, quais sejam a valorização do trabalho humano e a exigência de se assegurar a todos existência digna (art. 170, *caput*), e, bem assim, com o princípio da busca do pleno emprego (art. 170 - VIII). Da mesma sorte, uma política de indiscriminada concessão de incentivos fiscais a qualquer exploração agrícola pode se revelar incompatível com o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170 - VI).

Pode ocorrer, ainda, que a política governamental viole a Constituição em razão da própria maneira como é estruturada. O exemplo, aqui, seria o de uma política estadual ou municipal de saúde pública desligada do sistema nacional único, imposto pelo art. 198 da Constituição.

Tudo isso, quanto à inconstitucionalidade comissiva. Impossível, porém, não reconhecer que, também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão.

³³ *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 637-638 e 644.

³⁴ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1978. p. 71.

Em seu art. 182, § 1º, por exemplo, a Constituição impõe a todos os municípios com mais de vinte mil habitantes a elaboração de um plano-diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. Seria uma irrisão se os tribunais tivessem de se quedar inativos diante da omissão das autoridades municipais em dar cumprimento a essa norma constitucional. E, no entanto, é o que ocorre presentemente em relação a vários municípios brasileiros, a começar pelo mais populoso deles.

Mas quais os efeitos jurídicos que decorriam de uma decisão judicial de inconstitucionalidade de política pública?

É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão-só *ex nunc*, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois, de outra sorte, poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.

Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (*ex nunc*, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política.

6. A necessária reforma constitucional

Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.

A ação deveria, segundo parece mais prudente, ser exclusivamente direta e não incidental. Uma política pública é sempre decidida e executada no nível mais elevado da instância governamental. Ademais, é muito comum o seu espraiamento por toda a Administração Pública e o concurso legislativo para a consecução de seus objetivos. Nessas condi-

ções, não faz sentido que o litígio a respeito da constitucionalidade de uma política pública possa ser decidido incidentalmente, no curso de outro processo judicial, tendente à solução de uma lide particular.

Por via de lógica consequência, esse juízo de constitucionalidade, ao contrário do que tem por objeto leis ou outros atos normativos, deveria ser concentrado e não difuso. O órgão judiciário competente para proferi-lo haveria de ser, com exclusividade, aquele colocado na cúpula do sistema, em cada nível da estrutura federativa, admitindo-se que, em se tratando de políticas municipais, a competência de processo e julgamento caberia ao Tribunal de Justiça do Estado onde se encontra o Município em questão.

No plano nacional, poderia ser objetado que o Supremo Tribunal Federal, cujo funcionamento já se encontra seriamente congestionado com o acúmulo de competências que lhe foram atribuídas pela Constituição vigente, não teria condições de exercer a contento mais essa atribuição. Mas a verdade é que o espírito congresso constituinte que elaborou a Carta de 1988, cedendo à pressão dos integrantes do órgão interessado, deixou de trilhar a melhor via de solução, qual seja, a criação de um órgão judiciário encarregado, exclusivamente, de julgar litígios constitucionais, diretamente ou em última instância.

Quanto à legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade de políticas públicas, ela deveria, na perspectiva de uma necessária evolução rumo a uma democracia verdadeiramente participativa, ser atribuída não apenas a órgãos estatais, como o Ministério Público e as Mesas Diretoras das Câmaras Legislativas, mas também a partidos políticos, ainda que não representados no órgão legislativo, a sindicatos ou entidades de classe, à Ordem dos Advogados do Brasil e mesmo, analogamente ao que ocorre em matéria de defesa do consumidor, a quaisquer outras organizações não-governamentais, constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

Parte legítima passiva na relação processual seria, naturalmente, o Chefe do Poder Executivo, levando-se em conta que as políticas públicas, em nosso sistema constitucional, são sempre decididas e realizadas por aquele Poder³⁵. Se um

³⁵ Não se trata, aí, a bem dizer, de uma característica própria dos sistemas presidenciais de governo, porque atualmente, como ninguém ignora,

dia viermos a institucionalizar, num órgão estatal autônomo, a função de planejamento, tal como tenho advogado há vários anos, o chefe desse novo Poder seria também parte legítima para responder aos termos da demanda.

7. Advertência final

Ao cabo desse rápido ensaio, é preciso reconhecer que a introdução dessa nova espécie de juízo de constitucionalidade, em nosso País, enfrentará toda série de resistências.

Uma das tendências manifestas do regime político brasileiro, nessa fase de recrudescimento do poder oligárquico em reação contra as pressões democratizantes, consiste em reduzir o âmbito do exame judicial dos atos de governo ou, o que é pior, em transformar o Judiciário em órgão de governo.

O exemplo mais conspícuo do que se acaba de afirmar é a chamada “ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, introduzida na Constituição pela Emenda nº 3, de 17 de março de 1993. Impossível ignorar que ela significa, na prática, exatamente o oposto do juízo de constitucionalidade de políticas públicas, tal como aqui sugerido. Por meio dessa ação declaratória, com efeito, o Governo federal tem, doravante, em suas mãos, um formidável antídoto preventivo contra o risco de ver suas políticas paralisadas pela intervenção controladora do órgão constitucionalmente incumbido de guardar a Constituição. Essa malsinada ação judicial apresenta-se, de resto, como um falso processo contencioso. Ela

não passa, na verdade, de consulta liberatória prévia ao órgão de cúpula do Judiciário, pois o *nihil obstat* deste pode ser procurado e obtido antes mesmo da formação de uma autêntica lide, ou conflito qualificado de interesses³⁶.

Não há, de resto, no direito comparado, nenhum precedente válido de existência desse tipo de jurisdição consultiva. Seria um equívoco aproximar a nossa ação declaratória de constitucionalidade da competência não contenciosa do Conselho Constitucional francês, tal como modelada pela Constituição de 1958. É que essa alta Corte de Justiça, a par das funções jurisdicionais em matéria constitucional, exerce também o controle da regularidade da realização de referendos e do decreto do estado de defesa das instituições nacionais, pelo Presidente da República. Não há, aí, nada que se assemelhe à decisão declaratória de constitucionalidade de lei, por iniciativa do governo.

Volto agora, neste encerramento, ao ponto inicial da exposição, para lembrar que a democracia nunca é o fruto de uma evolução natural e inelutável da sociedade política. Ela se institucionaliza, muito ao contrário, ao longo de um incessante e penoso trabalho de modelagem das instituições políticas, em defesa da dignidade humana.

Nesse delicado processo de construção institucional da democracia, incumbe, sem dúvida, aos juristas uma função hegemônica. Mas saberão eles, no desempenho dessa nobre tarefa, atuar com a competência técnica e a consciência ética, que sempre se exigiram dos cultores da *ars boni et aequi*?

até mesmo nos países que adotaram desde há muito o parlamentarismo, a começar por aquele que o criou, o Reino Unido, o sistema político em vigor é um Estado Executivo ou *Regierungsstaat*, como disse Carl Schmitt (op. cit., introdução, p. 7 e segs.).

³⁶ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha assentado que o autor da ação tem que demonstrar a pré-existência de uma controvérsia judicial (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 – DF. *Diário de Justiça da União*, 16 jun. 1995), na ausência de um contraditório, a verificação dessa litigiosidade prévia, que daria ao autor o interesse de agir, é discricionariamente decidida pelo tribunal.

O direito e as contradições da lei e da vida

JOSAPHAT MARINHO

SUMÁRIO

1. Deveres da cultura e do magistério. 2. Conteúdo da aula inaugural. 3. O homem, contradições e mudanças. 4. Contradições, mudanças e o direito. 5. Contradições e mudanças no Brasil. 6. Direito, lei e realidade. 7. O desenvolvimento humano e a Universidade.

1. Deveres da cultura e do magistério

Há inarredáveis deveres da cultura, especialmente na personalidade do professor. Se força maior não incide, a razão e a ética impõem cumpri-los: na renovação de conhecimentos, na pesquisa e sustentação da verdade, no concurso para a livre e constante expansão das idéias. Ao professor, sobretudo, requer-se a contribuição que significa sempre liberação de experiência e de pensamento, para informar os que buscam, nas escolas, o saber ordenado. Ao magistério cabe, pois, com natural preponderância, o encargo de delinear o encontro de inteligências amadurecidas com espíritos em formação.

Tarefa de tamanha responsabilidade confiou-me o Magnífico Reitor José Carlos Almeida da Silva, para a aula desta hora. Apesar da distinção, agradecimento formal não lhe trago. Estilo dessa índole não seria concordante com o espírito universitário, que é de integração, e não de cerimônia. O que manifesto ao nobre dirigente da Universidade Católica de Salvador, aos mestres e alunos presentes é o contentamento de sentir-me, momentaneamente, embora restituído à cátedra, para o diálogo que rejuvenesce.

O professor já afastado das funções docentes regulares, porém guardando a consciência atenta nos tormentosos problemas de todas as gerações, não os convidará a viver a saudade

Josaphat Marinho é Senador.

Aula inaugural dos cursos da Universidade Católica de Salvador, em 9 de fevereiro de 1998.

do passado. Quer participar da inquietude dos dias atuais. A caminho dos 83 anos de idade, conservo as lições úteis do pretérito, colhendo as das forças e idéias emergentes, indicativas da formação de outra realidade. Não lhes direi – como confessou o douto Norberto Bobbio em seu livro *De Senectute*¹ – que experimento a sensação de velhice, vivendo a fascinação do passado. Consciente da velhice e da inevitabilidade de seu poder, apelo para as energias remanescentes na expectativa de conviver, solidário, com os anseios da sociedade em mudança.

2. Conteúdo da aula inaugural

Por isso, em momento como este, pergunto-me: que falar à mocidade na oração inaugural dos cursos de uma Universidade? Sobre que dissertar aos jovens, quase na transição de um para outro século? Que examinar perante uma comunidade acadêmica de diferentes tendências e especializações, de modo que a todos possa despertar curiosidade científica e de concepção da vida?

Como o preíparo para a profissionalização ou a especialização não deve isolar o indivíduo no mundo de suas preferências intelectuais, o debate há de ser amplo. Numa Universidade, sobretudo, não há ensino verdadeiro se insular a pessoa e a alienar de suas aspirações humanas, superiores a seus objetivos ocupacionais. Por insignes que sejam os fins de cada profissão, não podem sobrepor-se ao destino do indivíduo, homem ou mulher, como titular de faculdades que se projetam no meio social, a partir da idéia de liberdade e igualdade.

Baseada na decisão de ser livre e igual é que toda pessoa humana, revestindo-se de conhecimentos, se revelará capaz de pressentir, interpretar e vencer as contradições da vida e da lei, perturbadoras da legítima atividade criadora e da real função de equilíbrio do Direito.

3. O homem, contradições e mudanças

Arquitetos, bacharéis, engenheiros, administradores, cientistas, professores e sacerdotes, técnicos, trabalhadores e empresários de diferentes qualificações, políticos, experimentamos todos o influxo dessas contradições, que ameaçam deslocar o eixo de nosso destino e de nossas esperanças. Idéias que se contrapõem,

interesses em conflito, competição no domínio internacional, globalização indiscriminada, inovações da ciência e da tecnologia interferem na ordem da vida humana, alterando-lhe diretrizes, certezas e planos.

Tanto maior é o risco de despersonalização ou alienação, diante da celeridade com que o desenvolvimento científico e tecnológico produz e provoca mutações variadas, na esfera do pensamento e de controle das coisas. Da incursão e das investigações no mundo interseidual até o uso universalizado do computador e da telefonia celular, opera-se uma evolução ou uma revolução na área do conhecimento, da pesquisa, da comunicação e de comando das coisas e dos fatos que, a um tempo, engrandece e tende a absorver o homem. Se este não permanecer desperto para sua autonomia racional e sua destinação na sociedade, poderá ser transformado em peça auxiliar dos instrumentos que inventa.

Jacques Maritain pôde assinalar, a mais de 70 anos, que “entre o instante em que um autor dá para impressão o seu livro e o instante em que ele aparece, as mudanças o tornam irreconhecível”². Hoje, as transformações alcançam velocidade imprevisível, com as novas formas de produção, de comunicação e de trabalho intelectual. Ao ser humano, como unidade social, – e não na postura de indivíduo portador de interesses isolados, – cabe exercer a vigilância e a resistência que o espírito pode opor ao impulso desses elementos externos.

Não se trata de repelir idéias e experiências, mas de discipliná-las a serviço da existência associada e de ação condicionada. Se a vida não é apenas rotina, mas aquisição permanente de cultura e de novos anseios, a regulação dela há de variar periodicamente, para abranger relações e interesses que sobrevêm, sem cessar. Essa variação não lhe deve extrair, no entanto, as características de estrutura estável. Se a realidade muda constantemente, impelida por motivações diversas, a vida associada exige ordem, que só o direito lhe assegura.

4. Contradições, mudanças e o direito

O direito, consequentemente, como ordenamento da vida, é mutável. Mas, se o quadro legal se recompõe, é para ser eficiente diante da estrutura social e econômica renovada e geradora de necessidades antes desconhecidas.

¹ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória = De senectute*. Tradução Daniela Versiani. Campus, 1997. p. 48.

² MARITAIN, Jacques. *O humanismo integral*. Tradução de Afrânio Coutinho. Ed. Nacional, 1945. p. 257-258.

Reconstrói-se a normatividade, não para torná-la serva de relações variáveis, porém no propósito de circunscrevê-las em delineamento adequado, ou seja, em princípios certos. E princípios dessa natureza se destinam a impedir o voluntarismo das pessoas e o abuso de poder das instituições.

Não é linear, claramente, antes polêmica, a relação entre a norma jurídica e os procedimentos e fatos reguláveis. Ora é a inconformidade de pessoas e a reação de interesses, hábitos e costumes com as normas estabelecidas. Ora é a imprecisão ou o atraso das leis em confronto com as pretensões correntes. Daí verificar-se, com freqüência, tensão e oposição entre o direito positivo e as vontades e as situações fáticas a ele formalmente sujeitas.

Grandes juristas descreveram esse fenômeno, ao longo dos tempos. Em 1912, Duguit reuniu em livro as conferências que pronunciou em Buenos Aires, no ano anterior, sobre as transformações gerais do Direito Privado. Considerou especialmente o Código Civil francês e o argentino e deu relevo à influência da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, diante das modificações sociais e do plano jurídico. Para maior objetividade de suas idéias, situou a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil nas suas mutações. E assinalou que

“a Declaração dos Direitos do Homem, o *Código de Napoleão* e todos os códigos modernos, que procedem mais ou menos desses dois atos, reposam numa concepção puramente individualista do direito. Hoje em dia elabora-se um sistema jurídico fundado sobre uma concepção essencialmente *socialista*”

quer dizer, de sentido social. Assim salientou que

“o sistema jurídico dos povos modernos tende a estabelecer-se sobre a comprovação do fato da função social impondo-se aos indivíduos e aos grupos. O sistema jurídico civilista era de ordem metafísica; o novo sistema é de ordem realista”³.

Opondo o realismo ao metafísico, o notável professor francês demonstrou que o direito, variável com os fatos da vida, não pode equiparar-se a “sistema de geometria”.

Em 1945, num pequeno livro de larga repercussão, na mesma linha de pensamento de Duguit, Gaston Morin ressaltou “a revolta do

³ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado*. Traducción de Carlos G. Posada. Madrid : Lib. Espanola y Extranjera. p. 23-25.

direito contra o código”. Partindo, igualmente, da “revisão necessária” de conceito do contrato, da responsabilidade e da propriedade, traçou o conflito ou o divórcio entre o sistema normativo immobilizado e o direito, como fenômeno vivo e mutável⁴.

Ainda em 1945, René Savatier publicou o primeiro de seus dois lúcidos estudos de percepção e síntese das transformações do Direito Civil. Examinou a evolução *Do Direito Civil ao Direito Público*, à luz das pessoas, dos bens e da responsabilidade civil. Desdobrau a pesquisa na análise da instituição da família, do direito de propriedade, dos contratos e da economia dirigida, e sobre a expansão da responsabilidade civil. Fixando o sentido das mudanças, afirmou que “um perigo novo”, de ordem filosófica, surgiu no mundo jurídico: o de subordinar, sistematicamente, doutrinariamente, o homem ao social, a pessoa humana à pessoa pública, o indivíduo ao coletivo⁵. Em *As transformações sociais e econômicas do Direito Civil de hoje*, publicado em 1948, aliou ao trato de novos ângulos daquelas figuras, outros institutos jurídicos, como o contrato de trabalho e o plano. Acentuou, então, que “todo o desenvolvimento do direito civil sublinha os deveres sociais que os particulares assumem, na vida atual”⁶. E ampliou a investigação do fenômeno do dinamismo social e econômico, na edição dessa obra de 1964. Salientou, entre outros aspectos, que “a seiva social deixa de alimentar as instituições burguesas que, progressivamente, se estiolam ou se transformam”. Cuida, mesmo, de uma proletarização do direito civil⁷.

Esse crescimento dos deveres sociais, equivalente a limitações da vontade individual em favor do equilíbrio coletivo, prosseguiu e tomou corpo depois da Segunda Guerra Mundial, inclusive com as novas declarações de direitos. Por isso Edmond Bertrand proclamou, em obra de 1984, que o estudo desse fenômeno “não tem fim, é um momento da evolução”. E acrescentou: “Não sabemos qual será a evolução no ano 2000, porém seguramente uma nova era se instaura: o espírito novo das leis é seu símbolo”⁸.

⁴ MORIN, Gaston. *La révolte du Droit contre le code*. Paris : Sirey, 1945.

⁵ SAVATIER, René. *Du Droit Civil au Droit Public*. Paris : Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., 1945. p. 9.

⁶ Id. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris : Dalloz, 1948. p. 98.

⁷ Ibid. 1964. p. 409 e segs.

⁸ BERTRAND, Edmond. *L'esprit nouveau des lois civiles*. Paris : Economica, 1984. p. 117.

No Direito Públíco, as contradições e as mudanças tomam colorido e extensão ainda mais diversificados, com as peculiaridades de cada povo. De qualquer modo, o anseio pelo Estado de direito, perturbado em várias regiões, persiste como reivindicação que se apura com a educação dos povos. A relação dialética nesse campo gerou fatos históricos assinaláveis, a exemplo: a derrocada dos regimes comunistas do Leste Europeu e o soerguimento do socialismo democrático noutros países do mesmo continente, notadamente na França e na Inglaterra. Se as estruturas institucionais e políticas não revelam a solidez conveniente, demonstram que as populações, mais ou menos satisfeitas ou inquietas, querem regime de liberdades democráticas.

Em face da inter-relação que caracteriza a atividade política e a das pessoas, os desequilíbrios, numa e noutra, têm influência recíproca. Os fatos no plano do Estado, sobretudo pela freqüente extensão de seus efeitos, interferem no conjunto da vida dos indivíduos, refletindo-se, ainda, na compreensão e na prática das leis. Em consequência dessa interpretação, há conflitos constantes entre governantes e governados, a ponto da doutrina asseverar que o Estado é “síntese de elementos contraditórios”⁹. Se nem sempre opera em função deles, porque lhe cabe tarefa superior de ordenação, em verdade age muito a serviço de interesses preponderantes. Por isso ocorrem flutuações sucessivas.

5. Contradições e mudanças no Brasil

O Brasil vive em transição institucional desde o restabelecimento da democracia, com a Constituição de 1946. Apesar de superado o pensamento autoritário, com a vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial, não conseguimos transmitir estabilidade às instituições jurídicas e políticas. Ao longo de todo esse período até hoje, foram elas submetidas a sucessivas alterações. Nesse largo espaço de tempo, superior a 50 anos, já elaboramos e modificamos três Constituições. Variamos do presidencialismo ao parlamentarismo e voltamos àquele primeiro regime, sem contar as incidências de poder arbitrário, civil e militar. Votamos o *impeachment* de um Presidente da República. Um plebiscito baniu o sistema parlamentar de

⁹ REDOZ, Marie-Jrëlle. L'État dans la doctrine publiciste française au début du siècle. *Droits*, n. 15, p. 96, 1992.

governo e outro manteve a forma presidencial. Já se operou uma *revisão* constitucional, com fundamento nas disposições transitórias da Constituição de 1988, e outra se projeta, como se o poder de reforma não fosse limitado e não devesse *solidariedade* aos princípios essenciais da Lei Maior.

Essa instabilidade reflete-se naturalmente no campo das leis, no preparo delas como em sua execução. Nem sempre as leis são elaboradas regularmente e com respeito às normas constitucionais, prevalecendo pretextos de maiorias incertas. Tais fatores influem no enfraquecimento das leis no juízo coletivo. O novo Código de Trânsito Brasileiro, alterado antes de entrar em vigor, vem suscitando reações diversas, desde as de louvor e as de contrariedade à sua execução, às de apelo para reforma de seus preceitos. Em realidade, salvo correção de desacertos manifestos, o que convém é a aplicação segura do Código, a fim de que a experiência indique, provadamente, que normas requerem alteração. A estabilidade que as leis devem conquistar depende de sua execução, sobretudo aquelas que mudam práticas e costumes generalizados. O sistema normativo inspira-se, sabiamente, no espírito coletivo, porém não deve ficar exposto a reações individuais de preconceito, de interesse ou de comodidade, nem a convicções isoladas de juristas. A Lei de Doação de Órgãos é intensamente discutida à base de interesses ou reservas de família. Além disso, uma instituição especializada acaba de propor a criação da figura do “captador de órgãos”, o que alarga a burocracia para a providência, por natureza urgente. Não se dá, na discussão, o devido realce à idéia de solidariedade humana, que deve ser prevalecente no caso.

O Projeto de Código Civil em preparo, para substituir o de 1916, por exemplo, foi atualizado e aprovado pelo Senado recentemente. Entre outras regras fortes, estão as que afirmam a função social da propriedade e recomendam o equilíbrio de obrigações nos contratos, para que não haja onerosidade excessiva contra um contratante, em benefício do outro. Em ambas as situações, o Projeto incorpora princípios que a doutrina e a jurisprudência adotam como apropriados a regular a vida moderna, sob pensamento social e não individualista. Não obstante isso, jornais publicaram declarações de professores e juristas criticando tais diretrizes, por serem restritivas do interesse e da vontade do indivíduo, como se vivêssemos o liberalismo

econômico do fim do século XIX ou do início do século XX. As tendências de justiça social de nosso tempo são incompatíveis com o conservadorismo daquela crítica. Também não é aceitável o exagero, propugnado por alguns, de incluir no Código matérias intensamente controversas, insuscitáveis de conversão em normas de aplicação geral, como a *clonagem*, que foi recentemente condenada pela Declaração da Unesco.

6. Direito, lei e realidade

Sem dúvida, o direito escrito deve renovar-se, sob o influxo de mudanças sociais, políticas e econômicas relevantes, para atender a necessidades crescentes da sociedade. Mas é certo que essa renovação, em nenhum país, acompanha, no mesmo ritmo ou em igual dimensão, as transformações da vida. Interesses consolidados, complexidade do processo legislativo, conflito de idéias, motivos ocasionais impedem que o direito positivo possa evolver com a mesma velocidade dos fatos. Em consequência desses fatores, há continuamente, nos povos em geral, um atraso das leis com relação à realidade social. Para atenuar essa distância e resguardar o interesse comum e das pessoas, reclama-se o aperfeiçoamento constante do Poder Judiciário, de sorte que a interpretação inteligente e construtiva supra as deficiências dos textos. Não há exegese, porém, por mais ampla, que baste para compreender no texto todo o conteúdo do direito como fenômeno que nasce no meio social.

Em obra coletiva de 1971, coordenada por Perelman, Paul Foriers bem exprimiu o pensamento prevalecente ao afirmar que “o direito legislado não esgota todo o direito necessário”. E esclarece que, “por motivos diversos, ora de princípio, ora de conveniência, ora de puro fato, o legislador deixa vastos territórios vazios” – *enfriche*¹⁰ – como terra sem cultivo. Aí se situam as lacunas do ordenamento jurídico, que devem ser preenchidas por interpretação, até que o legislador inove o quadro do direito. O legislador, porém, procede muito segundo costumes e tradições, de erradicação difícil, mesmo em nações altamente desenvolvidas. Observe-se a adoção da pena de morte, tão fortemente condenada, e ainda agora mantida e praticada nos Estados Unidos. A reeducação ou revisão

¹⁰ FORIERS, Paul. *Règles de Droit : essai d'une problematique*. Études publiées par Ch. Perelman. Bruxelles : É. Bruylants, 1971. p. 9.

de critérios exige longo processo de análise da coexistência e de seus valores, inclusive morais.

A inovação, como visto, não é célere, pois os interesses e as idéias dominantes resistem à perda de seus privilégios. Demais, o direito como fato social regulador não deve exprimir apenas a realidade. Quando ocorre grave desequilíbrio nas relações humanas, é função do direito as modificar, desempenhando o papel de força educativa – como se fez no Brasil com a lei que aboliu a escravatura, sem indenização aos proprietários.

Nos dias presentes, a correção das desigualdades por leis justas é tanto mais difícil por efeito da política neoliberal e da globalização. Aquela reduz o poder do Estado na disciplina das relações humanas, e assim favorece os privilégios da economia capitalista. A globalização, a título de padronizar procedimentos, a partir das criações dos povos mais desenvolvidos, em realidade, assegura o domínio das nações econômica e tecnologicamente mais fortes sobre as em crescimento. Por isso, a Igreja Católica, em harmonia com o pensamento universal igualitário, reclama também a “globalização da solidariedade”.

A posição correta do governante e do legislador, na sociedade de desiguais, não consiste em abdicar do poder direutivo e gerador de equilíbrio social, mas em exercê-lo com firmeza e medida. Galbraith, que não pode ser acusado de progressista radical, assinala que “o problema central contra o qual a sociedade justa deve aqui lutar é a tendência dolorosa da economia moderna a períodos, por vezes prolongados, de recessão e estagnação, inevitavelmente acompanhados de mais desemprego”¹¹. É exatamente o que nesta hora ocorre em diversos países: a teimosia na execução de projetos ou programas não atenta na sorte dos seres humanos.

7. O desenvolvimento humano e a Universidade

A resistência a essa inclinação injusta cabe, extensamente, aos juristas, e também aos universitários em geral, professores e acadêmicos, como forças pensantes que aspiram a uma sociedade sem desequilíbrios brutais. Não nos cabe a liberdade da indiferença.

O momento é próprio para essa tarefa comum de combate à injustiça. O neoliberalismo entra em declínio, conforme revelaram as eleições mais

¹¹ GALBRAITH, John K. *Sociedade justa*. Campus, 1996. p. 37.

recentes na Europa, e observadores e teóricos da vida econômica apontam profunda mudança na estrutura do capitalismo. Não se trata de socialização, mas de humanização do capitalismo. Num livro informativo e de reflexão, de 1996, – *L'Économie, service de la vie* – Henri Bartoli examina largamente esse processo de transformação. Entre muitas observações ou conclusões sábias, ressalta esta:

“Todo o problema hoje é restituir ao Estado sua legitimidade, reorganizá-lo e recompor a democracia, a fim de que ele possa preencher, plenamente, seu papel na nova fase de desenvolvimento do

capitalismo em que entramos, e em que se tenta infletir o curso na direção do desenvolvimento humano”¹².

Decerto, se o Estado tem múltiplas tarefas na sociedade plural de nossa época, todas confluem para a finalidade suprema do desenvolvimento humano. Caso o homem não esteja fortalecido nos valores de sua personalidade, não haverá verdadeira cultura, nem paz geral.

Magnífico Reitor, Professores e Estudantes: se cumprirmos nossa parte na conquista desse desenvolvimento, teremos honrado a Universidade, concorrido para a felicidade coletiva, e assim também seremos felizes.

¹² BARTOLI, Henri. *L'économie, service de la vie*. Presses Universitaires de Grenoble, 1996. p. 336.

Responsabilidade do Estado por atos judiciais

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

“...la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziale, la stessa posizione *super partes* del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti della sua responsabilità; ma non sono tali da legittimare, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente – quel principio e peccherebbe di irragionevolezza sì di per sé (art. 28) sì nel confronto com l'imputabilità dei pubblici impiegati”.

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 2 del 14 marzo 1968, in Giur. it., 1968, I, 1, c. 912

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Opiniões favoráveis à imunidade do Estado-juiz. 3. Informações do direito comparado. 4. Direito positivo-brasileiro. 5. Conclusão.

1. Considerações preliminares

A responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é matéria que tem suscitado acessos debates, sendo tema de grande atualidade.

Em recente evento promovido pela Faculdade de Direito de Nantes, intitulado “XXII^o Colloque Des Instituts D’Études Judiciaires – La responsabilité des gens de justice”, a questão complexa e, sem dúvida, polêmica, restou largamente examinada pelos juristas franceses e belgas¹.

Na realidade, a irreparabilidade do prejuízo causado pelo ato judicial danoso constitui o último baluarte da irresponsabilidade civil do Estado, prevalecendo na jurisprudência pátria o entendimento segundo o qual o Estado, em razão dos atos praticados pelos membros do

¹ MOREAU, Jacques et ali. La responsabilité des gens de justice. *Justices – Revue Générale de Droit Processuel*, n. 5, jan./mars 1997.

Poder Judiciário, somente responde civilmente nas hipóteses previstas em lei, atualmente inseridas nos arts. 49 da Lei Complementar nº 35/79, 133 do CPC e 630 do CPP. Fora desses casos, entretanto, predomina a regra da imunidade do Poder Público por atos dos juízes, em decorrência do fato de que os magistrados são órgãos da soberania nacional.

Philippe Ardent, em conhecida monografia dedicada ao tema, afirma que a irresponsabilidade do Estado-juiz é o princípio correntemente admitido, *verbis*:

“C'est un principe couramment admis que celui del'irresponsabilité de l'État en raison de sa fonction juridictionnelle. Il y a là comme une sorte de dogme d'irresponsabilité. (...) La constance de cette jurisprudence a fini par figer cette irresponsabilité pratique en un principe inattaquable du droit de la responsabilité de la puissance publique. De l'irresponsabilité de principe on est passé au principe de l'irresponsabilité”².

Em outro significativo trecho de sua obra, assinala o notável jurista, *verbis*:

“Des activités de l'État, celle qui consiste à trancher les litiges, à juger, est aussi celle dont l'homme a le plus à redouter l'injustice. Le paradoxe n'est qu'apparent. Alors que l'exécutif et le législatif admettent qu'ils causent des dommages et acceptent de les réparer, l'œuvre de la justice est par définition de les réparer, l'œuvre de la justice est par définition correct, conforme au droit, elle ne peut créer de préjudice qui ne soit légitime et l'individu sera sacrifié à ce postulat, il n'aura pas le droit de se présenter en victime: l'État n'est pas responsable de la fonction juridictionnelle”.

Mattiolo, por seu turno, manifesta a condição especial do juiz, a justificar a limitação da responsabilidade dos magistrados, *verbis*:

“Il decoro, la dignità della magistratura, l'indole speciale del potere che alla medesima viene affidato, consigliarono una deroga ai precetti del diritto comune. Si considerò, e giustamente, essere necessario il premunire i magistrati contro intemperanti accuse, mosse loro da privati

² ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'état du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudência, 1956. p. 135.

³ Ibid., p. 1.

per risentimenti personali; doversi quindi – determinare e specificare le cause, per le quali si permette eccezionalmente ai privati di proporre un'accusa civile contro la magistratura, – e inoltre sottoporre la detta accusa ad una competenza e ad una procedura speciale.”⁴

Realmente, é notório que o exercício da função jurisdicional reclama qualidades peculiares dos juízes, pois uma coisa é o estudo do direito interpretado pelo jurista que, recolhido em seu gabinete, formula hipóteses e doutrinas. Diversa, e bem mais difícil, é a aplicação do direito ao caso concreto, considerando-se a diversificação dos temas, as singularidades das espécies e as inúmeras controvérsias doutrinárias. Aqui, a ciência e a técnica se reúnem à procura da certeza na distribuição da Justiça.

Contudo, a ciência e a técnica pouco representam se o magistrado não possuir as virtudes mais apuradas do saber e da independência. A missão de julgar, tarefa de tremendas responsabilidades, eis que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a honra, enfim, com a própria vida daqueles que batem às portas da Justiça, ou que perante ela são arrastados, embora reclame qualidades particulares daqueles que a exercem, sendo praticada por homens, está sujeita, naturalmente, à fraqueza das faculdades humanas, podendo originar danos aos jurisdicionados.

Em obra clássica, Domenico Giuriati examina esse aspecto com a sua proverbial acuidade, *verbis*:

“Dall'analisi delle facoltà intellettuali, e dalle innate limitazioni che queste falcidiano, egli dovette conchiudere che la cognizione della verità è il risultato di un comnazione puramente fortuita; perciò non basta adottare un sistema di dubbio sulla fallibilità de giudizî umani, ma conviene inclinare verso una precisa probabilità di fallacia, riconoscere una copiosa, frequente, costante probabilità di errore contro la esistenza del vero. (...) Concedasi la ipotesi che nella ricerca delle verità indagate col mezzo de panali procedimenti, il giudice vegga mediante i suoi occhi ed ascolti mediante le sue orecchie: i suoi occhi saranno quelli dei testimonî che hanno veduto: le sue

⁴ MATTIROLO, Luigi. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. 5. ed. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1933. v. 4, n. 1.295, p. 1.171.

orecchie sentiranno la confessione del reo. (...) Ma i sensi per sé medesimi quale fondamento di certezza assicurano? Ecco come pose la questione Pascal: "L'uomo non è che un soggetto pieno d'errori: niente gli mostra la verità, tutto l'inganno. I due principî di verità, la ragione ed il senso, oltrechè mancano spesso di sincerità, s'ingannano l'un l'altro. I sensi ingannano la ragione com le false apparenze e la stessa illusione che le recano la ricevono a lor volta da essa. Le passioni dell'anima turbano i sensi, e vi producono impressioni tristi. Mentre si conoscono, e s'ingannano a gara." (...) Fosse adunque pur vero che il giudice vedesse con gli occhi dei testimonî come co gli occhi propri e ascoltasse dalla voce del reo come l'eco risonante la colpa, egli dovrà diffidare de proppri sensi, titubare sempre del vero, tenere per fermo soltanto una cosa, ed è questa: che l'uomo non possiede neanche ne sensi una fonte sicura della verità. Il lamento de Geremia che il popolo di Gerusalemme há gli occhi e non vede, há le orecchie e non sente, si estende a tutto il mondo⁵".

O processualista italiano Mauro Cappelletti, em conhecido estudo, põe em evidência a tendência, hoje universal, do estabelecimento de normas acerca da responsabilidade do Estado em função dos danos originários de atos judiciais, *verbis*:

"Si può bem dire, in conclusione, che le responsabilità (nel senso di poteri) processuali e sostanziali dei giudici si sono andate grandemente espandendo nelle società moderne. È quindi del tutto naturale che anche il correlativo problema della responsabilità (nel senso di accountability, ossia di dovere rendiconto), sia diventato particolarmente acuto, e sentito come tale bem al di là del numero militato degli "addetti ai lavori". La peculiarità, nel nostro mondo contemporaneo, del problema umano della responsabilità giudiziale è dunque, in sostanza, nient'altro che una questione di accentuata acutessa e allargata sensibilità al problema medesimo, accentuazione e allargamento derivanti appunto dall'espansione della funzione giurisdizionale. Questo primo risultato della nostra ricerca

⁵ GIURIATI, Domenico. *Gli errori giudiziari*. Bologna : Licinio Cappelli, 1932. p. 5, 6 e 8.

può invero apparire tanto ovvio da sconfinare nella banalità. Esso non è, però, privo di significato, e ci aiuta oltretutto a capire il perché di certi fenomeni come la febbre attiva legislativa che in molti paesi há recentemente comportato importanti riforme in materia di responsabilità dei giudici. (...) C'è una tendenza evolutiva mondiale nel senso di assoggettare i giudici ad un controllo al fine di migliorarne la condotta e l'efficienza... e di assicurarne la responsabilità, senza peraltro diminuire eccessivamente la loro autonomia e indipendenza⁶".

Na quadra presente, nota-se uma progressiva "publicização" da responsabilidade civil dos magistrados, na esteira da chamada "responsabilidade objetiva", consagrada, no caso brasileiro, a partir do texto constitucional de 1946.

Em relação à responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes, várias correntes doutrinárias disputam entre si a elaboração da solução mais apropriada, havendo unanimidade, todavia, que não há mais espaço para a irresponsabilidade do Poder Público pelo mau funcionamento do serviço judiciário.

Georges Wiederkehr, mestre da Universidade Robert-Schuman, ao tratar do assunto, expõe que:

"Que ce soit celle des magistrats eux-mêmes ou celle de l'État, la responsabilité du fait de la justice pose un problème d'une particulière difficulté, car il met en cause des principes essentiels. Il n'existe en la matière aucune solution pleinement satisfaisante. Il faut se contenter de compromis que d'aucuns qualifieront de boiteux.

La solution radicale serait de refuser le principe même d'une responsabilité du fait de la justice. "La couronne ne se trompe pas". Les magistrats seraient souverains et ne répondraient jamais de leur activité. Mais une telle solution n'est pas conforme à la tradition française. (...) Surtout, l'irresponsabilité de la justice ne serait pas acceptée, et paraîtrait, non sans raison, insupportable à l'opinion publique⁷".

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici irresponsabili?* Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici. Milano : Dott. A. Giuffrè, 1988. p. 11-2.

⁷ WIEDEERKEHR, Georges. La responsabilité de l'état et des magistrats du fait de la justice. *Justices – Revue Générale de Droit Processuel*, n. 5, p. 13, jan./mars 1997.

2. Opiniões favoráveis à imunidade do Estado-juiz

A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos magistrados advém, segundo os defensores da imunidade do Estado-juiz, da independência do magistrado, prerrogativa que tem como corolário o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade deste.

Sobre a questão, o jurista Mário Moacyr Porto, em artigo intitulado *Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes*, sintetiza as diversas correntes doutrinárias, *verbis*:

“Em relação à responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes, várias correntes doutrinárias entre si disputam o achado da solução mais correta. Como o assunto é complexo, difícil, nevoento, reina, a respeito, um cisma em que o ponto de convergência de uns corresponde, exatamente, ao ponto de divergência de outros. Vamos enumerar as correntes principais: a) O ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional, pelo que os eventuais desacertos da sua atividade judicante jamais poderão envolver a responsabilidade civil do Estado. Ademais – aduz-se –, a coisa julgada se opõe à revisão do erro porventura cometido pelo juiz. b) O juiz é um funcionário público, mas de natureza especial, pelo que os seus atos – iniludíveis manifestações da vontade do estado – escapam à disciplina que se estabelece para os demais servidores públicos. Em face da peculiar natureza das suas atribuições, a ação de indenização poderá ser intentada contra o próprio juiz ou contra a pessoa de direito público. c) O juiz é um funcionário na expressão estrita do termo, e, como funcionário que é, os seus atos, quando ocasionem um prejuízo, devem ser indenizados diretamente pelo Estado, só pelo Estado, nos termos do art. 107 da CF⁸”.

O saudoso Ministro Mário Guimarães, em sua obra *O Juiz e a Função Jurisdicional*, enumera os argumentos da corrente tradicional, *verbis*:

“Em princípio, não são os juízes responsáveis pelos danos que decisões erradas acaso venham a produzir. Com

amarga finura já se disse que o poder de julgar envolve o de praticar injustiças. Pretendem, todavia, alguns autores que o magistrado, em sendo responsável pelos seus atos, se elevaria em prestígio e independência. As suas decisões teriam mais força e ofereceriam, à crítica, flanco menos vulnerável.

Talvez assim o fosse. Razões mais fortes, porém, aconselham a irresponsabilidade. Primeiramente, uma de política social: os juízes pagam tributo inexorável à falibilidade humana. Erram porque são homens. Se obrigados a ressarcir, de seu bolso, os danos causados, ficariam tolhidos, pelo receio do prejuízo próprio, na sua liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do Direito. Nem se coadunarria com a dignidade do magistrado, coagi-lo, a descer à arena, após a sentença, para discutir, como parte, o acerto de suas decisões.

Demais, esgotados, no processo, todos os recursos com os quais se defenderá o prejudicado da sentença injusta, ou não interpostos, o que houver sido afinal deliberado constitui coisa julgada, que, por indeclinável conveniência pública, se tem como verdade. É a verdade legal. Renovar a discussão, reexaminar a sentença, para atender à injustiça dos danos, seria desobedecer à coisa julgada.

E ainda há que acrescente, posto esta razão não nos pareça de grande tomo, que a irresponsabilidade do juiz decorre da soberania, de que ele é porta-voz. Quando a soberania aparece, a responsabilidade cessa. É o mesmo pensamento contido na frase inglesa – *the King can do not wrong*⁹”.

Outro não é o magistério de Léon Duguit, emérito constitucionalista francês, *verbis*:

“L’État peut-il être responsable à l’occasion d’un acte juridictionnel? La question se pose dans les mêmes termes pour les actes de juridiction civile et de juridiction pénale, pour les jugements des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs. D’une manière générale aussi, il faut répondre non. La raison en apparaît évidente. Elle n’est point dans la prétendue souveraineté de l’État qui n’existe plus quand l’État juge que quand

⁸ PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. *RT*, n. 563, p. 9-10.

⁹ GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Forense, 1958. p. 239-240, n. 147.

il légifère ou qu'il administre. Elle se trouve dans le caractère même de l'acte juridictionnel et de son rôle social. L'État doit être irresponsable à l'occasion des décisions de justice, même quand'elles sont rendues contrairement au droit, même quand'elles révèlent um mauvais fonctionnement du service¹⁰.

Nessa mesma orientação, manifestam-se os seguintes autores: CONSOLO, Giovanni Cesareo. *Trattato sul risarcimento del danno*. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1914. p. 521; v. 31; CHIRONI, G. P. *La colpa nel Diritto Civile Odierno : colpa extra-contrattuale*. 2. ed. Torino : Fratelli Bocca, 1906. v. 2, n. 253, p. 30-2; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Freitas Bastos, 1954. v. 3, p. 262; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. Forense, 1974. v. 2, p. 394 e 398, n. 1 e 5, respectivamente; LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953. p. 508, § 3º; ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 7. ed. Paris : Dalloz, 1938. p. 319; BONNARD, Roger. *Précis de élémentaire de Droit Administratif*. Paris : Sirey, 1926. p. 373; WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6. ed. Paris : Sirey, p. 606-7. § 6º; DUEZ, Paul, DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris : Dalloz, 1952. p. 462-4; HAURIQU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 11. ed. Paris : Sirey, 1927. p. 307; LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris : Dalloz, 1955. p. 894, n. 1475; GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano*. 7. ed. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v. 5, p. 570-1; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Sirey, v. 1, p. 496, n. 520; LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Francisco Alves, 1915. p. 164-5; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Forense, 1974. p. 477; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro : Metrópole, 1936. v. 1, p. 356; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. Revista dos Tribunais, p. 202, n. 6; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. Revista do Tribunais, 1990. p. 553; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Forense, 1994.

¹⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris : E. de Boccard, 1923. v.3, p. 500.

p. 141; NUNES, Castro. *Da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1950. p. 420-1; BUZAID, Alfredo. *Da responsabilidade do juiz*. Revista de Processo, n. 9, p. 15; BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires : El Ateneo, 1947. v. 2, p. 363.

Ademais, essa é a jurisprudência da Suprema Corte, consoante se constata do exame dos julgados a seguir enumerados: RE nº 32.518-RS. Relator: Ministro Vilas Boas. *RTJ*, n. 39, p. 190; RE nº 69.568-SP. Relator: Ministro Luiz Gallotti. *RTJ*, n. 56, p. 273; ERE nº 69.568-SP. Relator: Ministro Thompson Flores. *RTJ* n.59, p. 782; RE nº 70.121-MG. Relator: Ministro Djaci Falcão. *RTJ*, n. 64 p. 689; RE nº 91.680-PR. Relator: Ministro Rafael Mayer. *RTJ*, n. 94, p. 423; RE nº 111.609-AM. Relator: Ministro Moreira Alves. *RTJ*, n. 145, p. 268.

3. Informações do direito comparado

Em determinados países, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América, prevalece o princípio da irresponsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes.

Na Inglaterra, de conformidade com o *Crown Proceedings Act*, de 1947, a Coroa Britânica não responde por danos decorrentes de atos ou omissões de qualquer pessoa no desempenho das funções judiciais¹¹.

Nos Estados Unidos da América, o princípio da irresponsabilidade é tido como fundamental ao funcionamento da justiça. Apenas a vítima de condenação criminal injusta, nos termos de uma lei de 1938, tem direito a ser indenizada pelo Estado¹².

A respeito, anota Mauro Cappelletti, *verbis*:

“Per gli Stati Uniti, ad esempio, scrive il prof. Smit che in un vecchio leading case, *Bradley v. Fisher*, la Corte Suprema degli Stati Uniti decise che i giudici delle corti superiori e di quelle aventi “giurisdizione generale” non sono soggetti ad azioni civili per gli atti giudiziari da essi compiuti, anche se si alleghi che tali atti sono stati compiuti com malizia o corruzione... Queste affermazioni continuano a riflettere il

¹¹ Nesse sentido: YARDLEY, D. C. M. *Introduction to British Constitutional Law*. 5. ed. London : Butterworths, 1978. p. 128 e segs; SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. J. Bushatsky, 1976. p. 49; DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. Revista dos Tribunais, 1994. p. 62-3.

¹² Nesse sentido: DERGINT, op. cit., p. 63; SÉ, op. cit., p. 50.

princípio giurídico dominante negli Stati Uniti¹³.

Na Espanha, a responsabilidade do Estado-juiz restou consagrada na Constituição de 1978 e na Lei Orgânica do Poder Judiciário, de 1985. É o que noticia Ignacio Díez-Picazo, *verbis*:

“Cuando hasta ahora se planteaban cuestiones de responsabilidad por ejercicio de poderes públicos, el análisis y la discusión se circunscribían casi enteramente a las formas de responsabilidad política y a la responsabilidad de la Administración pública y de sus funcionarios. En la actualidad, el problema de la responsabilidad de los poderes públicos há ampliado cumplidamente su radio de acción, y há entrado de lleno en el campo de la justicia. El Poder Judicial había sido hasta ahora un coto vedado en cuanto a la relevancia de esta cuestión. Desde hace unos años, por el contrario, há adquirido una relevancia que lo há convertido en un tema, hasta cierto punto, de moda. (...) Desde el momento en que la garantía patrimonial del ciudadano respecto de los daños causados por el actuar jurisdiccional viene ofrecida ampliamente por el Estado, como es el caso español a través del artículo 121 de la Constitución y de los artículos 292 ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es forzoso reconocer que la responsabilidad civil personal de juez pasa a tener um papel muy secundario como mecanismo de resarcimiento de daños. En consecuencia, el dato de que en nuestro ordenamiento los jueces y magistrados sean más o menos responsables civilmente, es mucho menos importante a efectos de que el particular no soporte en su patrimonio los daños injustos causados por aquéllos, puesto que la garantía del resarcimiento – la ofrece el Estado¹⁴.

Na mesma linha, a Itália, onde a Corte Constitucional deliberou ser aplicável aos magistrados o disposto no art. 28 da Constituição de 1947, que estabelece a responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos de seus agentes¹⁵.

A matéria encontra-se disciplinada na Lei nº 117, de 1988.

¹³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 62-3.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Ignacio. *Poder judicial y responsabilidad*. Madrid : La Ley, 1990. p. 9-11.

¹⁵ Sentenza nº 2 del 14 marzo 1968, in Giur. it., 1968, I, 1, c. 912.

Na Bélgica, segundo informa Jacques van Compernolle, a partir de uma decisão proferida pela Corte de Cassação, em 19.12.91, e, portanto, por meio de construção jurisprudencial, firmou-se o princípio da responsabilidade do Estado em razão dos danos ocasionados pelo mau funcionamento da Justiça¹⁶.

Na França, partindo de um princípio da irresponsabilidade do Estado-juiz, atenuado por exceções, a edição da Lei nº 72.626/72 estabeleceu a aplicabilidade do princípio da responsabilidade estatal por dano causado em razão de falha no funcionamento do serviço da justiça¹⁷.

Nesse sentido, precioso é o depoimento de Jean Vincent, Sergue Guinchard, Gabriel Montagnier e André Varinard, autores de aprofundado estudo acerca do Judiciário francês, *verbis*:

“Une loi nº 72.626 du 5 juillet 1972 avait annoncé (art. 11) un régime nouveau, mais qui ne devait se substituer à l'article 505, ancien code, que quand seraient entrées en vigueur les dispositions législatives relatives à la responsabilité des magistrats pour faute personnelle (art. L. 781-1, COJ).

Ces dispositions ont été introduites par la organique nº 79-43 du 18 janvier 1979 dans l'article 11-1, ordonnance nº 58-1270 du 22 décembre 1958 (art. L. 781-1, COJ).

Le nouveau régime présente les caractéristiques suivantes: L'État est tenu de réparer les dommages causés par un fonctionnement défectueux du service de la justice. Cependant sa responsabilité n'est engagée que si le magistrat ou la juridiction collégiale dont se plaint un plaideur a commis une faute lourde ou un déni de justice. L'État garantit les victimes des dommages causés à un plaideur par les fautes personnelles des magistrats (art. L. 781-1, COJ). La Loi du 18 janvier 1979 précise que les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles (art. 11-1, al. 1). C'est une responsabilité qui ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'État (art. 11-1, al. 3).

¹⁶ COMPERNOLLE, Jacques van. *Considérations sur la responsabilité de l'état du fait fonctionnement défectueux de la justice. Justices – Revue Générale de Droit Processuel*, n. 5, p. 49 e segs, jan./mars 1997.

¹⁷ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 8. ed. Paris : Dalloz, 1977. p. 295.

Pour cette action, une seule juridiction est compétente, une chambre civile de la Cour de Cassation (art. 11-1, al. 3)¹⁸.

4. Direito positivo brasileiro

O eminent jurista Aguiar Dias enumera os principais argumentos que afastam a teoria da imunidade do Estado-juiz, *verbis*:

a) não se justifica a exigência de um texto especial que estabeleça a responsabilidade civil da Fazenda Pública por ato dos juízes;

b) sem texto expresso, essa responsabilidade tem sido reconhecida nos Estados Unidos (onde é tradicional o princípio da imunidade), na França e no Uruguai. No Brasil, embora o art. 82 da Constituição de 1891 cogitasse da responsabilidade pessoal dos funcionários, isso não impediu a decretação da responsabilidade do Estado por falta deles. Nem foi por texto expresso que os tribunais admitiram a culpa anônima do serviço público, antes da Constituição de 1946;

c) o silêncio quanto à responsabilidade civil do Estado não a exclui, tem decidido a Corte Constitucional da Itália;

d) as leis processuais reconhecem, em certos casos, a responsabilidade pessoal dos magistrados. Esta não contraria nem exclui a responsabilidade civil do Estado, antes a consagra, como sucedeu nos casos antes apontados;

e) a soberania do Poder Judiciário não desobriga o Estado da obrigação de indenizar os prejuízos causados por atos judiciais. Não há autonomia entre soberania e responsabilidade, como não há relativamente ao Poder Executivo;

f) a independência dos magistrados não explica a imunidade, pois não há oposição entre ela e a responsabilidade do Estado. Esta não atinge a independência funcional dos juízes;

g) o argumento da coisa julgada tem valor relativo, limitado à presunção de verdade que dela emana. Se não há coisa julgada, ou se esta é desfeita pelos meios competentes, não há como invocá-la¹⁹.

¹⁸ VINCENT, Jean et al. *La justice et ses institutions*. 3. ed. Paris : Dalloz, 1991. p. 430.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Forense, 1983. v. 2, p. 712-3.

Realmente, sendo a Justiça uma obrigação essencial do Estado, constitui imperativo lógico a responsabilidade civil do Poder Público em decorrência de atos judiciais danosos aos cidadãos, consoante ensina Ardant, *verbis*:

“Assurer la justice est une des obligations essentielles de l’État. Démembrement, la création de juridictions spécialisées, l’octroi de compétences juridictionnelles à des organes représentatifs d’intérêts collectifs ne doivent pas faire oublier que la justice est toujours rendue au nom de l’État. Des considérations techniques, la complexité croissante des problèmes juridiques, une tendance au corporatisme, amènent la puissance publique à se décharger d’une partie de ses tâches juridictionnelles sur des juridictions spécialisées, mais cette justice s’exerce dans l’intérêt de la collectivité publique, la société est intéressé à ce que la solution juridique régulière soit dégagée, à ce que le respect de la règle de droit soit assuré que soit cette règle et quel que soit le bénéficiaire de cette solution.

La justice s’exerce toujours au nom de l’État, lui seul est capable de donner la force exécutoire aux décisions juridictionnelles, c’est par sa volonté et dans son intérêt que les jugements sont rendus. Si un de ces jugements lèse un particulier, il n’est pas besoin de rechercher, pour lui attribuer la responsabilité, à quel groupe d’individus les juridictions en cause pouvaient profiter, l’État seul est responsable²⁰”.

E, mais adiante, acrescenta o mesmo autor, *verbis*:

“La nature de l’acte juridictionnel, qui a force de vérité légale, peut s’opposer à l’octroi de plaisir de dommages et intérêts, mais cet obstacle tombe si la décision de justice est révisée, si un nouvel acte juridictionnel rétablit l’ordre juridique troublé.

Une responsabilité de la fonction juridictionnelle est donc possible, elle est même nécessaire. Les dommages qu’elle fait subir aux particuliers ont une gravité d’autant plus blâmable qu’ils sont supportés au nom de la justice²¹”.

Da mesma forma manifesta-se Paul Duez, *verbis*:

²⁰ ARDANT, op. cit., p. 234.

²¹ Ibid., p. 279-280.

En conséquence, le problème de l'extension de la responsabilité de la puissance publique dans le champ des actes juridictionnels et de leurs annexes est surtout un problème d'opportunité politique.

Il s'agit de trouver une solution équilibrée entre deux idées antagonistes: l'équité, d'une part, demandant que la victime d'une erreur judiciaire ne soit pas rendue à la liberté sans compensation; la nécessité, d'autre part, de ne pas énerver le fonctionnement du service de justice en affaiblissant indirectement, par la crainte d'indemnités à la charge de l'État, la liberté, l'indépendance du magistrat²².

A responsabilidade do poder público por atos judiciais é posição que adquire cada vez mais rigor, no direito comparado e no direito pátrio, conforme ensinam autoridades renomadas, já referidas neste trabalho²³.

Ademais, deve-se ter presente que a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público, já que o ato judicial configura-se, antes de tudo, como ato do Poder Público emanado de uma autoridade que integra um dos Poderes do Estado²⁴.

5. Conclusão

A responsabilidade do Estado por atos judiciais funda-se na regra geral sobre responsabilidade da Fazenda Pública por prejuízos

²² DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*. Paris : Dalloz, 1927. p. 148-149.

²³ Nessa orientação, entre outros: DALCQ, Roger O. *Traité de la responsabilité civile*. 2. ed. Bruxelles : F. Larcier, 1967. v.1, p. 986, n. 988; SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do Poder Público por atos judiciais*. Rio de Janeiro : Canton & Reile, 1941. p. 99; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 3. ed. Atlas, 1992. p. 364; COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988. *Ajuris*, n. 55, p.76; SÉ, op. cit., p. 99-104; DERGINT, op. cit., p. 239-244; CRETELLA JR., José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista Forense*, p. 230, n. 47; DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Ajuris*, n. 29, p. 28-29; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A Responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 9, n. 1, p. 33.

²⁴ AGUIAR JR., op. cit., p. 27.

causados na organização ou no funcionamento do serviço público.

Ora, na medida em que o disposto no § 6º do art. 37 da Lei Maior enunciou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes, exercendo o Poder Judiciário um serviço público e sendo o magistrado o seu agente, é inarredável a conclusão de que os seus atos caem no âmbito dessa regra geral.

Com efeito, essa é a melhor exegese do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a que melhor atende à sua finalidade e ao próprio espírito da Constituição, o que não deve ser desprezado pelo intérprete.

Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (CELSO, Dig., 1, 3, 7).

Nesse sentido, ademais, é a distinção no direito constitucional americano entre a interpretação em sentido estrito e a *construction*, na clássica lição de Thomas Cooley, *verbis*:

“Construction, on the other hand, is the drawing of conclusions, respecting subjects that lie beyond the direct expressions of the text, from elements known from and given in the text; conclusions which are in the spirit, though not within the letter of the text²⁵”.

Da mesma forma o ensinamento de William Blackstone, *verbis*:

“(….) the most universal and effectual way of discovering the true meaning of a law, when the words are dubious, is by considering the reason and spirit of it²⁶”.

Assim, em face do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Estado responder perante o jurisdicionado lesado pelo ato judicial danoso, o que, por sua vez, resguarda a independência do magistrado. Por outro lado, a responsabilidade pessoal do juiz, que há de ser levada a cabo pelo Estado mediante ação regressiva, estará caracterizada apenas nos casos dos arts. 133 do CPC e 49 da Loman.

Não se pretende, evidentemente, a responsabilidade do Estado em termos tão amplos de modo a comprometer a independência funcional dos juízes, sem a qual esses viveriam em permanente sobressalto ante o receio de serem responsabilizados civilmente, em ação direta ou

²⁵ COOLEY, Thomas. *Treatise on the Constitutional limitations*. 7. ed. p. 70.

²⁶ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Philadelphia : J. B. Lippincott Company, 1896. v. 1, p. 60, n. 5.

por via regressiva, a chamado da Fazenda Pública²⁷.

De forma, que, não obstante a persistência das idéias que sustentam a imunidade do Estado-juiz, notadamente na jurisprudência, vai, pouco a pouco, perdendo terreno a tese da irreparabilidade dos danos originários do mau funcionamento do serviço da justiça, podendo-se concluir com Ardant que

“de même que pour l’élaboration de la responsabilité administrative, la voie sera longue qui aboutira à la systématisation de la responsabilité de l’État-juge. Mais ici, il y aura l’exemple de la fonction

jumelle, les difficultés rencontrées se retrouveront à nouveau. Il faudra tirer la leçon des échecs ou des insuffisances des devanciers. (...) La jurisprudence est encore inconsciente de son erreur, bien que les premières hesitations annonciatrices de la perception de la lumière semblent se manifester. L’irresponsabilité de l’Etat du fait de la fonction juridictionnelle est un faux principe. Sur quelles bases peut-on bâtir cette responsabilité? Les discussions sont possibles et un grand pas sera déjà fait lorsque elles s’ouvriront²⁸”.

²⁷ Assim, entre outros, manifestam-se: SÉ, op. cit., p. 81; CHAPUS, René. *Droit Administratif général*. 9. ed. Paris : Montchrestien, 1995. v. 1, p. 1163-6; PAILLET, Michel. *La Responsabilité administrative*. Paris : Dalloz, 1996. p.117; GIULIANI Alessandro., PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Giuffrè, 1995. p. 247-8.

²⁸ ARDANT, op. cit., p. 281. Da mesma forma: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. Malheiros, 1995. p. 593 e segs; DIAS, op. cit., p. 705; ROCCO, Arturo. *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*. Napoli : N. Jovene, 1906. p. 135; TROCKER, Nicolò. *La Responsabilità del Giudice*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1318-1322, 1982; AROCA, Juan Montero. *Independencia y responsabilidad del juez*. Civitas, 1990. p. 201-4; CHAPUS, op. cit., p. 1163-6; VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 11. ed. Presses Universitaires de France, 1990. v. 1, p. 642 e segs.

O Ministério Público e a defesa do regime democrático

HUGO NIGRO MAZZILLI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Problemas inerentes à democracia. 3. O papel do Ministério Público.

1. Introdução

O que pode e deve o Ministério Público fazer em defesa do regime democrático – tarefa que lhe é cometida pelo art. 127, *caput*, da Constituição Federal?

Está aí uma questão sobre a qual nós mesmos e tantos outros já alinhávamos algumas idéias, mas que diz respeito a uma página que ainda precisa ser escrita e, mais ainda, a uma função que ainda precisa ser efetivamente vivida pelo Ministério Público brasileiro, tal o desafio que encerra.

Embora ainda só nos seja possível fazer uma abordagem inicial da matéria, começemos por buscar a origem histórica do dispositivo constitucional.

O Ministério Público brasileiro, como instituição, só nasceu na República, pois no Brasil-Império e no Brasil-Colônia os procuradores do rei eram meros representantes dos interesses da Coroa.

Com a proclamação da República, coube a Campos Salles, na qualidade de Ministro da Justiça do Governo Provisório, fazer com que o Ministério Público brasileiro ganhasse contornos de instituição. Ao preparar a edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que dispôs sobre a Lei Orgânica da Justiça Federal, fez consignar na exposição de motivos:

“O Ministério Público é instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que

Hugo Nigro Mazzilli é Procurador de Justiça em São Paulo e Professor da Escola Paulista do Ministério Público.

devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier”.

Depois de vários avanços e retrocessos de nossa República, quando alternamos entre períodos de ditadura e renascimento democrático, a Constituição de 1988 apressou-se em vocacionar o Ministério Público, enquanto instituição permanente, à defesa do regime democrático (art. 127, *caput*).

Quem lê esses dois textos, de um extremo a outro de nossa vida republicana, poderia ser levado a concluir que exista uma relação necessária ou uma natureza íntima comum entre Ministério Público e democracia. Seria isso mesmo?

Na verdade, porque está investido de uma parcela da soberania estatal e comunga de sua estrutura, o Ministério Público é órgão do Estado. Por isso, a estrutura e o funcionamento do Ministério Público espelham, com bastante correspondência e realismo, a fisionomia do Estado do qual é integrante.

Assim, só a título de exemplo, enquanto a Constituição portuguesa de 1966 cometeu ao Ministério Público a defesa da “legalidade democrática” (art. 224, 1), já a Constituição da extinta República Democrática Alemã, em seu art. 97, cometia ao órgão correspondente do Ministério Público a defesa da “legalidade socialista” (art. 97). Por isso que, conforme o momento político que viviam, outros Estados consagraram em suas constituições a atribuição ministerial de defesa “do Estado socialista” (Tchecoslováquia) ou do “regime socialista” (Romênia).

A Constituição brasileira de 1988, fruto da ruptura com a ditadura antecedente, assentou-se num modelo estritamente democrático. De forma natural, destinou nosso Ministério Público à defesa do regime que lhe era mais caro.

A rigor, portanto, o Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num, quanto noutro caso; porém, só será verdadeiramente independente num regime essencialmente democrático, porque não convém a governo totalitário algum que haja uma instituição, ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade total, a decisão de acusar governantes ou de não processar os inimigos destes últimos.

Entre nós, a evolução do Ministério Público brasileiro não destoou do que víhamos dizendo, como no último período ditatorial que vivemos. Mas, mesmo nesta última fase de

opressão política (1964 a 1984), aos poucos começou a fazer-se ouvir no próprio Ministério Público o clamor por uma instituição *independente e voltada à defesa de valores democráticos*.

Sob o primeiro aspecto – o da *independência* do Ministério Público –, lembraríamos, antes de mais nada, uma palestra que fizemos, ainda substituto, em 1976, no Grupo de Estudos de Bauru (SP), quando sustentamos haver limites para o poder hierárquico do chefe do Ministério Público, e assentamos premissas que hoje vêm a ser conhecidas como o princípio do *promotor natural*¹. Nossa proposta foi levada ao IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público paulista e, com o imprescindível apoio do inesquecível líder Carlos Siqueira Netto, foi aprovada por maioria, com grande e facilmente imaginável escândalo para os conservadores da época².

Quanto ao segundo aspecto – o da *destinação democrática* do Ministério Público brasileiro –, registraríamos que, no exame da história mais recente de nossa instituição, feita nas últimas décadas, foi decisiva a influência exercida pelo modelo instituído pelo art. 224, 1, da Constituição portuguesa de 1966.

Assim, na fase que antecedeu a edição da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 – que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, o Governo Federal frustrou a tentativa já então esboçada de destinar o Ministério Público nacional à defesa da “legalidade democrática”³.

Os recuos e os vetos que o Governo Federal tinha apostado à Lei Complementar nº 40/81, e especialmente um auto-aumento que os magistrados paulistas se tinham concedido pouco antes, e que levava, na prática, a quebrar a tradicional equiparação de vencimentos entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público paulistas – tudo isso causou, na época, viva mobilização do *parquet* local. Assim, uma série de assembleias gerais extraordinárias da Associação Paulista do Ministério Público (APMP) desenvolveu-se já nos primeiros meses de 1982, logo após a sanção da Lei Complementar nº 40/81, e nelas muito se discutiu o novo papel do Ministério Público em face da primeira e então

¹ *O Ministério Público no processo penal.* RT, n. 494, p. 267.

² V., tb., *Justitia*, n. 95, p. 175 e 245.

³ Cf. palestra de Olímpio de Sá Sotto Maior Neto, em Anais do XI Congresso Nacional do Ministério Público, Goiânia, 1996. p. 116.

recentíssima Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Já na ata da Reunião de Assembléia Geral Extraordinária da APMP, em 4 de janeiro de 1982, o Promotor Público Carlos Francisco Bandeira Lins fez esta proposição, aprovada por maioria:

“Porque o Ministério Público almeja a construção de uma sociedade plenamente democrática, a luta pela adoção de novas regras legais que o estruturem não se deve fazer buscando apenas firmar a convicção de sua conveniência entre os membros do Poderes Executivo e Legislativo, mas sim buscando convencer e interessar todos os segmentos da sociedade, para que todos eles participem dessa luta”.

A seguir, na ata da Reunião de Assembléia Geral Extraordinária da APMP, em 1º de março de 1982, presentes 174 associados, o Promotor Público Cláudio Brochetto Filho encabeçou uma proposição, também aprovada por maioria, “pugnando pela definição do Ministério Público como instrumento de preservação da liberdade democrática”.

Tivemos acesso ao livro de atas da APMP, e nele só se registra que a proposta foi apresentada por Cláudio Brochetto Filho “e vários outros colegas”; não se mencionam os nomes dos demais subscritores da proposta. Consultando pessoalmente Cláudio Brochetto Filho, disse-nos que, juntamente com a Promotora Pública Liliana Buff Souza e Silva, encabeçou o abaixo-assinado, fruto da colaboração de vários colegas, o qual tinha corrido no foro criminal e contava com dezenas de assinaturas de promotores. Contou-nos da viva reação *contra* a proposta, tachada na época por alguns de ter caráter *comunista*; lembrou que, da votação, resultou um polêmico empate, decidindo favoravelmente à proposta o voto de Minerva do presidente da associação Cláudio Ferraz de Alvarenga.

Dando ênfase a essa proposta, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, então Promotor Público paulista José Celso de Mello Filho, publicou artigo intitulado *Ministério Público e a legalidade democrática*, em que afirmou:

“a Associação Paulista do Ministério Público, por deliberação de sua Assembléia Geral Extraordinária tomada por maioria de votos, deverá postular uma *redefinição* do conceito de Ministério Público, a fim de que nele se passe a vislumbrar o

instrumento de preservação de uma legalidade que se qualifique como essencialmente democrática. Em consequência, o Ministério Público deixará de ser o fiscal de *qualquer lei* para se converter no guardião de um ordenamento jurídico cujos fundamentos repousem na vontade do povo, legitimamente manifestada através de seus representantes. O Ministério Público deixa, pois, de fiscalizar a lei pela lei, inútil exercício de mero legalismo. Propõe-se, agora, que o Ministério Público avale, *criticamente*, o conteúdo da norma jurídica, aferindo-lhe as virtudes intrínsecas, e neutralize, desse modo, o absolutismo formal de regras legais, muitas vezes divorciadas dos valores, idéias e concepções vigentes na comunidade em dado momento histórico-cultural”⁴.

Em 1984, com a vitória de Tancredo Neves, candidato da oposição, nas eleições indiretas para a sucessão do último presidente militar, surgiu um clima nacional de grande expectativa, a exigir uma assembléia nacional constituinte.

A necessidade de dar novo perfil à instituição ministerial movia o Ministério Público. Assim, já em 1985, São Paulo sediou o VI Congresso Nacional do Ministério Público – justamente destinado a colher subsídios para a proposta do Ministério Público nacional, que pretendia afirmar seu papel na nova ordem constitucional que estava sendo reivindicada.

Nesse encontro, de forma mais ou menos direta, diversas teses abordaram a aspiração de ligar o Ministério Público à nova ordem democrática do País. Contudo, uma das teses o fez de modo particularmente específico: foi a tese *O Ministério Público e a tutela das liberdades públicas*, dos Promotores paulistas Luiz Antônio Guimarães Marrey, Paulo Afonso Garrido de Paula e Pedro Falabella Tavares de Lima. Nessa tese, procuraram seus autores afastar a natural reação que surgia à só menção de conceito que impressionava por sua imprecisão, tal seja “a defesa da legalidade democrática”, e afiçaram:

“Dir-se-ia que a expressão *legalidade democrática* contribuiria, fatalmente, para interpretações variadas de um mesmo ordenamento, causando uma grande insegurança jurídica. Concebida a Nova República como um Estado de Direito Democrático, submetida à Constituição,

⁴ Jornal *O Estado de S. Paulo*, 18/abr.1982.

verificar-se-á, ante o princípio da conformidade de todos os atos políticos com as intenções consagradas constitucionalmente, que a legalidade democrática será, antes de tudo, constitucionalidade. Assim, uma vez que os atos normativos emanados do Poder Legislativo devem adequar-se aos preceitos e princípios constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade, incumbirá ao Ministério Público ter sempre como fonte primeira de interpretação da lei o texto constitucional. Concorde com a índole do regime que, com certeza, será democrático, deve-se examinar ‘uma lei em conjunção com outras e com referência às instituições vigentes e à política geral do país, porque um dispositivo, expresso com as mesmas palavras, pode ser aplicado de modo diverso em dois Estados sujeitos a regimes diferentes’ (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Forense, 1975, p. 163). Desta forma, defender a legalidade democrática será, fundamentalmente, defender o Estado de Direito democrático a ser consagrado, inexoravelmente, pela nova Constituição. E isto, no dia-a-dia, far-se-á através de exceções e ações diretas de declaração de inconstitucionalidade, toda vez em que se deparar com dispositivos normativos que ferirem as intenções do povo brasileiro transformadas em preceitos constitucionais, através de uma Assembléia Nacional Constituinte livre e soberana⁵.

Entretanto, por mais que se tente negar, ainda continuava sendo bastante imprecisa a noção de *defesa da legalidade democrática*, pois que, se para uns significaria apenas o controle de constitucionalidade das leis, para outros poderia significar o direito que cada aplicador teria de dizer quais as leis que considera democráticas e quais as que não considera, escolhendo quais as que vai cumprir e quais as que vai ignorar...

Em suma, faltava, ainda, melhor elaboração para a idéia de que *nem toda a legalidade deve ser tutelada, e sim só a democrática*, ou a de que *se deve lutar contra a lei formalmente correta, mas que exprima o despotismo do poder constituído* – para nos valermos de expressões que foram usadas por constituintes portuguê-

⁵ Cf. *Teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público*. APMP, 1985. p. 122.

ses, quando cometaram ao Ministério Públco a defesa da legalidade democrática em sua Constituição de 1966⁶.

Talvez por isso, entre nós, já em inícios de 1986, à vista de uma pesquisa nacional feita entre promotores, e diante das teses aprovadas pelo VI Congresso Nacional do Ministério Públco, uma comissão escolhida pela Confederação Nacional do Ministério Públco (Conamp) preparou o primeiro anteprojeto de texto para o Ministério Públco na Constituinte, e ignorou qualquer ilação entre o papel do Ministério Públco e a defesa da legalidade democrática, ou mesmo a defesa de quaisquer valores democráticos.

Ocorre que, paralelamente aos estudos da Conamp, o Governo Federal tinha instituído uma comissão de estudos constitucionais, que ficou conhecida com o nome de *Comissão Afonso Arinos*, em homenagem ao seu ilustre presidente, e coube a José Paulo Sepúlveda Pertence, então Procurador-Geral da República, propor a essa comissão um texto para o Ministério Públco, e a *Proposta Pertence*, pela primeira vez, abandonando a polêmica referência à *defesa da legalidade democrática*, buscou consagrar o Ministério Públco brasileiro à *defesa do regime democrático*.

Estava marcada para junho de 1986 uma reunião em Curitiba, que viria a ser o primeiro encontro nacional de todos os procuradores-gerais de Justiça, do Procurador-Geral da República e de todos os presidentes de associação de Ministério Públco – para se tentar, pela primeira vez na história, um texto de consenso para o Ministério Públco nacional. Havia tantas discrepâncias entre os Ministérios Públcos e tantas pendências aparentemente irredutíveis, que muitos entendiam ser tarefa impossível obter um texto único, em torno do qual se unissem todos os Ministérios Públcos para as reivindicações junto à Constituinte, para superar sérias divergências como a propósito da representação da União, do exercício da advocacia ou da atividade político-partidária pelos membros da instituição.

Em São Paulo, que na época liderava a Conamp, uma comissão de promotores, de que fizemos parte, sistematizou aquele anteprojeto da própria Conamp, conciliou-o com a *Proposta Pertence*, e apresentou um novo anteprojeto, que se transformou na conhecida *Carta de Curitiba*. Esta última, juntamente com o *Anteprojeto Afonso Arinos*, foi a base a partir da qual

⁶ Ibid., p. 121.

surgiu o texto constitucional hoje vigente para o Ministério Público, consagrando-se definitivamente a destinação do Ministério Público em defesa do regime democrático⁷.

Visto como surgiu, vejamos agora qual o alcance da norma constitucional que comete ao Ministério Público a defesa do regime democrático. E não o poderemos fazer antes de algumas advertências iniciais.

Em primeiro lugar, a nosso ver, *defesa do regime democrático* é mais amplo do que *defesa da legalidade democrática*. Esta última é a defesa da correspondência entre a norma infra-constitucional com a lei maior; aquela, é isso, e mais que isso, pois envolve a defesa do próprio sistema democrático, ou do próprio regime.

Em segundo, não é correto entender que a norma constitucional que comete ao Ministério Público a defesa do regime democrático seria meramente programática e não teria eficácia alguma sem ser previamente regulamentada na ordem infraconstitucional. De um lado, *norma constitucional alguma é desprovida de eficácia*; assim, tratando-se de normas constitucionais, não só as de eficácia plena, como as de eficácia contida (parcial) ou limitada (potencial) como até mesmo as normas programáticas têm alguma carga de eficácia; essa eficácia naturalmente será maior ou menor, conforme o caso, mas sempre as normas constitucionais terão eficácia. Assim, Jorge Miranda com razão bem demonstrou a *força imediata* até de normas constitucionais programáticas: a) fazem cessar de imediato a vigência de normas anteriores que disponham de forma diferente; b) proíbem de imediato a emissão de normas legais contrárias; c) proíbem a prática de atos contrários a seus preceitos; d) fixam diretrizes para o legislador, provocando inconstitucionalidades por omissão ou por ação, em caso de afastar-se desses critérios; e) são eficazes dentro do sistema, integrando a força interpretativa do ordenamento⁸. E de outro lado, como mostraremos mais adiante, diversas normas infraconstitucionais já disciplinam hoje inúmeras medidas que o Ministério Público pode tomar para adimplir sua atual destinação constitucional.

A terceira advertência é a de que, na interpretação dessa norma constitucional, devemos

esforçar-nos para afastar imprecisões, do tipo daquelas que já antecipamos: poderia cada promotor, invocando seu papel de *defensor do regime democrático*, escolher que leis quer cumprir e que leis não quer; ou porque umas são, a seu ver, conformes com o regime democrático, e outras não? Poderia cada promotor, invocando esse mesmo papel fiscal, invadir todas as áreas governamentais e até mesmo não-governamentais, e procurar fazer impor, em juízo ou extrajudicialmente, princípios, meios, métodos ou fins que ele, pessoalmente, considere melhores para o aprimoramento democrático do País?

Cremos não ser isso o que pretende a Constituição. A defesa do regime democrático pelo Ministério Público deve fazer-se em dois níveis, com desdobramentos que adiante apontaremos: a) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito *sob forma concentrada* (especialmente por meio da propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, de representações interventivas e de algumas ações civis públicas para defesa de interesses difusos); b) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito *sob forma difusa*, caso a caso, impugnando-se as medidas e atos concretos que violem uma norma constitucional (especialmente por meio da ação penal, do inquérito civil e da ação civil pública para defesa de interesses sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de outros mecanismos de fiscalização e controle afetos à instituição, que adiante serão destacados).

2. Problemas inerentes à democracia

Para que o Ministério Público possa promover a defesa do regime democrático com a maior objetividade possível, deve considerar, inicialmente, que a democracia não é apenas o governo da maioria, e sim da maioria *do povo*. Isso significa que democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações nem da maioria dos grupos econômicos e nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos, que muitas vezes são aqueles que *efetivamente fazem a lei mas nem sempre defendem os interesses da população*; democracia quer significar o governo da maioria *do povo*.

Depois, deve considerar que uma democracia legítima não é despótica, pois mesmo a maioria não pode escravizar a minoria. Isso até nos lembra o dito humorístico que assim define *democracia direta*: três lobos e uma ovelha,

⁷ Sobre os antecedentes da *Carta de Curitiba*, v. nossos *Manual do promotor de Justiça, O Ministério Público na Constituição de 1988, Introdução ao Ministério Público e Regime jurídico do Ministério Público*, todos pela Ed. Saraiva.

⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra, v. 2, p. 220.

votando em quem vai ser o jantar; *e democracia representativa*: as ovelhas elegem quais serão os lobos que vão escolher quem será o jantar...

Tinha, pois, razão Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando observou que todos dizem que praticam democracia, mas em lugar algum o povo governa e sim é governado⁹. Sendo impossível que a maioria governe a todos, na prática uma minoria sempre governa a maioria e, a rigor, pelo menos como princípio puro, a democracia é utopia. A solução, segundo Ferreira Filho, é que haja uma minoria *com caráter democrático* – a partir de liberdade pluripartidária, com grande *mobilidade social* (liberdade de profissões, de ação, de organização) e garantias de *acesso* a posições de decisão (como o acesso eletivo e não o fundado em nascimento).

O problema é que, se conceituarmos democracia como o governo do povo, em que a vontade do povo é que determina os destinos do Estado – e só pode ser esse o conceito de democracia –, passa a ser inevitável que questionemos até que ponto podemos supor que a democracia brasileira seja inteiramente legítima.

Como anotou Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, no artigo *Ministério Público: quando o passado aponta o futuro*, em nosso país “o fenômeno trágico da desigualdade social é fruto da absurda concentração de renda: no início da década de 90, a soma das pessoas miseráveis (sem renda) e das pobres (com renda de até três salários mínimos) alcança no Brasil cifra correspondente a mais de 80% da população (82,72%). O poder político e econômico, assim, está concentrado nas mãos de uma minoria restrita, que freqüentemente usa esse poder para si própria, acentuando a desigualdade¹⁰”.

Além disso, nós que trabalhamos na Justiça, nós que conhecemos bem nossa Justiça, poderíamos nós afirmar que todos têm efetivo acesso à Justiça? O pobre quase que só conhece a Justiça como réu, especialmente em processos criminais. Em trabalhos anteriores, já anotamos que “a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais¹¹”.

Nós, que já acompanhamos de perto a tramitação de inúmeras leis neste País e, em especial, acompanhamos a tramitação direta das duas

⁹ *A democracia possível*. Saraiva, 1972. p. 1.

¹⁰ *Revista da APMP*, n. 5, p. 35, abr. 1997.

¹¹ *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. RS, 1993.

últimas Assembleias Constituintes – a Federal e a Estadual –, nós podemos dizer que nem sempre os *soi-disant* representantes do povo dizem a vontade deste último quando legislam... Os interesses de grupos e de corporações não raro prevalecem, de forma que muitas vezes é mera hipocrisia supor que a lei corresponda ao interesse geral (Judiciário, Polícia Civil, Polícia Militar, pecuaristas, empresários, banqueiros, o próprio Ministério Público, e, por que não dizer, até mesmo interesses estritamente individuais têm levado à inclusão, alteração ou supressão de normas legais, que deveriam ser genéricas e abstratas nesse País, e só fundadas no *interesse público*, e não no interesse das corporações ou, até mais ainda, de alguns poucos indivíduos...).

Numa democracia representativa, como a nossa, ainda há outros graves riscos que podem viciar o processo democrático: a) as fraudes na escolha dos representantes (a demagogia na propaganda; o controle do tempo da propaganda e dos meios de acesso a ela; a dificuldade de conhecer os candidatos; o processo eletivo facilmente manipulável pelos governantes e pela mídia, como a influência das pesquisas de opinião pública; as reações emocionais da população); b) a deformação do equilíbrio no sistema de separação de poderes (a freqüente supremacia de um poder sobre os demais, ou a freqüente invasão de atribuições de um poder pelo outro, como o Executivo a legislar por medidas provisórias e decretos, ou o Judiciário a legislar por meio de súmulas vinculantes); c) a ruptura dos princípios de igualdade e liberdade individual – razão última da democracia representativa –, principalmente em razão da pobreza e da miséria, que viciam as bases de um Estado livre e democrático.

Em suma, é extremamente difícil que, de fato e de forma efetiva, seja assegurado, como queriam os federalistas norte-americanos, que *a vontade do povo prevaleça em relação à vontade de seus representantes*¹². O que tem acontecido, normalmente, é o contrário.

Assim, a existência de uma democracia legítima pressupõe longo caminho a ser trilhado, um caminho de efetivo *exercício* da própria democracia. Isso não dispensa a necessidade de sistema constitucional legítimo, que assegure: a) a divisão do poder (quem faz a lei não é quem julga nem a aplica; quem a aplica não a faz nem julga; quem julga, não é quem a faz nem a apli-

¹² Convenção de Filadélfia em 1787, que aprovou a Constituição dos Estados Unidos da América.

ca); b) o controle da separação do poder (não basta a Constituição *dizer* que o poder é repartido; é necessário que *existam* mecanismos de freios e contrapesos, e que estes mecanismos *funcionem efetivamente*); c) o reconhecimento de direitos e garantias individuais e coletivos; d) o respeito à liberdade e à igualdade das pessoas, bem como à dignidade da pessoa humana; e) a existência de decisões tomadas direta ou indiretamente pela maioria, respeitados sempre os direitos da minoria; f) a total liberdade na tomada de decisões pelo povo (decisões tomadas em “*seu entender livre*”, como dizia Ataliba Nogueira, e não decisões conduzidas pelos governantes, nem fruto de manifestação de uma opinião pública forjada pelos meios de comunicação); g) um sistema eleitoral livre e apto para recolher a vontade expressa pelos cidadãos; h) o efetivo acesso à alimentação, à saúde, à educação, ao trabalho, à justiça e demais condições básicas de vida por parte de todos.

Além disso, uma democracia representativa só funciona adequadamente se houver um sistema *efetivo* de partidos, com *programas de governo* – para que a vontade dos eleitores não seja burlada pelos eleitos que queiram trair os compromissos e programas partidários que foram usados para captar os votos dos eleitores. Por isso, a nosso ver, faz parte da democracia o pluripartidarismo, sim, mas também a necessidade de fidelidade aos compromissos e programas de partido.

3. O papel do Ministério Público

Se isso é democracia, e se ao Ministério Público incumbe a defesa do regime democrático, está claro que tanto a legislação vigente como o próprio Ministério Público brasileiro ainda não despertaram de todo para a magnitude do papel a este reservado – a começar pelo Código Eleitoral, que data de mais de 30 anos, foi feito em plena ditadura, e praticamente olvida o Ministério Público no processo eleitoral.

Afora o natural encargo de promover a ação penal pública no tocante aos crimes eleitorais¹³, nessa matéria hoje só se fazem referências esparsas à intervenção do Ministério Público como: a) no processo das infrações penais¹⁴; b)

¹³ Cf. arts. 289 a 354 do CEL (Lei nº 4.737/65); art. 11 da Lei nº 6.091/74; art. 24 da Lei nº 7.773/89; arts. 57, 58 e 83 da Lei nº 8.713/93.

¹⁴ CEL, arts. 355, 356, 357 e parágrafos, 360, 363 e parágrafo único.

na cobrança de multas¹⁵; c) na discriminação das atribuições dos procuradores-gerais respectivos¹⁶, v. g., exercer a ação penal pública em todos os feitos de competência originária do tribunal; oficiar em todos os recursos; representar ao tribunal para observância e aplicação uniforme da legislação eleitoral; efetuar requisições; d) na fiscalização da abertura das urnas¹⁷; e) na promoção de responsabilidade por nulidade de eleição¹⁸; f) na arguição de suspeição¹⁹; g) nos pedidos de registro de partidos e de seus órgãos dirigentes²⁰; h) no pedido de cancelamento de registro de partido²¹; i) no pedido de desaforamento²²; j) nas justificações e perícias²³; l) na impugnação de registro de candidato²⁴; m) na propositura de ação visando à declaração da perda ou suspensão de direitos políticos²⁵.

Na área eleitoral, a Lei Complementar federal nº 75/93 (Lompu) comete ao Ministério Público federal a legitimidade para propor as ações cíveis necessárias para declarar ou decretar a nulidade de negócios jurídicos ou atos da administração pública, infringentes de vedações legais destinadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou do abuso do poder político ou administrativo²⁶.

Considerando-se a destinação institucional do Ministério Público, de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, já temos sustentado o *imediato* cabimento de sua atuação fiscalizadora *em todo o procedimento eleitoral*²⁷.

Mas não é só o procedimento eleitoral que deve ser objeto da atenção do Ministério Público. Cabe aqui lembrar o extenso rol de funções institucionais do Ministério Público, previstas no art. 5º, da Lei Complementar federal nº 75/93 (Lompu), que se aplica também, de forma subsidiária, aos Ministérios Públicos dos Estados²⁸:

¹⁵ CEL, art. 367, V.

¹⁶ CEL, arts. 24, 27 e 224, § 1º.

¹⁷ CEL, art. 165, § 1º.

¹⁸ CEL, art. 224, § 2º.

¹⁹ CEL, arts. 20 e 28, § 2º.

²⁰ Lei nº 5.682/71, art. 13, § 2º.

²¹ Lei nº 5.682/71, art. 113.

²² CEL, art. 22, I, h.

²³ CEL, art. 270, § 1º.

²⁴ Cf. a anterior LC nº 5/70, art. 5º, hoje sucedida pela LC nº 64/90.

²⁵ LC nº 75/93, art. 6º, XVII, a.

²⁶ LC nº 75/93, art. 72, parágrafo único.

²⁷ Cf. LC nº 75/93, art. 5º, I, e 6º, XIV e XVII. Cf. nossos *Regime jurídico do Ministério Público* e *Introdução ao Ministério Público*, Saraiva, 1996 e 1997, respectivamente.

²⁸ Cf. art. 80 da Lei nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP).

“Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

- a) a soberania e a representatividade popular;
- b) os direitos políticos;
- c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
- d) a indissolubilidade da União;
- e) a independência e a harmonia dos Poderes da União;
- f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
- h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;

II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte;

b) às finanças públicas;

c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional;

d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente;

e) à segurança pública;

III – a defesa dos seguintes bens e interesses:

a) o patrimônio nacional;

b) o patrimônio público e social;

c) o patrimônio cultural brasileiro;

d) o meio ambiente;

e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

IV – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garan-

tias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social;

V – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação;

b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;

VI – exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.”

Para que o Ministério Público bem se desincumbe do elevado mister de defesa do regime democrático, há alguns *princípios* que devem iluminar sua atuação. Deverá zelar para que: a) *existam* mecanismos pelos quais a grande maioria do povo possa tomar decisões concretas, não apenas para escolha de um governante ou de um legislador a cada meia dúzia de anos e, a partir daí, faça este o que bem entender, mesmo contrariamente o que prometeu antes de ser eleito, mas sim para que o povo possa *decidir* as grandes questões que digam respeito ao destino do País e possa *controlar* o exercício do mandato dos que foram eleitos, o que inclui necessariamente a cassação do eleito, em caso de violação dos compromissos partidários; b) *funcionem efetivamente* esses canais de manifestação (como criação, fusão, extinção de partidos; sufrágios freqüentes não só para investidura dos governantes, como também para as grandes questões nacionais etc.); c) *haja total liberdade* no funcionamento desses canais de controle; d) *sejam validamente apurados* os resultados dessas manifestações (eleições, plebiscitos, referendos); e) *sejam efetivamente cumpridas* as decisões ali tomadas (dever positivo); f) *seja combatido qualquer desvio* de cumprimento das decisões ali tomadas (dever negativo); g) *sejam prioritariamente defendidos* “aqueles que se encontram excluídos, os empobrecidos, os explorados, os oprimidos, aqueles que se encontram à margem dos benefícios produzidos pela sociedade”²⁹.

Para desincumbrir-se de todas essas potencialidades, tem o Ministério Público os seguintes *meios ou instrumentos*: a) a ação penal, para responsabilizar todos aqueles que, ao violarem as regras democráticas, também cometam ações

²⁹ Cf. Olímpio de Sá Sotto Maior Neto, em manifestação proferida cf. Anais do XI Congresso Nacional do Ministério Público, Goiânia, 1996. p. 109.

penalmente típicas³⁰; b) a ação de inconstitucionalidade e a representação intervintiva, para assegurar a prevalência dos princípios democráticos³¹; c) o inquérito civil e a correspondente ação civil pública, especialmente para cobrar o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públícos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, *promovendo as medidas necessárias a sua garantia*³²; d) o controle externo da atividade policial, para assegurar não só o cumprimento dos seus deveres de zelo pela ordem jurídica, como ainda e principalmente para evitar abusos contra as liberdades individuais e sociais e, sobretudo, para evitar que o Ministério Públíco só trabalhe nos casos que a polícia queira³³; e) a visita aos

presos, que hoje se amontoam em cadeias e presídios condições subumanas, para as quais fecham os olhos a sociedade e o Estado³⁴; f) o zelo pelos direitos constitucionais do cidadão³⁵, podendo ouvir representantes da sociedade civil e promover audiências públicas; g) a defesa de minorias (como vítimas de preconceitos, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os índios, as crianças e adolescentes); h) o combate à inércia governamental em questões como mortalidade infantil, falta de ensino básico, falta de atendimento de saúde, defesa do meio ambiente e do consumidor, entre outras prioridades.

Enfim, trata-se de um campo novo e, a rigor, ainda inexplorado pelo Ministério Públíco brasileiro.

³⁰ CR, art. 129, I.

³¹ CR, art. 129, IV.

³² CR, art. 129, II e III; art. 2º da LOMPU, de aplicação subsidiária para o Ministério Públíco dos Estados, cf. art. 80 da LONMP.

³³ LOMPU, arts. 3º e 9º.

³⁴ Cf. art. 9º, I, da LOMPU, e arts. 25, VI, e 41, IX, da LONMP.

³⁵ LOMPU, art. 11.

Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico

Efeito vinculante e outros temas

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

SUMÁRIO

1. A lentidão da Justiça, seu mal maior. 2. Causas da lentidão. 2.1. A explosão de processos. 2.2. O número deficiente de juízes de 1º grau. 2.3. Forma inadequada de recrutamento dos juízes. 2.4. O desaparelhamento do apoio administrativo no 1º grau. 2.5. As leis processuais: formalismo excessivo e o sistema irracional de recursos. 3. Soluções propostas. 3.1. Eficácia erga omnes e efeito vinculante. 3.2. As leis processuais e o sistema de recursos. 3.3. O recurso constitucional. 3.4. A argüição de relevância. 3.5. Efeito ex tunc e ex nunc das decisões do STF no controle de constitucionalidade. 3.6. O fetichismo da jurisprudência uniforme. 3.7. A valorização do juiz de 1º grau. 3.8. Juizados especiais de pequenas causas. 3.9. A justiça de 1º grau: aparelhamento. 4. O controle de qualidade do Judiciário. 4.1. Escolas de formação e aperfeiçoamento da magistratura. 4.2. Conselho Nacional da Magistratura. 4.3. O Corregedor-Geral ou o “investigador da Justiça”. 5. Conclusão.

1. A lentidão da Justiça, seu mal maior

Em trabalho que escrevi a respeito do controle externo do Poder Judiciário¹, lembrei que é comum afirmar-se que as instituições brasileiras estão em crise: houve crise séria no Executivo, há crise na educação, no sistema de saúde, na previdência social, no Legislativo, na economia. Nesse quadro, é natural que o Poder Judiciário também tenha a sua crise. A crise do Judiciário, entretanto, é menor do que se apregoa. Ela se resume, sobretudo, na lentidão, que se constitui no seu problema maior. Não é possível que uma demanda se arraste por anos a fio. Isto gera descrença na Justiça. É preciso,

¹ VELOSO, Carlos da S. *Temas de Direito Públíco*. 2. tiragem. Del Rey, 1997. p. 125 e segs: Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura : uma proposta.

Carlos Mário da Silva Velloso é Ministro do Supremo Tribunal Federal e Professor-titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB.

Texto básico de palestras proferidas, com acréscimo e outros casos com redução de temas, no I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário, em 13.6.97, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF; no 6º Encontro Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Associação Brasileira dos Constitucionalistas, em São Paulo, em 20.9.97; no XV Congresso Brasileiro de Magistrados, em Recife, PE, em 28.10.97, e no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil e Trabalhista, em Vitória, ES, em 21.11.97.

pois, verificar as causas desse mal e indicar propostas de solução. São várias as causas da lentidão da Justiça. Vamos tentar arrolá-las para, em seguida, sugerir propostas.

2. Causas da lentidão da Justiça

2.1. A explosão de processos

A causa principal da lentidão da justiça é o aumento do número de processos, uma verdadeira explosão de ações, que decorre do fato de que, à medida que se acentua a cidadania, as pessoas procuram mais os tribunais, certo que a Constituição de 1988 deseja que a cidadania seja exercida por todos, convocados os cidadãos a fiscalizar a coisa pública, a *res publica*, efetivando-se essa fiscalização mediante o auxílio de medidas judiciais.

O reconhecimento, em nível constitucional, de interesses difusos e coletivos, emprestando-se legitimidade extraordinária a entidades de classe e sindicais e ao Ministério Público, para a defesa, em Juízo, desses interesses, os direitos conferidos ao consumidor, a ampliação do raio de proteção da ação popular, tudo isto faz crescer o número de processos. Uma prova de que os cidadãos, as entidades de classe e sindicais e o Ministério Público têm compreendido que são fiscais da *res publica*, está no elevado número de ações que são aforadas quando ocorrem, por exemplo, leilões de privatizações de empresas estatais: mais de uma centena de ações foram requeridas contra a privatização da Cia. Vale do Rio Doce, com o deferimento de liminares, o que demonstra que as pessoas têm exercido a sua cidadania, amplamente, e que elas confiam na Justiça. Quando me dizem, em tom de crítica, que tem havido exagero, por parte dos juízes de 1º grau, na concessão de liminares, respondo que isso é razoável. O contrário é que seria pior, porque demonstraria apatia dos magistrados.

2.2. O número deficiente de juízes de 1º grau

O número deficiente de juízes de 1º grau é outra causa da lentidão da Justiça. Em conferência que proferi em 1990², abordei a questão: a média dos cargos e a média de juízes, relativamente à população, eram, em 1990 – hoje os números pouco variam – as seguintes:

“a) Juiz de Direito: um cargo para 23.785 habitantes, um juiz para 30.624 habitantes (...);

² Ibid., p. 57 e segs: Problemas e soluções na prestação da justiça

b) Justiça do Trabalho: um cargo para 127.163 habitantes, um juiz para 165.255 habitantes (...);

c) Justiça Federal de 1º grau: um cargo para cerca de 617.283 habitantes, um juiz para cerca de 882.352 habitantes;

d) Justiça Militar Federal: um cargo para 3.410.268 habitantes, um juiz para 3.572.662 habitantes (...).

Consideradas todas as jurisdições, teríamos um cargo de juiz de 1º grau para cerca de 19.200 habitantes e um juiz para cerca de 25.100 habitantes.”

E acrescentei:

“A relação juiz/habitantes, no Brasil, chega a ser preocupante: considerado o total de 7.817 cargos, temos um cargo para cerca de 19.200 habitantes. Como, entretanto, estão providos apenas 5.984 cargos, a relação é de um juiz para cerca de 25.100 habitantes. Enquanto isso, segundo dá notícia o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (...) a Justiça alemã contava em 1981 com 15.532 (quinze mil quinhentos e trinta e dois) juízes, dos quais 12.019 (doze mil e dezenove) na jurisdição ordinária, para uma população aproximada de sessenta milhões de habitantes.

Tem-se, pois, na Alemanha Federal, um cargo de juiz para cerca de 3.863 habitantes.”

Hoje, o déficit de juízes é ainda maior, já que, a cada ano, avolumam-se os cargos não preenchidos. Acentue-se que o número de cargos relativamente ao número de habitantes é bastante reduzido. É comum, então, a existência de milhares de processos nas varas judiciais, cada processo exigindo instrução, a maioria deles demandando a inquirição de testemunhas em audiências públicas, com sustentações orais, o que exige tempo.

2.3. Forma inadequada de recrutamento dos juízes

Outra causa da lentidão da Justiça é a forma inadequada de recrutamento dos juízes. Estes são recrutados mediante concurso público de provas e títulos. É claro que o concurso é a melhor forma de recrutamento de servidores públicos. Mas, tratando-se de juízes, isto só não basta. Os concursos públicos para ingresso na magistratura costumam ser duríssimos, o que é elogiável. Acontece, entretanto, que os cargos não são preenchidos, na sua totalidade, porque

um grande número de candidatos não consegue aprovação, o que deve ser debitado, também, à deficiência do ensino jurídico no País. Em entrevista que concedi à *Revista Consulex*³, anotei que nem todas as Faculdades preparam convenientemente os alunos. A maioria das Faculdades, as particulares, sobretudo, despejam no mercado milhares de bacharéis mal preparados. Muitos não sabem nem escrever. Participei de várias bancas de concurso de juiz, de promotor, de procurador. Pude constatar, então, o despreparo da maioria dos candidatos.

A forma inadequada de recrutamento dos juízes faz admitir, muita vez, bacharéis sem vocação para a magistratura, ou candidatos mal preparados. E o que é grave: como não são aprovados candidatos em número suficiente, aumenta, a cada ano, o déficit de juízes.

2.4. O desaparelhamento do apoio administrativo no 1º grau

O apoio administrativo com que contam os juízes de 1º grau é, de regra, deficiente. Muitos juízes nem têm máquina de escrever. Em certas comarcas, servidores recebem propinas para fazer com que os processos andem. Na conferência que proferi em 1990, no XI Congresso Brasileiro de Magistrados, linhas atrás referida⁴, registrei:

“O *Jornal do Brasil* de 16-8-90, em editorial sob o título ‘Justiça Cega’, escreveu:

‘A Justiça no Brasil é tida como emperrada e cara. São dois os defeitos que afastam a maioria da população das reivindicações legais. Mas há outros defeitos caudatários que contribuem para torná-la ainda mais injusta. Qualquer cidadão sabe que o fórum do Rio só funciona com taxa de urgência (eufemismo para propina), sem a qual um processo fica eternamente esquecido na gaveta pelos serventuários.’

Admito que o problema apontado não apresenta a extensão pessimista que lhe empresta o editorial mencionado. Que o problema existe, todavia, ninguém ignora. É preciso, pois, enfrentá-lo de frente.”

2.5. As leis processuais: formalismo excessivo e o sistema irracional de recursos

Outra causa da lentidão da Justiça, que me parece, aliás, a mais importante, é o formalismo das leis processuais e o sistema irracional de

recursos. É comum os advogados relacionarem, na contestação, um grande número de preliminares, todas elas alicerçadas em questiúnculas processuais. Tem-se, então, a intelectualização da burocracia judicial, da “chicana judicial”, em que o direito material é posto em segundo plano.

O sistema recursal, com um número muito grande de recursos, é irracional. O despejo de um botequim pode chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido recursos sem nenhuma relevância jurídica ou social, como, por exemplo, recursos em que se discute se é possível a criação de cães em condomínios de apartamentos. Dizia eu que o despejo de um botequim pode chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Exemplifico e demonstro a afirmativa: sentença de 1º grau decreta o despejo. A apelação para o Tribunal de 2º grau é perfeitamente cabível, dado que o requisito do cabimento desse recurso é o sucumbimento, apenas. Interposta a apelação, é ela, meses depois – ou até anos depois – improvida. A parte vencida interpõe, então, recurso especial para o STJ e recurso extraordinário para o STF. Ambos os recursos, de regra, são incabíveis. O Presidente do Tribunal vai admiti-los, certamente. Serão interpostos, então, dois agravos, um para o STJ e outro para o STF. Formados os instrumentos, o que leva meses, sobe o agravo ao STJ, primeiro. Lá, o Relator nega-lhe provimento. Segue-se a interposição de agravo para a Turma, que, meses depois, confirma a decisão. Publicado o acórdão, o que demanda algum tempo, é interposto o recurso de embargos de declaração, que serão rejeitados. A publicação do acórdão vai demorar mais algum tempo. Em muitos casos, são interpostos embargos de declaração de embargos de declaração. Encerrada a questão no STJ, segue-se a repetição de tudo o que se narrou no Supremo Tribunal Federal.

3. Soluções propostas

3.1. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, que estão sendo propostos para as decisões do Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, já existem para as decisões proferidas na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, § 2º, redação da EC nº 3, de 1993). De minha parte, sempre sustentei que, não obstante inexistir norma expressa, também as

³ *Consulex*, n. 8, ago.1997

⁴ VELOSO, op. cit.

decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade são vinculantes. É que, julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, a lei é declarada inconstitucional, motivo por que é retirada do mundo jurídico. Impossível, portanto, a sua aplicação.

Em artigo que publiquei⁵, anotei que algumas vozes se levantam contra essas medidas, argumentando que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante limitam o acesso à Justiça. O argumento não é procedente. O efeito vinculante, aliás, não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, que é dos mais eficientes. É que, em razão do *stare decisis – stare decisis et non quieta movere* – acolhido no sistema do *common law*, estabelece a Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato. Estabelecido o princípio, será ele aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos⁶.

É dizer, no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os Tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, nos casos em que os fatos forem substancialmente iguais ao estado de fato em que a decisão da Suprema Corte foi tomada. Isto, sem dúvida, proporciona segurança jurídica.

Em artigo de doutrina, Eduardo García de Enterría, professor da Universidade Complutense de Madri, dá notícia de “la fuerza general *erga omnes* de las sentencias anulatorias de las leyes” proferidas pelos Tribunais Constitucionais europeus⁷. O que ocorre é que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões são considerados modos de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, porque além de impedirem a eternização das demandas judiciais, desestimulam as aventuras judiciais.

Registrei, em artigo publicado na imprensa⁸, que o professor e magistrado Antônio Álvares da Silva, especialista no direito alemão, lembrou que,

“no Direito Comparado o fato não é novo. Já existe também, há muito tempo, no Direito alemão. Lá, quando o Tribunal Constitucional decide uma questão, ela é vinculante para todas as instâncias e para a administração pública. E jamais houve

queixa dos juízes alemães contra sua liberdade de julgar”⁹.

O efeito vinculante seria estendido às decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade que o Supremo Tribunal realiza por meio do recurso extraordinário, e seria aplicado, também, às decisões proferidas nos recursos especiais (Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior Eleitoral) e de revista (Tribunal Superior do Trabalho). O efeito vinculante seria, entretanto, para a súmula da jurisprudência predominante. Aprovada a súmula, por votação qualificada – três quintos ou maioria absoluta –, produziria ela eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos órgãos judiciais sujeitos à jurisdição do Tribunal e relativamente à administração pública.

Como consequência do efeito vinculante das súmulas, seriam elas objeto do controle concentrado de constitucionalidade, vale dizer, estariam sujeitas ao controle em abstrato na ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante vão impedir a eternização das demandas e, sobretudo, a repetição de recursos já decididos.

De uma feita, visitando a Suprema Corte norte-americana e conversando com um dos seus juízes, dei-lhe notícia de que o Supremo Tribunal Federal julgava cerca de 30.000 recursos por ano. Ele se espantou. Acrescentei, em seguida: “antes que o senhor pense que os juízes brasileiros são super-homens ou que seja eu um grande mentiroso, esclareço que mais de 80% desses recursos são repetidos”. De janeiro a julho de 1997, o STF recebeu 19.599 processos e julgou 21.317. Até outubro de 1997, o Supremo já recebera cerca de 30.000 processos e julgara 33.857.

Em exposição feita no Senado Federal¹⁰, o então Presidente Sepúlveda Pertence informou que, em 1995, o Supremo Tribunal recebeu 30.706 feitos e emitiu 35.214 decisões. No mesmo ano, o Tribunal Constitucional alemão recebeu de 5.000 a 7.000 queixas constitucionais. Somente 2% (dois por cento) foram admitidas. Também no ano de 1995, a Suprema Corte americana recebeu cerca de 4.000 propostas de recursos, admitiu 300 e julgou 180.

⁵ *Folha de São Paulo*, mar. 1995

⁶ Black's Law Dictionary, verbete *stare decisis*.

⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. O controle de constitucionalidade na Europa. *RDP*, n. 84, p. 5, out./dez. 1987.

⁸ *Folha de São Paulo*, 4 ago. 1997.

⁹ SILVA, Antônio Álvares da. Súmula de efeito vinculante. *Estado de Minas*, 31 jul. 1997

¹⁰ Exposição feita na reunião da Comissão de Constituição e Justiça, em 2.4.97, acerca da Proposta de Emenda à Constituição nº 54, de 1995, do Senador Ronaldo Cunha Lima, em Parecer do Senador Jefferson Peres.

Em 1996, o Supremo Tribunal recebeu 30.706 processos e julgou 29.000. Mais de 80% desses recursos são repetidos.

Vejamos o crescimento do número de processos no Supremo Tribunal, a partir de 1940.

Em 1940, quando o STF compreendia, na sua estrutura, a jurisdição hoje confiada aos Tribunais Regionais Federais (2^a instância da Justiça Federal) e o Superior Tribunal de Justiça, foram 2.419 os processos recebidos, informou o Ministro Sepúlveda Pertence ao Senado. Em 1950, já criado o Tribunal Federal de Recursos, foram recebidos 3.091 processos. Em 1960, 6.504 processos recebidos. Em 1970, 6.367 processos recebidos. Em 1980, o número cresceu para 9.555. Em 1989, a informação é fornecida pela Presidência do STF, foram recebidos 9.632 processos e julgados 6.637; em 1990, 18.549 recebidos e 16.598 julgados; em 1991, 18.407 recebidos e 14.622 julgados; em 1992, 24.537 recebidos e 18.536 julgados; em 1993, 24.160 recebidos e 22.046 julgados; em 1994, 26.662 recebidos e 28.752 julgados; em 1997, até outubro, 29.270 recebidos e 33.857 julgados¹¹.

Voltemos à exposição do Ministro Pertence, em que consta que, no Superior Tribunal de Justiça, em 1990, foram recebidos 14.087 processos; em 1996, 53.993 processos foram distribuídos.

No Tribunal Superior do Trabalho, em 1990, foram recebidos 20.276 processos; em 1996, 93.484 processos.

A Justiça Federal de 1º grau recebeu, em 1990, 266.000 processos; em 1995, 641.000. A Justiça comum estadual autuou, em 1990, 3.606.000 processos; em 1992, 4.483.000; em 1995, 3.562.000.

A estatística demonstra a absoluta necessidade da adoção do efeito vinculante para as súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho.

Registre-se que a súmula, além de ser aprovada por maioria qualificada de votos – 3/5 ou maioria absoluta –, reflete, de regra, entendimento de juízes de todos os graus de jurisdição, dado que, quando uma questão chega ao Supremo Tribunal ou aos Tribunais Superiores, ela já foi decidida pelas instâncias inferiores.

¹¹ Em 1997, a informação é da Presidência do STF, foram distribuídos, no Tribunal, 33.963 processos e julgados 40.815. Vale registrar que mais de 80% dos recursos julgados são repetidos. Cerca de 6.000 processos recebidos não foram distribuídos.

Propõe-se, ademais, a instituição da ação de revisão da súmula, que seria aforada perante o Tribunal que a elaborou. Assim, novos argumentos, se existentes, poderiam ser levados ao Tribunal. A ação de revisão da súmula poderia ser aforada como medida preparatória de ação a ser ajuizada, ou no curso de uma ação em andamento. Ademais, haveria sempre a possibilidade de a revisão da súmula ser proposta, de ofício, pelo relator do recurso.

3.2. As leis processuais e o sistema de recursos

As leis processuais precisam ser simplificadas, abolindo-se o excesso de formalismo. Apenas as formalidades essenciais devem ser mantidas. Leciona Humberto Theodoro Júnior, forte em Héctor Fix-Zamúdio, que

“o processo civil em nossos tempos reclama flexibilidade e concentração, mediante supressão de trâmites desnecessários para que se atenda o clamor universal de uma justiça mais rápida e eficaz possível¹²”.

Depois de citar Fritz Baur¹³, Héctor Fix-Zamúdio¹⁴, Enrique Vescosi e Eduardo Vaz Ferreira¹⁵, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁶, e E. Couture¹⁷, a enfatizarem a necessidade da simplificação e da aceleração processual, dado que a lentidão da prestação jurisdicional importa em violação da garantia do devido processo legal e, em consequência, em denegação de justiça, conclui Theodoro Júnior, com apoio em Alois Troller, afirmando que a

“causa mais comum da lentidão da justiça é, todos o sabem, o apego injustificado

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Aide, 1987. p. 62.

¹³ BAUR, Fritz. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne. In: CAPPELLETI, Mauro, TALLON, Denis, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milão : Giuffrè, 1973. p. 23.

¹⁴ FIX-ZAMÚDIO, Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine. In: CAPPELLETI, TALLON, op. cit., p. 87-88.

¹⁵ VESCOSI, Henrique, FERREIRA, Eduardo Vaz. Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine, In: CAPPELLETI, TALLON, op. cit., p. 114-115.

¹⁶ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *Proceso autocomposición y autodefesa*, 2. ed. México : UNAM, 1970. p. 238.

¹⁷ COUTURE, apud. FIX-ZAMÚDIO. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. México : UNAM, 1974. p. 93.

ao formalismo exagerado, que, infelizmente, teima em permanecer enraizado no núcleo dos sistemas processuais latinos. Sobre o assunto, sabe-se que na Suíça há notável reação doutrinária e jurisprudencial contra o formalismo excessivo, que é considerado como violação da garantia de jurisdição constante do art. 4º da Constituição Federal: ‘En matière de procédure, le formalisme constitue un déni de justice quand il n'est imposé pour la protection d'aucun intérêt et qu'il complique d'une manière insoutenable l'application du droit matériel¹⁸’.

Reiteramos, portanto, que é necessária a revisão da legislação processual brasileira, civil e penal, para o fim de serem simplificados os procedimentos.

O sistema de recursos precisa, de outro lado, ser racionalizado. Conforme falamos, há um sem-número de recursos, de agravos, de medidas cautelares, que muita vez eternizam as demandas.

É necessário, primeiro que tudo, que sejam instituídos ônus para a sucumbência recursal. Ou seja, aquele que perde o recurso deve pagar os honorários do advogado da parte vencedora. Os ônus da sucumbência iriam, então, até à sentença. Daí para frente haveria novos ônus decorrentes de novas sucumbências, inclusive, em certos casos, multa, que reverteria em favor da parte vitoriosa.

Ainda no que concerne à legislação processual, peço aos especialistas a sua reflexão sobre a sugestão que me parece boa: as ações devem ter caráter mandamental, ou seja, é preciso eliminar, tanto quanto possível, o processo de execução. É dizer, no processo de conhecimento, deveriam realizar-se os procedimentos processuais que eliminariam as execuções por arbitramento e por artigos, a fim de evitar-se uma nova ação, a ação de execução. Tudo se limitaria, então, finda a fase de conhecimento, à liquidação do devido, mediante cálculo do contador. Eliminando-se o processo de execução – porque tudo se faria na fase de conhecimento – elimina-se, repetimos, uma nova ação, com notável economia processual, certo que esta, a economia processual, deve dominar o processo.

Com a palavra, portanto, os processualistas de boa-vontade, que têm o processo como instrumento de realização da justiça.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 64.

3.3. O recurso constitucional

Em palestra que proferi, em 1992, em São Paulo¹⁹, assim abordei a questão:

“13. As questões constitucionais controvertidas: a possibilidade de recurso à Corte Constitucional

No Tribunal constitucional alemão há o controle de normas em abstrato, a requerimento do Governo Federal, do Governo Estadual e de um terço dos membros do Parlamento Federal; no controle de normas em concreto, mediante provocação de juiz ou tribunal; ainda há, no Tribunal Constitucional alemão, o recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*) contra decisão judicial lesiva de direitos fundamentais, ou ato normativo (Mendes, Gilmar F., O apelo ao legislador... *R. do M.P. do Trabalho*, n. 3, p. 69).

Para o fim de evitar decisões díspares em questões constitucionais que assumem feição nacional, decisões polêmicas de juízes e tribunais inferiores, com desprestígio para o Judiciário, imagino que a Constituição poderia prever um recurso direto ao Supremo Tribunal Federal, não obrigatório, entretanto, para o juiz, que decidiria do seu cabimento. A idéia é esta: tratando-se de questão constitucional controvertida, de repercussão nacional, o juiz ou o tribunal da causa – e aqui busco inspiração no controle concentrado em concreto, existente no Tribunal Constitucional alemão – poderá, a requerimento do Procurador-Geral da República, suspender o processo, submeter a questão constitucional à decisão do Supremo Tribunal Federal.

A medida, ao que penso, não apresenta os inconvenientes da advocatícia, que, aliás, não admito. Ora, à medida que imaginamos não é obrigatória para o juiz ou o tribunal, que decidirá da necessidade e da conveniência do recurso. Incontestavelmente, de outro lado, há questões que demandam decisão imediata. O caso dos 147% dos aposentados da previdência social é um exemplo marcante. Quando a questão chegou ao Supremo Tribunal, quando o Supremo a decidiu, acabou-se

¹⁹ VELLOSO, op. cit., p. 91 e segs: O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional.

a polêmica. Ora, se aquela questão controvertida, polêmica, tivesse sido submetida ao Supremo Tribunal, no seu nascedouro, os aposentados teriam recebido aumento dos proventos muito antes do que ocorreu.

Hoje, o Procurador-Geral da República tem grande independência funcional. Ele seria senhor da conveniência e da necessidade de formular, ao juiz ou ao tribunal da causa, o pedido de submissão da questão constitucional ao Supremo Tribunal. E o juiz ou o tribunal decidiria, livremente, pela remessa da questão constitucional à Corte Suprema.

Esse recurso, que denominamos de recurso constitucional, ao que penso, poderá simplificar e encerrar, de modo definitivo, demoradas e infundáveis discussões, com decisões díspares e conflitantes de juízes e tribunais. Penso que valeria a pena tornar viável a idéia. O artigo da Constituição instituidor do “recurso constitucional” ficaria assim redigido:

‘Surgindo, no feito, questão constitucional controvertida, de repercussão nacional, o juiz ou o tribunal poderá, a requerimento do Procurador-Geral da República, suspender o processo, submeter a questão constitucional à decisão do Supremo Tribunal Federal, que terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo’.

O recurso constitucional que preconizamos, em 1992, esclarece o professor Gilmar Mendes, pode ser criado por lei, com base no que dispõe o § 1º, do art. 102 da Constituição Federal:

“A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Então, em qualquer processo, no 1º ou no 2º grau, ou em qualquer tribunal superior, existindo controvérsia constitucional a respeito de certo tema, o Procurador-Geral da República, ou o Procurador-Geral de Justiça, nos Estados-membros, poderia requerer ao juiz ou ao tribunal que, suspendendo o andamento do feito, remettesse a questão constitucional ao Supremo Tribunal, que a decidiria. Com isto, seriam resolvidas centenas e centenas de causas que se arrastam nos tribunais até chegarem ao Supremo Tribunal.

3.4. A argüição de relevância

No início dos anos sessenta, viveu o Supremo Tribunal Federal situação de crise, tendo em vista o grande número de recursos extraordinários que se avolumavam na sua secretaria, o que levou os seus ministros e os melhores juristas do país a debruçarem-se sobre o problema²⁰.

Em trabalho doutrinário que escrevi²¹, registrei que, em conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 21.8.1965, e na Federação do Comércio de São Paulo, em 24.8.1965, reunidas, depois, num só trabalho, o Ministro Victor Nunes Leal examinou a questão em vários de seus aspectos e apresentou alternativas para sua solução²². Uma dessas alternativas seria a adoção do requisito da relevância da questão de direito federal discutida, como condição para admissibilidade do recurso extraordinário.

A medida, que poderia reduzir significativamente o número de feitos a serem julgados, não se constituía numa “solução artificial, imaginada por seus juízes”, mas inspirada na “experiência da Corte Suprema dos Estados Unidos, consonte a reforma ali realizada, em 1925, por sugestão dos próprios Ministros”. Acrescentou, então, Victor Nunes Leal:

“Nas palavras de Stern e Gressman, ‘qualquer tipo de questão que chegue à Corte Suprema sofre um processo preliminar de triagem e somente sobrevive naqueles casos que a Corte considera suficientemente importantes ou significativos (*important or meritorious*) para justificar uma nova revisão’. É, aliás, o que preconiza o Prof. Mcwhinney, para o Tribunal alemão, no estudo citado anteriormente.

Esta é, para nós, uma solução realmente inovadora: exigir que seja de alta relevância a questão federal suscitada, para se admitir recurso de mandado de segurança ou recurso extraordinário (mantidos os demais requisitos hoje existentes). Ainda que estes outros estivessem presentes, o recurso não seria

²⁰ ROSAS, Roberto. Novas perspectivas do recurso extraordinário. In: *Estudos em homenagem a Alomar Balleiro*. UnB, 1976. p. 355; LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. *R. Inf. Legisl.*, n. 7, p. 15.

²¹ VELLOSO, A argüição de relevância em matéria tributária. *R. Dir. Trib.*, n. 9/10, p. 32, 1979.

²² *R. Inf. Legisl.*, n. 7, p. 15.

admitido, quando a questão de direito federal focalizada não fosse de alta relevância²³.

Essa relevância, posta como condição de admissibilidade do recurso, seria verificada sob o ponto de vista do interesse público. Se, de regra, a aplicação do direito comporta-se sob tal aspecto, a verdade é que, “na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno número de casos, e há problemas legais cujas consequências são muito reduzidas, mesmo para as partes”, aduziu o eminentemente publicista. Assim, o primeiro critério para se ter como relevante a questão, seria este: a decisão a ser tomada haveria de ter reflexo além do exclusivo interesse dos litigantes. Comportar-se-iam, dentro desse balizamento, por exemplo: a) questões constitucionais, em que se discute o direito fundamental da Nação, se não puderem ser decididas por outras razões jurídicas: se não for enfrentado o problema constitucional, a questão não seria relevante; b) questões onde se discute a competência de autoridades ou de órgãos públicos. Tem-se, aí, questão jurídica de alta relevância, dado que dos atos praticados por tais autoridades ou órgãos públicos pode resultar a regularidade ou irregularidade deles. No segundo caso, a repercussão pode ser de monta; c) a definição de um instituto tributário, que interessa a milhares de pessoas; d) a interpretação de uma lei que abranja extensa categoria de funcionários públicos; e) a aplicação, de uma forma ou de outra, de determinada norma legal, que pode abalar fundamentalmente todo um ramo da produção, ou do comércio.

Aduziu, por fim, o saudoso Ministro, citando *Stern e Gressmann*:²⁴

“Sem dúvida, o conceito de importância está relacionado com a importância das questões para o público, em contraste com a sua importância para as partes interessadas²⁵”.

As críticas que poderiam ser opostas ao requisito da relevância, de que teria ele feição marcadamente subjetiva, e esta é a objeção maior, foram equacionadas e respondidas pelo próprio Ministro, que, reconhecendo que o ato de julgar jamais conseguiria afastar-se do dado subjetivo, pois, segundo Benjamin Cardozo, por mais que tentemos ver as coisas sob o critério

²³ LEAL, Victor Nunes. *R. Inf. Legisl.* n. 7, p. 37-38.

²⁴ STERN, Gressmann. *Supreme Court Practice*. 3. ed. 1962. p. 16.

²⁵ LEAL, op. cit., p. 39.

objetivo, jamais as podemos ver senão com os nossos olhos, sugeriu a observância de determinadas proposições, que, se aplicadas, minimizariam o problema.

O Supremo Tribunal elaborou, em 1965, anteprojeto de reforma do Poder Judiciário, consagrando a idéia que, na Corte Suprema Americana, dera bons resultados. Foi proposta, então, nova redação ao inciso III do art. 101 da Constituição de 1946, que ficaria assim redigido:

“III - julgar em recurso extraordinário, sendo de alta relevância a questão federal, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes.”

A proposta, nesses termos, não vingou. A idéia, entretanto, foi adotada, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pela Emenda Regimental nº 3, de 1975, alterada pela Emenda nº 4, de 1977, simplesmente como causa excludente do voto regimental ao cabimento do recurso extraordinário. É dizer, enquanto a proposta de 1965, formulada pela Comissão constituída dos Ministros Luis Gallotti, Cândido Mota Filho e Victor Nunes Leal, na presidência do Ministro Ribeiro da Costa, fixava o requisito da relevância como pressuposto essencial para o julgamento do recurso extraordinário, a Emenda Regimental nº 3, de 1975, a adotou, em termos de exceção, ou seja, como causa excludente do voto regimental ao cabimento do recurso²⁶ e²⁷.

O que preconizamos é a adoção da argüição de relevância tal como proposta, em 1965, no anteprojeto de reforma do Poder Judiciário, elaborado pelos Ministros Luis Gallotti, Cândido Mota Filho e Victor Nunes Leal, na presidência do Ministro Ribeiro da Costa. Convém lembrar que é a argüição de relevância que propicia que a Corte Suprema norte-americana, que recebe, também, um grande número de propostas de recursos, aprecie, apenas, cerca de trezentos recursos por ano.

E mais: sustentamos que a argüição de relevância seja estendida ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao

²⁶ ROSAS, *Processos de competência do STF*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971. p. 137-138; Abreu, Iduna Weinert. *A argüição de relevância da questão federal*. Brasília, 1977. p. 10 e segs.; Ministro Rodrigues Alckmin, voto no Ag 70703 (AgRg)-RJ, *DJ* 2 set. 1977; Bermudes, Sérgio. *Encyclopédia Saraiva do Direito*. v. 7, p. 435. Verbete Argüição de relevância da questão federal; FALCÃO apud. Bermudes, op. cit.; LINS, Evandro. *R. OAB-RJ*, n. 1, p. 23-30; VELLOSO, op. cit.

²⁷ VELLOSO, O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional, p. 119.

Tribunal Superior do Trabalho, principalmente ao STJ e ao TST, que passam também por situação de crise.

3.5. Efeito *ex tunc* e *ex nunc* das decisões do STF no controle de constitucionalidade

Aduzi, na conferência que proferi em 1992, em São Paulo:²⁸

“No que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. (...) A Constituição da República portuguesa expressamente autoriza o Tribunal Constitucional, em certos casos, a fixar os efeitos da inconstitucionalidade a partir da decisão (art. 282, 4). Leciona, a propósito, José Manuel M. Cardoso da Costa, cuidando do Tribunal Constitucional de Portugal: ‘Por outro lado, o Tribunal pode sempre afastar a eficácia *ex tunc* da sua decisão (e eventualmente o efeito repristinatório), quando isso for exigido pela segurança jurídica, pela equidade ou por especiais razões de interesse público (art. 282, 4)’. (Costa, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra, 1992)”.

3.6. O fetichismo da jurisprudência uniforme

O fetichismo da jurisprudência uniforme em todo o território nacional deve ser afastado. É salutar que, por exemplo, a jurisprudência trabalhista do ABC paulista seja diferente da jurisprudência trabalhista do Piauí. As realidades sociais são totalmente diversas. Assim, não teríamos o recurso de revista trabalhista, da competência do TST, com base em dissídio jurisprudencial. O mesmo deve ser dito relativamente ao direito penal, ao direito civil, ao direito comercial, etc., pelo que o recurso especial, da competência do STJ, não teria como pressuposto a interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (CF, art. 102, III, c). Com isso, estariamos prestigiando a Federação.

O recurso especial e a revista trabalhista teriam como pressuposto, apenas, a ofensa à lei federal comum e trabalhista, respectivamente, observando-se, ademais, a relevância da questão de direito.

²⁸ VELLOSO, *Problemas e soluções na prestação da justiça*. Id.

3.7. A valorização do juiz de 1º grau

É preciso conferir ao juiz de 1º grau o seu verdadeiro valor. É ele o juiz que fala em primeiro lugar, o que está diante da realidade da causa, da realidade dos fatos da causa, o juiz que toma o depoimento das partes, das testemunhas e dos peritos. É ele que pode verificar, com um pouco de psicologia, se o réu mente, esconde algo, se as testemunhas estão dizendo a verdade. A partir da sentença, tudo é papel, vale dizer, os tribunais, no recurso, estão diante apenas de papéis. Fui juiz de 1º grau, fui juiz do Tribunal Regional Eleitoral de Minas, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal Superior Eleitoral, do Superior Tribunal de Justiça, voltei ao Tribunal Superior Eleitoral e sou juiz da Corte Suprema. Foi, para mim, bastante gratificante a magistratura de 1º grau. Também por isso reivindico para o juiz de 1º grau o reconhecimento do seu verdadeiro valor. Hoje, esse juiz é um simples preparador da causa, dado que há sempre a possibilidade do recurso ao tribunal de 2º grau e os recursos aos tribunais superiores estão amplamente facilitados.

Penso que cerca de quarenta por cento das causas podem ser solucionadas, em definitivo, em termos de matéria de fato, no 1º grau. O recurso, para o 2º grau, nessas causas, seria, então, puramente jurídico: ofensa à lei. As questões se afunilariam, portanto, relativamente aos tribunais superiores, que, ademais, contariam com a arguição de relevância. Os tribunais superiores somente julgariam, mediante a aferição da relevância, as questões que interessassem a milhões de brasileiros. Assim deve ser relativamente aos recursos de natureza extraordinária.

3.8. Juizados especiais de pequenas causas

Invoco o que disse, em 1990, na palestra que proferi no XI Congresso Brasileiro de Magistrados:²⁹

“Os Juizados Especiais, também denominados de pequenas causas, de criação facultativa pela Lei nº 7.244, de 7-11-84, são de criação obrigatória pela Constituição de 1988, art. 98, I. Esses Juizados, que eminentes juristas receberam com especial agrado (CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizado de Pequenas Causas: lei estadual receptiva, *Ajuris*, p. 33, n. 7; Juizado de Pequenas Causas. *R. de Crítica Judiciária*, p. 2, n. 113; DINAMARCO, Cândido R. A lei das pequenas causas e a

²⁹ Ibid.

renovação do processo civil. *Ajuris*, p. 33, n. 15; Manual das pequenas causas. RT, 1986; WATANABE, Kazuo. Características básicas do juizado especial de pequenas causas. *Ajuris*, p. 33, n. 26; Juizado especial de pequenas causas. RT, 1985; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Juizado de pequenas causas. RT, p. 598, n. 9; RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Perspectivas do juizado especial de pequenas causas. RT, p. 618, n. 250; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Cód. de Proc. Civil Anotado. 3. ed. Forense, p. 712 e segs.; TUCCI, Rogério Laura. Manual do Juizado Especial de Pequenas Causas. Saraiva, 1985) precisam ser criados, com a maior urgência, porque eles aproximamão a Justiça do povo. É que eles atendem, ‘em suma, ao justo anseio de todo o cidadão em ser ouvido em seus problemas jurídicos’, porque constituem ‘a Justiça do cidadão comum, que é lesado nas compras que faz, nos serviços que contrata, nos acidentes que sofre, enfim, do cidadão que se vê envolvido em conflitos de pequena expressão econômica, que ocorrem diariamente aos milhares, sem que se saiba a quem recorrer para solucioná-los de forma pronta, eficaz e sem muito gasto’. (WATANABE, op. cit., p. 32). No campo criminal, de outro lado, quantos e quantos pequenos delitos podem deixar de ficar impunes pela ação pronta e rápida desses Juizados. A boa execução da idéia, entretanto, requer formação de mentalidade aberta e despreconceituosa, no sentido de emprestar-se à qualidade o seu verdadeiro caráter, aplicando-se bem e fielmente a disposição inscrita no art. 2º da lei 7.244/84, que determina que o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á, ademais, pelos critérios da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação. É interessante que a Lei 7.244, de 1984, não indica o CPC como legislação supletiva. Os Juizados Especiais, cíveis e criminais, não devem ser criados somente nas capitais, mas devem expandir-se pelo interior. Pode-se pensar na instituição de Juizados móveis, que se deslocariam por todo o território do Estado”.

3.9. A Justiça de 1º grau: aparelhamento

O número de juízes de 1º grau, conforme vimos, é deficiente. É preciso, portanto, mediante estudos adequados, criar novas varas, especializá-las, na medida do possível, aperfeiçoando-se o apoio administrativo, engajando-se a Justiça na informática, com o uso inteligente dos computadores.

4. O controle de qualidade do Judiciário

4.1. Escolas de formação e aperfeiçoamento da magistratura

Assim abordei a questão na conferência que proferi em 1990, no XI Congresso Brasileiro de Magistrados:

“Informa o Ministro Sálvio de Figueiredo, na palestra que proferiu e já mencionada, que o sistema de recrutamento dos juízes, nos países mais desenvolvidos, ‘tem sido acompanhado de uma preparação específica, normalmente representada por estágios sob orientação de escolas judiciais.’ Esclarece que, na Alemanha, o ingresso na magistratura está condicionado à aprovação em exames para ingresso em curso específico, com duração mínima de dois anos, ao cabo do qual deverá submeter-se a novo e rigoroso exame. Aprovado, é nomeado juiz-auxiliar, não podendo funcionar isoladamente no primeiro ano, mas apenas em órgão colegiado. Permanecerá como juiz-auxiliar de três a cinco anos, após o que ingressa, em definitivo, na carreira, obtendo promoções pelo critério exclusivo do merecimento. Na Itália, o ingresso na carreira se faz por concurso público de provas e títulos. Aprovado, o candidato é nomeado auditor judiciário, cumprindo um período de estágio de cerca de dois anos, após o que presta novo exame, mais prático do que teórico, sendo nomeado para o cargo de adjunto judiciário e, após três anos no exercício do cargo de adjunto, é promovido ao cargo de juiz, na qualidade de pretor. Em Portugal, segundo Ricardo Malheiros Fiúza, em trabalho apresentado em congresso realizado em Santiago do Chile, o candidato presta concurso para ingresso na Escola Judicial, denominada Centro de Estudos Judiciários - CEJ de Lisboa. Relata Ricardo Malheiros Fiúza:

‘Funcionando desde 1979 nos termos dos Decretos-leis números 374-A/79 e 264-A/81, o Centro de Estudos Judiciais cuida da formação do Magistrado Judicial e do Magistrado do Ministério Público, em cursos separados, sem embargo de atividades em conjunto. Sua missão começa com a seleção para ingresso no centro. Os candidatos selecionados, chamados *auditores de Justiça* e com salário de 80% do início da carreira, divididos em grupos de 20 alunos, fazem, então, o Curso de Formação Inicial, que se divide em quatro etapas:

- a) Dez meses de atividades teórico-práticas, com aulas diárias e exames periódicos;
- b) Dez meses de período de iniciação nos tribunais, com avaliação feita por magistrados designados;
- c) Seis meses de período de pré-afeitação nos tribunais (já nomeados juízes);
- d) Três meses de formação complementar no Centro de Estudos Judiciais.

Depois destas etapas, são designados efetivamente para responder por uma comarca.’ (*Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 18, p. 345).

* * * * *

No Japão, o candidato deverá freqüentar, cerca de um ano, o Instituto de Pesquisas e Práticas Legais, que funciona junto à Corte Suprema; após ter sido aprovado nos exames finais é que o candidato pode ingressar na carreira judiciária. Na Espanha, o aspirante à carreira da magistratura deve ser aprovado em concurso para ingresso na Escola Judicial, que funciona ao lado de Faculdade de Direito da Universidade de Madri (Sálvio de Figueiredo, op. cit.).

Em viagem que fizemos à França, em outubro de 1989, estudamos a estrutura e o funcionamento da Escola Nacional da Magistratura francesa. Assim o fizemos por designação do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Washington Bolívar, já que estávamos em Paris, a convite da *Association Française des Constitutionnalistes*, a fim de participar de Simpósio de Direito Constitucional Comparado em que se examinou a Constituição do Brasil de 1988. Do relatório que apresentei ao Presidente Washington

Bolívar, ainda na condição de membro daquela Corte, destaco:

‘Em resumo, verificamos que o ingresso na carreira da magistratura dá-se da seguinte forma: a Escola Nacional da Magistratura oferece, todos os anos, cerca de duzentas vagas para ingresso. Inscrevem-se cerca de 3.000 candidatos, bacharéis e (ou) doutores em direito. De regra, não são preenchidas todas as vagas, porque é duríssimo o exame vestibular. Os aprovados seguem um curso de dois anos. Ao serem matriculados, são nomeados auditores judiciais. Ali, cursam disciplinas teóricas, fazem estágios em Tribunais, auxiliando os magistrados e são acompanhados em toda a sua formação por professores, juízes, de regra. Ao cabo do curso, se tiverem sucesso nos exames finais, são nomeados juízes.’

7. A solução para o problema do recrutamento dos juízes: a Escola da Magistratura

O recrutamento dos juízes, no Brasil, apresenta problemas que refletem no bom funcionamento da Justiça. No relatório que apresentei ao Presidente do STJ., escrevi:

‘Os Estados europeus, de um modo geral, estão preocupados com a formação dos seus juízes, porque entendem que um Judiciário cujos membros apresentam sólida formação intelectual e moral (formação que compreende o perfeito entendimento de sua gente e de suas instituições, públicas e privadas, em termos sociológicos) será respeitado pelo povo.

Portugal, inspirando-se no exemplo da Escola da Magistratura da França, instalou a sua. Assim também a Espanha. A Alemanha Federal também acaba de instalar a sua Escola Judicial, nos moldes da Escola francesa. Por se tratar de uma federação, as dificuldades, ali, serão maiores. Por isso é que se pode afirmar que a Alemanha Federal encontra-se numa fase inicial em termos de adoção de uma Escola da Magistratura.

O Brasil precisa preocupar-se com a formação dos seus juízes. A Constituição Federal exige, para ingresso na magistratura, o concurso público de provas e títulos (CF, art. 93, I). Ela, entretanto, não

fica somente nisso, já que prevê a existência de cursos de formação e de aperfeiçoamento de magistrados, chegando a estabelecer, expressamente, a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira. (CF, art. 93, II, c; art. 93, IV). O Estatuto da Magistratura (CF, art. 93) poderia, pois, estabelecer, como requisito para ingresso na magistratura, o curso na Escola Nacional da Magistratura. A Escola compreenderia a formação dos juízes federais, apenas, ou também dos juízes dos demais ramos do Judiciário da União, os juízes do trabalho e os auditores militares? Esta seria uma questão a ser estudada, como deveria ser pensada e estudada, da mesma forma, a formação dos juízes estaduais. Talvez, numa primeira fase, pudéssemos pensar apenas na formação dos juízes federais – formação e aperfeiçoamento. Certo é que precisamos dar o primeiro passo.

Permito-me, pois, sugerir que leve o Presidente do Superior Tribunal de Justiça ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a idéia de criação da Escola Nacional da Magistratura, entrosando-se, para efetivação da idéia, o STJ e o STF".

O relatório acima referido, volto a mencionar, foi por mim elaborado na condição de membro do STJ, no ano de 1989. Continuo pensando que é necessária a criação da Escola Nacional da Magistratura, que ficaria sob a supervisão do Conselho Nacional da Magistratura, órgão de que, a seguir, trataremos.

4.2. Conselho Nacional da Magistratura.

O controle de qualidade do Judiciário, da magistratura e dos serviços auxiliares é necessário e deveria efetivar-se mediante a atuação do Conselho Nacional da Magistratura, que seria criado mediante emenda constitucional. Esse Conselho, instituído junto ao Supremo Tribunal Federal, teria como atribuição básica a fiscalização do andamento dos serviços judiciários, a fim de tornar efetiva e pronta a prestação jurisdicional. O Conselho, mediante investigação e o exame das causas de emperramento da máquina judiciária, proporia soluções. O Conselho teria poderes, ademais, para punir, se fosse o caso, o juiz ou o servidor que não fosse laborioso, afastando e punindo os juízes e servidores desonestos ou não vocacionados para o cargo. Se

numa comarca ou num tribunal os processos se avolumassem, tornando-se a prestação jurisdicional lenta demais, o Conselho investigaria as causas e verificaria o que seria necessário modificar e aperfeiçoar, inclusive no que toca às leis processuais. O Conselho teria como atribuição, ademais, velar pelo exato comportamento dos juízes e servidores, porque a sociedade deseja que os seus magistrados sejam exemplares na sua conduta. O Conselho recomendaria, sempre que necessário, a instauração de procedimentos disciplinares contra servidores e magistrados, com possibilidade de recurso para o próprio Conselho, que poderia formalizar atos de exoneração, disponibilidade e aposentadoria de servidores e magistrados faltosos. E mais: o Conselho teria competência para expedir decisões normativas a respeito de questões administrativas e questões relacionadas com vencimentos e vantagens de juízes e servidores, uniformizando procedimentos.

O Conselho Nacional da Magistratura, instituído junto ao Supremo Tribunal Federal, cujas decisões poderiam ser revistas por este, em mandado de segurança originário, por exemplo, seria presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal, com direito a voto, e teria, em princípio, a seguinte composição:

- a) quatro ministros do Supremo Tribunal Federal, aí incluído o Presidente deste;
- b) quatro ministros que representariam os tribunais superiores – STJ, TSE, TST e STM;
- c) quatro desembargadores que representariam os Tribunais estaduais, escolhidos pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça;
- d) um juiz representante dos Tribunais Regionais Federais, escolhido pelo Conselho da Justiça Federal;
- e) um juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho;
- f) um representante do Conselho Federal da OAB, indicado por este, em lista tríplice, ao Supremo Tribunal Federal, que faria a designação.

Junto ao Conselho Nacional da Magistratura oficiaria o Procurador-Geral da República, como *custos legis*.

O Conselho Nacional da Magistratura seria integrado, pois, em princípio, por quinze membros.

Não considero o advogado e o Procurador-Geral da República como elementos estranhos ao Judiciário, já que o Ministério Público é considerado, pela Constituição, instituição essencial à função jurisdicional (CF., art. 127),

enquanto que o advogado, segundo dispõe o art. 133 da Constituição, é indispensável à administração da Justiça.

4.3. O Corregedor-Geral ou o “investigador da Justiça”

O Conselho Nacional da Magistratura teria um corregedor-geral, que seria o “investigador da Justiça”. O corregedor-geral seria um Ministro do Supremo Tribunal, escolhido dentre os ministros integrantes do Conselho. Enquanto corregedor, o ministro não teria funções judicantes no Supremo Tribunal, porque ficaria, em tempo integral, por conta do Conselho. Por isso, seria criado mais um cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. O corregedor seria escolhido pelo Supremo Tribunal, no momento em que escolhesse os seus representantes no Conselho Nacional da Magistratura.

O corregedor-geral, nas correções e investigações que realizasse, poderia requisitar juízes de quaisquer órgãos do Judiciário e do Ministério Público, federais ou estaduais, para auxiliá-lo, podendo aos juízes delegar atribuições. Assim, por exemplo, diante de denúncias ou representações contra juízes ou tribunais de certa região do país, requisitaria juízes e representantes do Ministério Público de outras regiões, que o auxiliariam nas investigações. O corregedor-geral seria o órgão executivo do Conselho.

O Conselho Nacional da Magistratura, assim composto, poderia, respeitando as garantias de

independência da magistratura, efetivar o controle de qualidade do Poder Judiciário.

5. Conclusão

O problema maior da Justiça é a lentidão, que contribui, significativamente, para tornar ineficiente a prestação jurisdicional. Todavia, equacionadas as causas desse mal, as soluções podem ser encontradas. As propostas de soluções que ora formulamos não nos parecem complexas. Se estivermos de acordo no sentido de que elas poderão resolver o problema da lentidão da Justiça, lutemos por concretizá-las. Juízes, advogados, membros do Ministério Público e os demais integrantes das carreiras jurídicas, estamos todos no mesmo barco, o barco da Justiça. Se ele fizer água, se soçobrar, soçobraremos todos. E o que é dramático, é que terá naufragado, com a inabilitação dos Tribunais, o Estado de direito, o Estado democrático de direito, a República, porque terá perecido o garantidor dos direitos e das garantias. Mas isso, estou certo, não ocorrerá, porque não o permitiremos. Victor Hugo, que foi poeta, escritor e que foi dos maiores pregadores em prol da república, cunhou para o movimento republicano esta sentença: se formos mil, eu estarei entre eles; se formos cem, eu serei um deles; e se formos um, eu serei ele. Que esta seja, relativamente ao Judiciário brasileiro, a nossa divisa, para o bem da República, para a felicidade do povo.

O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

SUMÁRIO

1. *Os direitos humanos na Constituição de 1988.*
2. *Restrições de direito e de fato à proteção dos direitos humanos.*
3. *O direito ao conhecimento e à retificação de dados pessoais.*
4. *A garantia processual.*
5. *Sujeitos passivos.*
6. *O pré-requisito da tentativa extrajudicial.*
7. *Procedimento da tentativa extrajudicial.*
8. *A ação de *habeas data*.*
9. *Legitimação ativa para a causa.*
10. *As espécies de pedido e a estrutura do processo.*
11. *Procedimento.*
12. *Sentença.*
13. *Suspensão provisória do cumprimento da ordem.*
14. *Coisa julgada.*
15. *Competência: A) originária.*
16. *Competência: B) recursal.*

1. Os direitos humanos na Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 5.10.1988 reservou o Título II para o tratamento dos “direitos e garantias fundamentais”. No respectivo Capítulo I, cuida-se dos “direitos e deveres individuais e coletivos”. Acusa a rubrica duas diferenças interessantes em confronto com as partes correspondentes das anteriores Cartas Políticas: de um lado, junto da alusão a “direitos”, aparece a menção a “deveres”; de outro, não se emprega unicamente, como era da nossa tradição, o adjetivo “individuais”, acrescentando-se-lhe o “coletivos”. Ambas as diferenças revelam certa evolução ideológica (talvez fosse melhor dizer cultural), sobre cujo significado, em nossa opinião profundo, não é este o momento próprio para debruçar-nos.

Importa assinalar por ora que, no Capítulo I, o dispositivo inicial (art. 5º) – após declarar, no *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” –

José Carlos Barbosa Moreira é Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Presidente do Instituto Ibero-Americanano de Direito Processual.

se desdobra em numerosos incisos, dedicados na maioria à especificação dos direitos assegurados e à indicação dos remédios utilizáveis contra a respectiva violação. Aí se compreendem praticamente todas aquelas prerrogativas a que uma terminologia discutível do ponto de vista doutrinário, mas já agora (e em definitivo) internacionalmente consagrada, aplica a denominação de “direitos humanos”. Assim é que a Constituição alude, por exemplo, à liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), à de consciência e de crença, com o livre exercício dos cultos religiosos (inciso VI), à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII), à liberdade de locomoção (inciso XV), de associação para fins lícitos (inciso XVII), ao respeito da integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), à necessária observância do devido processo legal (inciso LIV) e assim por diante.

2. Restrições de direito e de fato à proteção dos direitos humanos

Duas observações cabem aqui. A primeira, trivialíssima, é a de que nenhum dos direitos contemplados goza (nem pode gozar) de tutela irrestrita e absoluta. Não se concebe, na vida da sociedade, que direito algum seja compreendido e exercitado como se não existissem outros que, sob tais ou quais circunstâncias, sem determinadas limitações e compressões, inevitavelmente com ele entrariam em choque. A interpretação da Constituição rejeita contradições que nulifiquem qualquer de seus preceitos. Mas, para preservar a todos o espaço devido, é imprescindível levar em conta as interferências que decorrem, para o exercício de cada qual, da necessidade de preservar o dos restantes. O verdadeiro sistema constitucional de proteção de direitos não é aquele que resulta, pura e simplesmente, da leitura isolada de um ou de outro texto: reclama a ponderação atenta dos interesses em jogo e a prudente flexibilização de linhas divisórias, para permitir o convívio tão harmônioso quanto possível de valores igualmente relevantes e ocasionalmente contrastantes. Basta atentar, v.g., nos conflitos que podem surgir, e com freqüência surgem, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a obrigatoriedade preservação da intimidade e da honra alheias.

Outra observação, não menos óbvia, diz respeito à distância que lamentavelmente se interpõe entre o conjunto normativo e o quotidiano concreto. Seria ocioso demorar-nos em ilustrar com exemplos o reparo, cujo alcance, de resto, provavelmente transcende quaisquer fronteiras nacionais. É pelo menos extremamente duvidoso que em algum Estado, de ontem ou de hoje, o dia-a-dia da vida social haja refletido ou reflita com inteira fidelidade a imagem desenhada nos textos de Cartas Políticas, no que tange – e não só nisso – à reverência para com os direitos humanos. Haverá, é claro, diferenças de grau no descompasso; todavia, será difícil, quiçá impossível, apontar país qualificado, sem nenhuma hipocrisia, para atirar a primeira pedra. A perfeição, bem se sabe, decididamente não é do mundo terreno.

Esta segunda observação comporta um adendo, concernente à origem das violações dos chamados direitos humanos. Ao tratarem do assunto, os meios de comunicação social, e por influência deles muitíssimas pessoas, têm em vista exclusivamente, por assim dizer, os abusos e violências perpetrados pelas polícias e por outras entidades ligadas, direta ou indiretamente, às estruturas oficiais. É uma tendência que predomina até nas manifestações de quase todas as organizações internacionais que se ocupam da matéria. Ela denota uma visão indevidamente restritiva e unilateral do fenômeno. Sem minimizar a importância do aspecto comumente posto em relevo, tudo aconselha a que não se despreze outro: em certas áreas e em certos momentos, a atuação de grupos privados pode assumir gravidade tão grande ou maior do que a de aparelhos estatais, como razão de ameaça para a integridade dos mencionados direitos – a começar pelo mais elementar de todos, o direito à vida. Basta pensar na expansão e no fortalecimento da criminalidade organizada, a multiplicar e a alargar, em regiões urbanas e rurais, mormente no terceiro mundo, as “zonas cinzentas”¹, onde impera sem peias o arbítrio do chefe de quadrilha ou do mais bem armado traficante de drogas, autoinvestido de

¹ A expressão *zones grises* (ou *zones de non-droit*) vê-se empregada por autores franceses para designar as áreas em que o ordenamento oficial, sem força para impor-se, é substituído, *de facto*, pela “lei da selva”: *vide*, por exemplo, MINC. *Le nouveau moyen âge*. Paris, 1993, que alude, v.g., à América do Sul, “*dont des régions entières sont sous la domination des rois du pavot, des empereurs de la cocaïne et autres trafiquants*” (p. 70).

poderes para determinar o que se pode e o que se não pode fazer no território controlado, ordenar o fechamento de vias públicas e escolas, ocupar a seu talante espaços “estratégicos”, reduzir ao silêncio, pela intimidação, os moradores vizinhos e justiçar sumariamente quaisquer suspeitos de desobediência.

3. O direito ao conhecimento e à retificação de dados pessoais

Sob regimes políticos de exceção, e muito especialmente a partir do instante em que se desencadeia o processo de retorno ao Estado de direito, costuma aguçar-se a sensibilidade para este ou aquele problema relacionado com a preservação de direitos. Episódios em curso ou já encerrados, mas vivos na memória popular, põem em evidência dificuldades e carências que até ali talvez não houvessem despertado maior atenção. A humanidade aprende com a história: menos, com certeza, do que seria de desejar – mas aprende...

No Brasil, durante os governos discricionários que se sucederam ao longo de duas décadas, razões bem fundadas fizeram surgir, ou aumentar, uma inquietação relativamente nova, ou quando menos revestida de nova forma. Informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, ou mesmo fabricadas pela paranóia de órgãos repressivos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paraoficiais e passaram a fornecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias. Tais critérios eram insusceptíveis de objeção e discussão, até pelo simples e óbvio motivo de que os interessados não tinham acesso aos dados constantes dos registros. Ninguém pode sequer tentar demonstrar a falsidade ou incorreção de algo que ignora em que consiste... Situação desse gênero foi literariamente imortalizada pela pena de Kafka.

O problema tem ligação manifesta com o da preservação do direito à intimidade²: na coleta e armazenamento indiscriminado de dados atinentes a uma pessoa, à revelia dela e sem controle de sua parte, não há como deixar de ver uma invasão da privacidade. A rigor, porém, o que

² BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. S. Paulo, 1989. v. 2, p. 361; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. S. Paulo, 1990. p. 82.

avulta aqui é uma idéia mais particularizada, suscetível de expressão sintética nos seguintes termos: a ninguém se deve negar o conhecimento do que outros sabem ou supõem saber a seu respeito, nem a possibilidade de contestar a exatidão de tais noções e, sendo o caso, retificar o respectivo teor, principalmente quando a utilização dos elementos coligidos seja capaz de causar dano material ou moral³. É a essa específica preocupação que corresponde, na Constituição de 1988, o instituto de que nos vamos ocupar⁴.

4. A garantia processual

O Capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos” não se limita, em nossa Carta Política, a definir posições jurídicas situadas no plano material: contempla igualmente uma série de remédios processuais cujo emprego se destina a assegurar praticamente, a um tempo, a integridade ou a reintegração dos direitos e o cumprimento dos deveres ou a imposição de sanções a quem os descumpre. Algumas dessas figuras já estavam incorporadas, desde época mais ou menos recente, ao repertório tradicional do ordenamento pátrio. Assim, por exemplo, o *habeas corpus* – instrumento de proteção contra “violência ou coação”, atual ou iminente, à liberdade de locomoção, isto é, ao direito de ir e vir (art. 5º, LXVIII) – e o mandado de segurança – cabível para proteger “direito líquido e certo” lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de “autoridade pública ou

³ Expressivamente fala FERREIRA FILHO, op. cit., p. 81, de “um direito à verdade a respeito de si próprio”.

⁴ Nada do que ficou dito é incompatível com o fato de que também em Estados de instituições democráticas mais longamente consolidadas haja o legislador sentido a conveniência ou a necessidade de regular a matéria. Vide, por exemplo, na Alemanha, a *Bundesdatenschutzgesetz* (Lei federal sobre proteção de dados), de 27.1.1977; na França, a Lei nº 78-17, de 6.1.1978, “relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”; na Itália, a recente Lei nº 675, de 31.12.1996, sobre a “tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. Cf., em nível constitucional, as disposições do texto espanhol (arts. 18, nº 4, e 105, letra b) e do português (arts. 26, nº 2, e 35). Outros dados comparatísticos em TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. S. Paulo, 1989. p. 175 e segs.; e em GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Habeas data. Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. 1, p. 239 e segs.

agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX) – são institutos consagrados de longa data em sucessivos textos constitucionais brasileiros.

A esse rol vê-se agora acrescentado o *habeas data*, por sugestão, ao que consta⁵, de José Afonso da Silva. Parece dever-se ao ilustre professor da Universidade de São Paulo não só o acolhimento da matéria no bojo da Constituição, senão também o *nomen iuris* dado ao remédio processual, com inspiração em terminologia usada na doutrina espanhola, em sentido diverso mas correlato⁶. Eis o teor do dispositivo pertinente (art. 5º, LXXII):

“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 de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Antes de passarmos adiante, cabe assinalar que, ao ver de alguns, não teria sido preciso criar remédio processual novo para tutelar o direito em foco. Consagrado que fosse este em termos substanciais, a respectiva proteção em juízo poderia utilizar, pura e simplesmente, a via já conhecida do mandado de segurança⁷. A experiência, de certo modo, abona esse pensamento: com efeito, desde a entrada em vigor da Constituição, entendeu-se que era imediatamente aplicável, sem necessidade de aguardar-se

⁵ Há quem aponte antecedentes mais distantes: SIDOU, Othon. *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular* : as garantias ativas dos direitos coletivos. 4. ed. Rio de Janeiro, 1992, refere-se à “Proposta de Constituição Democrática para o Brasil”, resultante do Congresso Pontes de Miranda, Porto Alegre, 1981, e à Lei estadual nº 842, de 28.12.1984, do Rio de Janeiro.

⁶ Veja-se o que informa o jurista mesmo, no artigo *Habeas data*, em *O São Paulo* de 26.9.2/10.1986, e no *Curso de Direito Constitucional positivo*, 14. ed. S. Paulo, 1997. p. 431.

⁷ Assim, v.g. TUCCI, CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 171-2; FERREIRA FILHO, op. cit., p. 81; CRETTELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1991. v. 2, p. 773-4; SIDOU, op. cit., p. 431. No dizer de Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1993. p. 217, a valia do remédio “é, no fundo, essencialmente simbólica”.

regulamentação por lei ordinária, o inciso LXXII do art. 5º⁸; e, na falta de disciplina legal específica, utilizaram-se⁹ as normas referentes ao mandado de segurança no processamento e julgamento dos *habeas data* (por sinal, escassos) impetrados. Seja como for, o fato é que, já completado o nono aniversário da Carta de 1988, produziu o Congresso Nacional a Lei nº 9.507, de 12.11.1997, que, nos termos da ementa, “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*” – e na qual, diga-se logo, vieram-se a chancelar, consante se frisará nos momentos oportunos, soluções anteriormente propostas em sede doutrinária e, ao menos em parte, acolhidas pela jurisprudência.

5. Sujeitos passivos

Uma das questões básicas que o legislador teve de enfrentar foi a de saber *em face de quem* se asseguram o acesso aos dados armazenados e o direito à eventual retificação. Prende-se o problema à expressão “caráter público”, empregada na parte final do art. 5º, LXXII, alínea *a*, da Constituição, onde se fala em “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. É fora de dúvida que a cláusula derradeira, sob pena de tornar-se supérflua e redundante, só pode aludir a entidades *não-governamentais*¹⁰.

Nessa linha, vários autores propuseram para o texto entendimento amplo, que o fizesse abranger, ao lado dos órgãos integrantes das estruturas estatais, essas outras entidades suscetíveis de enquadrarem-se na locução final. As

⁸ V.g.: BASTOS, op. cit., p. 365-6, com apoio em parecer normativo do então Consultor-Geral da República Saulo Ramos, *Diário Oficial*, p. 19.804 e segs., especialmente 19.810-12, 11 out.1988. Seção 1; CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 770; PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. S. Paulo, 1991. p. 279-80.

⁹ Conforme sugerira, de resto, o próprio José Afonso da Silva, *H. d.*, nota 6.

¹⁰ Com razão Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo – Mandado de injunção – Habeas data*, Rio de Janeiro, 1989. p. 140-1; SIDOU, op. cit., p. 437; SILVA, C. D. C. p. 453. Inaceitável a opinião que pretendeu excluir da área de proteção do *habeas data*, pura e simplesmente, as entidades privadas: assim Vicente Greco Filho, *Tutela constitucional das liberdades*. S. Paulo, 1989. p. 177.

fórmulas, compreensivelmente, variaram. Houve quem conceituasse “entidade de caráter público” como “aquela que possui registros de assentamentos pessoais e os fornece a terceiros, isto é, não os detém para seu uso exclusivo, com vistas a definir suas opções e tomar decisões”¹¹; quem se referisse às “pessoas privadas que prestem serviços públicos ou de utilidade pública, ou prestem serviços ao público”¹²; quem, de maneira mais sintética, fizesse residir a marca do “caráter público” na mera circunstância de poder a entidade, “através de registros públicos ou banco de dados, fornecer informações sobre a pessoa”¹³.

O legislador, com acerto, deixou-se guiar por semelhante orientação. Nos termos do parágrafo único do art. 1º,

“considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”.

A idéia essencial, como se vê, é a da comunicabilidade a terceiros: se a entidade se cinge a coligir e armazenar os dados *para seu próprio e exclusivo uso*, não infringirá a Constituição caso negue à pessoa de quem se trata o acesso ao conteúdo dos registros ou bancos. Note-se, porém, que a lei não reclama a transmissão *atual*: contenta-se com a *possibilidade* dela. Isso reduz consideravelmente a área excluída da proteção, na qual só acharão espaço as situações em que fique clara a *impossibilidade* da comunicação a terceiros pela entidade depositária das informações.

Exemplos típicos de entidades “de caráter público” são os serviços de proteção ao crédito, cujos registros naturalmente se destinam à orientação dos respectivos usuários. Já assim se ensinava antes mesmo do advento da Lei nº 9.507¹⁴.

¹¹ PASSOS, op. cit., p. 141.

¹² BARROSO, op. cit., p. 218.

¹³ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. S. Paulo, 1996. v. 3, p. 208.

¹⁴ V.g.: CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 774; PASSOS, op. cit., p. 141; BARROSO, op. cit., p. 218; SILVA, C. D. C. p. 433; ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. S. Paulo, 1988. p. 124.

6. O pré-requisito da tentativa extrajudicial

Outra questão relevante consiste em saber se deve ou não exigir-se, como pressuposto de admissibilidade da ação de *habeas data*, que aquele que pretende interir-se do conteúdo do registro ou banco de dados se dirija, antes de mais nada, à própria entidade que o mantém. A afirmativa que seja a resposta, parece lógico que unicamente se abra a via judicial na hipótese de recusa ao acesso ou à retificação cabível.

O ponto foi objeto de controvérsia no período anterior à Lei nº 9.507. Parte da doutrina considerou dispensável a provocação prévia da entidade supostamente depositária da informação¹⁵. A jurisprudência, entretanto, inclinou-se para a tese contrária¹⁶. Não configurada a resistência da entidade, faltaria ao impetrante interesse processual.

Optou o legislador pela solução restritiva. Com efeito: antes de disciplinar o processo do *habeas data*, cuida a Lei nº 9.507, nos arts. 2º a 4º, do requerimento a ser feito pelo interessado “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados”; e, ao tratar da petição inicial da ação, no art. 8º, preceitua que ela seja instruída com prova da recusa em atender a tal

¹⁵ Nesse sentido, BASTOS, op. cit., p. 365; enfaticamente, SIDOU, op. cit., p. 440-2 (admitindo embora que a lei regulamentadora viesse a formular a exigência – o que em todo caso, ao ver do autor, desvirtuaria o instituto “enquanto garantia constitucional célebre”). *Aliter* Célio Borja, O mandado de injunção e o *habeas data*. *Revista Forense*, v. 306, p. 47, o qual, todavia, se contentava com a “negativa (...) tácita do fornecimento da informação” – e, ajunte-se, levava em conta exclusivamente o caso de registros ou bancos de dados mantidos pela *Administração Pública*. Igual limitação comprehende-se (*vide, supra*, a nota 9) em GRECO FILHO, op. cit., p. 177, que porém chegava à conclusão oposta: “A impetração não depende de prévio pedido administrativo”.

¹⁶ Assim, v.g., o extinto Tribunal Federal de Recursos. H.D. nº 7. 16 de março de 1989. *Diário da Justiça*, 15 de maio de 1989; Tribunal Regional Federal. 5ª Região. A.C. nº 94.05.57164. 6 de outubro de 1994. *A Constituição na visão dos tribunais*. S. Paulo, 1997. v. 1, p. 168; Superior Tribunal de Justiça. *Súmula da Jurisprudência Predominante*, nº 2. Em igual sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Rec. de H.D. nº 22. 19 de setembro de 1991. *Diário da Justiça*, p. 27.378, 1º set. 1995. Preconizava essa orientação, em sede doutrinária, CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 772-3, o qual formulava o voto (atendido) de que viesse a esposá-la a “futura norma regulamentadora”.

requerimento, sob pena de – com a ressalva que adiante se fará (*infra*, nº 10) – indeferi-la o juiz *in limine* (art. 10, *caput*). É certo que não se exige manifestação *expressa* do órgão ou entidade: basta ao impetrante provar que se escoou o prazo legal sem decisão sobre o requerimento, o que caracterizará recusa tácita.

7. Procedimento da tentativa extrajudicial

Convém descrever sumariamente o procedimento dessa medida extrajudicial arvorada pelo legislador em pré-requisito da admissibilidade da ação de *habeas data*. De acordo com o art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9.507, uma vez apresentado o requerimento, deve o órgão ou entidade destinatária deferi-lo ou indeferi-lo no prazo de 48 horas e comunicar a decisão ao requerente em 24 horas (nas 24 horas subseqüentes, entende-se). O contexto mostra que, em princípio, o escopo desse requerimento é o acesso do interessado ao conteúdo do registro ou banco de dados. Bem se comprehende, aliás, que normalmente não possa ele, até então, requerer outra coisa, por ignorar o que consta ali. Se, contudo, em hipótese especial, o interessado já tiver ciência daquele conteúdo (por exemplo, mediante certidão que lhe haja sido expedida pela repartição administrativa), afigura-se evidente a possibilidade, que desde logo se lhe abre, de requerer diretamente a retificação a seu ver cabível.

No comum dos casos, repita-se, pedirá o requerente que se lhe exibam os elementos constantes do registro ou do banco de dados. É para a decisão sobre esse pedido que o art. 2º, *fine*, marca o prazo de 48 horas. Não diz a lei, porém, que conseqüência acarreta a inobservância de tal prazo, nem a do prazo de 24 horas fixado para a comunicação da decisão ao requerente. Note-se que, para caracterizar a recusa tácita, e por conseguinte abrir a via judicial ao interessado, é mister que decorram “mais de dez dias sem decisão” (art. 8º, parágrafo único, I). O art. 6º do texto aprovado pelo Congresso Nacional cominava multa para “o descumprimento do disposto nos artigos anteriores”, entre os quais certamente se incluía o art. 2º; mas semelhante dispositivo veio a ser vetado pelo Presidente da República¹⁷.

¹⁷ Vide o *Diário Oficial*, p. 26.158, 13 nov. 1997. Seção 1.

Deferido o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, o depositário “marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações” (art. 3º, *caput*). Então, uma de duas: ou estas se afiguram exatas, ou não. No primeiro caso, *tollitur quaestio*; no segundo, “o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação” (art. 4º, *caput*). Fazendo-a, no decêndio seguinte à entrega do requerimento, a entidade ou órgão disso dará ciência ao interessado (art. 4º, § 1º). Concebe-se que este, embora não descubra propriamente inexatidão, queira fazer constar do registro ou do banco de dados “explicação ou contestação” a respeito, “justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado”. Em tal hipótese, a explicação “será anotada no cadastro do interessado” (art. 4º, § 2º).

A recusa da entidade ou órgão depositário, em qualquer caso – indeferindo o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, ou rejeitando o pedido de retificação, ou ainda negando-se a inserir a “explicação ou contestação” –, justifica o exercício, pelo interessado, da ação de *habeas data*.

8. A ação de *habeas data*

De tal remédio judicial tratam os arts. 7º e segs. da Lei nº 9.507. O primeiro dispositivo enumera, em três incisos, os casos de cabimento, correspondentes às três hipóteses de recusa, acima discriminadas, da entidade ou órgão depositário. Pode exercitar-se a ação de *habeas data* com o fito de compelir o impetrado a dar conhecimento ao impetrante de informações a este relativas (inciso I), a retificar os dados inexatos (inciso II) ou a fazer a anotação pleiteada nos respectivos assentamentos (inciso III).

Esse texto conjuga-se com o do art. 8º, parágrafo único, também desdoblado em três incisos, que impõem ao impetrante instruir a petição inicial com a prova da recusa expressa ou tácita da entidade ou órgão a atender ao requerimento de acesso (inciso I), ou de retificação (inciso II), ou de anotação (inciso III). Caracteriza recusa tácita o decurso, sem decisão, de “mais de dez dias” no primeiro caso, e de “mais de quinze dias”, nos outros dois.

Observe-se que a Lei nº 9.507 ampliou em certa medida o âmbito do remédio previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição da República. Só se refere esse dispositivo ao “conhecimento de

informações” (alínea *a*) e à “retificação de dados” (alínea *b*). O legislador ordinário aditou uma terceira possibilidade: a da anotação, nos assentamentos da entidade ou órgão, da “contestação ou explicação” do interessado. Por via indireta, alargou a franquia constitucionalmente deferida: não se reconhece apenas um direito *ao conhecimento* de dados ou à *retificação* dos inexatos, mas também à *anotação de contestações ou explicações*. Sublinhe-se que *anotar* contestação ou explicação não é o mesmo que *retificar* dado constante do banco ou registro: na retificação, modifica-se (ou, eventualmente, *cancela-se*)¹⁸ algo; na anotação, *acrescenta-se* algo ao que consta do banco ou registro.

A ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir, restringir o campo de atuação do *habeas data*, delimitado na Carta Política. De resto, apesar da diferença ontológica, se o remédio se presta à consecução de providência *mais intensa* (retificação de dados), é razoável admitir, *a fortiori*, que se preste à de providência *menos intensa* (simples anotação de explicações fornecidas pelo requerente, sem alteração dos assentamentos existentes).

9. Legitimação ativa para a causa

Importa precisar *quem* se habilita a pleitear o conhecimento e, eventualmente, a retificação (ou complementação) dos dados constantes de registros ou bancos. É o problema que, na linguagem científica do processo, designa-se pela expressão “legitimação ativa para a causa”.

O art. 5º do texto constitucional ministra um primeiro dado relevante, quando, na alínea *a* do inciso LXII, alude a “informações relativas à pessoa do impetrante”. Daí se tira imediatamente que não é lícito a quem quer que seja utilizar o *habeas data* para obter informações (menos ainda para tentar retificá-las) que digam respeito a *outrem*¹⁹. Entretanto, não se há de interpretar

¹⁸ BASTOS, op. cit., p. 364, já sustentava, à vista do texto constitucional, que a locução “retificação de dados” devia “ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa”.

¹⁹ Afirma SILVA, C. D. C. p. 432, que “o direito de conhecer e retificar os dados, assim como o de interpor o *habeas data* para fazer valer esse direito quando não espontaneamente prestado, é *personalíssimo* do titular dos dados” (grifos do autor). Em igual sentido: TUCCI, CRUZ E TUCCI, op. cit., p.

a palavra “pessoa” como adstrita a indicar características somáticas ou psíquicas, físicas ou espirituais do interessado: pode tratar-se igualmente de sua situação patrimonial, de sua condição jurídica, de sua participação em sociedades ou associações, de sua filiação (atual ou pretérita) a entidades políticas, a clubes, a agremiações de qualquer natureza, e assim por diante²⁰. Em suma: não se comprehende apenas aquilo que distingue o impetrante, em sua singularidade ontológica, de todos os outros indivíduos da espécie, mas também os mais variados aspectos de sua vida de relação na sociedade.

Nada importa que se cogite de pessoa física ou jurídica²¹: o texto constitucional não distingue, e com referência ao mandado de segurança foi sempre esse o entendimento dominante. Ademais, não obstante a letra à primeira

180; PASSOS, op. cit., p. 144-5 (onde se repele até, expressamente, a possibilidade da substituição processual do interessado por sindicato ou entidade de classe, bem como a sucessão na pendência do feito); SANTOS, op. cit., p. 208; GRECO FILHO, op. cit., p. 176; ACKEL FILHO, op. cit., p. 121 (o qual, todavia, abre exceção para o herdeiro legítimo e o cônjuge supérstite no que tange a dados concernentes à pessoa falecida); menos categórico, BARROSO, op. cit., p. 218. Mais flexível que a predominante é a posição de SIDOU, op. cit., p. 436, para quem as informações pretendidas não se restringem necessariamente “ao indivíduo *uti singuli*”, senão que podem abranger “as demais pessoas sob sua dependência familiar”; registre-se, aliás, que também SILVA, op. cit., p. 282, inclui entre as informações pessoais “as dos familiares”. *Vide*, na jurisprudência: recusando legitimidade a sindicatos, TRF. 1ª Região. RHD nº 0117170. 3 de setembro de 1990. *DJ*, p. 22.052, 24 set. 1990, e TRF. 4ª Região. 28 de junho de 1991, AHD nº 0409595. *DJ*, p. 19.494, 21 ago. 1991; afirmando o caráter personalíssimo da garantia e excluindo a possibilidade de seu exercício por substituto processual ou por ação coletiva, TRF. 4ª Região. HD nº 0409112. 15 de agosto de 1991. *DJ*, p. 21.820, 11 set. 1991; negando a legitimidade de parente de pessoa desaparecida, TRF. 1ª Região. Apel. em MS nº 0102148. 25 de outubro de 1994. *DJ*, p. 67.984, 24 nov. 1994.

²⁰ Mais restritiva a opinião de PACHECO, op. cit., p. 278.

²¹ Contra a segunda possibilidade, sem fundamentação convincente: BASTOS, op. cit., p. 363. Corretamente, MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. 17. ed. atual. por Arnoldo Wald. S. Paulo, 1996. p. 186; na jurisprudência, TRF. 2ª Região. Apel. Cív. nº 0218225. 8 de novembro de 1995. *DJ*, p. 3.224, 30 jan. 1996.

vista limitativa do art. 5º, *caput* (*verbis* “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”), a melhor interpretação, ao nosso ver, é a que estende a franquia inclusive aos estrangeiros *não* residentes. Já sob regimes constitucionais anteriores, negava a doutrina mais autorizada que ficassem tais estrangeiros totalmente a descoberto da proteção assegurada por esse tipo de garantias²²; e não é outro, hoje, o ensinamento mais prestigioso²³.

10. As espécies de pedido e a estrutura do processo

Consoante se explicou (*supra*, nº 7), ao dispor sobre o procedimento prévio perante a entidade ou órgão depositário das informações, contemplou a Lei nº 9.507, em termos expressos, a possibilidade do respectivo desdobramento em duas fases: uma destinada a dar a conhecer ao requerente o teor dos dados constantes do registro ou banco (art. 3º); outra, eventual, em que se tratará da retificação dos dados porventura inexatos, ou da anotação de “explicação ou contestação” fornecida pelo interessado (art. 4º, *caput*, e § 2º). Ressalvou-se, então, a hipótese de já ter o requerente ciência do teor dos assentamentos, e por isso interessar-lhe exclusivamente a retificação e/ou a anotação – caso em que, como é intuitivo, nada mais precisará requerer que uma dessas últimas providências, ou ambas.

Na disciplina do processo judicial, não se enxerga a previsão de desdobramento análogo. O art. 13, atinente à sentença que julga procedente o pedido, cuida em separado de duas hipóteses, ordenando ao juiz marcar dia e hora para que o impetrado “apresente ao impetrante as informações a seu respeito” (inciso I) ou (atente-se na conjunção alternativa) “apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante” (inciso II; melhor seria dizer: “nos assentamentos relativos ao impetrante”). O legislador, tem-se a impressão, pressupôs que a este por força interessará, alternativamente, uma de duas providências: o acesso aos dados ou então a retificação ou anotação.

Quid iuris, no entanto, se o interessado, ignorante do teor dos assentamentos, quiser

²² V.g., MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, 1967. v. 4, p. 700.

²³ Assim: FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. S. Paulo, 1989.v. 1, p. 59; BASTOS, op. cit., p. 4.

tomar ciência deles e *mais*, sendo o caso, promover-lhes a retificação (ou, ajunte-se, fazer inserir sua “explicação ou contestação”)? Antes da Lei nº 9.507, sustentava doutrina autorizada²⁴ que um único e mesmo processo bastaria para perseguir ambas as finalidades. Do ponto de vista procedural, dois caminhos seriam viáveis: ou (a) impor-se ao impetrante pleitear, *ab initio* e desde logo, o acesso aos dados e, se inexatos ou incompletos, a retificação ou anotação cabível; ou então (b) abrir-se-lhe, após a exibição dos assentamentos, nova oportunidade para, querendo, pedir a retificação ou anotação. A preferência pelo segundo caminho implicaria desdobramento do processo judicial em duas fases, à semelhança do previsto nos arts. 3º e 4º do diploma regulamentador, quanto ao procedimento da tentativa prévia de solução extrajudicial.

O assunto não recebeu do legislador ordinário a devida atenção. Suponhamos que o juiz, dando pela procedência do pedido de acesso aos dados, marque dia e hora para a respectiva apresentação e, cumprida a ordem, venha o impetrante a verificar a existência de inexatidões até ali ignoradas. Não esclarece a lei como se há de acudir a tal emergência. Seria manifesto despropósito atribuir ao interessado o ônus de impetrar novo *habeas data*, para pedir, dessa vez, a retificação e/ou a anotação. Por outro lado, nem sempre lhe será fácil, ou sequer possível, demandar desde o começo a exibição e a retificação ou anotação: o conhecimento do teor dos dados, em regra, constituirá pressuposto necessário do interesse na alteração ou no aditamento (*supra*, nº 7). Nada no texto legal autoriza a ilação de que o impetrante precise, na inicial, *cumular* os pedidos: ele fica livre, sem dúvida, de cumulá-los, se quiser e puder; é o máximo que cabe dizer.

Subsiste, pois, o problema: como proceder, na hipótese de, julgado procedente o pedido de acesso aos dados, e exibidos estes, parecer ao impetrante necessário que se retifiquem, ou que se insira nos assentamentos “explicação ou contestação”? Não vemos outra saída senão o prosseguimento do processo, para esse outro fim, com repetição das providências destinadas a assegurar o contraditório sobre o novo *thema decidendum* (art. 9º; vide, infra, o nº 11). Há desvantagens óbvias, entre elas a de gerar a possibilidade de duas sentenças, à feição do que ocorre no processo da ação de prestação

²⁴ Vide, por todos, SILVA, C. D. C. p. 432-3.

de contas (ex. art. 915 do Código de Processo Civil); mas não nos ocorre alternativa melhor²⁵.

11. Procedimento

O procedimento estabelecido pelos arts. 8º e segs. da Lei nº 9.507 segue, em linhas gerais, o padrão do mandado de segurança, tal como configurado na Lei nº 1.533, de 31.12.1951. Somando-se à patente afinidade entre os dois institutos, isso autoriza a fácil inferência de que, em princípio, as lacunas do novo diploma legal devem ser complanadas mediante aplicação analógica das disposições do anterior. Naturalmente, não se exclui – do mesmo modo que no mandado de segurança – a aplicabilidade subsidiária das regras comuns, contidas no Código de Processo Civil, em tudo que não tiver disciplina específica na Lei nº 9.507 e for compatível com sua sistemática.

Da escolha do modelo decorre a simplicidade e (espera-se) a celeridade do rito. A petição inicial, que preencherá os requisitos habituais (arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil), será apresentada em duas vias, e os documentos que instruirão a primeira serão reproduzidos por cópia junta à segunda (art. 8º, *caput*). Entre os documentos indispensáveis, como já se disse (*supra*, nº 6), figura – conforme a hipótese – a prova da recusa expressa do impetrado ao acesso às informações, à retificação, à anotação, ou a prova do recurso *in albis* do prazo legalmente marcado (recusa tácita) (art. 8º, incisos I a III).

²⁵ Em trabalho anterior à Lei nº 9.507, escrevia PASSOS, op. cit., p. 153: “(...) no particular do *habeas data* para retificação, a única peculiaridade que vislumbramos é a da possibilidade de seu ajuizamento conexo ao *habeas data* impetrado para obter as informações. Segundo já esclarecido, prestadas as informações pelo impetrado, pode o impetrante discordar delas, pedindo sua retificação (aditamento, eliminação, correção do que nelas consta etc.), e isso em verdade não é mais do que o *habeas data* da alínea *b*, embutido no processo relativo à hipótese da alínea *a*, possível pela conexão, que reclama simultâneo processamento e julgamento, dado o reflexo do *habeas data* retificador sobre o conteúdo da decisão no *habeas data* ajuizado para obter as informações”. O primeiro período transscrito sugere a idéia de cumulação originária dos pedidos – em nossa opinião, como ficou dito no texto, viável, mas pouco provável. Quanto à eventualidade da discordância do impetrante com o teor dos assentamentos exibidos, parece difícil, para dizer o menos, o cogitado “simultâneo processamento e julgamento”. Com efeito: a discussão acerca da retificação – e, a *fortiori*, a respectiva decisão – pressupõem já deci-

Sujeita-se a petição inicial, como a de qualquer ação, ao controle liminar do juiz, que a indeferirá “quando não for o caso de *habeas data*, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos” (art. 10, *caput*). Não deve o órgão judicial, entretanto, indeferir a inicial sem antes conceder ao impetrante o prazo de dez dias, para suprir deficiências ou corrigir outros defeitos sanáveis (Código de Processo Civil, art. 284). Nos termos do art. 10, *caput*, “do despacho de indeferimento caberá recurso previsto no art. 15” (a publicação oficial omitiu, à evidência, o artigo “o” antes de “recurso”). Infeliz a redação: chama “despacho” a ato que, pondo fim ao processo no nascedouro, a observar-se a terminologia do Código (art. 162, § 1º), sem dúvida constitui “sentença”, tanto quanto a decisão concessiva ou denegatória do *habeas data*, de que fala o art. 15.

Deferida que seja a petição, *ab initio* ou após a emenda ou complementação tempestiva, “o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias” (art. 9º). “Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da sua entrega a este ou da recusa, seja de recebê-lo, seja de dar recibo” (art. 11).

dido favoravelmente ao impetrante o pedido de informações (o único até então formulado, ao que tudo faz crer) e até já “prestadas” aquelas, conforme assinala o próprio autor. Tampouco soa compreensível a alusão ao “reflexo do *habeas data* retificador sobre o conteúdo da decisão no *habeas data* ajuizado para obter as informações”. O contrário é que se nos figura verdadeiro: cabe à decisão sobre o pedido de informações a prioridade lógica sobre a outra; antes de mais nada se decide se o impetrante tem o direito de acesso aos dados, depois se examinam as possíveis objeções à respectiva exatidão. Acrescente-se que a segunda decisão não fica condicionada à primeira em seu conteúdo, senão em sua existência mesma: rejeitado o pedido de informações, nem sequer se vai adiante; acolhido, passa-se ao resto, sem que fique em absoluto predeterminado o sentido em que se julgará a pretensão à retificação (o impetrante pode ter razão em querer conhecer os dados e não a ter em querer retificá-los). A questão primeiramente decidida caracteriza-se como preliminar, não como prejudicial, da outra (sobre a distinção entre os conceitos, *vide* MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1993. v. 1, p. 599-600).

Ao cabo do decêndio fixado no art. 9º, haja sido apresentada ou não a resposta (que a lei denomina “informações”), encaminham-se os autos ao Ministério Público, para que emita parecer em 5 dias, e em seguida ao juiz, para que decida, também num quinquídio (art. 12).

12. Sentença

A sentença, concessiva ou denegatória do *habeas data* em primeiro grau de jurisdição, é impugnável por apelação (art. 15, *caput*, aliás supérfluo: no silêncio da lei, incidiria de qualquer jeito o art. 513 do Código de Processo Civil). Há uma peculiaridade: no caso de acolhimento do pedido, o recurso é desprovido de efeito suspensivo – ou, consoante preferiu dizer o legislador, “terá efeito meramente devolutivo” (art. 15, parágrafo único). Significa isso que o impetrado deve cumprir a sentença incontinenti, tão logo lhe seja comunicado o respectivo teor, “por correio [passe o cacofato!], com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o impetrante o requerer” (art. 14, *caput*), exigido o reconhecimento da firma do juiz nos originais apresentados à agência expedidora, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica (art. 14, parágrafo único).

Diversamente do que se dá com o mandado de segurança, *ex vi* do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533, não existe, para o *habeas data*, determinação legal de que a sentença concessiva da medida fique obrigatoriamente sujeita à revisão em segundo grau de jurisdição; mas, se o impetrado vencido for órgão da União, do Estado ou do Município, será de rigor o reexame, por aplicação subsidiária da regra do art. 475, II, do Código de Processo Civil.

Isso não obsta, convém ressaltar, a que o órgão tenha de cumprir desde logo a sentença. Parece impróprio falar em “execução”, no sentido técnico: não há, a rigor, *condenação* cujo descumprimento dê ensejo à instauração de processo executivo. Julgado procedente o pedido, o órgão judicial emite uma *ordem* dirigida ao coator, para que, no dia e hora fixados, apresente as informações requeridas ou a prova da retificação ou anotação (art. 13; cf., *supra*, o nº 9). À luz da classificação adotada por parte expressiva da doutrina brasileira, estamos aqui diante de sentença tipicamente *mandamental*²⁶.

²⁶ Cf. PACHECO, op. cit., p. 273. GRECO FILHO, op. cit., p. 175, distingue: a ação de *habeas data* – e, por conseguinte, entende-se, a sentença de

A omissão voluntária e injustificada em cumprir a ordem pode configurar crime de desobediência por parte do agente responsável (Código Penal, art. 330). Não fica afastada a imposição de multa diária ao impetrado, com base no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil: indubiosa, ao nosso ver, a analogia, pois aqui também se cogita de ação cujo objeto é o cumprimento de obrigação (*lato sensu*) de fazer.

13. Suspensão provisória do cumprimento da ordem

No tocante ao mandado de segurança, inovação introduzida pela Lei nº 4.348, de 26.6.1964, abriu à pessoa jurídica de direito público interessada a faculdade de requerer ao presidente do tribunal competente para julgar o recurso a suspensão provisória da “execução” da ordem favorável ao impetrante, por hipótese concedida quer *in limine litis*, quer na sentença. Talvez haja, com efeito, ponderáveis razões de interesse público a desaconselhar o cumprimento imediato, visto como causador de dano irreparável ou de difícil reparação, a mostrar-se afinal injusto se porventura provido o recurso e denegada a segurança na instância superior. Tomou-se a louvável cautela de restringir expressamente a possibilidade da suspensão aos casos em que necessária para “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Tal disposição seria reproduzida, no que tange à concessão *in limine litis*, na disciplina da chamada ação civil pública, exercitável para promover a responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, e ainda por infração da ordem econômica (Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 1º). O requisito da “grave lesão à ordem, à saúde,

procedência – seria mandamental na hipótese da letra *a* do dispositivo constitucional (direito ao conhecimento dos dados), mas constitutiva na da letra *b* (direito à retificação), porque neste segundo caso se pleiteia “a modificação do mundo jurídico”. O argumento seria convincente se a sentença concessiva, por virtude própria, lograsse concretizar a modificação, pô-la em ato, como fazem as verdadeiras sentenças constitutivas (de anulação de casamento ou testamento, de divórcio etc.). Aqui, é outra coisa que sucede: tal qual na hipótese da letra *a*, o juiz (*rectius*: a sentença) não modifica por si assentamento algum: ordena, isso sim, que o impetrado proceda à modificação.

à segurança e à economia públicas” aparece igualmente no art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437, de 30.6.1992, o qual dispõe sobre a suspensão de liminares concedidas contra atos do Poder Público ou seus agentes; aí se acrescenta a exigência de ser o caso “de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade”.

Afigurou-se ao legislador que emergências do mesmo tipo seriam concebíveis no *habeas data*. E realmente se imagina com facilidade que a infundada concessão da medida por erro do juiz venha a ser cassada em grau de recurso, sem que se torne possível, a essa altura, restaurar o primitivo estado de coisas. Uma retificação de assentamentos é, em princípio, suscetível de ser desfeita, mas não haverá como desfazer a revelação ao impetrante de dado constante de registro ou banco: aí, *quod factum est infieri nequit*. Compreende-se, por conseguinte, que também a Lei nº 9.507 haja tratado de consagrar, no art. 16, mecanismo semelhante ao descrito acima.

Ao fazê-lo, porém, desprezou o cuidado de indicar as hipóteses que legitimam a suspensão, afastando-se do modelo inspirador. Lido à pressa, o art. 16 da Lei nº 9.507 sugere que se pode requerer a providência *em qualquer caso*, exista ou não exista relevante interesse público em jogo. E, ao contrário dos outros diplomas mencionados, nem sequer se impõe ao presidente do tribunal que fundamentalmente a decisão suspensiva. É verdade que, a partir da entrada em vigor da Carta de 1988, preceitos desse gênero se tornaram supérfluos: a exigência da fundamentação está hoje posta em nível constitucional (art. 93, IX) e prevalece mesmo no silêncio da lei ordinária. Contudo, a presença da cláusula nos textos mencionados acima tem a utilidade prática de pôr em relevo que o requerimento de suspensão só pode ser deferido com base na efetiva ocorrência, inequivocamente comprovada e demonstrada na motivação da sentença, de uma ou mais de uma daquelas situações previstas (perigo de grave lesão à ordem pública, ou à saúde pública etc.).

Não soa razoável que se tenha querido deixar a suspensão da ordem à inteira discreção do presidente do tribunal. Pensamos que também no particular há lacuna da Lei nº 9.507, a ser complanada mediante a aplicação das disposições análogas correspondentes²⁷.

²⁷ Há precedente judicial: o TRF, 4ª Região. Agr. Reg. na Susp. de Seg. nº 0430502. 22 de setembro de 1993. *DJ*, p. 49.087, 17 nov. 1993, entendeu aplicável ao *habeas data* a norma do art. 4º da Lei nº 8.437.

Impende ajuntar que a decisão do presidente do tribunal comporta impugnação por meio de agravo para o próprio tribunal (art. 16, *fine*).

14. Coisa julgada

De acordo com o art. 18 da Lei nº 9.507, “o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Aqui se depara, igualmente, disposição mutuada da Lei nº 1.533 (art. 16), relativa ao mandado de segurança. A esse respeito, superadas incertezas iniciais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio a firmar-se no sentido de que, se denegada a segurança por entender-se *inexistente* o direito alegado pelo impetrante, a decisão é suscetível de produzir coisa julgada material, a impedir qualquer nova apreciação judicial da lide²⁸.

É o entendimento que sem dúvida prevalecerá quanto ao *habeas data*. Suponhamos, por exemplo, que alguém pleiteie, por essa via, a retificação de dado constante de registro ou banco, mas o juiz, examinando a matéria, não descubra a suposta inexactidão. A sentença denegará a ordem, declarando que o assentamento é exato e, portanto, o impetrante não tem o direito de vê-lo modificado. Inexiste motivo para recusar a tal sentença a aptidão para revestir-se da *auctoritas rei iudicatae* no sentido material²⁹. É essa autoridade, e não qualquer *aliud*, que impedirá o órgão judicial, noutro eventual processo, de rejulgar a lide.

Diferentemente se passam as coisas quando a sentença puser termo ao feito sem apreciação do mérito. Por exemplo: o *habeas data* foi impetrado por pessoa diversa daquela a quem dizem

²⁸ Vide referências em NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 28. ed. São Paulo, 1997. p. 1.139, nota 1 ao art. 16 da Lei nº 1.533.

²⁹ Pouco persuasiva a argumentação (antes da Lei nº 9.507) de PASSOS, op. cit., p. 154, o qual parece levar em conta apenas a hipótese de concessão da ordem. Escreve esse autor: “Renovado um pedido de *habeas data* a respeito da mesma pessoa e em relação ao mesmo sujeito passivo, o que há e opera com força obstativa do *bis in idem* não é a coisa julgada, sim o *adimplemento*, como a prova do pagamento extingue a execução que se renove com base no mesmo título executivo”. Deixando de lado outros aspectos da questão, objetaríamos que, no exemplo figurado em nosso texto, não há cogitar de *adimplemento*. Tanto basta para infirmar o asserto, feito *sic et simpliciter*, de que é “inadequado falar-se em coisa julgada material no *habeas data*”.

respeito as informações a que se pretende ter acesso. Falece ao impetrante legitimação ativa para a causa (cf., *supra*, nº 9). O caso é de extinção do processo sem julgamento *de meritis*, e não haverá coisa julgada material. A disciplina da matéria não discrepa, em suma, da consagrada no Código de Processo Civil.

15. Competência: A) originária

Está regulada, em grande parte, na própria Constituição a competência para conhecer de *habeas data* e julgá-lo. No grau inferior de jurisdição, ela se reparte entre a Justiça federal e a Justiça dos Estados. São competentes os juízes federais para os *habeas data* impetrados contra autoridade federal, excetuados os casos de competência originária de tribunais federais (art. 109, VIII). Os juízes estaduais têm competência residual: exercem-na quando não haja disposição que a atribua ou aos juízes federais ou, originariamente, a algum tribunal.

A competência originária pertence: a cada um dos Tribunais Regionais Federais, para os *habeas data* contra o próprio tribunal ou órgão inferior da Justiça federal (art. 108, I, alínea c); ao Superior Tribunal de Justiça, para os *habeas data* contra Ministro de Estado ou o próprio tribunal (art. 105, I, alínea b); ao Supremo Tribunal Federal, para os *habeas data* contra o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República ou o próprio tribunal (art. 102, I, alínea d).

Todas essas regras foram reproduzidas no art. 20, I, alíneas a, b, c, d, f, da Lei nº 9.507. A alínea e trata de hipótese não contemplada *expressis verbis* na Carta Política da União: a da competência originária de tribunal estadual. Na conformidade da cláusula final, a matéria ficará sujeita ao “disposto na Constituição do Estado” – o que se harmoniza com a norma do art. 125, § 1º, da Constituição federal:

“A competência dos tribunais [estaduais] será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária da iniciativa do Tribunal de Justiça”.

16. Competência: B) recursal

Também se encontram na Carta da União regras sobre a competência para conhecer de recurso interposto contra decisão em *habeas data*. Se ela emanar de juiz federal, competente

para julgar a apelação será o Tribunal Regional Federal (art. 108, II, onde a palavra “causas” abrange, à evidência, a de que estamos cuidando, objeto de menção específica, quanto ao primeiro grau, no art. 109, VIII); a Lei nº 9.507 repete a disposição no art. 20, II, alínea c. Sendo a decisão proferida em única instância por qualquer dos tribunais superiores, e *dene-gatória*³⁰, o recurso cabível é o ordinário, e a competência recursal é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, a, reproduzido no art. 20, II, alínea a, da Lei nº 9.507). Pode ainda caber a competência recursal aos tribunais estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, “conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal” (Lei nº 9.507, art. 20, II, alínea d).

Falta aludir a um caso peculiar. Na enumeração das hipóteses de competência recursal do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II e III), a Constituição da República nada contém de específico acerca do *habeas data*. No que toca a recursos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, há apenas duas referências: a do inciso II, alínea b, atinente ao recurso ordinário em “mandados de segurança decididos em única instância” por esses tribunais, “quando denegatória a decisão”; e a do inciso III, concernente ao recurso especial cabível, em determinadas hipóteses, nas “causas decididas, em única ou última instância”, pelos mesmos Tribunais Regionais Federais (em ambos os textos se faz menção a outros tribunais, que aqui não interessam). No entanto, lê-se no art. 20, II, alínea b, da Lei nº 9.507, que o julgamento do *habeas data* compete, em grau de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça, “quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais”.

O dispositivo gera problema hermenêutico de difícil solução. Não se sabe se pretendeu somente – à semelhança de vários outros do art. 20 – reiterar previsão constitucional, ou se

³⁰ Na interpretação do art. 102, II, alínea a, e 105, II, alínea b, da Carta da República, que usam o adjetivo com relação a decisões em mandado de segurança, os tribunais têm atribuído à expressão sentido largo, a compreender não só as decisões desfavoráveis *de meritis* ao impetrante, mas também as que extinguem o processo do mandado de segurança sem apreciação do mérito: *vide* as referências jurisprudenciais em NEGRÃO, op. cit., p. 436, nota 8 ao art. 539 do Código de Processo Civil, e p. 1.229, nota 3 ao art. 247 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Tudo faz crer que igual entendimento prevalecerá em matéria de *habeas data*.

visou a abrir via recursal não contemplada na Lei Maior. Neste último caso, expõe-se à argüição de inconstitucionalidade, desde que se adote a premissa de que a competência do Superior Tribunal de Justiça se acha *exaustivamente* definida na Constituição e não pode ser ampliada por lei ordinária³¹. No primeiro, a única possibilidade consiste em entendê-lo como referente ao recurso especial; mas os pressupostos de cabimento, tais como enunciados na Lei nº 9.507, não coincidem com os constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito. De um lado, o recurso especial, segundo a Constituição (art. 105, III), não cabe apenas contra decisões proferidas em “única instância” por Tribunal Regional Federal, senão também contra decisões por qualquer deles proferidas “em *última* instância”; de outro lado, para que caiba o recurso especial, sempre de acordo com o art. 105, III, da Constituição, é imprescindível que se configure alguma das

hipóteses catalogadas nas alíneas *a*, *b* e *c*, a saber: que a decisão impugnada contrarie tratado ou lei federal; julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; ou dê a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Ora, ao propósito é de todo em todo silente o art. 20, II, alínea *b*, da Lei nº 9.507. Resta verificar como desatará a jurisprudência o nó dado pelo legislador.

Para terminar, anote-se que o inciso III do mesmo art. 20 faz alusão ao “recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal”, cabível em matéria de *habeas data* (como em qualquer outra!) “nos casos previstos na Constituição”, isto é: nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 103, III, alíneas *a*, *b* e *c*, respectivamente).

³¹ Nesse sentido, por exemplo, CRETELLA JÚNIOR, op. cit., v. 6, p. 3.119: “A Constituição vigente explicita *de modo exaustivo* a competência do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao processamento e julgamento de causas, quer em caráter originário, quer em via recursal” (sem grifo no original).

Direito de defesa em sindicância

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da nova ordem legal. 3. Lei 8.112/90. Determina a ampla defesa. 4. A nulidade contamina procedimentos que desrespeitam a ampla defesa e o contraditório na fase de sindicância. 5. Do abuso de poder. 6. Conclusão.

1. Introdução

O direito administrativo é uma ciência nova que, a partir do surgimento da Monarquia Absoluta, em meados do século XVII, aos finais do século XVIII, notabilizou-se pela centralização do poder real, que representava a lei suprema (*L'État c'est moi*), verificando-se total enfraquecimento da nobreza e ascenção da burguesia. O tema vigorante era *The King can do no wrong*, onde imperava a idéia da irresponsabilidade do Estado Absoluto, não sendo possível imaginar qualquer tipo de questionamento judicial contra a Coroa.

Após a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, o direito administrativo floresceu, ou seja, passou a conviver com o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), deixando de ser atrelado à preponderância “de la policia” (*Polizeistaat*), onde a vontade do Rei (Estado) era a lei.

Tem-se, portanto, que o Estado de Direito Constitucional radiou seus efeitos para todas as ciências jurídicas, prevalecendo a preocupação com o gênero humano, submetendo-se o Estado aos preceitos legais criados para assegurar a inviolabilidade das comunicações postais, telefônicas e telegráficas, não se admitindo mais a intromissão na vida privada e a quebra da discrição.

No campo público, a Administração se submete aos preceitos emanados pela lei, deixando

Mauro Roberto Gomes de Mattos é Advogado.

de possuir poder discricionário que não seja embasado em comando legal.

Em razão dessa evolução, os servidores públicos civis e militares foram agraciados com os comandos constitucionais que obrigaram que o Executivo e o Legislativo editassem novas regras, capazes de refletirem o “espírito” das mudanças.

Este intróito se faz necessário para demonstrar aos eméritos julgadores administrativos que os mesmos estão atrelados aos princípios da legalidade (art. 37 da CF), ou seja, os atos a serem praticados tanto na fase de sindicância, como em processo disciplinar, terão de obedecer, em primeiro lugar, aos dispositivos constitucionais aplicáveis, para, após, serem verificados na esfera federal os comandos da Lei nº 8.112/90, que revogou a Lei nº 1.711/52. É importante se ater a esse detalhe, pois o antigo Estatuto do Funcionário Público (Lei nº 1.711/52) concebia a sindicância como meio sumário, com a sua tramitação se caracterizando pelo manto do sigilo, como descrevia José Cretella Junior:

“Sindicância é o meio sumário que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosamente ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público responsável”¹.

Em igual diapassão, Hely Lopes Meirelles assim conceituava a sindicância:

“É o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator”².

Ocorre que, após a promulgação da atual Carta Constitucional, em 5 de outubro de 1988, foi criada nova era no campo social e público, sendo necessária reformulação no texto infra-constitucional, em face das inúmeras modificações ocorridas na Constituição apelidada de “cidadã”. Uma delas foi a vinda da Lei nº 8.112/90, que, em submissão à determinação de um Regime Jurídico Único para o servidor público federal, humanizou mais o convívio com a Administração Pública, garantindo sempre, em qualquer hipótese, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF) para o acusado ou investigado em geral, pondo fim à “verdade sabida”.

¹ *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo : Forense. v.6, p. 153.

² *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 593.

Nesse contexto, apesar de ter uma tramitação rápida (máximo 30 dias, prorrogáveis), a sindicância deixou de ser sumária, sem a defesa do servidor acusado, pois o art. 143 da Lei nº 8.112/90 exige respeito à regra constitucional do *due process of law*, com garantia do contraditório e de todos os meios de provas admitidos em direito, que não sejam procrastinatórios.

Dessa forma, antes de deixar o mundo terreno, o insigne baluarte do Direito Administrativo nacional, Hely Lopes Meirelles, deixou consignado na 14ª edição do seu “Direito Administrativo Brasileiro”, lançada em 1989, ou seja, após a nova CF, que agora

“a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada” (ob. citada, pág. 593).

E a Jurisprudência administrativa, atenta à evolução constitucional, baixou o seguinte entendimento:

“Mesmo nas penalidades de advertência e suspensão de até trinta dias, impõe-se a instauração de sindicância para apuração da responsabilidade, observando-se o princípio da ampla defesa”. (Parecer SAF nº 83/92 - DOU de 23.3.92)

“A aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias será sempre precedida de apuração da infração mediante sindicância, assegurada ampla defesa do acusado”. (Orientação Normativa da SAF nº 97 - DOU de 2.5.91).

Portanto, a aplicação de penalidade de advertência, que seria a forma mais branda de punição administrativa, deverá ser sempre precedida de apuração da infração mediante sindicância, assegurada ampla defesa do acusado. Essa necessidade da defesa na sindicância é plenamente justificada, não só pelo inciso LV do art. 5º da CF, mas também que dela pode resultar em “arquivamento do processo”, “aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias” e “instauração de processo disciplinar” (art. 145 da Lei nº 8.112/90).

Assim, tanto na sindicância, como no inquérito, deve-se garantir ao acusado ou investigado sempre os meios de defesa e o contraditório, para possibilitar que a verdade seja a prevalente, pois no campo administrativo-processual não

se admite mais o ordenamento de atos acusatórios, onde a verdade já é sabida pela Comissão Julgadora, que sentencia com base em provas e elementos construídos sem que fossem refutados pelos servidores acusados. E exatamente para banir essas perseguições é que o constituinte moderno não permite mais a utilização de meios que impossibilitam o cerceamento de defesa do investigado.

A era da “verdade sabida” no direito administrativo passou, e todo procedimento disciplinar deverá ser precedido da Sindicância, com a garantia da defesa escrita e demais provas admitidas em direito, sob pena de nulidade insanável. Essa é a grande inovação do texto constitucional que, se não for observado e cultuado, gera nulidade absoluta.

Por outro lado, a fim de se evitar outras nulidades no procedimento administrativo, é imperioso que se verifique a redação da Portaria inaugural, pois, como peça processual interna, está adstrita ao princípio da publicidade (art. 37 da CF), devendo conter nome dos servidores investigados com a exposição dos fatos que constituem as infrações disciplinares:

“É nula portaria que determina a instauração de processo administrativo contra funcionário público se a mesma não contém a exposição do fato ou fatos que constituem infrações disciplinares, com todas as circunstâncias, à semelhança do que se faz na ação penal com a denúncia, que é a peça básica da *persecutio criminalis*”³.

Após esse relato inicial, para evitar que atos administrativos “disciplinares” inconstitucionais maculem a honra do servidor público, com prejuízo grave a sua boa imagem na repartição, mister se faz que haja o respeito dos direitos e garantias constitucionais dos administrados, sob pena de nulidade absoluta e intransponível.

2. Da nova ordem legal

Com toda a maestria que lhe é peculiar, Sérgio Ferraz⁴, ao prefaciar o “Processo administrativo e suas espécies”, com precisão cirúrgica, deixa expresso que:

“A temática do processo administrativo, aliás, ganhou notável projeção, a partir da redação dada pelo constituinte,

em 1988, ao inciso LV do art. 5º da nossa Lei Magna. Como se sabe, ao aludido preceito ao processo administrativo foram estendidas as garantias antes reservadas apenas ao processo judicial. Vemos no processo administrativo, com plenas e amplas garantias de intervenção e atuação dos administrados, verdadeira pedra-de-toque na história, mesmo, do Estado brasileiro. Sem um processo administrativo desse jaez, não há Estado de Direito, inexiste Democracia. É fácil explicar o fundamento de tais afirmações: a atuação da administração pública, mais amplamente ou menos, se estratifica e se define no bojo de um Processo Administrativo. Antes de 1988, a Administração se considera dona do processo administrativo, propiciando exclusivamente, a seu bel-prazer, seu manuseio, seu conhecimento e manifestação plena dos interessados.”

Resta saber se na fase de sindicância o servidor pode ser considerado como acusado. Na nossa opinião sim, pois nessa fase será decidido se haverá punição branda ou se o procedimento disciplinar se instaurará. Ora, a partir do momento que tanto a pequena punição, como a instauração do inquérito administrativo, repercutem na vida funcional do servidor, com abalo à sua moral, fica abolida a falta de defesa até mesmo em meio sumário, como é na Sindicância.

Em todo processo e procedimento interno, por mais sumária que tenha de ser a apuração, está presente a garantia de defesa, corolário do dogma constitucional do devido processo legal⁵, sempre com o intuito de evitar-se o cometimento de injustiças ou perseguições.

Até mesmo na avaliação de um estágio probatório, a administração pública, ao reprovar o servidor, não confirmando a sua posse, terá de possibilitar ao avaliado a chance de defender-se e provar que as notas que lhe foram atribuídas não correspondem com a prestação dos serviços efetivados. Dessa forma, as Comissões de Sindicância e de Inquérito, criadas para promoverem a apuração imediata de fatos constantes em procedimentos administrativos, deverão ater-se ao preconizado no art. 143 da Lei nº 8.112/90, garantindo ao acusado a ampla defesa, como determina a citada norma legal, *verbis*:

³ RT, n. 232, p. 257.
⁴ *Processo administrativo e suas espécies*. Forense, 1997.

⁵ BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. *Juizados especiais civis e criminais e suspensão condicional do processo*. Forense, 1996. p. 201.

“Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

A observância ao princípio da ampla defesa, norma consagrada no *Texto Mater*, art. 5º, LV, deve ser verificada até mesmo na fase inicial sumária, que é a sindicância, com a garantia mínima preconizada pela ampla defesa, não podendo ser desprezada pelas Comissões de Sindicância esta etapa, como afirmado alhures, isso porque a apuração de infração disciplinar, mediante sindicância ou processo disciplinar que, segundo Sérgio D'Andreia⁶, são espécies de um gênero mais amplo, que é o processo administrativo *lato sensu*, deverá ser sempre cultuada pela defesa mais ampla que possível:

“A sindicância, com a garantia da ampla defesa, é, pois, formalidade essencial à validade do ato punitivo, inclusive a suspensão por 15 dias, tudo em consonância com o disposto no art. 5º, LV, da CF”.

Pela transcrição da magnífica visão do Professor D'Andreia Ferreira, os menos avisados poderiam questionar que o ilustre magistrado

⁶ Voto condutor no MS nº 01443/RJ (91.18509-1), TRF – 2^a Região, 2^a T. *DJ*, 28 jul. 1992, que ficou assim ementado: “SERVIDOR CIVIL: SUSPENSÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO: DISCIPLINAR – PODER DISCIPLINAR: EXERCÍCIO POR JUIZ. EMENTA: Administrativo, Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato disciplinar impositivo de pena de suspensão de 15 dias a servidor de Secretaria de Vara pelo respectivo Juiz Federal. Decretação de nulidade do ato. Inobservância de formalidade essencial, qual seja a prévia realização de sindicância, com garantia de ampla defesa: art. 5º da Lei nº 1.533, de 31-12-51; art. 5º, da CF; arts. 143 e 145, II, da Lei nº 8.112, de 11-12-90. O processo administrativo disciplinar (processo administrativo punitivo interno) é sempre necessário para imposição de sanção a servidor público, quer sob a forma de sindicância (advertência e suspensão de até 15 dias) ou de processo disciplinar *stricto sensu* (compreendendo o inquérito administrativo nos demais casos): arts. 143, 146 e 148 e seguintes da Lei nº 8.112/90. A pena de suspensão, em hipótese em que cabe a de advertência por escrito, só pode ser aplicada na hipótese de reincidência, uma vez já inflingida aquela outra sanção: arts 129 e 130 da Lei nº 8.112/90”. (FERREIRA, D'Andreia. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Renovar, 1997. p. 141).

apenas se referia aos casos de ampla defesa nas sindicâncias punitivas, negando o instituto do contraditório e da ampla defesa para as hipóteses da sindicância preparatória do processo disciplinar principal (Inquérito Administrativo). Tal enredo não se afigura como correto, pelo fato de o próprio D'Andreia Ferreira defender, no Mandado de Segurança nº 5161/RJ (93.02.04280-4)⁷, que a sindicância no processo administrativo disciplinar, após a Lei nº 8.112/90, em submissão ao art. 5º, LV, da CF, deixou de ser sumária para revestir-se da garantia impostergável do salutar princípio da ampla defesa, independentemente da sindicância ser ou não punitiva. Não resta dúvida que os ordenamentos legais anteriores ao atual manto constitucional eram no sentido de imprimir à sindicância o efeito sumário, vigorando a era da verdade sabida, em conformidade com a radiação da Lei nº 1.711/52.

Tudo isso modificou-se com a vinda da atual Constituição Federal, que expressamente determina o princípio do contraditório e da ampla

⁷ O v. acórdão ficou assim ementado: “... Invalidade, igualmente *ab ovo*, do processado, por violação do princípio da ampla defesa, na fase da sindicância. Diferença radical entre a natureza da sindicância e no Direito Administrativo Processual disciplinar, no regime da Lei nº 1.711/52, e no da Lei nº 8.112/90. Agora, a sindicância, é fase preliminar do processo administrativo disciplinar em sentido largo; e de que resultam, se positiva, a fase subsequente e consequente do processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Arts. 144 e s. da Lei nº 8.112/90. Garantia constitucional (art. 5º, IV, da CF) e legal (art. 144 da Lei nº 8.112/90) da ampla defesa na sindicância, fundamental, eis que dela decorre, em relação de causa e efeito, o processo administrativo disciplinar *stricto sensu*. Sindicância que não assegurou aquela garantia, tanto que se encerrou em 48 horas. Contrariedade do disposto no subitem 19.1.1 do Manual do CJF. A sindicância já é parte do processo administrativo disciplinar, e a falta de higidez de seus atos contamina, como é próprio do Direito Processual, todos os atos subsequentes. Direito do acusado de, defendendo-se amplamente na sindicância, não se ver submetido à segunda fase, nem de ser punido, com penas menos graves, na própria sindicância. Nulidade, igualmente, do processo disciplinar em sentido estrito, que se seguiu, no qual, mais uma vez, vícios procedimentais afetaram a garantia defensiva do Impetrante. Concessão da segurança, para, declarando-se a invalidade do procedimento disciplinar *ab initio* e do ato primitivo funcional, máximo, determinar o refazimento do *iter processual*, perante o “Juiz Natural” administrativo do impetrante, garantindo-se a ampla defesa, superadas, pois, as violações a esses direitos líquidos e certos, daquele, dando-se a oportunidade de comprovar sua eventual inocência.” (TRF. 2^a Região. Relator: D'Andreia Ferreira. *DJ*, 19 abr. 1994).

defesa em qualquer processo administrativo, em favor do acusado.

Como a tramitação da sindicância se alterou pela citada inovação constitucional, a moderna doutrina vem sublinhando que ela deverá observar as seguintes fases:

“Assim, levando-se em conta os princípios inseridos no art. 37, *caput*, da nossa Carta Política, a garantia do contraditório e da ampla defesa assegurada aos acusados em geral (art. 5º, LV da CF), o comando do art. 143 da Lei nº 8.112/90 e, de resto, a boa técnica processual, recomenda-se que a sindicância seja estruturada observando-se as seguintes fases: a) instauração; b) apuração; c) instrução; d) defesa; e, f) julgamento⁸.”

Mais à frente, arremata o citado mestre:

“Tais fases são estágios importantes, eis que separam as etapas em que se desdobra a sindicância, permitindo uma melhor compreensão e análise técnica do procedimento apuratório.

Destarte, a exemplo do que ocorre com o processo disciplinar, na fase de instauração da sindicância, a Autoridade emite um juízo de admissibilidade do procedimento, quando decide pela instauração do feito ou pelo arquivamento da acusação, tudo como recomendam as regras dos artigos 143 e 144, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90.”

Nessa moldura, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, estendeu ao processo administrativo inominado, e aos acusados em geral, o direito a ampla defesa, que nossas precedentes Constituições, desde a Carta Imperial de 1824, circunscreviam ao processo judicial penal e ao processo administrativo disciplinar, este a partir de 1934.

Com a adoção textual do *due process of law*, do direito americano, e do *the law of the land*, do direito inglês, o constituinte moderno garantiu aos acusados em geral, nos procedimentos administrativos, o direito a ampla defesa e a utilização de todos os meios de provas admitidos em direito.

Por sua vez, o Colendo Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta, ao analisar

⁸ LESSA, Sebastião José. *Do processo disciplinar e da sindicância*. 2. ed. 1996. Brasília Jurídica, 1996. p. 49.

⁹ Ibid., p. 50.

Procedimento Administrativo que não possibilitou ao acusado direito de defesa na fase da sindicância, não teve dúvida em invalidar os atos praticados:

“Mandado de Segurança. Processo Administrativo. Cerceamento de Defesa.

– Em face da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei nº 1.711/52, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocadamente dos artigos 151, II, 156 e 159.

Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como “acusado”), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, *caput*), sendo, então, ele, já na condição de “indiciado”, citado por mandado expedido pelo presidente da Comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para as diligências refutadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, *caput*, e parágrafos 1º e 3º). Mandado de Segurança deferido¹⁰.”

Em igual sentido, no Mandado de Segurança n. 21.726-RJ, o Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence anulou demissão de servidor estável por não ter sido dado direito de defesa na fase de sindicância, *verbis*:

“Demissão de servidor estável: processo administrativo com garantia de ampla defesa: diversidade radical entre os sistemas do antigo Estatuto (Lei nº 1.711/52) e da vigente Lei do Regime Único (Lei nº 8.112/90).

¹⁰ MS nº 21.721-9-RJ. Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ*, jun. 10 1994, p. 14.785. Ementário nº 1.748-1.

Ao contrário do que sucedia sob a Lei nº 1.711/52, a Lei nº 8.112/90 distingui nitidamente o procedimento unilateral e inquisitivo da sindicância (art. 143) do processo disciplinar dela resultante (arts. 145, III e 148), o qual se desenvolve integralmente sob os ditames do contraditório (arts. 153, 156 e 159 e §2º), o que impõe, sob pena de nulidade que, antes de que se proceda à instrução, seja o acusado chamado ao feito”¹¹.

Assim sendo, mister se faz que as Comissões de Sindicância respeitem o *due process of law*, sob pena de perpetrarem uma nulidade de pleno direito.

3. Lei nº 8.112/90. Determina a ampla defesa

Após o advento da atual Constituição Federal, muitas leis foram editadas, no intuito de dar eficácia à nova ordem constitucional.

Uma delas foi a Lei nº 8.112/90, que deu efetividade ao Regime Jurídico Único de que trata o art. 39 da CF, e revogou a Lei nº 1.711/52, que havia instituído a verdade sabida e a sumariedade da sindicância como fase preliminar da apuração de possíveis infrações disciplinares.

Contudo, em respeito às novas normas constitucionais, houve sensível modificação, tanto da verdade sabida, que foi abolida, como do tratamento legal da fase de sindicância, que deixou de ser sumária, sem defesa do investigado, para ser a primeira etapa do processo administrativo, estabelecendo-se o contraditório e a regra do *due process of law* nesta etapa.

Assim, pela regra legal atual, a expressão *processo administrativo disciplinar* tem um sentido genérico e um sentido estrito, em virtude do título V, da Lei nº 8.112/90, abrangendo duas espécies: a sindicância e o processo administrativo *stricto sensu*¹².

Da sindicância, o art. 143 da Lei nº 8.112/90 deixa bem nítido que o acusado ou investigado teria assegurada a ampla defesa, sendo que dela poderá resultar: arquivamento do processo, aplicação de penalidade de advertência ou suspen-

¹¹ STF. Tribunal Pleno. MS nº 21.726-RJ, julgado em 2.2.94. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 156, p. 510-511, maio 1996.

¹² Cf. Voto do ilustre e culto Des. Federal aposentado, D'Andreia Ferreira, no MS nº 93.02.04280-4/RJ-5161-MS, julgado em 10/1/94.

são de até 30 (trinta dias), ou a instauração de inquérito administrativo (processo disciplinar), tudo em conformidade com o art. 145 da lei em comento.

Por outro lado, no que pertine ao processo disciplinar *stricto sensu*, os arts. 148 e seguintes da citada lei estabelecem como será a tramitação, sendo certo que esse processo se desenvolve em três etapas, a saber: a instauração (que abrange a sindicância), o inquérito (que passou a ser uma das etapas do processo) e o julgamento.

Contudo, em ambas as etapas, a inicial, instaurada pela Comissão de Sindicância, como na etapa seguinte, deverá ser observada a ampla defesa, como instrumento da própria averiguação, sob pena de nulidade.

Sobre a importância da ampla defesa no processo de sindicância, invocamos, mais uma vez, as robustas e eruditas colocações do Des. D'Andreia Ferreira¹³:

“Qual a importância da ampla defesa no processo de sindicância? Em primeiro lugar porque, optando pela via primeira da sindicância, é preciso que se dê ampla defesa àquele que está tendo a sua atuação apurada, porque, se ele conseguir comprovar, na sindicância, que não está envolvido, que não foi o autor, que não houve o fato, enfim, algum tipo de defesa satisfatória e suficiente, dali não resultará o processo administrativo disciplinar.

Sindicância não é algo optativo, facultativo, neste sentido de que não tem importância nenhuma. Tem uma importância fundamental, porque, se se parte para a via da sindicância, o acusado tem o direito de comprovar tudo, para que não se veja submetido a outra etapa, que é o processo administrativo disciplinar.

Há uma relação de causa e efeito jurídica entre a sindicância; além da sucessão cronológica e lógica entre a sindicância e o processo disciplinar. Tanto é assim que, no art. 145, da Lei nº 8.112, está dito...”

Não resta dúvida que, após a utilização da ampla defesa, na etapa inicial, com a produção das provas que não forem procrastinatórias, não será esgotada a fase seguinte, pois poderá ocorrer o arquivamento do processo, colocando um ponto final nas atividades investigatórias e acusatórias; caso contrário, o acusado terá a oportunidade de trazer provas ou fatos novos, capazes de elucidarem a verdade.

¹³ Cf. Voto condutor no cit. MS 5161 (93.02.04280-4/RJ).

Por si só, já reveste a ampla defesa, na fase de sindicância, de contornos irrefutáveis e vitais para o servidor investigado, que poderá, *prima facie*, estancar injustiças e medidas que acarretem derradeiro desgaste físico e mental, onde a boa reputação do agente é colocada em cheque, com abalo a sua moral.

A manifestação de defesa, assim, possui o condão de validar a primeira fase do processo administrativo disciplinar, permitindo que na segunda fase do procedimento *sub oculis*, a peça acusatória contenha toda a qualificação necessária sobre o ocorrido, além de especificar os dispositivos legais que estão sendo objeto de disciplinamento do procedimento. Essa é a grande inovação no processo disciplinar, levando-se em conta que no passado o processo administrativo poderia iniciar-se sem o acusado, sendo sumária a apuração, e só no meio do procedimento (processo) é que ocorria a acusação ou a aludida imputação formal, onde o acusado seria convocado para se defender.

Todavia, atualmente, o acusado participaria da fase inicial do processo administrativo, oferecendo sua defesa e produzindo as provas necessárias para a sua absolvição, ou arquivamento do processo.

Essa é a real intenção do legislador constitucional e da legislação infraconstitucional, que não permitem nem a revelia do servidor que não se defender, sendo nomeado defensor dativo para suprir a falta de defesa.

Pelo contexto da Lei nº 8.112/90, em especial no que vem embutido no seu artigo 143, a sindicância deverá ser baixada sobre as regras da ampla defesa do investigado.

Seguindo essa linha do art. 143, o art. 153, da Lei nº 8.112/90, determina:

“Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.”

Analizando o presente artigo, o renomado mestre administrativista, Ivan Barbosa Rigolin, em laço de extrema felicidade, assim averba sobre a matéria:

“Por este artigo, que se soma à garantia constitucional, dada a qualquer cidadão, de ampla defesa, a Lei nº 8.112 garante expressamente ao servidor indiciado em processo administrativo exercitar, por todos os meios ao seu alcance, a sua mais completa e absoluta defesa.

Nenhum meio, nenhum recurso, nenhum aparato ou aparelhamento lhe poderá ser furtado, cerceando, reduzindo ou de qualquer modo dificultando¹⁴.”

Mais à frente, espancando qualquer dúvida, o ilustre doutrinador arremata:

“desnecessário enfatizar que toda prova, dentre essas ou outras lícitas, pode ser exigida até por mandado de segurança, considerando-se o direito líquido e certo, constitucional e legal, de sua obtenção e utilização, por qualquer indiciado em processo administrativo ou judicial. Nunca procure a autoridade administrativa, em nome de economia ou comodismo, ou, pior, por má-fé, sonegar algum meio de prova legítima ao acusado. Comprovado o procedimento cerceatório, o Poder Judiciário de todo nível, provocado, com absoluta segurança anulará a punição, ou paralisará mandando refazê-lo, todo processo não definitivamente comprometido por má condução.” (grifo nosso)¹⁵

Ainda que se torne exaustivo, mister se faz que se traga à colação decisões judiciais que invalidam conduta como a utilizada pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância que não deferem ao acusado a ampla defesa e o contraditório:

“A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – art. 5º, LV. O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível do poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e da correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos¹⁶.”

“**FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DIREITO DE DEFESA – GARANTIA CONSTITUCIONAL:**

¹⁴ Comentários ao Regime Único dos Servidores Civis. 4. ed. p. 261.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ STF – Ac. unânime Pleno. *DJ*, 25 maio 1990, *ADCOAS* 9365.

O exercício do direito de defesa do funcionário é uma das garantias constitucionais que jamais poderá ser, pelo Estado-Administração, relegada ao esquecimento e ao desrespeito, não importando o regime jurídico que vincula o servidor ou ente estatal – quer celetista, quer estatutário –, pois fere direito líquido e certo do funcionário o ato do administrador praticado com abuso de poder e sem estar revestido da garantia do devido processo legal¹⁷.

No âmbito administrativo, o preceito constitucional contido no art. 5º, LV, como já dito, alterou significativamente o rito do processo disciplinar, alargando o entendimento do antigo DASP: “*O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidades, que impliquem cerceamento de defesa*” (Formulação DASP 57).

Dessa forma, é de ser declarada a nulidade de todos os atos praticados por Comissões que não pautem os seus atos em perfeita sintonia com os novos ditames legais.

Essa nulidade fica invencivelmente caracterizada pelo fato de a sindicância, como o próprio processo administrativo disciplinar, ser procedimento apuratório que pode ensejar às penas de repreensão, de multa e de suspensão de até 90 dias, no máximo¹⁸. Sobre o que foi dito, J. B. de Meneses Lima não tem dúvida em defender que

“nas sindicâncias punitivas e nos processos administrativos (disciplinar ou criminal), as Comissões de Sindicâncias e as Comissões processantes (permanentes ou especiais) devem estender aos indiciados obrigatoriamente, na sua absoluta plenitude constitucional, o direito a ampla defesa e do contraditório, com os meios e recursos que lhe são inerentes.”

Edimur Ferreira de Faria¹⁹ defende essa ótica somente nos casos que envolvam os servidores públicos ou autárquicos federais, regidos pela Lei nº 8.112/90, entendendo que, nos demais casos (servidores estaduais e municipais), a sindicância não terá de observar a regra do *due process of law*. No que pertine ao pensamento do ilustre doutrinador quanto aos servidores

¹⁷ TJPR. AC. unânime, 1º, Gr. Civ., julgado 16.2.89 – ADCOAS 12287.

¹⁸ LIMA, J.B. de Meneses. *Sindicância e verdade sabida*. 2. ed. Saraiva, 1994. p. 55.

¹⁹ *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Del Rey, 1997. p. 148.

federais, concordamos em gênero, número e grau; já no que tange à segunda parte do seu raciocínio, não nos perfilhamos a ele, pois o que rege o princípio da ampla defesa nas sindicâncias não é a norma estatutária ou infra-legal, e sim a regra encartada na Constituição Federal, que não permite que nos pleitos administrativos haja a falta de defesa do investigado, independentemente da sua vinculação com a União, Estados e Municípios.

4. A nulidade contamina procedimentos que desrespeitam a ampla defesa e o contraditório na fase de sindicância

A nulidade consubstanciada nos atos praticados pela formação e atuação das Comissões de Sindicância é substancial, eis que deixa de observar pressuposto essencial para sua própria validade, que é o de possibilitar a defesa ampla do servidor público investigado ou acusado.

Nesse sentido, iremos encontrar no conceito de *nulidade* que esta é a ineficácia de um ato jurídico, em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, de que possa resultar a ausência de condição ou de requisito de fundo ou de sentido técnico-jurídico; exprime inexistência, visto que o ato ineficaz ou sem valia é tido como não tendo existência legal.

A nulidade engloba várias situações jurídicas, indo desde a nulidade plena ou absoluta, passando pela nulidade relativa, pela substancial, e indo até os atos meramente anuláveis.

Contudo, estamos diante do caso típico de *nulidade substancial*:

“Quando decorre da omissão de elemento ou requisito essencial à formação jurídica do ato, seja referente à sua forma ou a seu fundo. Diz-se, também, intrínseca”²⁰.

“A nulidade recebe, também, a denominação de substancial, quando ela se prende à substância do ato, porque de simples senso jurídico que, se todo ato tem necessariamente um fim para cuja consecução são indispensáveis certas e determinadas condições e se estas faltam, o ato é nulo e a nulidade substancial”²¹.

²⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Forense, v. 3, p. 259.

²¹ In : GARCEZ, Martinho. COSTA, Coqueijo. *Doutrina e jurisprudência do processo trabalhista*. Ltr, 1978. p. 31.

Nesse compasso, o art. 115 do Código Civil estabelece como lícito somente os atos jurídicos praticados em consonância com a lei, seguindo o estipulado nas demais codificações estrangeiras: Código Civil Francês: arts 900, 1.172 e 1.174; Código Civil Italiano: art. 1.162; Código Civil Português: art. 672; Código Civil Boliviano: art. 774; Código Civil Chileno: art. 1.478, Código Civil Peruano: art. 1.103; Código Civil Espanhol: art. 1.115; Código Civil Venezuelano: art. 1.228.

Como o ato jurídico firmado pelas Comissões de Sindicância que não observam a ampla defesa do investigado é baixado em desconformidade com a Lei Maior, *data venia, que nulla fit obligatio*.

O tema da nulidade aborda e se projeta em todo âmbito do direito positivo, sendo defendido por Couture que “La teoria de la nulidad es de carácter general a todo El derecho, y no particular a cada uno de sus ramos”²².

Assim, se a nulidade afeta todos os atos praticados sob o seu manto, falece razão à ótica das Comissões de Sindicância que não observam a regra do *due process of law*.

Portanto, *nullum est quod effectum producit*.

E o catedrático José A. Buteler Caceres diz que a nulidade:

“... es la sanción de invalidez prescrita por la ley por adolecer El acto jurídico de un defecto constitutivo”²³.

Assim sendo, não há como ressuscitar os atos jurídicos praticados sob forma diversa da estabelecida pela Constituição Federal.

A esse respeito, o art. 169 da Lei nº 8.112/90 estabelece a nulidade dos atos praticados *contra legem*, que padecem de vício insanável, *litteris*:

“Art. 169. Verificada a existência de vício insanável, a autoridade julgadora declarará a nulidade total ou parcial do processo e ordenará a constituição de outra Comissão, para instauração de novo processo.”

E segundo o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho:

²² *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Depalma, 1978. p. 374.

²³ *Aspectos de la reforma al Código Civil en materia de nulidad de los actos jurídicos*. p. 345.

“Nulidade é a sanção decretada pelo Órgão Jurisdiccional em relação ao ato praticado com inobservância das prescrições legais. É a decretação de inefficácia do ato atípico, imperfeito, defeituoso”²⁴.

O Administrador Público é um “escravo da lei”, dela não podendo se eximir, a teor do que determina o *caput* do art. 37 da Lex Maior, sendo certo que as Comissões de Sindicância em questão não seguiram a regra estipulada por este ordenamento constitucional, que determina:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e, também, ao seguinte...” (grifo nosso)

Nulo é o ato praticado à revelia do Direito, como preleciona o saudoso mestre Hely Lopes Meireles, em sua imortal obra “Direito Administrativo Brasileiro”, *verbis*:

“Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato...”²⁵.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A Lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público “deve fazer assim”²⁶.

Portanto, não existe plausibilidade legal de convalidação do ato nulo, devendo ser anulado e sepultado o procedimento que não conceda a ampla defesa em todos os meios inerentes a ela na fase da sindicância.

²⁴ *Processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 3, p. 117.

²⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 11. ed. Revista dos Tribunais, p. 131.

²⁶ Ibid. 17. ed. Malheiros, 1990. p. 82-83.

5. Do abuso de poder

O abuso de autoridade definido na Lei nº 4.898, de 9.12.65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5.6.79, sujeita o agente público federal, estadual ou municipal à tríplice responsabilidade: civil, administrativa e penal.

Assim, quando as Comissões criadas para apurarem fatos subvertem a legalidade, tornando-se inquiritórias, há verdadeiro abuso de poder, visto que atuam em contrário ao que determina a Constituição Federal e a Lei nº 8.112/90.

Hely Lopes Meirelles define que:

“O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas²⁷.”

Dessa forma, o abuso de poder é sempre uma ilegalidade que invalida o próprio ato na sua origem. Com base nesse raciocínio, os Estados que preconizam o meio democrático como forma de governo, utilizando o Direito como bandeira de atuação, passaram a anular atos abusivos das autoridades administrativas, praticados com excesso de poder ou desvio de finalidade, podendo citar o caso *Lesbats* (1864) na França, que deu origem à Teoria do *excès* ou do *détournement de pouvoir*, consagrada nas codificações diversas: *desviación* de poder para os espanhóis, *sviamento di potere* para os italianos, *abuse of discretion* para os norte-americanos, para reprimir a ilegalidade do poder.

Portanto, como o ato administrativo discriminatório é sempre vinculado aos princípios encartados no art. 37 da CF, há de ser praticado com a observância formal e ideológica da lei.

Nesse contexto, verifica-se que Comissão de Inquérito que cometer desvio de finalidade ou abuso de poder, pois, embora atuando nos limites de sua competência, pratica atos motivados ou com fins diversos dos objetivados pela lei, visando a apuração sumária para o apenamento do servidor público, está exposta a radiação da Lei nº 4.898/65.

A propósito, observou Sayagués Laso com muita profundidade que:

“la prueba de la desviación de poder se busca generalmente en la documentación que figura en el expediente judicial. También se ha admitido la pueba testimonial, así como la prueba indiciaria, pero apreciándolas con criterio restrictivo y exigiendo

que las presunciones sean graves, concordantes y precisas. No pueden establecerse reglas generales sobre cuales circunstancias o detalles dan base para afirmar que existe desviación de poder. Pero, indudablemente, uno de los más característicos es la inexatitud o discordancia de los motivos que aparentemente justifican el acto²⁸.²⁹”

Jose Manuel Martin Bernal teve a oportunidade de definir que:

“el abuso cuando el derecho legítimo es ejercido en determinado caso, de manera que constituya clamorosa ofensa del sentimiento socialmente dominante²⁹.³⁰”

E Jaime Sanchez Isac, no seu consagrado “La Desviación de Poder en Los Derechos Francés, Italiano y Español”, ensina-nos que:

“Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativos para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico³⁰.³¹”

Por sua vez, Torti define o *ecceso di potere* como:

“un desarollo irregular del proceso de la voluntad, de dande nasce el acto administrativo³¹.³²”

Destarte, não resta a menor dúvida do vício insanável da ilegalidade que norteia a atuação das Comissões em debate, que brecam a fruição do inciso LV do art. 5º da CF, sendo imperiosa a aplicação do que determina o *caput* do art. 169 da Lei nº 8.112/90, visto que a não-observância aos preceitos legais aplicáveis à matéria gera o abuso de poder, que é uma das formas que nulifica o procedimento administrativo.

6. Conclusão

Após a nova Magna Carta, as Comissões de Sindicância estão obrigadas a pautar seus atos seguindo a esteira do *due process of law*, garantindo aos acusados em geral a defesa ampla, sob pena de cometimento de ato nulo, com repercussão na própria validade da apuração interna.

²⁸ *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevidéu, 1953. v. 1, p. 457.

²⁹ *El abuso del Derecho*. Madrid : Montecorvo. p. 69.

³⁰ SANCHEZ ISAC, Jaime. La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español. Madrid : Instituto de Estudios de Administración Local ,1973. p. 195.

³¹ *La rivocazione nei sicorsi amministrativi*, Italia : Guir, 1908. Col. 267.

²⁷ Ibid., p. 90.

Cobrança de taxa para custeio da TV educativa

ADILSON ABREU DALLARI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Observações iniciais. 3. O serviço público pela TV educativa. 4. As alterações decorrentes das normas questionadas. 5. Necessidades de uma visão mais ampla do problema. 6. As taxas e suas espécies. 7. Conclusões.

1. Introdução

O Governo Federal, por meio do Ministério da Educação, está desenvolvendo um programa denominado TV-Escola, por meio do qual escolas do País inteiro, especialmente das regiões mais afastadas dos centros culturais, estão recebendo aparelhos de televisão, antenas parabólicas e outros equipamentos destinados a receber e gravar programas educativos e culturais, tanto para o aprendizado direto dos alunos, como para treinamento de docentes.

Em muitos lugares, esse é o único meio de melhorar a qualidade e o aproveitamento do ensino e do aprendizado. Em todos os lugares, esse tipo de atuação na área educacional e cultural mostrou-se mais eficiente do que a simples instalação de bibliotecas. Trata-se, portanto, de algo realmente importante.

Todavia, não há como implantar e desenvolver o programa TV-Escola sem a geração de programação especialmente adequada, de alta qualidade e que desperte real interesse no público alvo. Obviamente esta tarefa deve ser realizada, primordialmente, pelas TVs educativas existentes, as quais sempre lutam com o problema da captação de recursos.

Para assegurar recursos suficientes, certos e permanentes a essas entidades, aventou-se a possibilidade da criação de um tributo, sob a modalidade de taxa, cuja arrecadação fosse diretamente destinada à manutenção da TV

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

educativa, sem ingerências de ordem política ou empecilhos burocráticos. Essa idéia foi implantada no Estado de São Paulo.

O objetivo do presente estudo é despertar a atenção para a necessidade de uma discussão ampla e aprofundada sobre o tema, com vistas a uma eventual adoção dessa mesma idéia em outros Estados, por meio da análise dos argumentos lançados diante da polêmica que se instaurou em São Paulo.

A Lei estadual de São Paulo nº 9.904, de 30-12-97, criou a Taxa Educação e Cultura, destinada ao custeio da programação educacional e cultural da Rádio e TV Cultura. A promulgação dessa lei suscitou uma enorme controvérsia na imprensa, com manifestações favoráveis e contrárias, tanto no mérito quanto aos aspectos jurídicos.

O Ministério Público estadual insurgiu-se contra a cobrança desse tributo, tendo promovido uma ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça do Estado, sustentando que o serviço em questão não seria específico e divisível, sendo assim, por conseguinte, inconstitucional a cobrança de taxa para seu custeio.

As normas legais cuja constitucionalidade foi questionada são os arts. 2º e 3º da Lei estadual de São Paulo nº 9.904, de 30-12-97, cujos teores são os seguintes:

“Art. 2º Fica criada a Taxa Educação e Cultura destinada ao custeio da programação educacional e cultural da Rádio e TV Cultura, mantidas pela Fundação Padre Anchieta, devida e cobrada, mensalmente, aos usuários de energia elétrica, nas seguintes faixas de consumo:

I - até 100 (cem) kwh - isento;
II - acima de 100 (cem) e abaixo de 200 (duzentos) kwh - R\$ 2,00 (dois reais);
III - acima de 200 (duzentos) kwh - R\$ 5,00 (cinco reais).

Art. 3º O produto da arrecadação da Taxa Educação e Cultura será transferido, até o dia 5 de cada mês subsequente ao vencimento, à Fundação Padre Anchieta.

Entendeu o Ministério Público estadual que tais dispositivos seriam inconstitucionais porque o serviço prestado pela TV Cultura não é específico, nem divisível, nem individualizável, nem mensurável, insuscetível de ser quantificado com relação a cada contribuinte e, além de tudo, por ser de utilização facultativa, e não compulsória, sendo, em última análise, simplesmente franqueado à coletividade.

Verbera, também, o critério de fixação do valor a ser pago pelo contribuinte (faixa de consumo de energia elétrica), que nenhuma relação teria com a atuação estatal tributada, não decorrendo do fato gerador.

A petição inicial está prenhe de referências jurisprudenciais, em nosso entender, totalmente impertinentes, dado que referidas a situações jurídicas que não guardam conformidade ou similitude com a questão em debate.

Na verdade, na jurisprudência e também na doutrina, existem situações típicas, tanto de indiscutível constitucionalidade quanto de indiscutível inconstitucionalidade. O caso em exame é atípico, novo, diferente, chocando exatamente por causa dessas características.

Em síntese, o inusitado da questão jurídica em exame requer do intérprete ou aplicador do direito uma postura mais cautelosa, desprovida de preconceitos, mais ampla e mais aprofundada do que a simples verificação da literalidade de expressões contidas nos textos legais e constitucionais.

2. Observações iniciais

Seja permitido observar que, no caso em exame, houve, sem dúvida, um certo açodamento por parte do Ministério Público, que, pelo menos, não atentou para a existência e o conteúdo do disposto no art. 4º da mesma lei:

“Art. 4º O Poder Executivo disporá em regulamento acerca dos instrumentos visando à fiel execução desta lei.”

Talvez muitas das suposições ou inferências que serviram para sustentar a arguição de inconstitucionalidade pudessem ter sido eliminadas pelo regulamento.

De qualquer modo, é absolutamente fora de qualquer dúvida que o verberado art. 3º da lei em comento não apresenta qualquer inconstitucionalidade. Caso o art. 2º venha a ser declarado inconstitucional, o 3º ficará simplesmente prejudicado, mas nada existe nele de inconstitucional, motivo pelo qual o Ministério Público nem mesmo apontou qualquer suposta inconstitucionalidade.

O que se pretende dizer nestas considerações iniciais é que o assunto foi tratado com uma superficialidade incompatível com sua importância.

O problema em debate não é simples. O argumento de fundo utilizado pelo Ministério Público (o caráter específico e divisível da taxa) é um dos aspectos mais nebulosos e incertos desse tributo, conforme já salientado pela doutrina:

“Não é fácil definir o que seja um serviço público específico e divisível. Diz o Código que os serviços são específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas, e divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários (art. 79, itens II e III). Não obstante estejam tais definições contidas em dispositivos separados, cuidase de duas definições inseparáveis, no sentido de que um serviço não pode ser divisível se não for específico. Não tem sentido prático, portanto, separar tais definições, como a indicar que taxa pode ter como fato gerador a prestação de um serviço público específico, ou de um serviço público divisível. Aliás, isto decorre do próprio dispositivo constitucional, que se refere a serviço específico e divisível.

Seja como for, certo é que as definições legais em referência praticamente em nada contribuem para a solução dos problemas práticos relativos às taxas. Constituem, porém, indicações úteis, a serem trabalhadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Quando se trate de atividade provocada pelo contribuinte, individualmente, como acontece, por exemplo, no caso do fornecimento de certidões, ou da prestação de atividade jurisdicional, parece indubioso o caráter específico e divisível do serviço. Por outro lado, serviço como o de iluminação pública, por exemplo, não nos parece ser específico nem divisível, posto que é usufruível por todos de forma indistinta”.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. Malheiros, 1993.

O texto acima transcrito é bastante expressivo para reforçar algo que já foi dito e suscitar novas reflexões.

Na parte final, o consagrado mestre faz menção a situações típicas, mas convida a meditar sobre situações que nem são provocadas pelo contribuinte mas também não são fruíveis por todos de maneira indistinta. Somente se aproveita diretamente do sinal da TV Cultura quem tiver um aparelho de televisão, em área alcançada por essa emissora, e sintonizar esse canal.

Outro ponto importante é o seguinte: foi dito que um serviço não pode ser divisível se não

for específico; mas é certo que pode ser específico e não divisível, como é o caso do serviço simplesmente posto à disposição. Pelo menos não é possível medir quanto foi posto à disposição de cada contribuinte.

O fundamental, porém, está na insegurança e na incerteza de tais conceitos, cuja debilidade intrínseca não pode fornecer bases sólidas para arguições de constitucionalidade, especialmente em casos atípicos.

Uma regra elementar no exame da constitucionalidade é a de que a dúvida milita em favor da manutenção do dispositivo legal verberado. A lei, em princípio, é constitucional, até demonstração cabal em contrário. Inconstitucionalidade não se presume.

3. O serviço público prestado pela TV educativa

Para as pessoas comuns, não iniciadas, por causa da maior familiaridade com a televisão comercial, é difícil entender que isso possa ser um serviço público.

Para o jurista, entretanto, é inquestionável que se está diante de um serviço público, assim qualificado pela própria Constituição Federal:

“Art. 21 Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;”

Sem dúvida alguma, a transmissão de sinais de televisão é um serviço público que pode ser explorado tanto por particulares como por Estados ou Municípios, mediante concessão.

Entretanto, a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), em seu art. 41, declara, expressamente, que seus dispositivos não são aplicáveis à concessão, permissão ou autorização para o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens.

Vale dizer: o serviço público de televisão é peculiaríssimo, não podendo ser tratado como um serviço público outro qualquer. Quem ignorar suas peculiaridades, certamente cometerá enganos.

O certo e indiscutível é que se trata indubitablemente de um serviço público e de um serviço público estadual, na medida em que o Governo do Estado de São Paulo, por lei estadual, decidiu levá-lo a efeito, criando uma entidade especialmente habilitada para fazê-lo.

Merecem exame cuidadoso alguns dispositivos da Lei nº 9.849, de 26 de setembro de 1967, que deu nascimento à televisão educativa paulista, cuja emissora é denominada TV Cultura:

“Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma Fundação destinada a promover atividades educativas e culturais através do rádio e da televisão.

Parágrafo único. A Fundação de que trata este artigo, com a denominação de Fundação ‘Padre Anchieta’ – Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa, terá autonomia administrativa e financeira e seu prazo de duração será indeterminado.

Art. 2º A Fundação ‘Padre Anchieta’ Centro Paulista de Rádio e TV-Educativa, na consecução de seus objetivos, caberá:

I - operar estações de Rádio e TV-Educativa;

II - produzir em seus próprios estúdios, mediante aquisição, adaptação ou dublagem de material de transmissão, teleaulas, aulas televisionadas, programas educativos, culturais e artísticos, ao vivo, em *videotape*, ou cinescópio, atingindo o rádio, no que a este for aplicável; e

III - distribuir suas programações através dos sistemas universitários estadual, nacional e internacional de Rádio e TV-Educativa.

Parágrafo único. É vedado à Fundação utilizar, sob qualquer forma, a Rádio e TV-Educativa com fins políticos partidários, para a difusão de ideias que incentivem preconceitos de raça, classe ou religião, ou explorá-la com finalidades comerciais.

(...)

Art. 6º Constituirão recursos financeiros da Fundação:

I - as dotações que lhes forem destinadas pelos poderes públicos;

II - as receitas oriundas de suas atividades ou de seus bens patrimoniais;

III - os saldos dos exercícios findos;

IV - doações, legados e subvenções; e

V - outras receitas.

Parágrafo único. Os bens e direitos da Fundação serão utilizados exclusivamente na consecução de seus objetivos, permitida, entretanto, a subrogação de uns e outros para a obtenção de rendas destinadas ao mesmo fim.”

O art. 1º deixa claro que a TV Cultura se destina, exclusivamente, a promover atividades educativas e culturais.

O art. 2º especifica essas atividades e, expressamente, veda a exploração do serviço para fins

comerciais. A TV Cultura não foi criada como fonte de receita para o Estado, mas, sim, como uma unidade de despesa.

Isso fica mais claro no art. 6º, especialmente em seu inciso I, que menciona os recursos proporcionados pelo Poder Público para a manutenção desse serviço.

É certo e absolutamente fora de qualquer dúvida que o serviço já vem sendo prestado por mais de trinta anos, com recursos oriundos, em última análise, dos contribuintes de impostos estaduais.

Tendo em vista que são os contribuintes que sustentam e sempre sustentaram esse serviço, procurou-se conferir a representantes da coletividade a competência para dirigir superiormente a entidade criada para a finalidade específica de prestá-lo.

Merecem transcrição os artigos dos Estatutos da Fundação “Padre Anchieta” que dispõem sobre a composição de seu Conselho Curador:

“Art. 8º O Conselho Curador compõe-se de quarenta e cinco membros distribuídos nas seguintes categorias:

I - três vitalícios;

II - vinte natos;

III - vinte e um eletivos;

IV - um representante dos empregados da Fundação.

Parágrafo único - O exercício do cargo de membro do Conselho Curador, em qualquer de suas categorias, é de caráter pessoal e indelegável.

Art. 9º São vitalícios os três membros designados conforme o estabelecido na escritura de doação do Solar Fabio Prado à Fundação Padre Anchieta, por Dona Renata Crespi da Silva Prado.

Parágrafo único - No caso de falecimento, impedimento definitivo ou renúncia de qualquer dos membros mencionados nesse artigo, os remanescentes escolherão o sucessor na vaga, a fim de manter aquele número.

Art. 10 São membros natos:

o Presidente da Comissão de Educação da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo;

o Presidente da Comissão de Cultura da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo;

o Secretário de Estado da Cultura;

o Secretário de Estado da Educação;

o Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda;

o Secretário da Educação do Município de São Paulo;
o Secretário da Cultura do Município de São Paulo;
o Reitor da Universidade de São Paulo;
o Reitor da Universidade Estadual de Campinas;
o Reitor da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”;
o Reitor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo;
o Reitor da Universidade Mackenzie;
o Presidente do Conselho Estadual de Educação;
o Presidente do Conselho Estadual de Cultura;
o Presidente da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo;
o Presidente da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência;
o Presidente da União Brasileira de Escritores;
o Presidente da Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior, Seção de São Paulo;
o Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, Seção de São Paulo;
o Presidente da União Estadual dos Estudantes.

Art. 11. Os membros a que se refere o artigo 8º, inciso III, serão eleitos pelo Conselho Curador dentre personalidades de ilibada reputação e notória dedicação à educação, à cultura ou a outros interesses comunitários.

§ 1º - Os membros eleitos exercerão o mandato por um triênio, renovada anualmente a composição da categoria pelo terço e permitida uma reeleição.

§ 2º - Só poderão concorrer à eleição candidatos que tenham sua indicação subscrita no mínimo por cinco dos membros a que se refere o presente artigo e registrada junto à Mesa Diretora do Conselho Curador.

§ 3º - Na hipótese de vacância em cargo de membro eleito antes do término de seu mandato, será eleito sucessor, segundo o disposto no parágrafo anterior, o qual exercerá o mandato pelo período restante.

§ 4º - Os membros a que se refere o presente artigo estarão sujeitos à perda do mandato por ausência injustificada a três reuniões consecutivas do Conselho Curador.

Art. 12. Será membro representante dos empregados aquele que dentre ele for eleito.

§ 1º - Esta representação, dependente de vínculo empregatício com a Fundação e circunscrita ao âmbito da competência do Conselho Curador, será exercida mediante mandato de três anos, facultada uma reeleição.

§ 2º - A escolha do representante a que se refere o presente artigo far-se-á por eleição direta e secreta da qual terão direito a participar todos os empregados da Fundação.

§ 3º - A mesa diretora da assembléia que eleger o representante dos empregados credenciará, perante o Conselho Curador, o escolhido.

§ 4º - Durante o período de seu mandato, o representante:

“não estará sujeito a qualquer das sanções previstas na legislação trabalhista, em razão das opiniões e votos emitidos na qualidade de membro do Conselho Curador;

“não poderá ter seu contrato de trabalho rescindido sem justa causa definida em lei”.

Note-se, entretanto, o seguinte: a Fundação “Padre Anchieta” tem, por disposição legal, autonomia administrativa e financeira, e tem, também, um conselho curador que deve decidir sobre a aplicação dos recursos financeiros recebidos do orçamento estadual e, inclusive, orientar a programação da emissora.

Mas a Fundação não tem poderes ou garantias no tocante à consignação, no orçamento estadual, de recursos necessários e suficientes para seu regular funcionamento. Pior que isso é o fato de que cabe ao Governador do Estado transferir-lhe ou não os recursos consignados no orçamento.

É um dado da realidade que, em qualquer entidade, manda quem tem a chave do cofre. No caso em exame, dependendo da maior ou menor integridade moral do Governador do Estado, maior ou menor será sua interferência na programação da TV Cultura.

4. As alterações decorrentes das normas questionadas

Para as pessoas menos avisadas, por força da Lei nº 9.904, de 30-12-97, agora o povo passaria a pagar tributo destinado à manutenção da TV Cultura.

Ora, isso já foi decidido e vem sendo praticado desde 1967, quando da criação da Fundação “Padre Anchieta”, pela Lei nº 9.849, de 26-9-67.

Quem sempre pagou essa conta e continuará a fazê-lo, com ou sem a manutenção dos dispositivos legais agredidos pelo Ministério Público, será o povo paulista.

A guerreada Taxa Educação e Cultura muda apenas a forma de captação e aplicação dos recursos: o que era proveniente da receita geral de impostos passa a ser obtido pela cobrança de uma taxa específica. O resultado disso é que irá diminuir o número de contribuintes. Ou seja: menos pessoas contribuirão para a manutenção da TV Cultura, pois os pobres, as pessoas de baixa renda, estão isentos.

Mais importante, porém, é que a destinação dos recursos efetivamente para programas educacionais e culturais não mais dependerá da boa ou má-vontade do Governador do Estado, mas, sim, ficará a critério do Conselho Curador da Fundação “Padre Anchieta”, integrado, conforme visto acima, por representantes da coletividade, de grupos intermediários da sociedade e dos empregados da Fundação.

Isso não é apenas uma grande e importaníssima mudança da situação de fato. É também uma alteração jurídica, na medida em que viabiliza a real autonomia administrativa e financeira determinada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.849/67 e, principalmente, vem conferir eficácia concreta a preceitos e princípios da Constituição Federal, conforme adiante se demonstrará.

5. Necessidade de uma visão mais ampla do problema

Restringir o exame do assunto ao significado dos vocábulos “específico e divisível” desconectados do conjunto geral no qual estão inseridos é algo, realmente, de uma pobreza franciscana.

Não se trata de uma questão meramente “tributária”, até porque, conforme ensinamento do saudoso Geraldo Ataliba, isso não existe:

“A forma solene e legalmente regulada de se operar a aplicação concreta, mediante este trabalho exegético, da lei ao fato imponível (lançamento) é matéria de direito administrativo, que, por conveniência prática e didática, se expõe nos compêndios de direito tributário, na parte que cuida do chamado direito administrativo tributário”.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 120.

Por outro lado, as questões de direito administrativo sempre exigem uma reflexão à luz da Constituição Federal, onde estão os pontos fundamentais norteadores da solução dos problemas administrativos.

Não se resolvem dúvidas ou controvérsias de Direito Público senão à luz da Constituição. Mas não basta ater-se a fragmentos de dispositivos nem a dispositivos isolados. É essencial examinar o assunto no contexto constitucional, pela resultante do cotejo de seus preceitos e princípios, tendo em vista as finalidades almejadas pelo ordenamento constitucional.

Todo e qualquer dispositivo legal requer interpretação, que não pode ser simplesmente literal ou burocrática, mas que deve ser, sim, lógico-sistêmática, especialmente quando se tratar de algo novo, diferente, versando matéria ainda não sedimentada.

Seja permitido transcrever aqui algumas passagens de Juarez de Freitas, por sua pertinência com o necessário enfoque a ser dado com relação ao assunto objeto deste estudo:

“O Direito existe para que sejam alcançadas e viabilizadas concretizações de princípios e valores, que dele necessitam receber o apoio para que se façam eficazes e efetivos, num determinado contexto histórico. Este, no mais das vezes, com diminuto passar do tempo, difere profundamente daquele experimentado pelo legislador. É esta condição inescapável de instrumental para a consecução de determinados fins, que empresta à interpretação a sua elevada dignidade”.

“Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.”

“Ademais, o intérprete sistemático deve aprender a minimizar os riscos de um obrar desencorajado e simplesmente relativo, lento e ‘burocrático’, na acepção pejorativa do termo. – Redefinida a sua missão, há de investir suas melhores

energias para promover a visão total do sistema – nunca fechada – como sendo verdadeiramente imprescindível à solução das demandas e para assegurar o Direito como um todo coerente e unitário”.

FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do Direito*. Malheiros, 1995. p. 50, 54 e 139.

Interpretar os textos jurídicos, para aferir o real significado de seus mandamentos, não é um fim em si e nem uma atividade lúdica. O trabalho do intérprete é instrumental ou, pelo menos, deve estar voltado para a busca da solução mais adequada e mais justa dos problemas suscitados.

Afaste-se o intérprete sério e realmente preocupado com a realização da Justiça segundo a Constituição daqueles que, conforme destaca Roberto Dromi (*Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, 4^a ed. 1995, Buenos Aires, p. 35), entendem o sistema jurídico como uma máquina de impedir, orientada pelo código do fracasso, cujos mandamentos são: art. 1º – não pode; art. 2º – no caso de dúvida, abstenha-se; art. 3º – se é urgente, espere; art. 4º – sempre é mais prudente não fazer coisa alguma.

Sem ousar, o direito não evolui. Mas ousar não é agir irresponsavelmente; é, sim, procurar extrair da Constituição o máximo de seu conteúdo como fundamento para a concretização de seus princípios mais importantes, de maior hierarquia, que estão muito acima de meras normas isoladas ou de fragmentos de normas isoladas.

Por exemplo: qual o significado, qual a força, qual a eficácia jurídica, quais as emanações do princípio participativo, contido no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal?

O burocrata togado não enxergará aí senão uma afirmação romântica, mas totalmente desprovida de eficácia concreta.

Não é essa a visão de Caio Tácito, que, num primeiro momento, mostra que esse princípio não figura na Constituição sem qualquer motivo, mas, sim, que faz parte de um processo evolutivo, que o intérprete não pode ignorar:

“A evolução do direito público, especialmente a partir das duas guerras de âmbito mundial que marcam o século atual, veio a acrescer aos clássicos direitos individuais novas garantias e liberdades como categorias inovadoras de direito humanos.

Aos chamados direitos públicos de primeira geração – a saber os direitos e liberdades individuais, consagrados nos

modelos francês e norte-americano do término do século XVIII - as Constituições modernas aditaram novos direitos de destinação coletiva.

Quando a evidência de desigualdades entre pessoas fez realçar a inoperância no exercício de garantias individuais de direitos, uma segunda geração de direitos humanos consolidou o sistema de direitos econômicos e sociais, notadamente no âmbito das relações de trabalho, visando à proteção dos mais fracos.

E, a seguir, em nova etapa evolutiva do direito público, o reconhecimento da existência de relações comunitárias, carentes de especial proteção constitucional, institucionalizou uma terceira geração de direitos humanos, protegendo interesses difusos ou coletivos, atribuídos, indeterminadamente, a categorias sociais ou econômicas, desprotegidas de amparo individualizado.

Cuida-se não mais de amparar apenas o indivíduo, na garantia de sua clássica liberdade, ou ao cidadão, no acesso aos direitos políticos, mas de colocar sob o palio da lei a ao alcance de instrumentos processuais específicos, o consumidor, o usuário ou diretamente a comunidade agredida sem condições adequadas de fruição de bens e serviços.

E, já agora, na iminência de um novo século, as inovações tecnológicas e a abertura de novos canais de comunicação, colocam em pauta a expectativa de uma nova geração de direitos humanos que permita a garantia de segurança na vida comunitária e prestigie os princípios da solidariedade e da paz sob a ótica de uma ordem jurídica evoluída em busca de um novo ponto de equilíbrio.

A transição para o Estado pluriclasses – em que, como observa Massimo Severo Gianini, os parlamentos passam a atrair a presença de todas as classes sociais interessadas – é um desafio para os fundamentos do Direito Administrativo, como forma de relacionamento entre a Administração Pública e os administrados.

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas”.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 2, n. 209, jul./set. 1997.

Páginas adiante, esse consagrado mestre já aponta emanações concretas do princípio participativo no próprio texto constitucional, como no caso da formulação das políticas de previdência e assistência social, de desenvolvimento agrícola, de fixação das diretrizes do sistema de saúde, de preservação do meio ambiente, de assistência à criança e ao adolescente e, mais sensivelmente, na iniciativa popular das leis, no referendo, no plebiscito e até mesmo na composição do Conselho da República.

Merecem prestígio e acatamento os dispositivos legais voltados para a realização concreta do princípio participativo, que agora (a despeito da ignorância dos desavisados) tem forte amparo constitucional.

Conforme o acima demonstrado, os dispositivos legais questionados pelo Ministério Público tiraram a Fundação “Padre Anchieta” do arbítrio do Governador do Estado e fortalecem seu Conselho Curador, cuja composição está delineada de maneira a assegurar a soberania popular, fazendo com que a TV Cultura passe a ser, verdadeiramente, um exemplo da realização concreta do princípio participativo.

Mas não é só esse o firme amparo constitucional dos textos legais guerreados. Há muito mais.

Entre os objetivos fundamentais da República, enumerados no art. 3º da Constituição Federal, está a *redução das desigualdades sociais*.

Existem inúmeras maneiras de se atuar no sentido da realização desse mandamento constitucional, mas duas delas são bastante evidentes: tratar diferentemente os desfavorecidos, para compensar sua debilidade; e proporcionar-lhes educação e cultura, pois existe uma claríssima associação entre ignorância e miséria.

Ora, as normas legais questionadas são instrumentos de atuação no sentido da redução das desigualdades sociais.

Com efeito, atualmente, considerando que os recursos da TV Cultura são provenientes da receita geral de impostos, é certo que toda e qualquer pessoa, rica ou pobre, empregador ou empregado (e até mesmo desempregado), culta

ou analfabeta, ao comprar qualquer bem essencial de consumo (alimento, roupa, artigo de higiene), está contribuindo igualmente para a manutenção da TV Cultura.

Tal fato ofende o princípio constitucional da isonomia (que significa tratar desigualmente os desiguais), agrava as desigualdades sociais, é injusto e chega a ser desumano.

Não basta derramar lágrimas de crocodilo e lamentar que assim seja. É preciso interpretar e aplicar corretamente a Constituição, para dar eficácia concreta a seus mandamentos.

A TV Cultura não pode concorrer com a televisão comercial, nem na obtenção de recursos, nem na captação de audiência (apelando para sexo, violência, exploração das desgraças pessoais etc.).

A TV Cultura deve proporcionar educação e cultura, mas somente terá audiência se oferecer programas de alto nível, de alta qualidade, mas acessíveis e atrativos exatamente para quem mais precisa de educação e cultura, a começar, por exemplo, por telejornais não tendenciosos, nem condicionados por interesses políticos ou comerciais. Mas isso custa dinheiro.

Recursos financeiros são necessários para que se cumpram os mandamentos inseridos nos artigos 205 e 215 da Constituição Federal, que qualificam como dever do Estado promover o acesso de todos à educação e à cultura. A televisão é um formidável instrumento de atuação nesse sentido.

Quem quer os fins dá os meios. Mas é absurdo pensar que a Constituição tenha determinado à Administração que proporcione educação e cultura a todos (inclusive aos ricos) à custa de todos (inclusive dos pobres). O certo, sem dúvida, é entender que a educação e a cultura devem ser proporcionadas de maneira justa, sem agravar o abismo social.

Este é o País da miséria, da ignorância, da injustiça, da impunidade etc. Para mudar esse estado de coisas é preciso agir, inclusive superando preconceitos jurídicos ou jurisprudenciais. Especialmente o preconceito no sentido de que os princípios constitucionais são meras normas programáticas, desprovidas de eficácia.

Sob esse enfoque, cabe, agora, examinar as normas que cuidam diretamente do regime jurídico das taxas.

6. As taxas e suas espécies

Como é cediço, não se interpreta a Constituição por meio da lei; as leis é que devem ser interpretadas a partir de suas raízes constitucio-

nais. No caso em estudo, é essencial que se parta da configuração constitucional das taxas:

“Art. 145 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;”.

Registre-se que o art. 160 da Constituição do Estado de São Paulo, que serviu de fundamento para a argüição de inconstitucionalidade, diz a mesma coisa que o inciso II supratranscrito, quase com as mesmas palavras.

Na Constituição, portanto, já se encontram alternativas: as taxas podem decorrer tanto do exercício do poder de polícia, quanto da execução de serviços públicos; estes, por sua vez, podem ser efetivamente aproveitados pelo contribuinte, como, também, podem ser simplesmente colocados à sua disposição.

Não agride a Constituição cobrar taxa de quem não consome ou tira proveito direto, efetivo e concreto do serviço, desde que este esteja à disposição do usuário potencial.

Essas alternativas são claras e indiscutíveis. Resta examinar se as características de especificidade e divisibilidade comportam, ou não, alternativas. Ou seja: a ausência ou impossibilidade de aferição dessas características desnatura a taxa?

O Código Tributário Nacional, ao disciplinar o assunto, como não poderia deixar de ser, mantém aquelas alternativas constitucionais:

“Art. 77 (Taxes - Fato gerador) - As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.”

Logo em seguida, o CTN cuida mais detalhadamente das taxas remuneratórias de serviços públicos, destacando ou explicitando seus traços característicos:

“Art. 79 (Serviços públicos) - Os serviços públicos a que se refere o art. 77, consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte: efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento.

II - específicos, quando possam ser destacados em unidade autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”.

Obviamente, a explicitação feita pela lei não dispensa o trabalho do intérprete, pois a própria norma explicitadora, ou seja, o verdadeiro sentido do texto explicativo, depende de um trabalho de interpretação.

Confira-se, portanto, a interpretação dada a tais dispositivos por um dos mais renomados tributaristas brasileiros:

“O serviço é *efetivo*, quando ministrado ao contribuinte a qualquer título, isto é, porque lhe interesse ou porque deva sujeitar-se a ele por sua atividade em relação a terceiros.

É *potencial* quando compulsório, funcione efetivamente à disposição do contribuinte. Compulsório o pagamento, não o uso.

É *específico* quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de sua utilidade, ou de necessidade pública que o justificou: - p. ex., a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo.

É *divisível* quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário: - a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, a aferição dos pesos e medidas etc.”

BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 10. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Forense, 1990. p. 353-354.

Note-se que, ao citar, exemplificativamente, um serviço público remunerável por taxa, o respeitabilíssimo Ministro Aliomar Baleiro mencionou o serviço prestado pelos bombeiros.

E se o contribuinte não acionar uma única vez o corpo de bombeiros? Ainda assim continuará sendo contribuinte, pois é “compulsório o pagamento, não o uso”. O importante é que o serviço de fato exista, esteja disponível.

Mas resta um problema: como aferir “quanto” do serviço ficou disponível para cada contribuinte, para fins de lançamento? A lei pode criar um referencial, um elemento indicativo dessa

parcela individual, como, por exemplo, a metragem cúbica das edificações.

A impossibilidade de aferição do “quanto” pertinente a cada contribuinte não elimina a divisibilidade do serviço. O problema não está aqui, mas, sim, na circunstância de ser o usuário potencial determinável ou indeterminável, conforme a lição de Roque Carrazza:

“Para melhor compreensão desta idéia, recordamos que os serviços públicos se dividem em *gerais* e *específicos*. Os serviços públicos gerais, ditos também *universais*, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País, etc. Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas, sim, das receitas gerais do Estado, representadas, basicamente, pelos impostos.

Já, os serviços públicos específicos, também chamados *singulares*, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou pelo menos, determinável, de pessoas). São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de *divisibilidade*, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. É o caso dos serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de água potável, de gás, de energia elétrica etc. Estes, sim, podem ser custeados por meio de taxas de serviço.”

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 3. ed. rev. e ampl. Revista dos Tribunais, 1991, p. 269.

Comparando os exemplos aí fornecidos com o caso em exame, pode-se dizer que a segurança pública, por definição, só existe quando abrange toda a coletividade (*utuniversi*), mas, em sentido contrário, o serviço público de radiodifusão sonora de sons e imagens tem destinatários específicos (os possuidores de aparelhos de captação), podendo haver (como efetivamente ocorre) áreas geográficas onde o serviço não chega.

Resultado: não se pode dar o mesmo tratamento aos serviços efetivamente prestados e aos serviços simplesmente postos à disposição. Não é possível dar soluções iguais a problemas diferentes.

Geraldo Ataliba (op. cit. p.158), seguindo a mesma linha de Aliomar Baleiro, destaca que, no caso de serviços postos à disposição, desde que tal serviço tenha sido criado por lei, sua prestação pelo Poder Público é obrigatória e, para o particular contribuinte, obrigatório é o pagamento, não o consumo efetivo:

“A taxa pela disponibilidade do serviço só é exigível, quando o serviço é, por lei administrativa válida (conforme a Constituição), obrigatório. É o caso, p. ex., do abastecimento de água, coleta de esgoto, vacinação, identificação, enterroamento de mortos, internação de loucos ou portadores de doenças contagiosas, remoção de lixo, demolição de edifícios perigosos, destruição de aparelhos e instrumentos danosos ao meio ambiente, apreensão de objetos instrumentais de delitos etc. Em casos semelhantes, se a lei administrativa – com base na Constituição – tornar o serviço obrigatório, sua simples disponibilidade pode tornar a respectiva taxa obrigatória”.

Permanecendo na literalidade das palavras, o intérprete menos avisado encontraria um ilógismo, um absurdo, no próprio texto constitucional: como seria possível cobrar taxas pelo serviço posto à disposição se isso não comporta divisão, não é divisível, no sentido de se apurar quanto da disponibilidade pertine a cada contribuinte!

Seja permitido invocar uma lição de hermenêutica clássica, elementar e universalmente conhecida:

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Forense, 1984. p. 166.

Logicamente, dado que no caso dos serviços postos à disposição não há como aferir capilarmente e diretamente o quanto pertine a cada contribuinte, a única conclusão que se

pode tirar disso é no sentido de que esse elemento não é essencial para a configuração da taxa; e que a ausência de divisibilidade não desnatura o tributo nem ofende a Constituição.

O importante, todavia (para que não haja confusão com os serviços *ut universi*, remunerados pela receita geral de impostos), é que o contribuinte seja determinável e que haja um fator, eleito pelo legislador, capaz de servir como indicador dessa potencialidade. Fator esse que tenha uma relação de pertinência com essa disponibilidade.

Não se confunda a taxa com preço público. Este depende da vontade do usuário; aquela, não, conforme a Súmula 545 do STF:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as institui”.

A taxa é uma criação da lei, que lhe determina a base de cálculo e o fator de distribuição entre os contribuintes. Desde que não ofenda qualquer vedação constitucional, desde que o serviço efetivamente tenha sido implantado, desde que o fator de distribuição seja plausível ou razoável, a taxa é constitucional e efetivamente devida pelo contribuinte, cuja vontade é irrelevante, por se tratar de tributo (e não de contrato), devendo o processo de arrecadação observar os princípios de regime jurídico administrativo:

“As taxas remuneram os serviços públicos previstos constitucionalmente e os prestados sob regime de direito público, observando normas e princípios tributários e administrativos. Os preços públicos remuneram os serviços prestados sob regime de direito privado, de conformidade com esquemas contratuais.

A prestação de serviço público deve necessariamente ser remunerada por taxas, inexistindo campo facultativo dentro do qual o Poder Público poderia escolher se instituiria um preço ou uma taxa por se tratar de *res extra commercium*, regendo-se pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual ela se dá em razão de um comando do ordenamento (que torna indisponível a prestação), e não de um interesse econômico ou ligado à obtenção do lucro, como ocorreria numa atividade reservada ao particular. O Estado pode, atendidas

as regras constitucionais, desempenhar atividade econômica, com intuito de lucro, tal como qualquer empresa privada, mas quando assim atuar os serviços que prestar serão idênticos àqueles que uma empresa privada poderia prestar, submetidos, portanto, ao regime jurídico de direito privado.”

MELLO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. Dialética, 1997. p. 56.

Voltando ao tema da necessidade de que o serviço seja específico e divisível, cabe assinalar que a especificidade é sempre essencial, mas a divisibilidade varia conforme se trate de serviço de utilização concreta ou de serviço de disponibilização.

Com efeito, o serviço sempre deve ser específico porque a base de cálculo do tributo (o quanto se pode arrecadar, o montante a ser rateado entre os contribuintes individualizáveis - mesmo que de maneira ficta, estabelecida pela lei), será sempre o custo do serviço:

“A base de cálculo da taxa, dentro da melhor doutrina, deve ser valor ou parâmetro que meça, ainda que estimadamente, o custo da atuação estatal.”

VIEIRA, Eugênio Doin. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. Malheiros, 1997: Taxas: algumas considerações propedêuticas.

Para que servem os requisitos de especificidade e divisibilidade? O serviço deve ser específico para que se possa avaliar o seu custo, de maneira a que o conjunto de contribuintes (efetivos e/ou potenciais) não seja compelido a pagar mais do que isso. O serviço deve ser divisível para que se possa estimar, com a maior exatidão possível, a parcela desse montante que deve caber a cada contribuinte. Em alguns casos (serviço medido), isso pode ser feito concretamente: em outros casos (serviço posto à disposição), isso é meramente estimado.

A determinação do valor atribuível a cada um dos contribuintes nunca é exato, pois é difícil aferir com precisão até mesmo o simples custo do serviço, conforme esta expressiva demonstração:

“Portanto, tratando-se de taxas, a solução para o cálculo do valor do tributo é bastante dificultosa. Além de não possuírem como fato gerador um elemento considerado riqueza, bem sabemos da dificuldade de se apreciar economicamente o valor da atividade estatal em relação ao contribuinte.

O legislador, ao solucionar o problema do *quantum* das taxas, deve ter cautela. Cada espécie de taxa pode aconselhar um sistema de cálculo especial, ajustado às particularidades da atividade específica que dá lugar à cobrança da taxa.

Um exemplo ajudará a esclarecer a questão.

Os serviços de *limpeza pública* são importantes para o Poder Público municipal, visto que deles depende a higiene e a beleza da cidade. Várias causas (poeira, lama, folhas e outros resíduos vegetais, desgaste da pavimentação, capim, detritos atirados pelos transeuntes, etc.) correm para a sujeira da cidade, competindo ao poder local executar uma série de serviços que importam na defesa da cidade: coleta e remoção do lixo domiciliar: varrição, lavagem e capinação das vias e logradouros: limpeza de córregos, galerias pluviais, bueiros e bocas-de-lobo.

Como cobrar o serviço de limpeza pública?

Para a cobrança da *Taxa de Limpeza Pública*, há necessidade de se estabelecer, embora aproximadamente, o custo do serviço prestado, o qual varia de acordo com os diversos tipos de serviços (varredura periódica, varredura de conservação, lavagem noturna, colocação de recipientes coletores de papéis, utilização de caminhões-pipas, etc.), o pessoal e o material (mecânico ou não) necessário.

O custo do serviço seria a soma do custo da coleta e remoção do lixo domiciliar e do custo dos demais serviços executados em determinada área."

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1968. p. 110 - 111.

Se nem mesmo a base de cálculo é rigorosamente exata, valendo, portanto que seja estimada, plausível; com muito maior razão não se haverá de exigir rigor aritmético na identificação do quanto devido pelo contribuinte, bastando que também seja algo estimável, de maneira plausível, razoável, não aberrante nem arbitrária.

No caso em exame, sem dúvida alguma, o serviço em questão é perfeitamente destacável das outras atividades da Administração Pública estadual, sendo, assim, perfeitamente aferível sua base de cálculo.

Já o fator de distribuição eleito pelo legislador está ligado ao consumo de energia elétrica, mas não se confunde com isso. O fator de distribuição

é a faixa de consumo. Teria isso alguma pertinência com a potencialidade de uso do serviço ou, ao contrário, seria algo aberrante, totalmente desvinculado do serviço em questão?

Ora, o consumo de energia elétrica é um importantíssimo indicador de riqueza, largamente utilizado no planejamento econômico. Quem mais consome energia elétrica é normalmente quem desfruta de melhor condição econômica, dispondo da possibilidade de ter um número maior de aparelhos de televisão, podendo assim aproveitar mais o serviço público posto à disposição. Claro que isso não é rigorosamente exato; é uma ficção legal, mas uma ficção legal plausível, razoável, pertinente.

Cabe destacar que esse fator de distribuição nada tem que ver com o ICMS, que é um imposto *ad valorem*, cobrado sobre o valor econômico do bem ou serviço consumido. A Taxa Educação e Cultura não considera o valor pago pelo consumidor da energia, mas, sim, apenas a faixa de consumo na qual ele se situa.

Obviamente, quem estiver domiciliado em área não atingida pelo sinal da TV Cultura, mesmo sendo consumidor de energia elétrica, não será contribuinte da Taxa.

Em compensação, quem captar os sinais da TV Cultura por meio de um aparelho alimentado por bateria, ou por gerador próprio, estará fora do alcance do tributo, da mesma forma que todos os telespectadores domiciliados em outros estados da Federação. Não há, portanto, uma relação direta entre o uso do serviço e o pagamento da taxa, mas isso não desnatura o tributo em exame.

Contribuintes são os usuários potenciais do serviço público de radiodifusão sonora de sons e imagens, domiciliados no Estado de São Paulo, em áreas atingidas pelos sinais da TV Cultura, cabendo-lhes arcar com uma parcela do custo do serviço, estipulada por meio da aplicação de um fator de distribuição desse custo escolhido pelo legislador.

7. Conclusões

A Taxa Educação e Cultura se destina ao custeio de um serviço público prestado por entidade integrante da administração indireta estadual de São Paulo, não havendo dúvida alguma quanto ao caráter específico de tal serviço, que não se confunde e não se mistura com outras atividades administrativas.

O serviço é divisível, na medida em que seus usuários ou potenciais usuários são determiná-

veis, sendo sua determinação apenas uma questão técnica, não jurídica. O serviço não é universal, incindível, dado que, de fato, não alcança todas as pessoas domiciliadas no estado de São Paulo. Diferentemente, por exemplo, da segurança pública, pode ser prestado a uns e não a outros. A geração dos programas é única, mas não sua transmissão ou recepção. Divisível não é o mesmo que mensurável, até porque não há como medir o “quanto” de um serviço posto à disposição beneficia cada específico potencial usuário. A divisão do custo do serviço, em tais casos, faz-se por meio da escolha, pelo legislador, de um fator de distribuição que guarde alguma correlação com o serviço disponibilizado.

No fundo, a Taxa Educação e Cultura é um aperfeiçoamento da forma de captação de recursos para o custeio desse serviço (que já existe e já vem sendo pago pelo contribuinte há mais de trinta anos), muito mais adequada aos princípios e objetivos afirmados pela Constituição Federal vigente.

Com efeito, por meio dessa forma de captação de recursos é possível estabelecer um verdadeiro controle social sobre o serviço, dando-se eficácia concreta ao princípio participativo. Da mesma forma, cobrando-se nada dos menos aquinhoados e mais dos que desfrutam de melhor condição econômica, está-se fazendo justiça social ou, mais exatamente, contribuindo para a diminuição das desigualdades sociais. Pela cobrança da Taxa será possível ao Estado cumprir seu dever de proporcionar acesso à educação e à cultura, especialmente para os que mais precisam disso.

Mudanças exigem mudanças. Não se muda um estado de coisas sem mudar os processos ou as formas de atuação. Quem exige mudanças é o texto constitucional que, obviamente, fornece os meios para isso, cabendo ao intérprete descobri-los, sem preconceitos.

Palavras isoladas do texto constitucional não podem ter força suficiente para impedir a concretização de seus princípios e a realização de seus objetivos fundamentais. Aquelas subordinam-se a estes.

Funções essenciais à Justiça: a jurisdição e a cidadania na Constituição federal de 1988

EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR

SUMÁRIO

1. A nova ordem constitucional.
2. Princípios atinentes às funções essenciais à justiça.
3. Do Ministério Públíco.
4. Da Advocacia-Geral da União.
5. Da Advocacia.
6. Da Defensoria Pública.

1. A nova ordem constitucional

Recaladas formas de garantia ao cidadão sobressaem em meio aos diversos artigos, incisos e dispositivos constitucionais que procuram, mais do que simplesmente tutelar uma ordem de direitos e deveres, mais que salvaguardar e manter interesses institucionais erodidos pela evolução social, instaurar, por meio da ordem constitucional, um repertório de princípios, valores, regras e conjuntos de prescrições de caráter programático, sulcando um caminho de heterogêneas construções tendentes à implementação, em toda a sua plenitude, do Estado Democrático de Direito. Este, e seus fundamentos, descolam-se do art. 1º do texto constitucional como dirigentes de todas as demais preceituções subsequentes. Assim é que as normas programáticas, ao lado dos princípios constitucionais¹, não simplesmente preceitos de ordem prospectiva, mas sobretudo instrumentos presentes para o alavancamento da estrutura democrática do país de um *status quo* – que vem descrito nas cores

¹ Para que se difiram as normas constitucionais dos princípios constitucionais, segue-se o seguinte texto: “Há determinados critérios de diferenciação no grau mais abstrato dos princípios perante as normas e no grau de determinabilidade de aplicação dos princípios, que necessitam de concretizações diante das normas e têm aplicabilidade imediata e direta” (FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. 1992. v. 5, p. 62).

Eduardo Carlos Bianca Bittar é Doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ex-Assessor da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ex-bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

do presente – a outro – este sim descrito por um fio teleológico, bem como axiológico, previamente desenrolado pelo legislador. Em verdade, premissas de todo um sistema jurídico-social se encontram encartadas como formas apriorísticas, como paradigmas de atuação para o legislador ordinário, assim como para os intérpretes do direito, todas capazes de desencadear construções ou reformas nos diversos níveis normativos e institucionais atualmente existentes. Fica garantida, portanto, a *hegemonia principiológica* estatuída como elenco causal de toda a fortuna do sistema jurídico brasileiro.

Se em várias passagens do texto constitucional o legislador ordinário procurou grifar a importância da criação de mecanismos congruentes e eficazes para o fortalecimento e para o crescimento das estruturas do Estado Democrático de Direito, também em vias infraconstitucionais se consagram as idéias de isonomia e de hegemonia dos valores democráticos. Porém, deve-se grifar: *isonomia* sim, *igualitarismo* não, em face da modelar conceituação da igualdade substancial ou material, e não meramente formal, como o é a *igualdade formal*. Em lugar da aplicação de uma presunção de igualdade de todos pela equiparação – tendo-se a consciência de que a igualdade de fato não existe –, e mesmo derrogando-se a conceituação mais arcaica vigente para a matéria, preferiu-se destinar a *igualdade substancial* para ocupar o altar dos princípios constitucionais². Aqui, a justiça distributiva se faz por meio do *suum cuique tribuere*, restando dizer que será dado o igual aos iguais, e também o desigual aos desiguais, na medida exata das desigualdades e diferenças que entre estes existam ou venham a existir. Pode-se dizer que, em suma, procurando vencer os impasses de uma ordem que prescindia de uma análise da real situação fática dos membros da comunidade tutelada, criaram-se espaços normativos para a facultação do acesso à justiça.

² Tendo-se presente a necessidade de se distribuir com equanimidade os valores democráticos estatuídos pela Constituição brasileira, a teleologia buscada é a da necessária igualdade substancial entre os sujeitos normativos receptores dos comandos constitucionais. Neste ponto, a reflexão deve recorrer a um dos postulados básicos da *justiça distributiva* assim descrita dentro da teoria aristotélica: “E identica sarà l’uguaglianza tra coloro per i quali è giusto. Infatti il rapporto che vige tra queste, e cioè per le cose nelle quali è giusto, vige anche tra quelli. *Se infatti non sono uguali, non avranno cose uguali (...)*” (grifo nosso)

No entanto, dentro da temática do acesso à justiça, mister se faz sejam relevadas duas vertentes em que se podem desenvolver as idéias de salvaguarda da principiologia a esse respeito desenvolvida e ressalvada enfaticamente pela Constituição Federal de 1988. Uma primeira faceta do problema aponta para a carência de mecanismos extrajudiciais de solução das controvérsias, enquanto outra faceta do problema aponta para a reforma do próprio sistema de atuação da jurisdição. Se, de um lado, reclama-se a desburocratização do processo³, a facilitação do procedimento, a dinamização da resposta jurisdicional aos conflitos de interesses, a diminuição dos gastos com as custas e demais emolumentos processuais, a maior proximidade da justiça da comunidade tutelada, de outro lado também se reclama a criação de meios outros de composição dos conflitos, a superação da *litigiosidade contida*⁴, a facilitação da composição consensual das partes contendentes, o aumento do número de órgãos arbitrais, a divulgação de informações e a reforma do sistema de atendimento aos hipossuficientes frente à máquina institucional estatal.

Nesse ponto, cabe ressaltar que nada mais se faz senão reclamar o pleno cumprimento do princípio de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” (CF, art. 5º, inc. XXXV). Para que a jurisdição cumpra o seu papel institucional, tutelando e garantindo o amplo acesso aos seus órgãos, desobstaculizando-se os empecilhos que haveriam de macular a sua atuação, limitando-a ao atendimento dos interesses dos mais favorecidos socialmente, não basta que em torno dela recaiam todas as críticas, bem como todas as atenções dos especialistas. Ainda mais, deve-se implementar uma cadeia de outras medidas complementares, que a circundem e a revistam de maiores expectativas de efetividade, para que cumpra, por meios idôneos, recamados de presteza e segurança, sua objetividade.

Destarte, como forma de romper com as desigualdades entre os membros da comunidade

(ARISTÓTELES. *Etica Nicomachea* : livro V, 6, 1131 a, 20. Rizzoli, 1993. p. 337).

³ Nesse sentido é que, por decorrência das normas inscritas nos arts. 24, X, e 98, I, da Constituição Federal, decorreu a concretização de um estatuto preciso sobre procedimentos especiais criminais e cíveis que se encontram consignados no texto da Lei nº 9.099/ 95.

⁴ A expressão é de Kazuo Watanabe.

social, inscrevem-se, em nosso hodierno ordenamento jurídico, mecanismos institucionais diversos que, plenamente implementados, haverão de totalizar a imagem teleológica ideada pelo legislador ordinário de 1988. É nesse sentido que se visa a propor a análise do *capítulo IV* do *Título IV* da Constituição Federal de 1988, *Dos serviços essenciais à justiça*, cotejando-o com os demais diplomas pertinentes à matéria nele contida, bem como comunicando-o com os demais capítulos da Carta Magna que lhe servem de supedâneo. Passemos ao estudo de sua estrutura e de sua inserção dentro da principiologia constitucional.

2. Princípios atinentes às funções essenciais à justiça

Na mesma linha de pensamento dos argumentos até este ponto expendidos, guerreia-se pelo devido entendimento da extensão e da dimensão dos princípios firmados constitucionalmente pelo legislador de 1988, sem o que os operadores continuarão a pecar pela ignorância dos instrumentos criados e a serem criados para atribuir maior conteúdo de efetividade à cidadania. Antes de se setorializarem e se enclausurarem os princípios constitucionais nas redomas valorativas de que partem e os dispositivos constitucionais nos capítulos nos quais se inserem, tendo-se em vista a disposição que lhes foi conferida textualmente, vislumbram-se as partes da Constituição como partes comunicantes de um todo, constitutiva de verdadeiro tecido de implicações recíprocas, de modo que uma destas partes condicione e seja condicionada pela interpretação de outras. Verdadeiramente, como decorrência prática desse raciocínio, deve-se apontar a aplicabilidade de toda a teleologia inserta nos incisos do artigo 5º, capítulo I, do Título II da Carta Constitucional.

Ao serem mencionados, portanto, os princípios da legalidade (inc. II), da infastabilidade do Judiciário (inc. XXXV), da ampla defesa e do contraditório (inc. LV), do direito de petição independente de pagamento de taxas (inc. XXXIV), da assistência gratuita (inc. LXXIV), entre outros, está-se mensurando o alcance de toda a efetividade de um sistema que, em sua totalidade, deve proporcionar o exercício amplo da democracia. É à efetividade do exercício da atividade da *jurisdição* – e aqui se deve entender a *jurisdição* como sendo “(...) um poder, uma função e uma atividade” (CINTRA,

GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 1987. p. 83), dentro da trilogia consagrada pela doutrina processualista – que visa o legislador ao consagrar cláusulas inúmeras para assegurar a complementação de todos os mecanismos e recursos indispensáveis para o alcance desse escopo maior. Tendo a *jurisdição* por escopo a atuação concreta do direito objetivo, dentro da ordem de pensamento de Chiovenda, em torno de sua atuação giram outros poderes, bem como a ela se destinam inúmeros serviços, atividades e funções institucionais. É nesse ponto que cabe ser ressaltada a atuação de órgãos que, por sua essencialidade no que tange à prestação jurisdicional, encontram-se a ela ligados, tendo-lhes sido concedido *status* constitucional independente em capítulo destinado a disciplinar a atuação conjunta desses órgãos para a efetivação do escopo jurídico-democrático.

Esses órgãos são o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Advocacia e a Defensoria Públicas, previstos, respectivamente, nas seções I, II e III do capítulo IV do Título IV da CF/88⁵. Mais que um aparato burocrático a serviço de afazeres administrativos ou formais, cada qual destas instituições socorre interesses que constituem verdadeiro *munus* público, se considerado em sua totalidade. Em essência, são a causa eficiente de todo o processo de concretização da justiça. Trata-se, nesse sentido, de se investigar o estatuto constitucional dos sujeitos – excetuados os órgãos jurisdicionais propriamente ditos, por serem eles mesmos a *jurisdição* atuando em concreto – que atuam no cenário jurídico de modo amplo, seja judicial, seja extrajudicialmente, na distribuição da justiça democrática.

3. Do Ministério Público

No que tange ao Ministério Público, muito se debateu acerca de sua inserção em meio à

⁵ O capítulo V do Título II da Constituição do Estado de São Paulo, analogamente ao disposto na Constituição Federal, dispôs a respeito da matéria, elencando também como essenciais o Ministério Público (arts. 91/97), a Procuradoria Geral do Estado (arts. 98/102), a Defensoria Pública do Estado (art. 103), a Advocacia (arts. 104/109), acrescentando, ainda, como órgão suplementar e exclusivo, o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (art. 110), o que vem a acentuar com maior profundidade o caráter protetivo das normas constitucionais estaduais derivadas da teleologia da Carta Federal.

cadeia estrutural tripartite das funções do Poder Uno do Estado, se parte do Judiciário, se parte do Legislativo, ou se parte do Executivo, o que, diante da nova textura que lhe conferiu a Carta Magna de 1988, parece de todo irrelevante e desmotivado que se discuta. Parece ser unânime a doutrina em reconhecer-lhe o gabarito de “instituição essencial à função jurisdicional”, acompanhando os dizeres do art. 127 da Constituição de 1988, que lhe traçou os matizes. Trata-se não de um Quarto Poder, de acordo com a equivocada visão de alguns, mas de um órgão autônomo, dotado de estrutura funcional própria, dotação orçamentária independente, poderes correicionais internos e hierarquia administrativa escalonada de acordo com os degraus da carreira pública⁶. Cumpre-lhe função mais do que essencial, primordial para a escorreita atualização do ideário democrático consagrado pelos legisladores constitucional e infraconstitucional: zelar pelo cumprimento da *lei*. A análise desse ponto não é de todo irrelevante, pois ao Ministério Público incumbe, como parte ou exclusivamente como *custos legis*, atuar em prol da realização do princípio da legalidade que é o fulcro de toda a estrutura democrática sobre a qual se assentam as demais premissas de atuação do próprio Estado. Se entre *lex* e *ius* podem-se traçar diferenças essenciais, nunca é demais dizer que, para que se tenha o *iustum*, mister a garantia oferecida pela *lex*. Da arquitetônica jurídica a lei é a pedra fundamental. Enquanto direito positivo, da lei emanam os dizeres dos representantes do povo em um sistema em que a representação política traça os próprios rumos da ordem jurídica. Daí se desume a gravidade das atribuições que lhe foram conferidas em seu papel institucional.

De fato, e, em síntese, pode-se dizer que esta instituição

“(...) tem natureza neutra e não se vincula a qualquer órgão, pois a sua função é promover a justiça sem nenhuma submissão, senão à lei” (CALDAS. *Nova Constituição brasileira anotada*. 1991. p. 210).

A organização do Ministério Público decorre diretamente da Carta Magna (arts. 127-130) – e

⁶ Para que se defina carreira, deve-se buscar o sempre perene ensinamento de Hely Lopes Meirelles: “É o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram” (*Direito Administrativo brasileiro*. 19 ed. 1994. p. 361).

não se omitam, nesse ponto, a Lei Orgânica do Ministério (Lei nº 8625/93) e a Lei Complementar nº 75/93, Estatuto do Ministério Público da União –, que não se resumiu a dar-lhe faceta constitucional relevante no Capítulo em que se insere a sua disciplina, tendo-se porfiado por discorrer sobre seus princípios diretivos, exorbitando à mera atividade delineatória dos contornos de sua estrutura hierárquica. A orientar-lhe o magistério social de atuação prática, portanto, enumeram-se os seguintes princípios: princípio da *unidad*, princípio da *indivisibilidade*, princípio da *independência funcional* (CF 88, art. 127, § 1º), ao lado de outros, quais sejam, os princípios da *indisponibilidade*, da *irrecusabilidade*, da *independência*, da *irresponsabilidade*, da *devolução* e da *substituição*⁷. Na seara criminal, a indisponibilidade da ação penal pública tem a indicar que ao órgão do Ministério não se defere a possibilidade de dispor da ação penal, sendolhe, no entanto, atualmente facultada a transação penal, de acordo com o princípio agora reformado da *disponibilidade regrada*⁸ introduzido no rol das reformas legislativas pela Lei nº 9.099/95.

A par de suas características genéricas decorrentes de seus principais núcleos axiológicos, o Ministério Público conta com dotação orçamentária própria, prevista no art. 127, § 3º, da CF/88, o que, por si só, constitui garantia de independência financeira, administrativa e funcional de toda a estrutura da instituição, tanto na esfera da União (Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito e dos Territórios), como na esfera dos Estados. Mais ainda, o art. 128, § 5º, I, alíneas *a*, *b* e *c*, consigna as mesmas garantias dos magistrados (CF, incs. I, II e III do art. 95) aos membros, do Ministério Público, reforçando a importância da instituição e a autonomia de seus membros, que não ficam vinculados no exercício de suas atividades. As vedações do inc. II, § 5º, do art. 128 da CF também são comuns às dos magistrados (CF, parágrafo único, art. 95), com maiores especificações e detalhes, quais sejam, de recebimento de custas processuais, exercício da advocacia, participação em sociedade comercial, exercício de outra função pública, exercício de atividade político-partidária; trata-se de se cercar de cautelas o exercício da função pública como forma de salvaguardar

⁷ A enumeração, bem como as definições de cada qual dos princípios, é feita por Julio Fabbrini Mirabete (*Processo penal*. 1995. p. 327).

⁸ A nomenclatura é dada por Kazuo Watanabe.

a probidade administrativa e de zelar pelo cumprimento integral e imparcial das tarefas públicas. A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) traça as diretrizes da carreira, delinea os escalões administrativos e descreve a competência institucional de maneira minuciosa, assim como a Lei Complementar nº 75/93, para o Ministério Público da União, veio a colorir definitivamente o painel estrutural da instituição.

É-lhe privativa a promoção da ação penal pública (CF, inc. I, art. 129), como decorrência do princípio da indisponibilidade, atuando o promotor como *dominus litis* do processo criminal, em face da política de proteção pública dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento ordinário e especial de normas de caráter penal. De maneira genérica, incumbe-lhe “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos” (inc. II), assim como promover a ação civil pública, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/85, para a proteção do patrimônio público e social dos interesses difusos e coletivos (inc. III)⁹; Controlar a constitucionalidade das leis pela condução da ação direta de inconstitucionalidade, por meio do Procurador-Geral da República (Lei nº 4.337/64), perante o STF, representando também pela intervenção da União e dos Estados nos casos previstos em lei (inc. IV)¹⁰. Dar efetiva proteção aos direitos das populações indígenas, representando-as judicialmente (inc. V); acesso às informações constantes de órgãos públicos, bem como controle das atividades policiais e poder de investigação por meio de diligências em inquéritos, além de outras funções compatíveis com a teleologia que lhe foi traçada pelo texto constitucional (incs. VI a IX). A Constituição do Estado de São Paulo ainda prevê como dever institucional do Ministério Estadual o exercício da “fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes, ou portadores de deficiências, sem prejuízo da correição judicial”, assim como, “deliberar sobre sua participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos a

⁹ A Lei da ação civil pública (Lei nº 7347/85) é expressa no sentido de atribuir-lhe legitimidade para a propositura de medidas tendentes à salvaguarda dos valores por ela consagrados em seu art. 5º: “A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios (...”).

¹⁰ Vide Lei nº 5.778/72, acerca da implementação do disposto na alínea *d* do § 3º do art. 15 da CF 88.

sua área de atuação” (incs. I e II do art. 97 CESP), tornando-o mais próximo de sua vocação social.

Entre as universais e extensas tarefas instituídas como inerentes à carreira dos membros do Ministério Público podem-se alistar aquelas que seriam as precípuas, utilizando-se de critérios que delimitam o campo temático cercado por cada uma das funções por ele exercidas na defesa da cidadania. Nesse ponto, seguimos a lição de Pinto Ferreira que discrimina (*Comentários à Constituição brasileira*. 1992. p.99-101):

“A atribuição típica do seu mister é a de oficiar em juízo em favor da correta observação da lei e na defesa do interesse público” (p. 99); “A segunda função importante é a defesa dos interesses privados indisponíveis, defendendo consequentemente a ordem penal” (p. 100); “A terceira missão importante do MP é a de velar e fazer velar a observância e o cumprimento da lei” (p. 101); “(...) a sua atuação em favor do princípio da supremacia da Constituição assumindo a defesa dos postulados constitucionais” (p. 101); “A quinta função relevante do MP é a de ser titular, embora não exclusivo, da ação civil pública (...)” (p. 101); “Enfim, a sexta função de importância do MP relaciona-se com o exercício da atividade *ad judicia*, referente à representação federal, na área do MP federal” (p. 101).

E assim é que, frente a este elenco de atribuições institucionais, deve-se ressaltar que

“Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo” (art. 84 CPC).

Mister, portanto, a intervenção do Ministério nas ações em que atuar como parte ou como *custos legis*, rubricando-se que esta nulidade submeter-se-á às regras gerais da teoria das nulidades, sendo declarada quando, não sendo de estrita necessidade sua atuação processual, houver prejuízo à parte (*pas de nullité sans grief*).

Em síntese, pode-se dizer que, em termos de instituição – e, quando se procura operar semanticamente o conceito de instituição, recorre-se necessariamente às idéias de durabilidade, de consagração cultural e de reiteração temporal –, enquanto unitária e

homogeneamente atuante nas esferas da União, dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, menos fragmentária e mais participante se torna a sua intervenção na edificação do princípio democrático. Mais que um órgão a serviço das cláusulas constitucionais democráticas, o Ministério Público representa a própria democracia em atuação.

4. Da Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União tem como atribuição representar judicial e extrajudicialmente a União. Função análoga é exercida pela Procuradoria-Geral existente em cada Estado-Membro, dentro da ordem constitucional respectiva. “Sistema que não difere em nada do anterior, apenas ganhou foros de Constituição Federal” (FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional*. 1992. p. 236). O Poder Executivo tem este órgão por *longa manus* de suas atividades, uma vez que diretamente beneficiado pela atuação nas atividades de “consultoria e assessoramento jurídico” (CF 88, art. 131). Se ao Poder Executivo incumbe o cumprimento da lei, e a articulação das políticas legislativas por meio da *praxis* governamental, mister, portanto, a distribuição de instrumentos jurídicos protetivos para a cobertura das estruturas de atuação deste Poder, o que se faz por meio da Advocacia-Geral da União, instituição que tem por diploma essencial de sua estrutura a Lei Complementar nº 73/93, a par dos demais papéis normativos, Decreto nº 767/93 e Lei nº 9.028/95.

5. Da advocacia

Advogado é termo de origem latina, *advocatus* – e parece relevante que se atente para o fato de a função social que exerce encontrar-se plenamente descrita no símbolo que a representa, uma vez que é da cópula entre *ad* e *vocare* (falar por) que se originou o termo –; sendo, no entanto, palavra de surgimento tardio no vocabulário romano, não foi o único vocábulo utilizado para nomear a atividade. Para tanto, indicam as fontes históricas a seguinte evolução: *patronus*, *orator*, *cognitores*, *procuratores*, *togatus*, e, enfim, *advocatus*. A introdução, no Baixo Império, deste último termo, não obstante, consagrou-o de modo que o termo ganhou acento entre nós¹¹.

¹¹ FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. 1992. p. 168.

Socialmente, ao advogado, no exercício de sua função profissional, incumbe o mister de ser o atuante sujeito de postulação dos interesses individuais consagrados pelos diplomas normativos do país. Mais que representante individual de uma parte lesada, ou não, é dado ao *advocatus* o mister de tornar concreto o direito subjetivo dos receptores das mensagens e prescrições normativas. Sua participação é nitidamente aquela de um agente parcial, mas sobretudo de defensor da pretensão e do legítimo interesse envolvido¹². É, em suma, mensageiro e representante jurídico da vontade dos cidadãos. Em atividade judicial, representa, funciona como intermediário de uma pretensão frente às instituições às quais se dirige ou perante as quais postula; em atividade extrajudicial, aconselha e assessorá, previne.

De fato, o advogado presta serviços particulares, engaja-se na causa à qual se vinculou, porém age sob o cone de luz da legislação, ofuscado por esta, velando pelo cumprimento da legalidade e fazendo-se desta fiel servidor. É esse o ponto que se procura grifar nesta reflexão, por entender-se ser esta a razão pela qual o legislador constitucional estatuiu normas magnas para a consagração da função advocatícia entre aquelas essenciais à prestação jurisdicional. A inserção da advocacia no contexto constitucional, antes de mera casualidade, é medida proposital e intencional do legislador, dentro do tônus principiológico e democrático que procurou dar à regulamentação das instituições jurídicas.

Alçar à esfera constitucional o estatuto de uma função jurídico-social é muito menos formalizar uma situação e muito mais lançar-lhe uma dinâmica nova frente às pretensões genéricas constantes dos preceitos normativos de caráter nacional. Em face da indefinição dos textos constitucionais anteriores, omissos, nesse ponto, quanto ao papel do advogado na ministração da justiça, a Carta Magna de 1988 consagrou-lhe, ao lado da Defensoria Pública, a *seção III do capítulo IV do Título IV*, comunicando, portanto, do justo entendimento de que a justiça material não se constrói sem uma plena identidade entre operadores do direito. Isso se

¹² “(...) o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima *parcialidade institucional*. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz” (GRINOVER, CINTRA, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 11. ed. p. 217).

dá porque, mesmo enquanto profissional autônomo, ao advogado incumbe o *munus* público de conferir à população acesso aos seus próprios direitos; se a defesa técnica é imprescindível para a participação no processo, o *ius postulandi*, como pressuposto processual subjetivo relativo à parte, toca muito próximo o problema do próprio acesso à justiça¹³.

Nesse sentido, não é outra a disposição do Estatuto da Ordem dos Advogados ao ditar que

“No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social” (§ 1º, art. 2º, da Lei nº 8.906/94), na mesma linha da lição constitucional que apresenta, no art. 133, a função do advogado como “indispensável à administração da justiça”. Mister, portanto, diante desta orientação proveniente da Carta Magna, ressalvar que

“(...) o nobilitante mister não pode ser minimizado. Ao contrário, deve ser colocado em pé de igualdade com os demais órgãos a serviço da Justiça: o Juiz e o Ministério Público” (SANCHES. O advogado e o Poder Judiciário. *RT* : n. 648 p. 249).

A igualdade que se pretende entre os operadores do direito, como sujeitos que ocupam funções processuais juridicamente opostas ou disjuntas, mas complementares e essenciais, é motivo de atenção especial do Estatuto que dedica ao tema disposição específica assegurando que (art. 6º EOAB):

“Não há hierarquia nem submissão entre advogados, magistrados e membros do MP, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíproco”.

Essa é mesma a orientação que deve viger, pois das posições institucionais que ocupam não devem se valer tais sujeitos para o prevalemento pessoal em detrimento dos demais instrumentadores das ferramentas jurídicas; acima dos interesses pessoais sobrevivem a causa da justiça e o interesse das partes envolvidas no debate jurídico – esse interesse pode ter caráter exclusivamente pessoal, porém, não raras vezes, é de caráter institucional, envolvendo classes, coletividades indeterminadas ou categorias.

¹³ São palavras de Carlos Alberto Carmona, em palestra proferida no I Congresso de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (06/05/96 – 10/05/96), que o problema do acesso à justiça é fundamentalmente o problema do advogado.

Mais ainda, em tempos em que o controle externo está em pauta, há que se dizer que não existe maior controle, e, sublinhe-se, mais eficaz que qualquer outro, senão aquele exercido diuturnamente pelas partes postulantes no exercício de suas funções processuais. Por se tratarem de partes interessadas nos resultados sociais e jurídicos do processo, maior é o interesse em que o julgamento se desenvolva sob os cânones da *imparcialidade*, da *legaldade* e da *regularidade formal*. Ainda aqui se pode nobilitar a função advocatícia na proteção dos interesses de seus clientes, bem como na administração da justiça em sua totalidade; a esta classe de prover às necessidades de uma justiça material na produção resultante do exercício do poder jurisdicional.

Ainda que se argumente pela excessiva parcialidade que move muitos dos litigantes envolvidos no debate processual, há que se ressaltar que é da própria dialética jurídica que exurge o provimento judicial, senão verdadeiro, ao menos verossimilhante. É do temperamento de vontades contrapostas – que se contrapõem dentro do simétrico princípio do contraditório, fundado no binômio *informação-oportunidade* –, vontades que se exercem não raras vezes em injustiça por excesso, que surge a possibilidade de se adotarem respostas jurisdicionais mais balanceadas na dosimetria dos direitos de cada qual. Aí a função judicial do *ad vocatus* “falar por”, ou seja, dispor-se no sentido de pleitear o que de direito não só por si, mas também em face de outro pretendente.

Porém, não se deve dizer que, “(...) se o advogado atua no processo no interesse da parte (...)”, necessariamente sua função é exclusivamente aquela descrita como sendo a do mandatário, que tem sua responsabilidade delimitada pelo instrumento que lhe autoriza a falar ou a exercer algo em nome de alguém. Se assim é, no entanto,

“(...) nem por isso pode ele ser confundido com a figura do mandatário de direito privado, mas aparece antes como autêntico representante necessário, que age em nome da parte, mas no interesse público da realização da justiça” (COMPARATO. A função do advogado na administração da justiça, *RT* n. 694, p. 46). Seu papel é misto entre uma *atividade pública* de postulação e uma *atividade privada* de representação. É fato que a atuação como representante da parte no foro requer devida habilitação processual do advogado por meio de procuração *ad judicia* regulada pelo Código

Civil, segundo prescreve o art. 38 do CPC – e, para negócios extrajudiciais, a procuração *ad negotia* –, com ou sem cláusula de poderes especiais, o que lhe confere poderes, além de direitos, entre os quais:

“I. examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo, salvo o disposto no art. 155; II. requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de 05 dias; III. retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles por determinação do juiz, nos casos previstos em lei” (art. 40 CPC).

A imunidade judiciária estabelecida no art. 142, I, CP, relativamente aos crimes de injúria e difamação – e, veja-se, não se exime se o crime cometido for o de calúnia –, recobre a atuação do advogado de especial proteção; porém, não representa a criação de um privilégio pessoal, mas a consagração de uma prerrogativa funcional, indispensável à boa e completa realização da justiça (COMPARATO, op. cit., p.47.). São estes os termos constitucionais: “sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CF 88, art. 133). Literalmente, é esse o conteúdo do art.7º, § 2º, EOAB:

“O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou *desacato* puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”.

Ressalte-se, no entanto, que o termo *desacato* grafado no texto é objeto de discussões, entendendo-se verdadeiramente como limitada a extensão de sua faculdade de manifestação no exercício de sua atividade profissional ao ponto em que se afeta a própria dignidade da justiça. É esse o entendimento jurisprudencial acerca da matéria:

“Não existe a imunidade prevista no art. 142, I, do CP, no caso de ofensas irrogadas pelo Advogado ao Juiz, porque a imunidade judiciária só prevalece entre as partes litigantes, não alcançando a ofensa feita a Magistrado, que é a autoridade judiciária e representa a própria administração pública. Admitir ofensas à autoridade judiciária seria implantar o desprestígio da própria

justiça” (TACRIM – SP . Relator: Hélio de Freitas . RJD, n. 12, p. 89)¹⁴.

Incumbe ao advogado, uma vez habilitado à advocacia, a defesa e a postulação em qualquer das partes do país. A extensão de suas atividades fica apenas condicionada a algumas condições. Veja-se:

“Advocacia – 1. A inscrição do advogado na seção em que situa a sede de sua atividade habilita-o ao exercício eventual ou temporário da advocacia em qualquer parte do território nacional, mormente quando obteve ele o ‘visto’ da seção do lugar onde ia intentar a causa – aplicação dos arts. 55 e 56, parágrafo único, da Lei nº 4.215/ 53 (EOAB)” (SANCHES, op. cit., p. 248).

Em termos de organização federativa, mais que órgão de representação de classe ou que instância institucional para a resolução de questões *interna corporis*, a Ordem dos Advogados do Brasil,

“criada pelo art. 17, decreto nº 1.9408 de 18 de novembro de 1930, é hoje serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade: a) defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; b) promove, com exclusividade, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Op. cit., 11. ed. p. 223).

Ainda que não se considerasse esse painel taxativo para as atividades da OAB, mesmo assim seria já dimensionada como missão metajurídica, bem como metademocrática, aquela consignada como a meta institucional da Ordem, que atua por meio de suas diversas seccionais. Frente às incumbências institucionais, é da OAB a legitimidade para, nos termos do art. 103, VII, da CF/ 88, propor a ação direta de inconstitucionalidade, *in terminis*:

¹⁴ O entendimento predominante é o de que as ofensas irrogadas à parte e pela parte, ou seja, aquelas surgidas no calor dos debates judiciais, não constituem crime. Neste conceito não se inclui, portanto, o magistrado.

“Podem propor ação de inconstitucionalidade: (...)

VII. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil”

Esse artigo da Constituição veio a ampliar o restrito pôlo subjetivo responsável pela proposta da ADIn, rompendo com os limites subjetivos anteriormente vigentes no contexto da lei nº 4.337/ 64, que restrigiam a participação democrática no controle da constitucionalidade das leis ao representante maior do Ministério Público, o Procurador-Geral da República.

Se se procura localizar a atuação dos advogados nos diversos mecanismos de garantia das instituições democráticas, tem-se muito a dizer. Decorre serem criticáveis, portanto, as opiniões dos pouco atentos intérpretes que se limitam a descrever a atividade do advogado como limitada e coincidente àquela outra do foro. Seu engajamento político-institucional desautoriza o lançamento desse juízo restritivo. Sua participação em determinadas instâncias decisórias tornou-se garantia de validade e de legitimidade de muitos órgãos e instituições que atuam na construção da democracia jurídica.

Com razão, nos serviços judiciais, e nos demais serviços relativos à justiça, é-lhes outorgada fundamental participação, seja examinando a preparação de membros – ou futuros membros – da Magistratura (CF 88, art. 93, inc. I; Lei Complementar nº 35/ 79, art. 78), seja dos membros da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/ 94, art. 24), seja dos membros do Ministério Público (CF 88, art. 129, § 3º). Mais que examinando, também lhes é outorgado acesso direto na composição dos Tribunais Superiores da Justiça federal e da Justiça estadual por meio do chamado *quinto constitucional*, segundo o qual franquia-se, mediante o cumprimento de algumas condicionantes (notório saber jurídico, ilibada reputação, exercício efetivo comprovado da profissão durante dez anos), introdução na carreira em segunda instância; visa-se sobretudo a heterogeneizar a comunidade da judicatura integrando-lhes no ecletismo da formação e da experiência jurídica dos membros de outras categorias (art. 94, CF 88).

Bem colocada, nesta ordem de idéias, a estrutura jurídica da Advocacia no capítulo em que se insere, bem como bem dimensionada a estrutura e a função que lhe foram outorgadas pela Carta Magna e pelo recente Estatuto da OAB, pois, verdadeiramente, visa-se a proteger

uma atividade fundamentalmente de caráter público e, bem dito, “indispensável à administração da justiça” (CF 88, art. 133). Indispensável sim, porém não condicionante do acesso à justiça, uma vez que vincular este ao *ius postulandi* é muito menos proteger o interesse na defesa técnica e muito mais restringir a própria teleologia da legislação e da instituição, quando se visa a dar efetividade ao alcance do Poder Judiciário, bem como quando se visa a implementar a política do *amplo acesso à justiça*. Nesse sentido, a polêmica se acendeu com o advento da Lei nº 8.906/ 94, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que, em seu artigo 1º, lecionava como privativas da advocacia: “I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Procurou-se minimizar a rigidez do preceito, limitando-se sua extensão normativa. Assim, no que tange aos juizados especiais,

“(...) o STF suspendeu liminarmente a eficácia do *caput* do art. 1º, *in fine*, do Estatuto, de modo que fica mantida, por ora, a possibilidade de postulação direta do pequeno litigante” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Op. cit., 11. ed. p. 219)¹⁵.

Também polêmico outro ponto extremo, acerca do assoberbamento dos poderes do advogado, deve ser mencionado, nos termos a que a ele se refere Agapito Machado:

“Todavia, o ponto mais polêmico consiste em permitir ao advogado o direito de falar após findo o voto do Relator. O STF, atendendo o pedido do Procurador-Geral da República, em ação direta de inconstitucionalidade, deferiu liminar suspendendo a eficácia de tal dispositivo” (O advogado e o relator nos tribunais. in *RT*, n. 710, p. 224).

6. Da Defensoria Pública

A Defensoria Pública é instituição essencial à justiça, essencial à atividade de prestação jurisdicional, incumbindo-lhe as tarefas judicial

¹⁵ Por juizados especiais se deve entender Justiça do Trabalho, Justiça de Paz e Juizados de Pequenas Causas (ADIn, 1.127-8-DF/ Medida Liminar. Relator: Ministro Brossard. *DJU*, p. 27.596, 14 out. 1994. seção 1. p. 27.596). Também devem-se aqui ter presentes as recentes disposições da Lei nº 9.099/ 95, que disciplinou a matéria, revogando os antigos Juizados de Pequenas Causas e traçando normas acerca da postulação com ou sem advogado.

e extrajudicial de assessoria jurídica. Seja atuando preventivamente na conciliação das partes contendentes, oferecendo informações, distribuindo orientação jurídica, seja atuando contenciosamente, litigando em nome dos interessados, seja representando interesses sem titulares determinados, a Defensoria Pública implementa o rol de medidas públicas destinadas à construção do Estado Democrático de Direito. Situa-se a disciplina do órgão fundamental na *seção III do Capítulo IV do Título IV* da CF/88, que, em seu artigo 134, reza:

“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”.

O mesmo dispositivo decorre do art. 103 da Constituição Estadual de São Paulo.

Em verdade, como decorrência do disposto no art. 24 da CF/88, segundo o qual “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII. assistência jurídica e defensoria pública”, surgiu o mister de se implementar, mediante legislação complementar à Constituição, a matéria relativa à assistência jurídica e defensoria pública, o que foi feito pela Lei Complementar 80/94, que disciplinou a Defensoria Pública da União, dos Territórios e dos Distritos Federais, traçando, por outro lado, *normas gerais* para a estruturação, ou para a reestruturação – esclareça-se que alguns Estados da União já haviam implantado a Defensoria mesmo antes do advento da Lei Complementar, ocorrendo que deverão retraçar seus parâmetros de atuação (LCnº 80/94, art. 142) nos moldes do supracitado texto normativo –, das Defensorias Estaduais¹⁶. Essas *normas gerais* são dispositivos de ampla abrangência que não primam por dissecar, ou regulamentar com especificidades, as matérias sobre as quais traçam suas linhas genéricas. Decorrência dessa lei é o conjunto de prescrições genéricas que, *en passant*, delineia os traços com os quais se pretende unificar a Defensoria Pública em todas as margens do país, deixando-se a critério e à conveniência dos demais Estados-Membros, naquilo em que não colidirem com as supracitadas *normas gerais*, regulamentar as Defensorias locais de acordo com as peculiaridades regionais. Em termos

normativos, portanto, é esse o panorama da instituição de gabarito constitucional, devendo-se versar, agora, sobre as atividades que à instituição se destinam, bem como sobre sua disciplina estrutural e sobre sua teleologia. Tenha-se esta última por primeiro tópico da abordagem aqui pretendida.

A assistência jurídica pode ser prestada em diversos níveis e de diversas maneiras, correspondendo não só àquilo que se entende por direito de demandar em juízo (*assistência judiciária*), mas também ao direito de encontrar orientação extrajudicial e encaminhamento jurídico-informativo correto (*assistência não-judiciária*). Assim é que a *assistência jurídica* – expressão que encontra um sentido lato – distende-se em dois outros princípios, o da *assistência judiciária* e o da *assistência não-judiciária*¹⁷. É fato que, não obstante ser o direito de defesa garantia constitucional, já previa, porém, o insigne jurista poder ser este direito “(...) frustrado por falta de recursos necessários ao seu exercício” (FERREIRA FILHO, op. cit., 1992, p. 237). Aqui, portanto, o primeiro papel de assistência jurídica, exercido pela instituição da Defensoria em sua *atividade própria* de defesa dos interesses dos necessitados, sejam estes pessoas físicas ou jurídicas. Mas, não acaba aí o conjunto de atribuições constitucionais e legais da Defensoria, pois esta ainda encontra função social ao exercer *atividade imprópria*¹⁸. Ainda mais,

“(...) não está condicionada, necessariamente à miserabilidade do acusado, uma vez que a garantia constitucional da ampla defesa, no processo crime, assegura a sua intervenção, ainda que o

¹⁷ Como decorrência da ampla defesa, e a partir da norma de ordem pública constante do art. 261 CPP que consagra a defesa indisponível em matéria criminal e preceitua que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, há a necessidade de defesa no processo penal. Mister, portanto, a defesa, aqui entendida como defesa técnica, o *ius postulandi* deve ser exercido pelo órgão da Defensoria competente para atuar no caso concreto em previsão.

¹⁸ A distinção é feita por Moraes, 1995, p. 24, quando reflete sobre o tema, propondo a conceituação nos seguintes termos: “Podemos distinguir as funções da Instituição em típicas e atípicas. Típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa de direitos e interesses de hipossuficientes. E atípicas seriam aquelas outras exercidas pela Defensoria Pública, independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados da Instituição”.

¹⁶ Estas normas gerais são decorrência do art. 97 da Lei Complementar nº 80/94.

acusado tenha boa condição financeira, bastando para tal que seja revel ou, simplesmente, não se interesse em indicar advogado, seja no início da ação ou no decorrer da mesma em razão da renúncia do advogado inicialmente constituído" (MORAES. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 1995. p. 27).

No que diz respeito à revelia, deve-se atentar para o que dispõe a legislação recente que altera normas do CPP, o que impede a condução do processo ao seu fim quando o réu foi citado por edital, prejudicando-se, em parte, ou temporariamente, a plena e direta atuação do defensor.

A *atividade típica ou própria* da Defensoria desume-se do dever jurídico assumido pelo Estado, que "(...) prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art. 5º, inc. LXXIV), o que se encontra disciplinado no bojo da Lei nº 1.060/50, com redação dada pela Lei nº 7.510/86¹⁹. Essa insuficiência de recursos, o que se costuma chamar também de hipossuficiência, dos necessitados tem um sentido próprio e legal, pois considera-se necessitado

"(...) todo aquele cuja situação econômica não lhe permitir pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou da família" (Lei nº 1.060/50, art. 2º, parágrafo único)²⁰.

Seu campo de atuação é amplo, participando como órgão ativo na dirimição de conflitos e na preparação jurídica da comunidade para a qual destina os resultados de sua operosidade social, assim, desde a prestação de serviços de informação, instrução e orientação, até a participação na composição dos conflitos de interesses por meio de conciliação extrajudicial, ou mesmo pela participação no contraditório administrativo ou judicial, nas esferas cível e criminal. Mais ainda, enquanto atribuições institucionais, incumbe-lhe a tutela dos interesses coletivos e difusos, isto por força do art. 4º, incs. V e XI, da Lei Complementar nº 80/94, de acordo com o qual poderes de representação lhe são conferidos para a propositura da ação civil pública, em defesa dos interesses relativos aos direitos do consumidor, à proteção do meio

¹⁹ Nesse sentido, também, sobre acesso à justiça, vide art. 141 do ECA (Lei nº 8.069/90).

²⁰ Irrelevante para estes fins que tenha o pleiteante da assistência propriedade imóvel, pois a renda advinda desta pode ser insuficiente para o custeio do processo (RJTJESP n. 101, p. 276).

ambiente, etc²¹. Antes de conflituosa sua posição com aquela do Ministério Público – referida na parte nº 3 deste trabalho –, nesta atividade, e antes mesmo de se vislumbrar aqui uma questão de conflito de poderes ou de atribuições, deve-se ater o intérprete e o operador à mensagem legislativa que se descola do ordenamento jurídico como um todo, qual seja: oferecer uma ampla proteção aos interesses sociais de maior relevância, dotando-se vários organismos jurídicos ao mesmo tempo de titularidade e de legitimidade para postulação em todas as instâncias em prol destas garantias.

Porém, "[Enquanto] não são organizadas no âmbito estadual as Defensorias Públicas, o *munus* cabe às Procuradorias de Assistência Judiciária ou órgãos similares e, na falta destas, a qualquer advogado nomeado pelo juiz no caso concreto" (MIRABETE, *Processo penal*. 1995. p. 339). Nesse sentido, o diploma estadual da procuradoria Geral do estado dispõe a respeito das atribuições da Assistência Judiciária (Lei Complementar nº 478/86, art. 28):

"I. prestar assistência judiciária aos legalmente necessitados nas áreas civil e trabalhista; II. exercer as funções de curador especial, salvo quando a lei a atribuir especificamente a outrem; III. promover as medidas judiciais necessárias para a defesa do consumidor; IV. atuar junto ao Juizado de Pequenas Causas; V. prestar assistência a pessoas necessitadas, vítimas de crime, objetivando a reparação de danos e a solução de problemas jurídicos surgidos ou agravados com o delito; VI. prestar orientação aos legalmente necessitados no âmbito extrajudicial".

"No Estado de São Paulo, aguarda-se lei complementar implantando a Defensoria Pública como instituição autônoma (v. Cons.-SP, art. 103), uma vez que as funções de assistência judiciária pelo Estado vêm sendo exercidas pela Procuradoria-Geral do Estado (PAJ)" (CINTRA,

²¹ Narra Silvio Roberto Mello de Moraes (*Princípios institucionais da Defensoria Pública*, 1995. p.26) que, por haver expressa atribuição de competência ao MP para a propositura da ação civil pública, surgiu desentendimento entre este e a Defensoria, o que foi objeto de ação direta de constitucionalidade ao STF, tendo sido a questão dirimida a partir da consideração do relator Ministro Sepúlveda Pertence, que à instituição da Defensoria reconheceu a legitimidade para atuar na defesa dos interesses difusos e coletivos (RTJ, n. 146 p. 435).

GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., p. 218).

No lugar de se entender essa questão como uma crise de competência entre órgãos estatais, dever-se-iam vislumbrar as possibilidades de repartição das sempre insuficientes atividades de alcance da população menos favorecida, principalmente em termos jurídicos. Órgão complementar, e não instituição exclusiva de prestação de assistência jurídica, a Defensoria teria seu lugar ao lado das demais instituições que cuidam do assessoramento jurídico.

Aos membros da carreira são dadas as mesmas prerrogativas e garantias ofertadas aos membros das demais carreiras públicas, a saber:

“I. a independência funcional no desempenho de suas funções; II. a inamovibilidade; III. a irredutibilidade de vencimentos; IV. a estabilidade” (Lei Complementar nº 80/94, art. 43).

Sem se contarem estas como atividades taxativas, pois a lei poderá criar ou fixar outras, tem-se para os membros da Defensoria da União as seguintes atribuições:

“I. atender às partes e aos interessados; II. postular a concessão de gratuidade de justiça para os interessados; III. tentar a conciliação das partes, antes de promover a ação cabível; IV. acompanhar e comparecer aos atos processuais e impulsionar os processos; V. interpor recurso para qualquer grau de jurisdição e promover revisão criminal, quando cabível; VI. sustentar, oralmente, ou por memorial, os recursos interpostos e as razões apresentadas por intermédio

da Defensoria Pública da União; VII. defender os acusados em processo disciplinar” (Lei Complementar nº 80/94, art. 18).

Bibliografia

- CALDAS, Gilberto. *Nova Constituição brasileira anotada*. 3. ed. São Paulo : Edipraxis Jurídica, 1991.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed. 2. tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- COMPARATO, Fábio Konder. A função do advogado na administração da justiça. *RT*, n. 694, p. 43-49, ago. 1993.
- CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988 : contribuição crítica*. São Paulo : Forense Universitária, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. v.5.
- MACHADO, Agapito. O advogado e o relator nos tribunais. *RT*, n. 710, p. 224-225, dez. 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1955.
- MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da defensoria pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- SANCHES, Sidney. O advogado e o Poder Judiciário. *RT*, n. 648, p. 240-249.

A essência do profissionalismo no Serviço Público

GERALD E. CAIDEN E DAISY DE ASPER Y VALDÉS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. profissionalismo no Serviço Público. 3. Os valores do profissionalismo no Serviço Público. 3.1. Provendo benefício(s) público(s). 3.2. Tornando efetiva a norma legal. 3.3. Assegurando responsabilidade e prestação de contas. 3.4. Estabelecendo um exemplo. 3.5. Estimulando o desempenho profissional. 3.6. Promovendo a democracia. 4. O todo é maior que a soma das partes.

1. Introdução

Ao alvorecer de um novo século e de um outro milênio, a humanidade se confronta com desafios impostos, escolhas determinadas e resultados almejados que exigem lideranças imbuídas de princípios e criatividade institucional. Uma troca de armamentos termonucleares, químicos ou biológicos pode, em instantes, transformar-se em catástrofe regional ou até global, a menos que a comunidade internacional previna sua disseminação futura, reduza a produção e o estoque existentes, e controle firmemente sua instalação. A dependência contínua de combustíveis fósseis para gerar energia, a perpetuação do desenvolvimento econômico insustentável e a acumulação de detritos indestruíveis ameaçam o equilíbrio ecológico do planeta. Já resultam em destruição irreversível dos recursos naturais, e a situação somente tende a piorar, a menos que os países redirecionem prioridades e tomem medidas sérias e adequadas para proteger o ambiente. A distribuição desigual de riqueza, combinada com pressões sociais diferenciadas, alargam o abismo entre ricos e pobres e alimentam ressentimentos, ódios e frustrações possíveis de explodir em violência, a menos que condições mais equânimes sejam providas, com atenção

Gerald E. Caiden, PhD, é Professor Titular da Escola de Administração Pública da Universidade do Sul da Califórnia, EUA.

Daisy de Asper y Valdés, PhD, é Assessora do Senado Federal e Procuradora da República aposentada.

especial aos mais necessitados, aos menos privilegiados e carentes. Empreendimentos e iniciativas originados da intuição dos povos são importantes, mas, se não forem coordenados e canalizados de maneira positiva, podem ser autodestrutivos; e trazer benefícios a poucos, em detrimento de muitos.

Provavelmente jamais a civilização necessitou tanto de uma liderança pública de alta qualidade e governo efetivo. A humanidade tem de se dar conta de que deve haver mudança de rumo, modificação de estilos de vida e cooperação para repensar o futuro, se desejarmos que o amanhã seja significativamente diferente do dia de hoje. Visão limitada é luxo do passado. Agora, uma visão compartilhada, ampla, do futuro é necessária se a espécie quiser melhorar a condição humana. A história tem demonstrado o que funciona e o que não funciona, o que resulta melhor, ou não resulta absolutamente. Ideologias e crenças ultrapassadas têm de ser revistas. Nenhuma instituição ou conjunto de instituições se ajusta a todos; como as pessoas são diferentes, também seus arranjos sociais necessitam ser diferentes para acomodar diversas habilidades, valores e objetivos. Acima de tudo, um futuro diverso requer novo pensamento, novas concepções, novas capacidades e novas medidas de desempenho.

Enquanto isso, temos de reconhecer que cada instituição social tem vantagens e desvantagens diferenciadas. As famílias podem fazer muito para ajudar os seus membros, mas não podem fazer tudo. As leis podem dispor amplamente, mas não podem regular a moralidade ou se tornarem eficazes por si sós. O mercado pode prover grandes oportunidades e criar novas riquezas, mas não pode adequadamente compensar, pelos custos sociais, as injustiças, a discriminação e os males aí envolvidos. Da mesma forma, o estado, ou o governo ou o setor público podem fazer bens e serviços públicos disponíveis, mas não podem cobrir facilmente os custos ou fornecê-los aos beneficiários em larga escala, sem incorrer em desagradáveis patologias burocráticas. Serviços voluntários podem preencher alguns vazios. Cada instituição tem seu lugar, cada uma tem seus benefícios, cada uma tem seus custos e cada uma delas tem seus requisitos especiais. Pouco se pode fazer para prevenir superposição ou duplicação (sua redundância social), a competição de umas contra as outras, sem vantagens especiais a qualquer delas, seu ciclo de atração ou apelo,

refletindo mudanças de atitudes, idéias, valores e percepções, e seu desempenho diferenciado¹.

Algumas vezes, em condições de desordem, fluxo e transição, a visão mais ampla é distorcida por interesses setoriais. No rumor de vozes competitivas, alguns demagogos elevam mais alto seus clamores. Outros, de maior relevância, não são ouvidos, por modéstia, culpas passadas, desatenção ou complacência ou incapacidade de convencer, injustamente esquecidos. O público, confuso, é enganado por falsa oratória, emoção temporária, ou mesmo tendências masoquistas, para favorecer um conjunto de instituições em lugar de outras. Restaurar o equilíbrio não é tarefa fácil. Hoje, a comunidade internacional, revendo relatórios recentes, deu-se conta de que, em reação à aparente inabilidade do governo de responder a crescentes expectativas, as soluções de mercado desgastaram-se e ressentimentos contra o governo minaram sua credibilidade e sua habilidade de prover necessários bens e serviços, particularmente bens e serviços públicos globais. Com meios adequados, direção capaz e mecanismos de autocorreção, o governo pode revigorar-se, quando estiver aquém do desempenho aceitável.

No passado, o governo, ou melhor, o Estado administrativo desempenhou-se bem na maior parte das tarefas a ele confiadas. De fato, saiu-se tão bem que muito lhe foi cometido, demasiadas as expectativas, e muito crédito a ele atribuído. Entretanto, parece que se enveredou por território indevido. Arcou com tarefas e objetivos bem além de suas possibilidades. Dominou ou substituiu outras instituições melhor qualificadas. Uma vez assentado, tornou-se fora de controle, sem as adequadas proteções contra abusos. Os que guiaram seu destino tornaram-se demasiado complacentes, não se ajustando com facilidade às condições de mudança ou antecipando um diferente futuro. Falharam em perceber os rivais em potencial melhor se equipando, explorando suas vantagens específicas

¹ Entre outros mandamentos, enuncia o art. 3º da Constituição Federal de 1988 *princípios fundamentais* da República Federativa do Brasil, que caracterizam o “ethos” (do grego éthos – costume, moral) da sociedade brasileira: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

e as desvantagens próprias do governo, reajustando-se mais rapidamente a novas circunstâncias, e entendendo melhor as mudanças nas atitudes e tendências públicas. Falharam também em desenvolver o estado da arte em políticas públicas e gerenciamento, dependendo das fórmulas desgastadas, posicionando-se por velhas predileções, e inadequadamente reinvestindo em pesquisa, criatividade, experimentação e auto-avaliação. Freqüentemente, críticos que tentaram apontar tais falhas foram ignorados ou intimidados.

Por fim, os protetores do *status quo* tiveram de recuar de pressões crescentes para reduzir o tamanho dos encargos governamentais, diminuir as infladas burocracias públicas, promover desregulamentações, diminuir gastos públicos e impostos, e trocar ou iniciar o processo de mudança de agências governamentais por outras instituições sociais. A comunidade internacional acrescentou seu peso no acompanhamento das tendências globais no sentido de maior democratização, desburocratização, desregulamentação e privatização.

Mas, então, descobriu-se que o pêndulo inclinou-se para muito além, ou muito rápido, ou inadequadamente. O governo, enfraquecido, teve sua capacidade reduzida mesmo em áreas de sua prerrogativa, e os valores que representa, desgastados e ignorados. A grande expectativa de aperfeiçoamento da condição humana não se materializou. Ao contrário, deteriorou-se globalizadamente, com significante aumento do desemprego ou subemprego no mundo, decréscimo das condições de emprego e de trabalho, e acentuação das diferenças entre os providos e os desprovidos. Além disso, o encolhimento do governo, do estado administrativo e do setor público reduziu a capacidade mundial de oferta de bens e serviços públicos e danificou severamente a imagem, a moral e o desempenho do profissionalismo no setor público.

Na metade dos anos 90, aqueles mais próximos a essa informação conscientizaram-se de que o balanço do pêndulo teria de ser revertido, mas não para a posição onde estava antes. Um futuro novo teria de ser aprendido e um novo curso de ação adotado, aquele em que um papel mais apropriado para o governo, o Estado e o setor público seria projetado para adequar-se ao século XXI. Uma vez formulado, seria implementado por uma revivescência, restauração e revigoramento do profissionalismo no serviço público, a mola mestra por trás de

uma administração pública competente, capaz e acreditada.

Uma tentativa dessa reformulação ou redefinição está contida no *World Development Report, 1997*, que se baseou na crença fundada na experiência de que o desenvolvimento mundial requer Estados efetivos, que possam desempenhar um papel catalítico, encorajador e complementar de atividades de outras instituições sociais. O bom governo não é uma luxúria, mas uma necessidade vital sem a qual não há desenvolvimento, econômico ou social. Como poderia o Estado, então, tornar-se confiável e efetivo para o desenvolvimento? Primeiro, o papel do Estado deveria ser combinado com sua capacidade de estabelecer um fundamento legal, de manter um ambiente político não distorcido, de investir em serviços sociais e infra-estruturas básicos para proteção do meio ambiente. Para adquirir desenvolvimento estável e sustentável, o Estado teria de dar maior prioridade aos fundamentos sociais e institucionais. Só então as políticas públicas poderiam assegurar o crescimento e redução da pobreza e da desigualdade. Segundo, deve desenvolver sua capacidade pelo robustecimento das instituições públicas na elaboração de restrições efetivas a ações arbitrárias, no combate à corrupção, na promoção de incentivos aos servidores públicos para melhor desempenho, e tornar o Estado mais afeito às necessidades do povo, aberto à participação pública, descentralizando poder e recursos, e fortalecendo o profissionalismo no serviço público.

2. Profissionalismo no Serviço Público²

Desde que institucionalizado, nos primórdios da civilização, o governo reconheceu a necessidade de servidores públicos de carreira, para movimentar sua máquina e assegurar a implementação e realização das políticas

² O Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que “aprova o Código de Ética profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal”, estabelece as regras deontológicas que regem os principais deveres do Servidor Público, as vedações a que estão sujeitos, e estabelece a necessidade de criação de Comissão de Ética, em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, indireta, autárquica e fundacional, ou em qualquer órgão ou entidade que exerça atribuições delegadas pelo poder público.

públicas. Isso contrastava com o emprego de amadores, e assemelhados, que se revelaram inadequados, não-qualificados, incompetentes, não-confiáveis ou até mesmo corruptos. Characterizou-se o erro ao acreditar que o trabalho governamental fosse tão simples que qualquer um pudesse desempenhá-lo. Realmente, era bastante complexo e requeria considerável aptidão e experiência para bem executá-lo, como muitos constataram no decorrer dos anos. Equivocaram-se ao imaginar que lealdade cega, ou laços de sangue, ou amizade, ou identificação ideológica somente fossem suficientes para prevenir desídia, fraude, descaso, furto ou outros atos criminosos. Errou-se ao supor que amadores agiriam no melhor interesse dos governantes ou dos governados, em vez de velar por seus próprios interesses irresponsáveis e perigosos. Com freqüência, incompetentes desertaram de seus postos, enganaram os militares, venderam-se a estrangeiros, apropriaram-se de fundos, premeditaram traições, provocaram guerra ou desobediência civil, em resumo, destruíram os negócios públicos. Entretanto, a despeito da estarrecedora evidência histórica, os governantes ainda ignoraram a profissionalização e têm apenas a si mesmos para culpar quando ocorre o desastre. Um vívido exemplo recente é o que aconteceu na Albânia quando a lei e a ordem virtualmente entraram em colapso. O governo enredou-se em monstruosos esquemas, que tornaram o regime em plutocracia dirigida pela elite do crime organizado, por falta de uma infra-estrutura profissional de serviço público.

Por séculos, senão milhares de anos, tem-se reconhecido o serviço público adequado como elo crucial entre governantes e governados. Transmitiam-se informações dos líderes aos liderados, enquanto retornavam suas reações ou respostas. Para os governantes, tratava-se de importante instrumento ou mecanismo por meio do qual exercitavam seu poder e impunham obediência. Para os governados, representava a majestade e a autoridade do governo, e fornecimento de uma variedade de bens e serviços públicos não obtidos de outra qualquer fonte. Como intermediários, esperava-se que os profissionais do serviço público dedicassem sua integral lealdade aos líderes e se devotassem completamente na conduta da coisa pública, dando assistência segundo a melhor de suas capacidades e recebendo, em recompensa, privilegiada posição social e assegurada manutenção remunerada.

Como outras profissões embrionárias, esperava-se dos servidores públicos de carreira que³:

- a) aprendessem seu ofício (no caso, a arte da administração pública) cuidadosamente;
- b) tornassem-se proficientes na especialidade escolhida (como conduzindo a diplomacia, preparando e organizando o corpo militar, supervisionando a construção e manutenção de obras e construções públicas, obtendo empréstimos e arrecadando impostos, mantendo arquivos e fiscalizando contas, emitindo e aplicando regulamentos, administrando justiça e fiscalizando prisioneiros, assim como fornecendo benefícios aos necessitados);
- c) estabelecendo um modelo pessoal de conduta e comportamento exemplares;
- d) mantendo o mais alto grau de conhecimento e habilidade;
- e) evitando situações de conflito, colocando a preocupação altruística pelo interesse público acima do próprio interesse pessoal;
- f) disciplinando os malfeiteiros, ou qualquer faltoso, que pudessem denegrir a profissão;
- g) expondo a desídia e as práticas condenáveis; e
- h) avançando o estado-da-arte por meio de pesquisa, experimentação, criatividade e inovação.

Com a evolução da democracia, foram obrigados a permanecer à distância, de modo a não embaraçar publicamente seus superiores. Porém, de forma mais relevante, a tornarem-se defensores do interesse público, guardiões da propriedade e do dinheiro público, supervisores da conduta adequada do negócio público, protetores das regras legais, patronos das minorias (incluindo os carentes, sem privilégios, indefesos e gerações futuras) e agentes da mudança social (planejadores, formuladores de políticas, educadores, socializadores, interventores, ativistas comunitários e propagandistas). De fato, suas origens como administradores públicos ou gestores de organizações

³ A Lei nº 8.112, de 11/12/90, “que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais,” com as alterações advindas com a Lei nº 9.527, de 10.12.97, estabelece o regime disciplinar dos servidores, enuncia deveres (art. 116); proibições (art. 117); responsabilidades (arts. 121 a 126) e penalidades a que estão sujeitos os servidores, na esfera administrativa (art. 127 a 142).

públcas têm sido constantemente obscurecidas pelo fato de assumirem responsabilidades maiores do que meramente observar o funcionamento adequado da máquina governamental⁴.

O profissionalismo no serviço público não é apenas mais uma tarefa ou ocupação. Representa uma vocação desafiadora envolvendo o cometimento de servir ao público, promovendo seu interesse e evitando tentações de colocar-se antes de seus deveres públicos, obrigações e responsabilidades. Isso compreende que as ações, ou os comportamentos do profissional, estejam sempre abertas ao escrutínio público, e sujeitas à avaliação pública até mesmo quanto a omissões em agir. Essa obrigação implícita de assistir ao próximo, de ajudar a outros em desgraça ou perigo, é lei em alguns países, mas se aplica especialmente a todos os profissionais do serviço público, freqüentemente expostos a riscos. Não há limites temporais; o apelo é constante, até mesmo no período de férias. Ou seja, o público é chefe exigente e não especialmente empregador-compensador. Servidores públicos profissionais próximos ao topo burocrático não podem beneficiar-se das benesses que organizações privadas podem fornecer porque vantagens especiais ou mesmo salários competitivos são considerados desnecessários ou despesas públicas, extravagantes. As recompensas devem derivar do trabalho mesmo, da satisfação em servir ao público e à comunidade, de fornecer imprescindíveis bens e serviços públicos sem os quais o povo iria sofrer gravemente; de estar perto do centro de poder governamental e apto a exercer pressão interna nos que têm poder de decisão; na possibilidade de influenciar, melhor que outros, na construção social, do meio ambiente e do futuro; e de receber o respeito e a admiração do público por um trabalho bem-feito.

As tentações de romper os limites, envolver-se em políticas secretas, favorecer amigos e punir inimigos, colocar o interesse próprio acima do interesse público, furtar a propriedade pública, saquear recursos públicos, perverter o poder público, abusar do cargo público ou acomodar-se – particularmente quando os próprios

governantes exibem um exemplo precário – são consideráveis. Da mesma forma que outros profissionais têm suas dificuldades ao disciplinar seus membros ou ao evitar escândalos, assim também ocorre com as profissões públicas, não obstante as salvaguardas institucionais. Ainda assim, todos os profissionais, privados ou públicos, parecem compartilhar a mesma relutância em revelar abusos ao público, desfigurando a profissão. Comunhão nas ações profissionais alastrá-se à comunhão nas más ações. Além de omitirem-se quanto às falhas profissionais, os membros relutam a disciplinar seus pares, ainda que restringindo-se ao seu ambiente. Assemelham-se a uma irmandade de conspiração tácita, ao exercitar o espírito corporativo e virar a mesa nos acusadores para que os acusados sejam tratados generosamente.

À acusação de superproteção acresce a alegação de superposição de interesses próprios acima do interesse público, isto é, colocando o interesse da burocracia pública antes do interesse dos clientes, ou do público, ou do bom governo, ou do melhor gerenciamento. Os servidores desenvolvem uma couraça de defesa e, com o tempo, tendem a ignorar críticas válidas. Uma alegação comum é a de que se acomodam em sua própria conveniência: servem-se primeiro, fraudam estimativas, inflam pressupostos, acautelam-se contra erros de cálculo, empregam além do necessário para o trabalho a ser feito. Outra reclamação comum é a de que gozam de muita segurança e não são incentivados a aprimorar seu desempenho. Não são empreendedores o bastante. Prendem-se a rotinas confortáveis ao invés de inovar; não se arriscam e perdem muitas oportunidades de aprimoramento. Somando, são muito complacentes quanto a si mesmos, muito felizes no seu isolamento do “mundo real” (de negócios, competição, insegurança, escassez), e bem protegidos. Como outros profissionais, alegam que não devem exercitar iniciativas que não são propriamente de seu encargo; que devem partir de normas públicas bem estabelecidas que garantam um padrão mínimo de desempenho aceitável, regularidade, igualdade de tratamento, certeza, segurança e credibilidade. Porém, há evidência que sugere o deslocamento de objetivos; prioridades burocráticas que eventualmente se tornam mais relevantes do que a busca do bem público. Por essa razão, só, justifica-se a implementação de controles externos e de medidas independentes de desempenho.

⁴ Celso Antonio Bandeira de Mello discorre quanto às manifestações da função administrativa, que se submetem aos pressupostos de legitimidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37 da Constituição Federal), além de outros (Legalidade, discricionariedade, seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, n. 86, p. 42-59, abr./jun. 1988).

3. Os valores do profissionalismo no Serviço Público⁵

Hoje existem tantas demandas conflitantes sobre os profissionais do serviço público que eles têm de estabelecer prioridades e escolher entre vários conjuntos de valores concorrentes. Que conjunto específico será preferível depende da socialização cultural, regime político, condições sociais, injunções econômicas, arranjos institucionais, pressão dos pares, cultura organizacional, nível de burocratização, e mesmo da consciência individual. Assim, o conjunto adotado varia de país para país, regime para regime, governo para governo, organização para organização, segundo as condições prevalecentes num momento particular e a natureza das atividades organizacionais, grupos de apoio, interesses particulares e clientela, e não somente de regras internas, normas de grupos e preferências individuais.

3.1. Provendo benefício(s) público(s)

Nenhuma organização pública profissional labuta para satisfazer seu próprio interesse. É necessário que exerçite o mais amplo e completo propósito social, comunitário ou global. Isso deve, em teoria, eliminar a autoperpetuação e crescimento burocrático. Ademais, uma organização pública tem como objetivo não causar danos e promover valores humanos universais.

SATISFAZENDO UMA NECESSIDADE SOCIAL

As atividades perseguidas devem fundar-se numa necessidade pública percebida. Devem adicionar valores à sociedade; promover certos padrões objetivos de bem-estar e segurança sociais. O público deve julgar os custos e esforços envolvidos necessários e suscetíveis de comprovação, como, por exemplo, ao salvar e preservar vidas, aliviar sofrimento, fome e doenças.

⁵ COOPER, Terry L., LUYI, Terry T. Bureaucracy, democracy and administrative ethics : a study of public service values in Hong Kong. *International Review of Administrative Sciences*, v. 62, p. 177-196, 1996. chamam a atenção para os novos desafios ao redefinir a ética na Administração Pública, antes determinada pela aderência dos servidores públicos aos valores simplificados da *neutralidade* e da *hierarquia*, quando a visão contemporânea é a de que o sentimento de reflexão individual e de responsabilidade moral deve ser incentivado se se deseja atingir uma administração responsável e democrática.

FAZENDO O BEM OU PROMOVENDO O INTERESSE PÚBLICO

Todas as atividades governamentais dão discricionariedade aos administradores públicos para usar de autoridade e recursos a eles confiados para maior eficácia, o que sugere o uso de sua competência para elaborar seus programas questionando sua direção futura, objetivos, propósitos, políticas, resultados, consequências e imagens para descobrir como podem ser desenvolvidos na promoção do interesse público. A idéia do interesse público, estimulando a condição humana, inclui expressões de fazer o bem (i) para companheiros da raça humana, de fato por toda a humanidade; (ii) não apenas para a geração presente, mas para a futura também; (iii) não apenas para os seres humanos, mas a outros seres vivos também; (iv) não somente a outros seres vivos, mas a todo o meio ambiente planetário; e, provavelmente, um dia, (v) para as galáxias e o universo, quando os seres humanos viajarem para fora do planeta.

PROMOVENDO VALORES HUMANOS UNIVERSAIS

A Constituição americana dispõe, especificamente, que servidores públicos “estabeleçam justiça, assegurem tranqüilidade doméstica, proporcionem a defesa comum, promovam a assistência social em geral e assegurem as bônus da liberdade para nós mesmos e nossa posteridade”. Entretanto, esses são objetivos governamentais valorizados universalmente e inseridos em todos os governos representativos e responsáveis. A Constituição dos Estados Unidos inclui também uma Declaração de Direitos Humanos que, desde então, tornou-se modelo mundial. Este estatuto dos direitos humanos fundamentais consagrou-se na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), que recomenda que todos os membros a tornem efetiva, juntamente com outras declarações das Nações Unidas para o benefício da raça humana, tais como declarações contra genocídios, penas capitais, substâncias perigosas, crime organizado e a que consagra os direitos do embrião.

PROMOVENDO A QUALIDADE DE VIDA

Como benefícios públicos incluem ganhos qualitativos que não são quantitativamente mensuráveis, assim a teoria e a prática da economia não são suficientes para avaliá-los. Atuar

na vida das pessoas no sentido de aprimorá-la é um propósito valioso por si mesmo, como é fazê-las mais felizes, mais capazes de ajudarem-se, mais seguras e protegidas, mais confortáveis, e mais preparadas para lidar com a labuta diária. Nenhum preço acurado pode ser posto na prevenção da guerra, do crime ou da violência, evitando epidemias, assegurando paz mental, desenvolvendo melhores cidadãos, preservando belezas naturais, salvaguardando ar e água puros, e coisas assemelhadas, em si mesmas valorizadas.

EVITANDO CAUSAR DANO

Deve-se procurar não causar dano, ou, pelo menos, o menor dano, se não se puder evitá-lo completamente. Profissionais do serviço público não agem com malícia ou por insulto. Eles não matam pelo prazer de matar. Não torturam ou infligem punições descabidas, não causam dor ou desconforto desnecessário. Eles não arrecadam ou cobram impostos só porque têm o poder de fazê-lo. Eles não exploram sua posição para ferir os demais.

CUMPRINDO DEVERES CÍVICOS

Profissionais do serviço público entendem que algum dano pode advir-lhes, porque uma das obrigações de sua função é a prontidão para sacrificarem-se. É impositivo que coloquem o benefício público acima do seu próprio conforto, conveniência ou até mesmo da própria vida. Recomenda-se isso diariamente aos membros dos serviços militares, policiais, corpo de bombeiros e assistência médica de emergência. Mas espera-se que todo servidor público profissional tome a liderança ao executar seus deveres cívicos e que se apresente como voluntário quando instado para ajuda aos necessitados.

SENDO ACESSÍVEL E ADMITINDO ACESSO

Não é suficiente que servidores públicos profissionais prometam fornecer bens e serviços essenciais; na realidade, têm de provê-los, não meramente se envolverem nos procedimentos de fornecimento. O público tem de efetivamente receber esses serviços e bens públicos, e não apenas alguns poucos selecionados, mas todos quantos os requererem. Esses bens e serviços devem ser fisicamente e financeiramente acessíveis imediatamente aos que deles necessitem. Seu acesso deve ser conveniente aos que dele se utilizem, e não dificultado deliberadamente, ou tornado secreto, para desencorajar ou reduzir a demanda. E, certamente, os bens e serviços públicos providos devem ser os melhores disponíveis nas circunstâncias.

3.2. Tornando efetiva a norma legal⁶

A lei não tem significado a menos que seja aplicada. Leis sem sentido ridicularizam o governo. A incerteza e o descrédito abalam a credibilidade do governo e a arbitrariedade convida à exploração, abuso, discriminação e corrupção. Se a situação fugir completamente do controle, o caos dará lugar à anarquia ou à dura imposição da ordem sob normas tirânicas. O povo gosta de saber o que esperar mesmo quando não concorda com a lei; prefere a lei ao poder discricionário de seres humanos fálfveis. Sabe que os piores excessos do governo foram cometidos por governantes que se consideravam acima e além da lei. A norma legal fornece alguma proteção contra abuso do poder ou da posição e é o primeiro princípio do governo democrático.

SEGUINDO O CONSTITUCIONALISMO

As constituições colocam limitações expressas quanto à jurisdição e ao poder dos governos, e constroem salvaguardas institucionais contra os piores excessos. As constituições sobrepõem-se a outras leis que devem conformar-se aos seus dispositivos, excepcionando-se somente as leis marciais. As constituições determinam quem de fato exerce autoridade legítima, onde se situa o poder legítimo, que processos e procedimentos válidos devem ser seguidos, e como as disputas quanto à interpretação de suas normas são resolvidas. Sejam ou não os servidores públicos obrigados a jurar lealdade à Constituição, espera-se, ao menos, que observem seus preceitos, que detalham o que lhes é ou não permitidos fazer.

RESPEITANDO A SUBORDINAÇÃO POLÍTICA

Servidores públicos profissionais subordinam-se aos agentes políticos-legisladores,

⁶ MELLO, op. cit., p. 57, observa que todo e qualquer ato administrativo é expressão do exercício de uma competência que se preordena ao atendimento de um *escopo legal*. Logo, a validade do ato depende de seu ajustamento a tal escopo, pois é ele que explica e justifica a competência e, por conseguinte, o próprio ato.

oficiais eleitos, juízes e executivos. Servem segundo sua vontade, sendo, pois, politicamente dirigidos. Embora tentem convencer seus superiores de suas idéias, não podem ultrapassar sua posição de subordinados, saindo da arena da administração pública para a política, onde serão avaliados politicamente. De outra forma, existem limites estritos às suas iniciativas políticas e, essas, quando exercitadas, devem ser atribuídas aos seus superiores políticos, colocando-se nos bastidores, a menos que se lhes admitida uma posição de frente. Ademais, podem ser limitados por normas que cerceiam sua participação em atividades políticas, significando que devem manter seus pontos-de-vista pessoais desconhecidos, fora de seu âmbito funcional.

ACEITANDO RESTRIÇÕES GOVERNAMENTAIS

Para assegurar que especialistas se mantêm nos seus níveis, sem almejar o poder nos altos escalões, os três ramos do poder governamental (executivo, legislativo e judiciário) impõem restrições aos subordinados e emitem ordens quanto ao que lhes é ou não permitido fazer, e têm seus próprios meios de efetivá-las separada e independentemente. Semelhantemente, diferentes níveis de governo restringem a liberdade de ação uns dos outros, como as burocracias institucionalizadas do mesmo nível de governo que se protegem quando ameaçadas por possíveis intromissões.

OBSERVANDO O DECORO OFICIAL

Espera-se que os servidores públicos profissionais lealmente apóiem o *status quo* institucionalizado. Além de jurar lealdade, podem ser obrigados a demonstrar diariamente seu suporte, usando uniformes especiais ou ostentando símbolos que representam o governo. No caso de, por problemas de consciência, sentirem que não podem mais servir lealmente, espera-se que se demitem e deixem o serviço público, e não que o desgastem ou sabotem internamente. Ainda assim, seu desejo de permanecer pode ser restringido por proibições de exercerem funções em mais de uma jurisdição, em atividades políticas ou mesmo em demonstrações públicas de fidelidade.

OBEDECENDO ÀS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Os profissionais do serviço público não podem envolver seus governos em nenhum curso de ação sem prévia e expressa delegação

de autoridade, ou permissão posterior. Isso é particularmente verdadeiro no empenho de recursos e finanças públicos, que devem ser aprovados na mais alta hierarquia. Por outro lado, devem aplicar a lei sem reservas. Implementações descuidadas, desídia nas aplicações de recursos, negligência na efetivação da lei tornam o governo ineficiente (veja “Respeitando a subordinação política”). A discriminação injusta e a corrupção alastrada enfraquecem a autoridade e universalidade do poder decisório, que não mais pode ser considerado obrigatório.

PERSEGUINDO A JUSTIÇA E A IGUALDADE

Uma vez que se subordinam todos à mesma lei, devem ser tratados com igual respeito quando julgados. Todos, do maior ao menor, devem conhecer todas as informações relevantes, ser propiciados com proteção igual e submetidos a procedimentos justos e não-discriminatórios, com audiência adequada e permissão de recurso para uma autoridade separada e independente daquela originária-sujeito ao devido processo legal, aberto e transparente, que evite possíveis erros da justiça. Ou seja, semelhantes procedimentos judiciais devem prevalecer na administração pública para assegurar práticas administrativas justas, reconhecendo que a administração opera diferentemente do Legislativo e do Judiciário. É difícil justificar, em administração pública, o tratamento privilegiado a certos indivíduos, que não se estenda a todos os outros em igual circunstância.

3.3. Assegurando responsabilidade e prestação de contas⁷

O que claramente distingue o setor público do privado é que, neste último, os atores são

⁷ Iniciativa atual do Poder Executivo em termos de moralização da prestação de contas da Administração, a Medida Provisória nº 1.626-50, de 13/3/98, organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e Orçamento Federal e de Controle Interno. O art. 2º enuncia que o Sistema de Planejamento e Orçamento Federal tem por finalidade: I- formular o planejamento estratégico nacional; II- formular planos nacionais, setoriais e regionais de ordenação do território e desenvolvimento econômico e social; III- formular o Plano Plurianual, as Diretrizes Orçamentárias e o Orçamentos anuais; IV- gerenciar o processo de planejamento e orçamento federal; e V- promover a articulação, por intermédio do respectivo órgão central do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal,

responsáveis somente perante si mesmos, nos limites estabelecidos pela lei. Na área pública, os atores são responsáveis perante o público, tanto pelo que fazem quanto pelo que deveriam fazer, mas negligenciaram. Servidores públicos profissionais não podem apenas sentar-se e observar ociosamente o público sendo manifestamente prejudicado (veja “Fazendo o bem ou promovendo o interesse público” e “Evitando causar dano”), e a lei ignorada (veja 3.2. Tornando efetiva a norma legal). Obrigam-se a prestigiar o interesse público e aplicar a lei, independentemente das dificuldades encontradas ou do dano que lhes possa advir. Não agem por interesse pessoal, mas no interesse do público.

SENDO GUARDIÃES DE SEUS IRMÃOS

Lotados no núcleo do governo, os profissionais estão em posição de agirem como protetores do interesse público, guardiões de sua propriedade e assistentes do bem-estar público. Têm de agir como se estivessem lidando com seus próprios negócios e pudessem ser afetados pessoalmente por toda ação do governo. Assim como as crianças dependem de seus pais, também os membros da população dependem dos servidores públicos em muitos aspectos. Além de serem patronos dos necessitados, dos sem-privilégios, negligenciados e do pobre, tornam-se também patronos da arte e da ciência, da vida selvagem, da natureza, do desenvolvimento sustentado, das condições de mercado justas, da igualdade de oportunidades, e de um rol completo de amenidades culturais e de pesquisa. Enquanto podemos ser responsáveis uns pelos outros, os profissionais do serviço público estão se tornando cada vez mais responsáveis por todos e tudo que necessite de assistência.

SENDO ABERTO E TRANSPARENTE

Como o segredo tende a esconder o erro, tudo no governo que possa ser revelado deve ser conhecido do público. A abertura garante que o erro será eventualmente exposto, mesmo que em estágio mais avançado não possa ser revertido, corrigido ou compensado. A transparência é um fator de controle e permite ao observador exame minucioso da atividade governamental. A metáfora que ilustra essa

com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando a compatibilização de normas entre os diversos Sistemas, nos planos federal, estadual e municipal.

característica é a do servidor como um peixe no aquário, observado por todos os lados.

SENDO INFORMADOS

No governo, não é lícito alegar ignorância da lei. Obrigam-se os profissionais a informarem-se de forma completa quanto às intenções do governo, ou outro qualquer dado relevante necessário para tomar decisões ou ações administrativas que afetem seu trabalho. O domínio do conhecimento é um indicador valioso de profissionalismo, e os que o são mantêm-se atualizados.

MANTENDO ARQUIVOS

A grande virtude da burocracia é que ela raramente esquece. Pode-se nela confiar para reproduzir fatos quando necessário, como ocorre quando as pessoas perdem documentos pessoais emitidos pelo governo e que são parte do registro público permanente. Assim, os servidores públicos profissionais não apenas obtêm informação, mas também a fornecem, para informar, explicar, educar, guiar e relatar. Relatórios oficiais são instrumentos relevantes para manter o público informado sobre a administração pública e justificar o expediente administrativo.

SENDO HONESTOS

Se o governo não diz a verdade, se o público é deliberadamente mal-informado e enganado, ou se decepciona, então não há razão por que o público não deva retribuir na mesma moeda, mentindo, falseando ou fraudando. Sem confiança mútua e honestidade, só pode haver corrupção mútua e governo ineficaz. É imperativo aos profissionais que atentem para que o governo não exceda os limites da correção e honestidade. O público tem sempre uma alternativa aos ditames governamentais; pode também retirar sua cooperação e desafiar abertamente uma burocracia já não mais digna de confiança ou respeito.

OFERECENDO PRONTA RESPOSTA

Além de seguir as leis e instruções de origem política, os servidores profissionais têm de considerar os clientes de seus bens e serviços e todos aqueles com quem devem tratar na conduta do negócio público. Os clientes têm opinião formada quanto ao que desejam, como devem ser tratados e o que consideram serviço satisfatório. Freqüentemente, são levados a

aceitar o que lhes é oferecido sem chance de manifestarem-se quanto a suas expectativas. Têm de atender às exigências burocráticas, se quiserem ser considerados. Se tratados de forma equivocada, não poderão reclamar, muito menos obter reparação. Ou seja, esses usuários podem não achar a administração pública amigável ou disposta a atendê-los. Os profissionais compreendem isso e fazem o melhor para superar possíveis maus resultados ou sentimentos.

a) Tentam fazer o contato com a administração pública simples e de fácil compreensão;

b) respeitam o direito do público a um tratamento cortês e equânime;

c) propiciam facilidade de acesso para solução de queixas e reclamações;

d) insistem em treinamento adequado para lidar com o público;

e) tentam saber o que o povo pensa de seu trabalho e esperam sugestões para melhorar o desempenho;

f) tratam com seriedade as relações públicas;

g) estimulam a participação genuína do público em todas as suas atividades, como forma de compartilhar tomadas de decisão, mudanças políticas e estruturas administrativas;

h) procuram ser tão flexíveis quanto o possível, dentro de linhas gerais, para acomodar necessidades individuais e aumentar a satisfação do público;

i) entendem que garantir melhor prestação de contas e atendimento às demandas do público é uma atividade profissional distinta, que exige atenção contínua.

ESTABELECENDO UM EXEMPLO⁸

Os funcionários profissionais são constantemente observados pelo público. Todas as suas ações são cuidadosamente vistas por alguém. Sua conduta estabelece um padrão e propicia um exemplo para o resto da sociedade. O que é aceito na área privada pode caracterizar um ultraje na área pública. O que o governo tolera rapidamente se torna prática para todos. Assim, se o governo quer mudar o comportamento das

⁸ DÓRIA, Roberto. Ética e profissionalização : a retomada da credibilidade da Administração Pública. *Revista do Serviço Público*, v. 118, n. 1, p.143-154, 1994, observa que atualmente a área de capacitação “não pode ser concebida isoladamente, mas no contexto das funções do Estado, da estrutura, desempenho e organização da administração pública e numa perspectiva mais ampla de articulação com a sociedade.”

pessoas, deve estabelecer um exemplo próprio, praticando o que prega e restringindo-se de fazer o que não quer que os outros façam (veja “Cumprindo deveres cívicos” e “Sendo honestos”). Por governo nos referimos não tanto aos detentores temporários ou transitórios da função pública, mas aos profissionais da carreira pública permanente que lhes dão suporte e em quem aqueles confiam por sua efetividade.

SENDO IDEALISTAS

Os profissionais do serviço público têm de ser dedicados ao ideal de servir altruisticamente ao povo, sendo um benfeitor, avançando o interesse público e aprimorando a condição humana, sem almejar o adequado reconhecimento, compensação ou recompensa. Ao contrário, sua posição é freqüentemente mal-entendida, mal-interpretada ou causa de ressentimento. Aqueles por quem se sacrificam podem ser os que menos os apreciam ou apóiam. Pior ainda, podem ser injuriados, difamados, vilipendiados ou sacrificados, mesmo quando consigam provar sua correção de agir. Ou seja, têm de acreditar plamente no que fazem, iluminados por uma chama interior de fazer o bem, seriamente cometidos à sua missão, genuinamente voltados, para o público, dedicados, conscientes e irrepreensíveis, para aceitar as atribulações, se visarem a um impacto duradouro na condição humana.

SENDO VIRTUOSOS

Altos padrões morais são sempre esperados dos líderes públicos e daqueles que conduzem o negócio público, pois as consequências de um mau exemplo podem ser graves. Para os profissionais do serviço público, fazer o bem também significa ser bom. Espera-se que demonstrem todas as virtudes da correção de caráter, sendo gentis, decentes, tolerantes, considerados, trabalhadores, éticos, modestos, respeitosos etc. E espera-se que evitem ser maus, agindo erroneamente e exibindo vícios.

SENDO CORRETOS

Uma das coisas que mais incomoda o público é que os profissionais do serviço público parecem sempre ter uma resposta para tudo, e se conduzem tão formalmente que é freqüentemente difícil surpreendê-los em faltas específicas. São restritos à lei; raramente ultrapassam seus limites. Respeitam o espírito e a letra da lei, e essa atitude correta os acompanha na vida privada.

SENDO HUMANO E HUMANITÁRIO

Os profissionais do serviço público representam a face humana do governo distante e da burocracia anônima. Compreensão e compaixão se traduzem em procurar ser humano e humanitário ao conduzir a coisa pública. Conhecendo a fragilidade humana, é imperativo reconhecer a possibilidade de falhas próprias e na profissão, e aceitar falibilidades dos outros. Embora os profissionais declarem conhecer melhor a prática do governo, sabem também que seus conhecimentos e especialidades não são perfeitos, assim necessitam temperar qualquer ar de superioridade com doses grandes de humildade. No governo, há muito que não pode ser corretamente diagnosticado, muitos resultados não-previstos e muitas relações de causa e efeito que não podem ser vinculadas. Ou seja, muito é ainda sujeito ao casuísma e às circunstâncias.

SENDO MERITÓRIO

Como outros profissionais, as profissões do serviço público são estabelecidas no sistema do mérito, isto é, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público entre os talentosos, e a progressão é também fundada entre os que se destacam. As mais altas posições são ocupadas pelos profissionais mais capazes, escolhidos por critérios que incluem competência, conhecimento, inovação e contribuição à profissão. Por sua natureza pública, essas profissões buscam ser modelares ao evitar critérios prejudiciais ou exclusivos que possam afetar o desempenho nos procedimentos de seleção, propiciando condições decentes de trabalho, adotando práticas equânimes de emprego e estimulando a autoformação.

MANTENDO-SE SAUDÁVEIS

Muitos cargos públicos requerem altos níveis de preparo físico e alerta mental; geralmente espera-se que seus membros se mantenham em boa forma enquanto na prática. Dedicam-se a promover bons hábitos, dieta correta, exercício regular e a evitar qualquer substância nociva à saúde. Esperam que a educação e o exemplo profissional encorajem outros a segui-los.

ESTIMULANDO O

DESEMPENHO PROFISSIONAL⁹

Dá-se muita flexibilidade às profissões no governo autônomo porque se exigem certos

padrões mínimos de desempenho, ao mesmo tempo em que se tenta estimular seus membros a adquirir cada vez mais altos padrões. Por causa de sua natureza política subordinada, as profissões da área pública podem ter menos autonomia e independência. Mas, por seu idealismo e espírito público, são incansáveis em promover o desempenho profissional. Enquanto eram outrora confinados a meramente desenvolver atividades de gestão doméstica, ampliaram, em tempo, esta visão para incluir a administração adequada da maquinaria governamental, aperfeiçoando as relações entre o governo e outras instituições sociais, melhorando a quantidade e qualidade de serviços e bens públicos, desenvolvendo a qualidade da liderança pública e decisão política, e, genericamente, estimulando a efetividade do governo no seu propósito de melhorar a condição humana. A tendência, nos anos recentes, tem sido afastar-se do estilo do burocrata reativo, supercauteloso, para o modelo do administrador ou gerente mais pró-ativo, inovador, mais voltado para os negócios, empreendedor, criativo, mais prático e aberto às mudanças.

QUESTIONANDO A UTILIDADE

Enquanto, no passado, era o governo a única instituição social capaz de desempenhar certas atividades, outras desenvolveram-se ao ponto de encontrarem-se em posição de participar dessas atividades ou assumi-las completamente. Os profissionais sabem agora que, se estas podem fazer um trabalho melhor, então o governo deve aceitá-las. Por outro lado, entendem que, se nenhuma outra instituição social pode prover os necessários bens e serviços, ou se deixa de fornecê-los satisfatoriamente, o governo deve intervir, assumindo completamente a responsabilidade, ou auxiliando outras instituições sociais a fazer um trabalho melhor. Assim, em tempos de turbulência, as profissões públicas podem encontrar-se compartilhando ou arquivando certas

mento e Desenvolvimento do Servidor Público – FUNDASE, Lei 8.627, de 19/2/93, regulamentado pelo Decreto nº 1.026 de 28/12/93. A recente reforma administrativa (PEC nº 41, de 1997) introduz o “contrato de gestão.” Isso, segundo o Ministro Bresser Pereira, para “fortalecer as carreiras de Estado, inspirado na Inglaterra, onde há a idéia das organizações sociais e das agências executivas, da descentralização e da autonomia de gestão para que os altos servidores públicos possam realmente fazer o seu trabalho e gerir as instituições, ao invés de meramente obedecer regras e normas, como é próprio da burocracia.” (2ª Reunião da CCJ em 15/1/98).

⁹ Há diretrizes fixadas pelo Programa Nacional de Treinamento do Servidor Público – PNTS, com recursos do Fundo de Formação, Qualificação, Treina-

atividades, enquanto somando outras, num fluxo constante de mudança.

EXPANDINDO A CAPACIDADE DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Freqüentemente, melhor desempenho resulta de aperfeiçoamentos na habilidade de formulação de políticas públicas que do desenvolvimento de habilidades gerenciais. As ciências políticas clamam agora reconhecimento e *status* profissional por direito próprio.

OBJETIVANDO CONTINUAMENTE REFORMAS JURÍDICAS,

REGULAMENTARES E ADMINISTRATIVAS

Os profissionais do governo lidam diariamente com tantas operações que raramente têm oportunidade de posicionar-se e refletir quanto ao seu labor. Uma perspectiva distanciada revela falhas e dificuldades remediadas que se tornam obscuras em seus detalhes. Os que empreendem reformas jurídicas, regulamentares ou administrativas, como os seus colegas nas ciências políticas, buscam agora reconhecimento e *status* profissional.

ADOTANDO MÉTODOS MAIS EMPREENDEDORES

Os profissionais reconhecem que, embora o governo não seja uma empresa, a administração pública pode-se beneficiar por adotar um posicionamento mais empresarial:

a) procurando ser mais consciente dos custos, não de modo mesquinho, mas econômico, não sendo extravagante ou desperdiçada, mas efetiva em manter os custos baixos;

b) procurando ser mais produtivas, obtendo mais, sem ser exploradora, cruel, ou punitiva, mas adotando técnicas organizacionais e de gestão comprovadamente eficientes;

c) procurando ser mais eficiente, aplicando racionalidade e método científico na conduta dos negócios públicos, desbastando acordos, cortando intermediários, eliminando pontos de engarrafamento e demora, reduzindo complexidades burocráticas, papelada, procedimentos desnecessários e diminuindo, em geral, o tempo para a realização de transações;

d) procurando estabelecer significantes níveis de desempenho, competência e responsabilidade, para atingir tais propósitos, e aplicando os resultados de estudos sistemáticos e pesquisa para se tornar mais efetiva;

e) procurando fortalecer o profissionalismo por meio de melhor treino e educação, maiores padrões de conduta e qualificação aprovada.

COMBATEndo AS PATOLOGIAS BUROCRÁTICAS

Todas as grandes organizações sofrem de deficiências e omissões que, se não tratadas, fogem do controle e eventualmente resultam em obstáculos severos ao aperfeiçoamento do desempenho. Os profissionais estão conscientes de que essas “patologias burocráticas” necessitam ser admitidas, diagnosticadas e tratadas prontamente com os melhores remédios existentes.

PROVANDO SEU VALOR

Os servidores públicos sabem quão valioso é seu trabalho e sua contribuição. Mas o verdadeiro valor dos bens públicos e serviços não é sempre auto-evidente e precisa ser justificado a cada geração, não por meio de tendenciosas relações públicas, mas por informação comprehensível e comprovável e por concretas medidas de desempenho. Porque os profissionais trabalham bem, o público tem alta expectativa, até que surjam erros e os resultados não se apresentem tão satisfatórios. Entretanto, não há substituto para um bom desempenho.

PROMOVENDO A DEMOCRACIA¹⁰

A comunidade internacional está assentada na democratização como chave para melhor desempenho. Mas a democratização envolve não apenas manuseio do sistema político, mas mudanças fundamentais nos papéis das instituições sociais, o alinhamento dos direitos dos indivíduos em face do Estado, a liberalização de arranjos sociais e econômicos, assim também como acordos políticos e a transformação da cultura organizacional da administração pública. Os profissionais do serviço público podem adotar um conjunto adicional de valores que,

¹⁰ Entre os vários diplomas legais que estimulam o controle judicial da moralidade administrativa pelo cidadão, a denominada Ação Popular (Lei 4.717/65) define o interesse público, analisa os elementos componentes do ato administrativo e fixa o conceito de desvio de finalidade, invalidando o ato assim viciado, por ilegal. Entre as medidas eficazes contra o abuso de poder, sobressai, sem dúvida, a garantia constitucional do Mandado de Segurança, “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.” (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXIX).

como os outros, podem criar conflitos e requerer acomodação de prioridades.

ALTERANDO A RELAÇÃO CHEFE-SUBORDINADO

Os profissionais assumem a posição de chefia e têm seu público como subordinados. Mas a democratização reverte essa relação, colocando o público como senhor enquanto os funcionários são os subordinados. Os papéis se trocam. Qualquer traço de passado de autoritarismo deve ser eliminado ou atenuado; então, os símbolos têm de ser mudados, as nomenclaturas revistas, títulos e lugares renomeados. Os súditos do Estado são agora os cidadãos com direitos garantidos e liberdades contempladas pelos profissionais do serviço público.

CONTEMPLANDO A LIBERDADE E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

Ao invés de restringir a liberdade e os direitos, os dedicados profissionais do serviço público na verdade buscam ampliar a abrangência da liberdade e proteger os direitos individuais contra qualquer indevida interferência do Estado.

DESCONCENTRANDO PODER¹¹

O Estado desapossa-se de qualquer característica totalitária, abandona a direção central de todos os aspectos da vida da pessoa e encoraja diversificação das instituições sociais. Ao invés dos profissionais públicos apegados a seus monopólios, eles fazem tudo a seu alcance para (a) promover a cultura cívica por meio de maior serviço voluntário e iniciativas privadas; (b) favorecer maior competição institucional fortalecendo o sistema de mercado e direitos de propriedade, e (c) conhecer todas as complexidades técnicas envolvidas desde regulamentação das utilidades públicas até títulos de propriedade, de leis antitruste até leis de proteção da propriedade intelectual, de apoio ao sistema bancário até a co-produção viável. Ou seja, os profissionais do serviço público promovem uma sociedade pluralista genuína.

DESCENTRALIZANDO O GOVERNO

Como o Estado não mais atenta fazer tudo, mas estimular o pluralismo, assim o governo não

centraliza todos os negócios públicos, mas descentraliza as atividades governamentais que melhor podem ser exercitadas regionalmente, localmente ou comunitariamente, e podem melhor combinar resultados com as preferências dos destinatários dos serviços. Os profissionais do serviço público possuem o conhecimento especializado de quais atividades governamentais podem melhor ser centralizadas ou descentralizadas, que barganhas (por exemplo, discriminação, desigualdade, instabilidade, eficiência econômica, redistribuição de recursos) estão envolvidas e quanto pode ser alocado a formas mais diretas de participação em administração pública, mais controlável prestação de contas, responsabilidades mais identificadas, com maior agilidade nas respostas prontas e sensíveis ao público.

PROTEGENDO CONTRA CORRUPÇÃO

A democracia não pode ser construída em fundações corroídas, e as variadas formas de corrupção ameaçam tanto as bases quanto a operacionalidade da administração pública democrática. Os profissionais não podem admitir o avanço da corrupção ignorando-a ou deixando de disciplinar os agentes faltosos. Se as profissões da área pública claramente demonstram que não toleram corrupção, existe pouca possibilidade que esta possa sobreviver, muito menos florescer, exceto por incidentes isolados, relativamente irrelevantes, cuja revelação deve servir apenas para estimular a vigilância. Governos democráticos e profissionais da área pública são obrigados a manter as mãos limpas e condenar os que não o fazem.

EXPERIMENTANDO COM PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

Os profissionais do serviço público têm refletido quanto a compartilhar o processo de tomada de decisões diretamente com o público. A administração pública democrática comprehende chamar o público mais do que colegas de profissão para a maquinaria do governo e os procedimentos administrativos, tais como o júri nos sistemas de justiça criminal, e como voluntários para bibliotecas e hospitais, não para aliviar os profissionais de carreira de seu trabalho de rotina, mas para dar ao governo uma face humana, possibilitar a expressão da opinião pública, educar os cidadãos, procurar sugestões externas, promover parcerias e fortalecer a formulação de políticas.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991. p.100 e segs.

Esses conjuntos de valores não são exclusivos das profissões do setor público; outras categorias, ocupações e instituições sociais também deles participam. Mas nenhuma outra instituição social os adota tão completamente, e é essa inclusão que diferencia essas profissões públicas e as distingue de outras. Esses valores parecem tão óbvios que poucas de suas associações profissionais sequer se ocupam em articulá-los tal como mencionados aqui. Óbvios ou não, eles são o liame que percorre o profissionalismo no serviço público, que liga as profissões do setor em unidade, que os profissionais da área aceitam como seu principal estímulo e que estão preparados para o sacrifício de fazer avançar a civilização e aprimorar a condição humana. Sem eles, a instituição do governo é suspeita, desacreditada, nociva, assustadora, capaz de fazer retroceder a humanidade em vez de promovê-la.

4. O todo é maior que a soma das partes

O número de especialistas na carreira do governo que agora reivindicam *status* profissional, ou, pelo menos, *status* para-profissional, tem crescido à medida que o governo adiciona mais atividades. Mas esta verdadeira fragmentação das profissões do serviço público tem causado prejuízo à administração do setor público e a sua contribuição à sociedade. Primeiro, à medida que cada profissão desponta, torna-se cada vez mais especializada, e cada especialização adota uma visão mais estreita enquanto tenta proteger e alargar seu conteúdo. A visão geral assemelha-se a um queijo *Gruyère* cheio de buracos ao invés de um todo consistente. Então, o governo e o serviço público profissional aparecem bem mais fracos e menos capazes do que realmente são. Também se enfraquecem coletivamente por rivalidade, falta de cooperação e isolacionismo.

Segundo, os muitos liames que unem os profissionais do serviço público na maquinaria do governo – nos valores e objetivos compartilhados e no seu verdadeiro profissionalismo – tendem a subestimar e negligenciar sua essência; isso exacerba suas características periféricas, que são partilhadas com outras instituições sociais a custo de outros aspectos mais importantes, cruciais ao bom governo e ao progresso da humanidade. Por exemplo, ao

dividir administração pública em políticas públicas e gerenciamento público, identifica estritamente a primeira com análise micro-econômica – que perde de vista a essência do profissionalismo na área pública –, enquanto a outra é nitidamente identificada com gestão de negócios, que tem bem diferentes objetivos e valores. A visão maior fica distorcida e fora de perspectiva, assim debilitando a essência da administração pública, do governo e do profissionalismo no serviço público.

Terceiro, os países são tão diferentes uns dos outros que, enquanto alguns podem ter exagerado sua administração pública, sucumbido ao alargamento burocrático e à arrogância oficial, outros nunca atingiram o estágio de profissionalismo do seu serviço público. Exigir serviços não-profissionalizados o cumprimento de tarefas além de suas capacidades somente os prejudica. Pior ainda, seus governos ficam à mercê de ladrões, permeados de corrupção e incapazes de preservar a lei e a ordem, proteger seus países de desafios externos, oferecer incentivos para poupar e investir, propiciar uma infra-estrutura adequada para bens e serviços básicos, garantir direitos humanos fundamentais, retomar o desenvolvimento sustentado, ou desempenhar outras atividades governamentais que permitam à metade da população mundial viver com alguma segurança e conforto. Ou seja, até que a profissionalização ocorra, muitos governos em redor do mundo não podem desempenhar bem ou prover condições que permitam o progresso da sociedade.

Quarto, a lacuna entre os possuidores e os desapossados se agrava não tanto pelo superdimensionamento dos governos, mas por falhas em nível internacional para lidar adequadamente com desafios e problemas comuns, globalizadamente. Isso se deve parcialmente a resistências da vontade política em aceitar a necessidade por bens e serviços públicos globais; e parte por deficiências no desempenho administrativo de administrações internacionais que não foram adequadamente profissionalizadas. Como o serviço público não-profissionalizado em nível nacional, estas organizações sofrem de amadorismo, incompetência e corrupção, que penalizam seu desempenho. Incapacitam-se para apreciar a essência do profissionalismo no serviço público e sofrem de todas as disfunções que disso resultam. Falham em estabelecer um bom exemplo de profissionalismo.

Ser profissional significa mais do que só empregar profissionais ou alardear os valores profissionais, sem exercitá-los. Requer um entendimento profundo de suas características e adesão estrita às normas públicas de comportamento modelar. Compreende propiciar uma atmosfera organizacional que o promova e permita que os profissionais desabrochem fazendo aquilo que sabem fazer

melhor. Isso demanda a promoção de padrões profissionais, o monitoramento do desempenho profissional e aderência a medidas de desempenho cada vez melhores. Acima de tudo, é necessário visualizar o todo, o progresso completo na direção de melhorar a condição humana e evitar piorar o que já é ruim pelo menos para metade da população do mundo.

A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

“No one can be more inclined than I am to appreciate the advantages of the federal system, which I hold to be one of the combinations most favourable to the prosperity and freedom of man. I envy the lots of those nations which have been able to adopt it”.

TOCQUEVILLE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A análise da origem histórica da Federação americana sob a visão nacionalista dos autores da obra The federalist papers. 2.1. Breve exposição das circunstâncias fáticas que precederam ao federalismo americano. 2.2. Os artigos federalistas: razões de seu surgimento e sua estrutura. 2.3. A necessidade de um governo forte que assegurasse a segurança da incipiente nação. 2.4. A necessidade de um poder central corretor das falhas do modelo existente na Confederação Americana. 2.5. A correlação histórica entre a forma de Estado Federado e um sistema de proteção de direitos humanos na visão de Hamilton. 3. Características centrífugas básicas da Federação americana dualista: a autonomia regional e a descentralização administrativa. 3.1. Visão geral das forças centrífugas que levaram à autonomia regional e a descentralização administrativa. 3.2. A evolução da descentralização federativa e a décima emenda. 3.3. A análise do modelo americano sob a visão de Tocqueville na obra “Democracia na América”. 3.4. O governo local – a independência do município como corolário da soberania do povo na visão de Tocqueville. 4. A autonomia regional e a descentralização administrativa como mecanismos clássicos de defesa dos direitos de liberdade. 4.1. Liberdades públicas e Estado Liberal. 4.1.1. Conceito e fundamentos das liberdades públicas como prestação meramente negativa. 4.1.2. Liberdade e organização estatal sob o enfoque de um “status negativus”. 4.2. O núcleo político do Estado liberal na visão de Macridis. 4.3. O papel de promoção das liberdades públicas promovido pela autonomia regional e pela descentralização administrativa da Federação americana. 4.3.1. A autonomia regional e a descentralização administrativa nascem junto com o Estado americano. 4.3.2. A autonomia regional como limitação do poder político. 5. Conclusões.

Paulo José Leite Farias é Promotor de Justiça do MPDFT, Diretor de Ensino da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Professor de Direito Tributário da AEUDF, Professor de Direito Previdenciário, Constitucional do Cespe/UnB e mestrando em Direito e Estado na UnB.

1. Introdução

Fixar as determinantes do federalismo compreende o seu conhecimento desde as elaborações mais antigas, apesar de seu debate jurídico ser mais recente, pois teve início a partir do século XVIII, com a Constituição americana de 1787¹.

Consoante preciosos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho,

“No processo de institucionalização, *The Federalist*, que é uma exposição dos princípios do republicanismo constitucional, além de apontar a importância da natureza humana na política e os motivos do comportamento do homem em uma sociedade livre, tem grande significado na teorização sobre o federalismo. Poucos são os comentários sobre a Constituição que se equiparam em importância à série de ensaios feitos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay”².

A federação moderna é uma invenção dos pais da Constituição americana, que para tanto, evidentemente, também esquadriharam a história. Desde então surgiram regularmente, em outros países de todas as partes do mundo, Constituições federalistas a partir de e em oposição ao modelo federalista clássico americano. Nesse sentido, Michael Bothe ensina:

“Quando, no contexto de sua libertação da Espanha, alguns países da América Latina adotaram estruturas federalistas, o exemplo americano desempenhou um certo papel, embora os constituintes da Venezuela, Grã-Colômbia, México, Argentina – e mais tarde do Brasil – não tenham de modo algum simplesmente copiado a Constituição americana. Também o surgimento de federações na Europa (Suíça, Alemanha) e no âmbito do Império Britânico (Canadá, em 1867, e Austrália, em 1900) foi precedido de uma confrontação com as idéias federalistas americanas. Experiências federalistas no contexto da descolonização, sobretudo no império colonial britânico (Índia, Malásia, Nigéria), puderam recorrer a

¹ “A idéia federal é apontada nas sociedades políticas mais antigas, apesar de o Estado federal, como conceito ou forma de organização, no entender de muitos, só ter surgido com a Constituição Americana de 1787” (ANHAIA, José Luiz de, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte : Fumarc, 1982. p. 11).

² Ibidem, p. 6.

esses exemplos já existentes. Com os olhos ainda voltados para os EUA, tentaram-se aproveitar as idéias federalistas para a integração da Europa. Nesse sentido, Walter Hallstein deu à primeira edição de seu livro sobre a Comunidade Européia o título de *A federação inacabada*. Embora a seguir a integração européia não apresentasse mais essa pretensão, a discussão sobre a conformação posterior dessa integração orientou-se por conceitos federalistas – e de modo bastante controverso no passado mais recente”³.

Lastreado em autores americanos como Elazar⁴, aderimos ao argumento de que, do ponto de vista histórico, um ordenamento estatal federalista sempre significa equilíbrio num campo de tensão entre forças centrífugas e centrípetas (integrativas e desintegrativas). Sua finalidade é “simultaneously to generate and maintain both unity and diversity”⁵. O peso político dos Estados-membros correlaciona-se à relativa força ou fraqueza dos respectivos fatores desintegrativos e integrativos.

A tarefa de equilibrar as forças presentes num dado contexto não se coloca apenas na criação de uma federação, mas continuará existindo e marcando o seu desenvolvimento. Assim, exemplificando com a análise histórica da Federação americana, verifica-se que as razões para a criação da Federação americana foram uma coisa, a conformação concreta da correlação de forças entre a União e os Estados-membros é outra. Ilustrando, Bernard Schwartz afirma:

“... se tivéssemos de redigir uma versão de 1983 do *The Federalist*, ela conteria uma descrição do sistema americano de hoje que estaria bem distante do conceito clássico de federalismo. Para o purista teórico, na verdade, até mesmo um estado com Imposto de Renda federal não é mais um estado genuinamente federal. Mas o federalismo puro é fundamental-

³ BOTHE, Michael. Federalismo : um conceito em transformação histórica. In: O FEDERALISMO na Alemanha. Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1995. (Traduções, 7). p. 4. Publicado originalmente em *Föderalism und Demokratie, ein deutsch-sowjetisches Symposium*, Gerhard Stuby, *Schriftenreihe des Zentrums für europäische Rechtspolitik* (ZERP) 16, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992.

⁴ ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Alabama : University of Alabama, 1987. p. 64.

⁵ Ibidem, p. 64.

mente incompatível com as tensões da evolução política do século XX. Procurar recriá-lo em sua imagem clássica do século XVIII é entregar-se à busca de uma quimera. Contudo, ainda hoje existem aqueles que se empenham num empreendimento tão quixotesco”⁶.

2. A análise da origem histórica da Federação americana sob a visão nacionalista dos autores da obra “The federalist papers”.

2.1. Breve exposição das circunstâncias fáticas que precederam ao Federalismo americano

Já em 1643, quatro das treze colônias britânicas haviam constituído a “Confederação da Nova Inglaterra” sob a inspiração de uma necessária união americana. Entretanto, para as demais colônias, pouco ligadas entre si, foi a luta pela independência que determinou a necessidade e a utilidade da união.

Independentes em 1776, por meio de uma revolução, proclamam-se todas Estados soberanos. Há, subsequentemente, a elaboração de Constituições individuais; e a, dos “Artigos da Confederação”.

Os “Artigos da Confederação” e a política americana durante esses anos tinham duas características dominantes. O poder estava na periferia, nos diversos Estados separados. Nestes, o poder ficava concentrado sobretudo nos legislativos populares, em detrimento de qualquer compromisso com uma separação dos poderes. De 1776 a 1787, a América, sob os Artigos, não passou de uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes. O Artigo II dessa primeira Constituição americana declarava que “cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência”. Havia, antes de mais nada, pouca experiência histórica de unidade entre as colônias. Elas tinham histórias diferentes, tradições culturais, religiosas e institucionais diferentes. O que tinham em comum era a dependência para com a Grã-Bretanha, desde seu estabelecimento, e um breve período de dez anos de disputa comum contra os procedimentos comerciais dos ministros de Jorge III. Havia laços muito mais estreitos entre Boston e Londres, por exemplo, ou entre a Carolina do Sul e Londres, do que entre Boston e a Carolina do Sul.

⁶SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1984. p. 64.

Os fundadores conheciam a teoria republicana e concordavam que a liberdade só florescia em Estados pequenos. A monarquia e o despotismo, os patronos do governo enérgico, invasivo e poderoso, eram produtos de Estados de tamanho maior. Supunha-se que os direitos inalienáveis da liberdade e a busca da felicidade, a que se referia a Declaração de Independência, seriam mais bem protegidos por governos estaduais pequenos e locais. Luther Martin, um opositor da Constituição, lembraria à Convenção de 1787 que

“quando da separação do Império Britânico, o povo da América preferiu instituir-se em treze soberanias separadas ao invés de se incorporar em uma única. É com elas que contam para a segurança de suas vidas, liberdades e propriedades. É com elas que devem contar. O governo federal foi formado para defender o conjunto contra nações estrangeiras em caso de guerra e para defender os menores Estados contra as ambições dos maiores”⁷.

Para muitos americanos, a Confederação foi considerada um mero expediente temporário, necessário para fazer guerra contra a Grã-Bretanha. Com a chegada da paz, ela desapareceria. A Confederação fez a guerra e mal conseguiu financiar o exército de Washington. Com a cessação das hostilidades em 1783, o Congresso Continental⁸, o único poder central, tornou-se praticamente impotente, todo o poder efetivo pertencendo aos Estados.

Os Artigos não estabelecem nenhum braço executivo para o Governo central. A Revolução americana, afinal, era contra a autoridade e o

⁷Apud Isaac Kramnick na parte introdutória da obra os artigos federalistas (HAMILTON, MADISON, JAY. *Os artigos federalistas : 1787 - 1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A Borges. Rio de Janeiro : Nova fronteira, 1993. p. 9).

⁸Ibidem. p.10, *verbis*: “O Congresso Continental foi a única instituição central, com funções integradoras, criada pelos Artigos. Consistia de apenas uma câmara legislativa, pois nenhuma segunda câmara aristocrática seria tolerada pelo espírito de 1776. No Congresso, cada Estado tinha um voto. Cada legislativo estadual tinha o poder de decidir como designar no mínimo dois e não mais que sete deputados de seu Estado para o Congresso unicameral. Todos os deputados tinham mandatos de um ano. As eleições anuais, tão caras à ideologia republicana na Inglaterra do século XVIII, floresceram sob os Artigos. A remuneração dos deputados, enquanto tinham assento no Congresso, era assegurada pelo Estado que representavam”.

poder, contra reis, como Tom Paine⁹ expressou em seu “Common Sense”. O governo central era administrado por um comitê do Congresso. Quando o Congresso não estava reunido, um comitê representativo dos Estados exercia o poder em seu lugar. Um deputado – chamado “presidente”, palavra que iria adquirir uma importância surpreendentemente nova em 1787 – presidia esse comitê, mas por não mais de um ano em cada período de três anos. Na Confederação, toda a política externa, inclusive o poder de declarar guerra, era atribuição do Congresso.

Além da ausência de um braço executivo, não havia sob os Artigos nenhum poder judiciário central. Havia simplesmente o legislativo unicameral, o Congresso Continental¹⁰. Mais relevante ainda era o fato de que os Artigos não davam praticamente nenhum poder a esse legislativo. O Congresso não podia, por exemplo, regular o comércio ou criar impostos, e isso não era em absoluto uma inadvertência por parte dos que formularam os Artigos. Em torno disso, afinal – em torno da resistência do povo a ceder ao governo o poder de regular o comércio e cobrar impostos –, se fizera a Revolução. Foi essa experiência que fortaleceu a tendência colonial de contrapor *governo e liberdade*. Se fora feita uma guerra para impedir que o Parlamento lançasse

⁹ PAINE, Tom. Na obra *Senso comum*. São Paulo : Civita, 1973. p. 51.(Os pensadores, v. 29), afirma: “A sociedade em qualquer estado é uma bênção, enquanto o governo, mesmo no seu melhor estado, não passa de mal necessário, sendo, no pior estado, um mal intolerável. Porque, quando sofremos ou ficamos expostos, por um governo, às mesmas misérias que poderíamos esperar em país sem governo, a nossa calamidade aumenta pela reflexão de que nós é que fornecemos os meios pelos quais sofremos. O governo, como a vestimenta, é o emblema da inocência perdida; os palácios dos reis erguem-se sobre as ruínas das choupanas do paraíso. Se obedecêssemos clara, uniforme e irresistivelmente aos impulsos da consciência, não precisaríamos de outro legislador; não sendo esse, todavia, o caso, vemo-nos obrigados a ceder uma parte da nossa propriedade a fim de providenciar meios para a proteção do resto, e somos induzidos a proceder dessa maneira pela mesma prudência que, em qualquer outro caso, nos aconselha a escolher, dentre dois males, o menor. Pelo que, sendo a segurança o verdadeiro propósito e fim do governo, segue-se irretorquivelmente ser preferível às demais qualquer forma que pareça mais capaz de nô-la garantir”.

¹⁰ RANIERI, Nina. No artigo Sobre o federalismo e o Estado Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 9, p. 88, out./dez. 1994, afirma: “O Congresso da federação não dispunha, porém, de qualquer poder governamental. Era pouco mais de uma reunião de embaixadores despreparados para solucionar os conflitos de interesses entre os Estados, o que prejudicava a ação conjunta da Confederação e ameaçava sua própria sobrevivência”.

tributos sobre colônias distantes e regulasse seu comércio, os Estados recém-independentes dificilmente confeririam tais poderes a um governo central; eles permaneceram reservados aos próprios Estados. Entretanto, a falta de poder no centro seria a principal deficiência dos Artigos e desempenharia um papel decisivo na produção da exigência de reforma em meados da década de 1780.

Cada medida legislativa tomada pelo Congresso precisava ser aprovada por, pelo menos, nove das treze delegações estaduais. Cada Estado tinha um voto, independentemente de sua população – e havia grandes variações, por exemplo, entre a Pensilvânia, *Massachusetts*, Nova York e Virgínia por um lado, e *Rhode Island* e *Delaware* por outro. De singular importância era o dispositivo dos Artigos que exigia que qualquer mudança em seus termos fosse aprovada por todos os treze legislativos estaduais. O Congresso levantava receita de requisições aos Estados. Alguns pagavam; outros não; tornando as finanças da Confederação incertas e precárias.

Após o tratado de paz de 1783, um número ainda menor de Estados cumpria com suas obrigações financeiras para com o Congresso.

Em 1781 o Congresso aprovou emenda aos Artigos que permitia a arrecadação de 5% das taxas alfandegárias sobre produtos importados como forma de estabilizar e regularizar a receita do governo central. O Estado de *Rhode Island*, indisciplinado sob todos os aspectos, nesse período, não tendo enviado delegados para a Convenção Constitucional de 1787, não concordou com a mudança, que nunca foi aprovada. Esse fracasso acabou por revelar-se fatal ao governo¹¹ sob os Artigos. Em 1783 e 1784, fizeram-se novos esforços para impor taxas alfandegárias e exigir dos Estados que cedessem 1,5 milhão de dólares anualmente para o Congresso. Essas reformas foram derrotadas, no primeiro caso, pelo veto de *Delaware*; no segundo, apenas dois Estados ratificaram as emendas.

¹¹ Ibidem, p.88: “Nesse contexto, vários líderes da Revolução Americana passaram a defender a criação de um governo central, na tentativa de equacionar os problemas políticos, administrativos e econômicos dos Estados Confederados. Para tanto instala-se, em maio de 1787, a *Convenção da Filadélfia*, que acaba por constitucionalizar um inédito modelo extra-europeu de governo, concebido para minimizar os males do Estado Unitário e, ao mesmo tempo, assegurar força política, perante o cenário internacional, para os Estados autônomos em razão de sua união”.

Consoante ensinamento de Isaac Kramnick:

“Em conseqüência desse vácuo de poder no centro, os treze Estados viviam em meio a rivalidades e confusão. Agiam, em suma, como as entidades soberanas e independentes que supunham ser. Sete dos treze Estados imprimiam seu próprio dinheiro. Muitos passavam leis tarifárias contrárias aos interesses de seus vizinhos. Nove dos treze tinham sua própria marinha, e freqüentemente apreendiam navios de outros Estados. Havia contínua disputa sobre limites, além de reivindicações conflitantes sobre os territórios do Oeste. Afirmava-se que até os termos do tratado de paz com a Grã-Bretanha, de 1783, só seriam válidos para os Estados que fizessem essa opção”¹².

Para George Washington, comandante-em-chefe do exército americano que lutou contra os britânicos de 1776 a 1782, os Artigos tinham produzido “um governo semifaminto, coxo, que parece estar sempre andando de muletas e claudicando a cada passo”¹³. No Federalista nº 15 Hamilton reclamava: “Algo precisa ser feito para nos livrar de uma anarquia iminente”¹⁴.

2.2. Os artigos federalistas: razões de seu surgimento e sua estrutura

Assim, no contexto de uma necessária mudança da anarquia existente no modelo confederativo, surge a “Convenção de Filadélfia” que envia ao “Congresso Continental” o projeto da Constituição que havia elaborado, sugerindo que o documento fosse submetido às convenções de cada um dos Estados. A Convenção de 1787 previra no Artigo VII da nova Constituição, que “A ratificação por convenções de nove Estados será suficiente para a entrada em vigor desta Constituição entre os referidos Estados”.

Em conseqüência da necessidade de ratificação do novo modelo veiculado pela Constituição, surge a descrição clássica do sistema federal americano contida nos escritos “The Federalist Papers”. Eles foram publicados em jornais, no Estado de Nova York, em 1787 e 1788, e se destinaram a persuadir o povo do Estado de que a Constituição dos Estados Unidos,

¹² Apud KRAMNICK na parte introdutória da obra os artigos federalistas (HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., p. 11 e 12.

¹³ Ibidem, p. 11.

¹⁴ HAMILTON, MADISON, JAY. op. cit., p. 90

elaborada no verão americano anterior, devia ser adotada¹⁵. Os escritos, na forma de artigos de jornais, foram redigidos, sob o pseudônimo *Publius*, por James Madison¹⁶, Alexander Hamilton¹⁷ e John Jay¹⁸ - três dos líderes do movimento para o estabelecimento de uma nova Constituição que oferecesse um governo nacional forte. Esses articulistas utilizaram-se, de forma sagaz, das condições históricas na formulação de argumentos integrativos (centrípetos).

Consoante a própria indicação de Hamilton feita no primeiro artigo federalista, abaixo transcrita, seriam discutidos tópicos a serem desenvolvidos nos artigos federalistas subsequentes:

“Proponho-me a discutir, numa série de artigos, os interessantes tópicos que se seguem: A

¹⁵ Segundo Benjamim Fletcher Wright na Introdução da obra *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. p.12-13: “Quando o Congresso, de acordo com as Cláusulas da Confederação aprovou uma resolução a 28 de setembro de 1787, submetendo o projeto da nova Constituição aos Estados, para que fosse votado nas respectivas convenções, realizou-se o primeiro *referendum* nacional na história da América, assim como um de nossos maiores debates... Indiscutivelmente, a obra mais notável, originada pela controvérsia da ratificação, foi a longa série de artigos publicados nos jornais de Nova York, entre 27 de outubro de 1787 e 4 de abril de 1788, e assinados por *Publius* - pseudônimo coletivo de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison”.

¹⁶ James Madison (1751-1836), considerado o “pai” da Constituição dos Estados Unidos, nasceu na Virgínia, em uma antiga e influente família. Completou seus estudos no *College of New Jersey*, atual Universidade de Princeton, sendo eleito para o Congresso em 1780. Escritor infatigável, meticuloso, planejador e estrategista, teve participação decisiva na Convenção Constitucional e em negociações internacionais do novo país, incluindo-se a compra da Louisiana aos franceses e o acordo com a Espanha sobre a livre navegação no Mississippi. Foi secretário de Estado durante o governo de Thomas Jefferson, junto com quem criou o Partido Republicano. Exerceu a Presidência dos EUA por dois mandatos.

¹⁷ Alexander Hamilton (1757-1804) nasceu nas Antilhas e foi para a América com dezesseis anos de idade. Durante a Guerra da Independência, emergiu do anonimato como capitão de artilharia, depois tenente-coronel e, finalmente, ajudante-de-campo de George Washington, comandante-em-chefe do Exército rebelde. Depois da guerra, estudou Direito e exerceu a profissão em Nova York. Em 1782 entrou para o Congresso. Na Convenção Constitucional, liderou a facção favorável a um governo central forte, em detrimento do poder dos Estados. Depois da aprovação da Constituição, foi nomeado para o primeiro gabinete de Washington como secretário do Tesouro, criando então a infraestrutura financeira do Estado americano. Morreu com 47 anos, em conseqüência de ferimentos recebidos em duelo contra Aaron Burr, seu adversário político.

¹⁸ John Jay (1745-1829), filho de um abastado comerciante de Nova York, estudou na Universidade de Columbia. Jurista e diplomata, adquiriu sólida reputação intelectual ainda durante a dominação inglesa. Foi o

utilidade da União para vossa prosperidade política – A insuficiência da atual Confederação para preservar essa União – A necessidade, para a consecução dessa meta, de um governo pelo menos tão vigoroso quanto o proposto – A conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano – Sua analogia com vossa própria Constituição estadual – e finalmente, *a segurança adicional que sua adoção proporcionará à preservação dessa espécie de governo, à liberdade e à propriedade*¹⁹ (grifo nosso).

Assim, nota-se que desde os trabalhos desenvolvidos para a ratificação da Constituição americana, *o modelo federativo sempre foi visto como um instrumento de garantia de direitos fundamentais*²⁰.

Nesse diapasão, a análise da obra dos federalistas mostra-se fundamental, pois indica a correlação que os Federalistas pregavam existir entre um governo eficiente e a proteção das liberdades individuais. Ademais, ressalta, também a dialética das forças centrífugas e centrípetas existentes, nos argumentos contrários postos por antifederalistas como Patrick Henry²¹, para o qual “a tirania da Filadélfia” pouco dieria da “tirania de Jorge III”.

Assim, só da análise da estrutura da obra dos federalistas, podemos tirar algumas conclusões iniciais preciosas, a saber:

• a maioria dos artigos foi escrita por Alexander Hamilton, seguido por James Madison, sendo que John Jay escreveu poucos artigos (só cinco)²²;

autor da Constituição de seu Estado natal, promulgada em 1777 e importante fonte de idéias para a Constituição federal. Presidiu o Congresso Continental em 1778. Em 1783, como ministro das Relações Exteriores, foi o principal arquiteto do tratado de paz com a Grã-Bretanha, tornando-se em seguida o primeiro presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Depois de dois mandatos como governador de Nova York retirou-se da vida pública.

¹⁹ HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., p. 96.

²⁰ Segundo Benjamim Fletcher Wright na Introdução da obra *O federalista*, op. cit., p. 17: “Nesta altura é suficiente registrar que o plano geral para o Federalista incluía uma análise dos perigos dos desacordos e vantagens de uma união mais forte, a fraqueza das Cláusulas da Confederação, a natureza do governo proposto, seus poderes, suas relações com os Estados e as salvaguardas contra o uso abusivo do poder” (grifo nosso).

²¹ Apud KRAMNICK, op. cit., p. 8.

²² Segundo Benjamim Fletcher Wright na Introdução da obra já citada, p.18: “John Jay não foi um delegado na Convenção e somente tomou conhecimento

• há uma estrutura lógica na seqüência dos temas apresentados pelos artigos, assim sua disposição não foi aleatória e, sim, metodicamente organizada com um claro propósito, constante ressalta o *Federalista nº 1*, a ratificação da Constituição Americana e do ideal federativo nela proposto, *verbis*:

“Após uma experiência inequívoca da infiabilidade do governo federal, estais sendo chamados a deliberar sobre uma nova Constituição para os Estados Unidos da América. A importância do assunto é evidente: suas consequências envolvem nada menos que a existência da União, a segurança e a prosperidade das partes que a compõem, o destino de um país que é sob muitos aspectos o mais interessante do mundo”²³.

Tendo em vista o contexto das forças integradoras e desintegradoras existentes à época da ratificação da Constituição Americana, faz-se necessário o detalhamento das forças centrípetas que aprovaram a Constituição Americana de 1787 e o sistema federativo nela instituído.

2.3. A necessidade de um governo forte que assegurasse a segurança da incipiente nação

Uma poderosa força centrípeta que pode ser observada na proposta federalista é o desejo de uma defesa comum, especialmente em face de ameaça externa.

A primeira preocupação dos artigos iniciais (artigos 2 a 5), diretamente relacionada ao momento histórico existente à época, relaciona-se com o temor das forças estrangeiras que poriam em risco a liberdade já alcançada pela nação americana, nesse sentido, traz-se à colação o seguinte trecho:

“Quando o povo da América refletir que está sendo chamado agora a decidir uma questão que se pode revelar, em suas consequências, uma das mais importantes que jamais lhe prendeu a atenção, ficará evidente a conveniência de examiná-la de modo tão abrangente quanto sério.

Nada é mais certo que a necessidade indispensável de governo; é igualmente inegável que, não importa quando e como seja ele instituído, o povo deve lhe ceder

da Constituição quando o documento estava pronto. Como já foi mencionado, sua co-autoria dos artigos de Publius se limitou a cinco, justamente os que não foram considerados como os mais notáveis”.

²³ HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., p. 93.

alguns de seus direitos naturais, a fim de dotá-lo dos poderes indispensáveis. Vale a pena considerar, portanto, se o interesse do povo da América será mais bem atendido se ele formar, para todos os propósitos gerais, uma única nação, sob um único governo federal, do que ele se dividir em confederações e der ao chefe de cada uma delas o mesmo tipo de poderes que lhe aconselham atribuir a um governo nacional.

Até recentemente, foi opinião aceita e incontestada que a prosperidade do povo da América dependia da continuidade de sua firme união. Os desejos, preces e esforços de nossos melhores e mais sábios cidadãos estiveram constantemente dirigidos para esse fim. Agora, porém, aparecem políticos que insistem em que essa opinião é errônea e que, em vez de buscar segurança e felicidade na União, deveríamos buscá-la numa separação dos Estados em distintas confederações ou soberanias”²⁴.

2.4. A necessidade de um poder central corretor das falhas do modelo existente na Confederação Americana

Passando à análise da situação fática existente (a Confederação Americana), a argumentação integradora corporificada nos artigos federalistas aponta persuasivamente os defeitos do modelo confederado e a necessidade de um poder central (*Union*). Ilustrativo dessa posição é o trecho abaixo transscrito do *Federalista nº 15*:

“Houve um tempo em que nos afirmavam que violações das normas da autoridade federal pelos Estados eram improváveis; que um senso de interesse comum presidiria a conduta dos respectivos membros, gerando uma plena aceitação de todos os requisitos constitucionais da União. Hoje, quando devemos ter aprendido outras lições da experiência, o melhor oráculo da sabedoria, tal linguagem pareceria tão absurda quanto grande parte do que ouvimos agora da mesma fonte. Em todos os tempos, ela traiu uma ignorância das verdadeiras fontes que movem a conduta humana e desvirtuou as motivações originais para o estabelecimento de um poder civil. Afinal, por que

se instituiu um governo? Porque as paixões dos homens não se conformam aos ditames da razão e da justiça sem coação. Está provado que corporações de homens atuam com maior retidão ou desinteresse que indivíduos? Todos os observadores precisos da conduta humana concluíram o contrário, e seus motivos são óbvios. O cuidado com a reputação tem menor influência quando a infâmia de uma má ação deve ser distribuída entre muitos do que quando deve incidir sobre um só homem. O espírito fúlcido, que é capaz de instilar seu veneno nas deliberações de todas as corporações humanas, muitas vezes precipitará as pessoas que as compõem a impropriedades e excessos de que elas se envergonhariam individualmente.

Além de tudo isto, faz parte da natureza do poder soberano uma avidez de controle que dispõe os que estão investidos de seu exercício a ver com maus olhos todas as tentativas externas de limitar ou dirigir suas ações. Em decorrência desse espírito, em toda associação política fundada no princípio de unir em torno de um interesse comum certo número de soberanias menores, estará presente nas esferas subordinadas ou inferiores uma tendência centrífuga por força da qual cada uma delas se esforçará por escapar ao centro comum. Não é difícil explicar esta tendência. Sua origem é o amor ao poder. *O poder controlado ou restrito é quase sempre rival e inimigo do poder responsável por esse controle ou restrição*. Esta simples proposição nos ensina como se tem pouca razão para esperar que as pessoas incumbidas da administração dos negócios dos membros particulares de uma confederação estejam sempre dispostas, com perfeito bom humor e imperturbada consideração pelo bem público, a pôr em prática as resoluções ou decretos da autoridade geral. É o inverso disto que resulta da natureza humana”²⁵ (grifo nosso).

Esse tema ressurge, novamente, de forma direta e explícita, em uma série de artigos subsequentes (artigos 37 a 46) sob a ótica da análise dos debates da Convenção de Filadélfia, após a reapreciação da questão da segurança externa vista sob o prisma da necessidade de um exército permanente para garantí-la.

²⁴ Ibidem, p. 97.

²⁵ Ibidem, p. 162-163.

Nesse sentido, Benjamin Fletcher Wright afirma:

“Os primeiros quarenta e seis artigos – mais da metade do total – insistem na necessidade de um governo central mais forte. Esta foi a principal razão para ser convocada a Convenção federal e também o argumento para a maior parte da oposição aos seus resultados. Na vasta literatura antifederalista, incluindo os discursos nas convenções estaduais, há muita matéria a respeito da ausência de uma declaração de direitos na Constituição e da necessidade de maior proteção aos direitos e às liberdades do cidadão. É de notar, entretanto, que os primeiros três Estados – Massachusetts, Carolina do Sul e New Hampshire – que em suas convenções propuseram emendas à Constituição, votaram no sentido de ratificá-la, incluindo pouquíssimas seções tratando dos direitos das pessoas e, em cada caso, registraram uma declaração de que todos os poderes não ‘expressamente delegados’ nem ‘expressamente renunciados’ nem ‘expressa e particularmente delegados’ pela ‘dita Constituição’ são ‘reservados aos diversos Estados’²⁶.

Nesse contexto, a própria tributação surge, dentre outras razões, como mecanismo de assegurar recursos para a manutenção das forças nacionais (Federalistas nº 30 a 36). Assim, Hamilton assinala:

“Já foi observado que o governo federal deve possuir o poder de assegurar a manutenção das forças nacionais; pretendeu-se incluir nesta proposição os custos da convocação de tropas, da construção e equipamento de frotas e todas as demais despesas de algum modo relacionadas a preparativos e operações militares. A jurisdição da União, no tocante à receita, não deve, porém, ficar restrita a estes fins. Deve conter dispositivos para a manutenção da lista civil nacional; para os pagamentos das dívidas nacionais já contraídas ou a contrair; e, em geral, para o atendimento de todas aquelas matérias que exigirão desembolso do Tesouro Nacional. A conclusão é que um poder geral de tributar, de uma maneira ou de outra, deve estar intimamente combinado à estrutura do governo”²⁷.

Também a proteção do comércio é ressaltada no interesse econômico da constituição de um mercado maior, consoante a ilustrativa passagem do Federalista nº 11, *verbis*:

“A importância da União, do ponto de vista do comércio, é um dos pontos que menos dão lugar a diferenças de opinião e que, de fato, inspiraram o mais geral acordo entre homens que têm algum conhecimento do assunto. Isto se aplica tanto a nosso intercurso com países estrangeiros como entre Estados.

Sinais autorizam a suposição de que o espírito intrépido que distingue o caráter comercial da América já despertou sentimentos de desconforto em várias das potências marítimas da Europa. Elas parecem temer nossa interferência excessiva naquele negócio de transportes, que é a base de sua navegação e o fundamento de sua força naval. As que possuem colônias da América observam com aflita atenção o que este país é capaz de se tornar. Antecipam os perigos que podem ameaçar seus domínios americanos em razão da vizinhança de Estados que se mostram todos dispostos a criar uma marinha poderosa e teriam os meios para fazê-lo. Impressões deste tipo conduzem naturalmente à política de estimular divisões entre nós e de nos privar, tanto quanto possível, de um *comércio ativo* com nossos próprios barcos. Isto satisfaria o tríplice objetivo de impedir nossa interferência na navegação deles, monopolizar os lucros de nosso comércio e cortar as asas que nos permitiriam voar a alturas perigosas. Se a prudência não o impedisse, seria fácil seguir o rastro dessa política, por meio de fatos, até os gabinetes dos ministros”.

Ressaltando os defeitos do modelo confederativo existente e ressaltando a importância da distribuição de poderes em diferentes esferas governamentais, o Federalista nº 37 dispõe:

“Ao analisar os defeitos da atual confederação e mostrar que não podem ser sanados por um governo menos forte que este de que dispomos, vários dos mais importantes princípios deste último tornaram-se evidentemente objeto de con-

²⁶ Segundo WRIGHT, op. cit., p.24.

²⁷ Ibidem, p. 231.

sideração. Mas, como o objetivo final destes artigos é determinar clara e plenamente os méritos da Constituição proposta e a conveniência de adotá-la, nosso plano não pode completar-se sem que façamos uma avaliação mais crítica e completa do trabalho da convenção, sem que o examinemos em todos os seus aspectos, comparando-o em todas as suas partes e avaliando seus efeitos prováveis. Para que a tarefa que nos resta possa realizar-se com base em idéias que conduzam a um resultado justo e equitativo, devemos dar lugar aqui a algumas reflexões prévias, ditadas pela imparcialidade

(...)

Entre as dificuldades encontradas pela convenção, uma muito importante deve ter sido a de combinar estabilidade e firmeza necessárias ao governo com a sagrada atenção devida à liberdade e à forma republicana. Sem realizar substancialmente esta parte de sua tarefa, teria atendido de modo muito imperfeito ao objetivo de sua designação ou à expectativa do povo; no entanto, ninguém negaria sua dificuldade, a menos que estivesse disposto a revelar sua ignorância do assunto. A força do governo é essencial para aquela segurança contra o perigo externo e interno e aquela execução pronta e salutar das leis que fazem parte da própria definição do bom governo. A estabilidade do governo é essencial ao caráter nacional e às vantagens a ele associadas, assim como para aquela tranquilidade e confiança do povo que estão entre as maiores bençãos da sociedade civil... O gênio da liberdade republicana parece demandar, por um lado, não só que todo poder emane do povo, mas que aqueles a quem ele é confiado sejam mantidos na dependência do povo pela curta duração de seus mandatos; e que, mesmo durante esse curto período, a confiança deva ser depositada não em poucas, mas em muitas mãos. A estabilidade, ao contrário, requer que as mãos que recebam o poder permaneçam as mesmas por certo período de tempo. A frequente repetição de eleições produzirá uma frequente mudança de homens e esta, uma frequente mudança de medidas; por outro lado, a firmeza do governo exige não só certa permanência do poder como sua

execução por uma única mão”²⁸ (grifo nosso).

Nos artigos federalistas seguintes, a análise da divisão de poderes centra-se mais na divisão funcional de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, nessa ordem. Assim, os Federalistas nº 47 a 51 tratam de argumentos relacionados aos benefícios gerais das divisões de poderes; analisando-se o Poder Legislativo (Federalistas nº 52 a 66); o Poder Executivo (Federalistas nº 67 a 78) e na parte final, o Poder Judiciário (Federalistas nº 79 a 83).

2.5. A correlação histórica entre a forma de Estado Federado e um sistema de proteção de direitos humanos na visão de Hamilton

Conforme as precisas palavras de Benjamin Fletcher Wright sobre os argumentos contrários à criação da federação americana (governo centralizado), uma das maiores preocupações era que tal centralização de poderes poderia ser destruidora dos direitos e liberdades dos cidadãos; nesse sentido retrata, *verbis*:

“O argumento era de que tal governo seria não apenas inconsistente para com os soberanos direitos e poderes dos Estados, mas também destruidor dos direitos e liberdades dos cidadãos. Que um governo assim, abrangendo uma área tão grande como a compreendida nos limites da Confederação, pudesse ser bastante centralizado para ser eficiente e ainda respeitador das liberdades civis e dos princípios de independência dos governos locais, era negado com veemência por Clinton, assim como por Yates, Lansing e outros membros da facção que predominava em Nova York”²⁹.

A solução adotada, entretanto, no Estado Federal, conforme a obra federalista propugna, evitaria esse inconveniente pela forma como seriam distribuídos os poderes, assegurando a efetiva independência dos governos locais.

Assim, no penúltimo artigo federalista (Federalista nº 84), ao tratar da objeção a que o plano da convenção não contenha uma “Carta de Direitos”, Hamilton responde a tal assertiva dizendo e exemplificando que no bojo das diversas disposições haveria várias cláusulas em favor de direitos e que as Cartas de Direitos surgiram para reduzir os privilégios dos monar-

²⁸ Ibidem, p. 264-266.

²⁹ Ibidem, p. 14.

cas, sendo que, como no governo americano, o povo não renuncia a nada; e como conserva tudo, não há necessidade de reservas particulares, *verbis*:

“Várias vezes foi observado, com razão, que as cartas de direitos são, em sua origem, estipulações entre reis e seus súditos, reduções da prerrogativa em favor do privilégio, reservas de direitos a que não se renuncia em favor do príncipe. Assim foi a Magna Carta obtida pelos barões, espada na mão, do Rei João. Assim foram as subsequentes confirmações dessa carta por príncipes subsequentes. Assim foi a Petição de Direito aceita por Carlos I no início de seu reinado. Assim foi, também, a Declaração de Direitos apresentada pelos lordes e comuns ao príncipe de Orange em 1688, e posteriormente promulgada na forma de um ato do Parlamento chamado Carta de Direitos. É evidente, portanto, que, segundo seu significado primitivo, elas não têm nenhuma aplicação a constituições professamente fundadas no poder do povo e executadas por seus representantes e servidores imediatos. Aqui, no sentido estrito, o povo não renuncia a nada; e como conserva tudo, não tem necessidade de reservas particulares: ‘Nós, o povo dos Estados Unidos, para assegurar as bênçãos da liberdade para nós mesmos e nossa posterioridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América’. Há nisto um melhor reconhecimento dos direitos populares que em volumes inteiros desses aforismos que dão o tom de várias de nossas cartas estaduais de direitos e que soariam muito melhor num tratado de ética que numa constituição de governo.

.....

Resta apenas uma outra concepção deste assunto para concluir este tópico. *A verdade, a despeito de todas as arenças que ouvimos, é que a própria Constituição é ela mesma, em todos os sentidos admissíveis, e para todos os fins úteis, uma carta de direitos*³⁰ (grifo nosso).

Assim, verifica-se que, na visão federalista, a mais importante forma de proteção dos direitos estava na própria forma de governo e de Estado adotada, sendo irrelevante a declaração

³⁰ Ibidem, p. 521-522.

de direitos³¹ se comparada aos outros mecanismos institucionais existentes na Constituição em via de ratificação.

Nesse mesmo diapasão, importante o último artigo do Federalista (Federalista nº 85), que dispõe, *verbis*:

“Asseguradas adicionais ao governo republicano, à liberdade e à propriedade, que decorrerão da adoção do plano sob exame consistem sobretudo nas restrições que a preservação da União imporá a facções locais e insurreições, e à ambição de indivíduos poderosos apenas em seus Estados, que poderiam adquirir crédito e influência suficientes de líderes e favoritos a ponto de se tornarem despotas do povo”³².

3. Características centrífugas básicas da Federação Americana dualista: a autonomia regional e a descentralização administrativa

3.1. Visão geral das forças centrífugas que levaram à autonomia regional e à descentralização administrativa

O Federalista, conforme já visto, foi fruto da imaginação³³ de Alexander Hamilton, que engajou James Madison e John Jay. Em um notável esforço jornalístico para persuadir os votantes da convenção de ratificação do Estado de Nova York de que deveriam aprovar a nova Constituição dos Estados Unidos. Surge, pois, em um

³¹ Deve-se, entretanto, observar que a ratificação da Constituição Americana só ocorreu condicionada ao *Bill of Rights*. Vários Estados americanos (Virgínia, Massachusetts, Nova York e Pensilvânia) demandaram como condição para ratificação da Constituição uma série de emendas que garantissem “direitos individuais”, as primeiras dez emendas aprovadas das doze apresentadas em 1791 ficaram conhecidas como *Bill of Rights*.

³² Ibidem, p. 529.

³³ Segundo Isaac Kramnick na apresentação da obra citada anteriormente, p. 1: “O Federalista foi fruto da imaginação de Alexander Hamilton, que engajou James Madison e John Jay em seu esforço jornalístico para persuadir os votantes da convenção de ratificação do Estado de Nova York de que deveriam aprovar a nova Constituição dos Estados Unidos, esboçada na Filadélfia naquele mesmo verão. Nos dez meses seguintes, com um único intervalo de dois meses na primavera de 1788, duas e ocasionalmente três vezes por semana um novo texto de *O Federalista* seria publicado em até quatro jornais de Nova York. No final, *Publius* – pseudônimo coletivo usado por Hamilton, Madison e Jay – produziu 175 mil palavras em defesa da nova Constituição federal”.

contexto histórico determinado que não pode ser visto separadamente.

É interessante notar que os federalistas americanos almejaram um Governo central (União) forte, que substituísse a tibieza da frustrada Confederação³⁴. Contudo, para vencerem as resistências dos Estados-membros (as antigas colônias), desenvolveram a engenhosa fórmula federativa, no final do século XVIII³⁵, concedendo ou “reservando”, originariamente, substanciais parcelas de poder às unidades federadas.

Os poderes da União seriam os enumerados na própria Constituição. Tudo o mais estaria reservado aos Estados-membros.

É essencial assinalar que mesmo nas matérias em que o Congresso pode legislar, a competência dos Estados não está excluída. As autoridades dos Estados têm, nestas matérias, uma competência “residual”. O que não lhes é permitido é a elaboração de disposições que iriam de encontro às disposições do direito federal. Nada lhes proíbe, entretanto, de elaborarem disposições que se aditem às do direito federal ou que preencham as lacunas deste.

René David, notável estudioso do direito comparado, analisando a importância das competências estaduais na Federação Americana, afirma:

“Também podem assinalar-se, do ponto de vista jurídico, numerosas e, por vezes, importantes diferenças entre os direitos dos diversos Estados, que resultam muitas vezes de suas leis, mas podem também derivar da maneira como interpretam a *common law*. A organização judiciária e a organização administrativa diferem de Estado para Estado, assim

³⁴ HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., p. 172, afirmam, comparando, depreciativamente, a Confederação ao regime feudal, que: “Embora não fossem, estritamente falando, confederações, os antigos sistemas feudais partilhavam da natureza dessa espécie de associação. Havia um chefe, líder ou soberano comum, cuja autoridade se estendia por toda a nação; diversos vassalos subordinados, ou feudatários, tinham grandes tratos de terra distribuídos entre si; e numerosos vassalos inferiores, ou servos, ocupavam e cultivavam essas terras, sob a condição de manter fidelidade ou obediência àqueles de quem as tinham recebido. Cada vassalo principal era um rei ou soberano em seu próprio domínio. A consequência dessa situação era uma contínua oposição à autoridade do soberano e freqüentes guerras entre os próprios grandes barões ou principais feudatários”.

³⁵ DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1976. p. 224, diz que o federalismo nasceu realmente com a Constituição Americana de 1787 : “É um fenômeno moderno”.

como o processo civil e o criminal; o divórcio não é admitido nas mesmas condições e pelas mesmas causas; o regime matrimonial pode ser ora de comunhão, ora de separação de bens; o direito das sociedades e o direito fiscal comportam regras diversas; a relação e a sanção das infrações penais também variam de um Estado para outro. Por mais importância que tenha ganho o direito federal, é o direito dos Estados que, na vida cotidiana, permanece o mais importante para os cidadãos e para os juristas americanos. É necessário sabê-lo e ter igualmente consciência da diversidade que pode existir entre estes direitos”³⁶.

A distribuição inicial dos poderes, portanto, entre os Estados e a União, era desigual, atendendo, entretanto, às circunstâncias históricas.

Hamilton, pedagogicamente, procura combater a argumentação de possível excesso na centralização de poderes pela União, assinalando:

“Uma grande vantagem, que pertence ao domínio dos governos estaduais, lança, por si só, uma luz satisfatória sobre a questão – refiro-me à administração ordinária da justiça criminal e civil. Esta é, entre todas, a mais poderosa, mais universal e mais atraente fonte de obediência e lealdade popular. É ela que, sendo o guardião imediato e visível da vida e da propriedade, tendo seus benefícios e ameaças em constante atividade perante o olhar público, regulando todos aqueles interesses pessoais e preocupações familiares a que a sensibilidade dos indivíduos está mais imediatamente atenta, contribui, mais que qualquer outra circunstância, para infundir nas mentes do povo afeição, estima e reverência pelo governo. Este notável cimento da sociedade, que se difundirá pela quase-totalidade dos canais dos governos individuais, independentemente de todas as demais causas de influência, lhes asseguraria um império tão definido sobre seus respectivos cidadãos que faria deles em todos os momentos um completo contrapeso do poder da União e, não raro, seus perigosos adversários”³⁷.

³⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 375.

³⁷ HAMILTON, op. cit., p. 171.

Percebe-se que, nessas formulações, há preocupação central em estabelecer uma divisão es carpada de competências entre a União (somente os poderes enumerados) e os Estados-membros (todos os poderes residuais – “reservados”).

Não nos devemos espantar com essa característica dualista do Federalismo americano. Era muito natural que fosse afirmado logo em seguida ao dia em que os Estados Unidos conquistaram a sua independência. As 13 colônias, até a Guerra da Independência, tinham vivido de modo quase inteiramente independente umas das outras; e não tinham, entre si, por assim dizer, nada de comum, a não ser o indesejável elo comum que as ligava, anteriormente, à metrópole.

3.2. A evolução da descentralização federativa e a décima emenda

Todavia, a evolução do sistema tomou rumo oposto, embora mais próximo das reais intenções dos federalistas (fortalecimento do poder federal).

O texto da Décima Emenda, expressão da autonomia regional e da descentralização administrativa, (“Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”) não foi suficiente para impedir essa tendência³⁸.

A redução da competência estadual, nos Estados Unidos, teve dois momentos destacad os, consoante ensinamento de Paulo Luiz Neto Lobo³⁹:

(1) A doutrina dos *poderes implícitos da União*, partida de genial construção da Suprema Corte americana, em 1819, no leading case *MaCulloch versus Maryland*⁴⁰. Decidiu-se que na Constituição

³⁸ DAVID, op. cit., p. 369, em sentido oposto, assinala: “A décima emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1791, precisou sem ambigüidade possível a situação: ‘Os poderes que a Constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados exerçam, são reservados a cada um dos Estados, respectivamente, ou ao povo’. Este princípio nunca foi abandonado. A competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição”.

³⁹ LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 101, jan./mar. 1989.

⁴⁰ Segundo Lincoln Magalhães da Rocha, na obra *A Constituição americana : dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro : Edições Trabalhistas, 1987. p. 7, *verbis*: “Também em 1819, surge o caso *MaCulloch*

tuição, apesar dos poderes enumerados, não existia qualquer expressão que “exclua poderes eventuais ou implícitos e que requeira que tudo o que foi concedido deva ser descrito expressa e minuciosamente”⁴¹.

(2) A consagração do princípio da supremacia federal, mercê do exercício do poder de revisão judicial, “que é, assim, o arbítrio, do sistema federal”⁴² sobretudo a partir da legislação intervencionista do *New Deal*, de 1933. A Suprema Corte no caso Estados Unidos *versus* Darby, de 1941, chegou mesmo a considerar a Décima Emenda como um *truísmo*, sendo seu propósito “o de moderar temores de que o novo Governo nacional pudesse procurar exercer poderes não concedidos e os Estados pudessem não ser capazes de exercer plenamente seus poderes reservados”.

Como acentua Schwartz⁴³, ver a Décima Emenda como um erro, um *truísmo* é “destruir a base sobre a qual se assentou o conceito de federalismo dual”. Em outra parte⁴⁴ diz que se alguma coisa pareceu incompatível com as últimas décadas de concentração de autoridade no governo central, “foi a noção de que os Estados ainda possuem os atributos de soberania”.

A noção de federalismo atenua, consequentemente, o argumento de soberania⁴⁵. Mais importantes, no entanto, são os critérios de distribuição de competências, com limites mais precisos, embora vulneráveis às contingências históricas.

Entretanto, o argumento da “soberania popular” encontra-se presente no modelo federativo, pois, em última instância, a escolha de um modelo que assegure a *diversidade na unidade* é uma opção do titular do poder constituinte.

Nesse sentido, Tocqueville assinala:

“Na América, o princípio da soberania do povo não é estéril nem está escon-

contra Maryland, em que o Estado de Maryland tentava, através de tributação, esvaziar o banco federal criado pelo Congresso. Marshall demonstrou que ‘o poder de tributar é o poder de destruir’ e, como tal, a lei estadual é inconstitucional, pois o Estado, através da tributação, pode chegar ao ponto de anular as agências do Governo Federal”.

⁴¹ Transcrição de SCHWARTZ, op. cit., p. 15.

⁴² Ibidem, p. 22, 30, e 34.

⁴³ Ibidem, p. 34.

⁴⁴ Ibidem, p. 48.

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 10, refere-se, ainda, à repartição rígida de atributos da soberania.

dido, como sucede em outras nações; é reconhecido pelos costumes e proclamado pelas leis; espalha-se livremente e chega sem impedimentos às suas consequências mais remotas. Se existe país no mundo onde a doutrina da soberania do povo pode ser razoavelmente apreciada, onde ela pode ser estudada na sua aplicação aos negócios da sociedade, e onde seus perigos e suas vantagens podem ser julgados, esse país é com certeza a América”⁴⁶.

3.3. A análise do modelo americano sob a visão de Tocqueville na obra “Democracia na América”

A obra de Tocqueville⁴⁷ desperta renovado interesse em nosso tempo. “A Sociedade Tocqueville, sediada simultaneamente nos Estados Unidos e na França, edita uma revista e promove freqüentes seminários e encontros, dedicados ao eminente pensador”⁴⁸.

O grande feito de Tocqueville consiste em haver recuperado o prestígio da democracia, responsabilizada no início do século passado pelos desmandos da Revolução Francesa.

O primeiro volume da obra de Alexis de Tocqueville⁴⁹, *Democracy in America*, foi publicado em 1835, tendo sido muito aclamado.

⁴⁶ TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice Clérel de. *Democracia na América*. Edição condensada para o leitor moderno, por Richard D. Heffner. Tradução de João Miguel Pinto de Albuquerque. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969. p. 68.

⁴⁷ “Alexis de Tocqueville é filho de família francesa tradicional, tendo nascido a 29 de julho de 1805. Concluiu a Faculdade de Direito de Paris em 1825, aos 20 anos. Fez, durante 1826 e parte de 1827, uma viagem de estudos à Itália. Ingressou na Magistratura, como Juiz-Auditor em Versalhes, onde seu pai era prefeito. Vivia-se o chamado período da Restauração, subseqüente à queda de Napoleão” (...) “Em 1835 Tocqueville publica o Livro I de A Democracia na América subdividido em duas partes. O Livro II somente aparece em 1840” (TOCQUEVILLE. *Democracia na América*. Posfácio de Antonio Paim; tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Itatiaia, 1987. p. 1-2).

⁴⁸ Ibidem, p. 1.

⁴⁹ Conforme Richard D. Heffner dispõe na introdução da versão portuguesa intitulada *Democracia na América, verbis*: “Alexis de Tocqueville chegou aos Estados Unidos em maio de 1831 e de lá retornou para sua terra, a França, em fevereiro de 1832, apenas nove meses mais tarde, portanto. Não obstante, já há bem mais de um século sua Democracia na América vem proporcionando aos leitores uma riqueza incomparável de descrição, análise e profecia, a respeito de quase todos os aspectos do cenário americano”. (TOCQUEVILLE, op. cit., 1969. p. 13).

Em seguida, em 1835, publicou-se o segundo volume; desde então, as teorias de Tocqueville, apresentadas nessa obra, têm sido objeto de muita discussão e interesse.

Na introdução de sua obra, Alexis de Tocqueville⁵⁰ assinala, de forma perspicaz :

“Dentre as coisas novas que me atraíram atenção durante a permanência nos Estados Unidos, nada me surpreendeu com mais força do que a igualdade geral de condição entre o povo. Prontamente percebi a influência prodigiosa que este fato fundamental exerce no curso inteiro da sociedade; dá uma direção peculiar à opinião pública e um teor peculiar às leis; leva, a novas máximas, as autoridades governantes e, a hábitos peculiares aos governados”(grifo nosso).

No entanto, Tocqueville⁵¹ estava apenas relatando, não aprovando. A obra *Democracia na América* não é um hino de louvor às virtudes do igualitarismo ou do governo da maioria. Ao contrário, esse estudo clássico *rejeita, em parte, a mágica equação americana: de igualdade com liberdade, de democracia com liberdade*. Ilustrando tal assertiva, significativa a passagem que indica:

“Não acredito que haja um país no mundo onde, em proporção à população, haja tão poucos indivíduos ignorantes e, ao mesmo tempo, tão pouco eruditos”⁵².

Em outra significativa passagem afirma:

“Portanto, a maioria tem, nos Estados Unidos, imenso poder de fato, e poder de opinião quase tão grande; e quando esta se forma a respeito de um assunto, não há, talvez, obstáculos que possam, não digo detê-la, mas mesmo retardar-lhe a marcha, deixá-la escutar as queixas dos que esmaga na passagem.

As conseqüências desse estado de coisas são funestas e perigosas para o futuro.

⁵⁰ Ibidem, p. 33.

⁵¹ Conforme HEFFNER, op. cit., *verbis*: “O fato de Alexis Charles Henri Clérel de Tocqueville ter sido um crítico tão vigoroso da democracia americana, de haver investido tão duramente contra os pressupostos em que ela se baseava, era inteiramente de esperar, pois esse brilhante francês era aristocrata completo, herdeiro de uma ilustre tradição de família, de conservantismo, de independência intelectual e de individualismo, que não tinha afinidade alguma com o igualitarismo desenfreado que caracterizava a América jacksoniana.” (TOCQUEVILLE, op. cit., 1969. p. 16).

⁵² Ibidem, p. 65.

Considero ímpia a máxima segundo a qual, em matéria de governo, a maioria de um povo tem o direito de tudo fazer e, no entanto, situa a origem de todos os poderes nas vontades da maioria. Estaria em contradição comigo mesmo?

Existe uma lei geral que foi feita, ou pelo menos adotada, não somente pela maioria de tal ou tal povo, mas pela maioria de todos os homens. Essa lei é a justiça. A justiça forma, portanto, o limite do direito de qualquer povo (...) Quando me recuso a obedecer a uma lei injusta, não nego à maioria o direito de dirigir; apelo à soberania do gênero humano contra a soberania do povo”⁵³ (grifo nosso).

3.4. O governo local – a independência do município como corolário da soberania do povo na visão de Tocqueville

Em rica passagem de sua obra, ao ressaltar a íntima ligação entre *o povo e o poder* na incipiente nação americana, Tocqueville afirma:

“Em alguns países, embora o poder seja estranho em certa medida ao corpo social, o dirige e força a seguir certo caminho. Em outros, a força dominadora está dividida, estando em parte dentro e em parte fora das fileiras do povo. Mas nada disso se vê nos Estados Unidos; lá a sociedade governa-se a si própria por si própria. Todo o poder se centraliza em seu seio. Mal se poderia encontrar um indivíduo que se atrevesse a conceber, ou ainda menos, a expressar a idéia de o procurar noutro lugar. A nação participa da confecção das leis pela escolha de seus legisladores, e na execução das mesmas pela escolha dos agentes do governo executivo; quase pode dizer-se que se governa a si própria, tão fraca e restrita é a parte deixada à administração, tão pouco as autoridades esquecem sua origem popular e o poder do qual emanam. *O povo reina no mundo político americano como Deus no universo. O povo é a causa e o objetivo de todas as coisas; tudo vem dele, e tudo é absorvido nele*”⁵⁴ (grifo nosso).

⁵³ *A democracia na América*. Tradução J. A. G. Albuquerque. (Os pensadores, 19) São Paulo : Abril Cultural, 1973. p. 241.

⁵⁴ Ibidem, p. 69-70.

Sempre reafirmando que “o princípio da soberania do povo governa a totalidade do sistema político dos anglo-americanos”⁵⁵. Esse aristocrata francês faz *uma comparação importíssima entre a necessária distribuição de poder e o direito fundamental de igualdade*, ao esclarecer o porquê da obediência ao governo pelo cidadão: “Nas nações que reconhecem a soberania do povo, cada indivíduo tem um quinhão de poder igual, e participa igualmente do governo do Estado. Por que, então, obedece ele ao governo e quais são os limites naturais de sua obediência? Cada indivíduo deve estar tão bem informado, ser tão virtuoso e forte como qualquer de seus concidadãos. Obedece ao governo não por ser inferior aos que o conduzem, ou por ser menos capaz do que qualquer outro de se governar a si próprio, mas porque reconhece a utilidade da associação com os outros homens e sabe que tal associação não pode existir sem uma força reguladora. É um súbito em tudo o que concerne aos deveres dos cidadãos entre si; é livre e só responsável perante Deus, no que lhe diz respeito a si próprio. Daí surge a máxima, de que cada um é o melhor e único juiz de seu próprio interesse particular, e a sociedade não tem o direito de controlar as ações do homem, a não ser que elas sejam prejudiciais ao bem-estar comum, ou a não ser que o bem-estar comum exija a sua ajuda. Esta doutrina é, universalmente, admitida nos Estados Unidos. Examinarei agora a influência geral que exerce nas ações ordinárias da vida; estou falando agora dos corpos municipais.

O município (*townships*), tomado como um todo, e em relação ao governo central, é apenas um indivíduo, como qualquer outro ao qual seja aplicável a teoria que acabo de descrever”⁵⁶ (grifo nosso).

Assim, ao indicar a abstenção da atividade estatal na esfera particular de cada indivíduo, com fundamento na soberania popular que não permite uma subordinação do Estado sobre o indivíduo, Tocqueville passa em seguida a examinar a independência (no sentido de “escolha da forma de agir”) dos municípios vista como consequência natural do princípio da soberania do povo:

“A independência municipal nos Estados Unidos é, portanto, uma consequência natural deste próprio princípio da soberania do povo. Todas as repúbli-

⁵⁵ Ibidem, p. 70.

⁵⁶ Ibidem, p. 70-71.

cas americanas, mais ou menos, o reconhecem; mas as circunstâncias favorecem, particularmente, o seu crescimento na Nova Inglaterra.

Nesta parte dos Estados Unidos, a vida política teve origem nos municípios; e quase se pode dizer que cada um deles forma originalmente uma nação independente. Quando os reis da Inglaterra afirmaram, depois, sua supremacia, ficaram contentes por assumir o poder central do Estado. Deixaram os municípios onde antes estavam; e, embora estejam agora sujeitos ao Estado, não o eram a princípio e nunca completamente o foram. Não receberam os seus poderes da autoridade central, mas, ao contrário, abdicaram de uma parte de sua independência em favor do Estado. Trata-se de distinção importante, que o leitor deverá, constantemente, recordar. Os municípios são, geralmente, subordinados ao Estado apenas nos interesses a que chamarei sociais, por serem comuns a todos os outros. São independentes em tudo o que só a eles diz respeito; e não acredito que entre os habitantes da Nova Inglaterra se encontre um único homem que reconheça ter o Estado qualquer direito de interferir nos negócios de seu próprio município. As cidades da Nova Inglaterra compram e vendem, processam ou são acusadas, aumentam ou diminuem suas taxas e nenhuma autoridade administrativa jamais pensa em oferecer qualquer oposição”⁵⁷ (grifo nosso).

Ao delimitar a subordinação dos municípios ao Estado apenas aos interesses por ele chamados de *sociais* (comuns a todos os municípios), Tocqueville constatava a necessidade de divisão das competências locais e nacionais, consoante ilustra o texto abaixo:

“Há certos deveres sociais, contudo, que estão empenhados em cumprir. Se o Estado está necessitado de dinheiro, a cidade não pode reter os abastecimentos; se o Estado projeta uma estrada, o município não pode recusar autorização para ela atravessar o seu território; se o Estado fizer um regulamento de polícia, a cidade deve pô-lo em vigor; se for promulgado um sistema uniforme de instrução pública, todas as cidades estão obrigadas a estabelecer as escolas que a lei

ordenar. Quando passar a examinar a administração da lei nos Estados Unidos, acentuarei a maneira e os meios segundo os quais os municípios são compelidos a obedecer nos diferentes casos; agora, quero mostrar apenas a existência da obrigação. Por estrita que seja essa obrigação, o governo do Estado apenas a impõe em princípio, e, em seu desempenho, o município retoma todos os seus direitos independentes. Assim, os impostos são votados pelo Estado, mas são arrecadados e coletados pelo município; o estabelecimento de uma escola é obrigatório, mas o município constrói, paga e superintende a mesma. Na França, o coletor estadual recebe os impostos locais; na América, o coletor da cidade recebe os impostos do Estado. Assim, o governo francês empresta seus agentes à *commune*; na América, o município empresta seus agentes ao governo. Só isso mostra o quanto amplamente diferem as duas nações”⁵⁸

Portanto, consoante ressalta a obra de Tocqueville, há evidente identidade entre o modelo federativo americano que valoriza a autonomia regional, e a proteção dos direitos fundamentais: igualdade e liberdade.

4. A autonomia regional e a descentralização administrativa como mecanismos clássicos de defesa dos direitos de liberdade

Os elaboradores da Constituição americana rejeitaram não só o modelo confederativo como, também, o modelo unitário de governo. Ao invés, eles fundaram o novo governo americano em uma teoria completamente nova: o federalismo. Em uma confederação, os Estados soberanos, por meio de tratados internacionais, cooperam mutuamente um com o outro. A soberania permanece com os Estados e os indivíduos são cidadãos dos respectivos Estados. Em um sistema unitário, por outro lado, o governo nacional é soberano e os Estados-membros, caso existam, são meros braços administrativos do governo central. *No sistema federativo americano clássico, o povo constitui o único detentor da soberania e delega poucos poderes ao governo nacional e alguns outros poderes para os Estados-membros.* Indivíduos são, ao mesmo tempo, cidadãos do governo geral e dos Estados-membros.

⁵⁷ Ibidem, p. 71.

⁵⁸ Ibidem, p. 72.

Este breve resumo mostra-se importante por duas razões. Primeiro, por assinalar que o sistema federal americano não se constitui simplesmente de um conjunto de Estados *longa manus* do poder central. Os Estados americanos não são unidades administrativas que só existem para implementar políticas feitas pelo governo central. Os Estados funcionam, de forma independente e autônoma, implementando políticas a eles asseguradas na Constituição por parcela expressa de poder, deferida pelo titular do poder constituinte.

Ademais, no Federalismo Clássico, os elaboradores da Constituição esperaram que os Estados-membros fossem os principais agentes elaboradores das ações estatais no sistema federal. Os poderes delegados ao governo federal são comparativamente menores em número e em importância, relacionando-se, principalmente, com a matéria diplomática, militar e assuntos econômicos nacionais, como o fluxo de mercadorias entre os Estados-membros. *Os temas estatais fundamentais para os indivíduos permaneceram no âmbito do próprio Estado-membro, para solucionar os problemas de acordo com as características locais.*

Essa *autonomia regional e descentralização administrativa* constituem característica básica do modelo federativo americano, tendo íntima correlação com a proteção dos direitos fundamentais de então; isso porque, no Estado liberal, preocupa, sobremaneira, a limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado em sentido comissivo e construtivo.

Esses direitos fundamentais de primeira geração referem-se principalmente às liberdades individuais, tais como liberdade pessoal de pensamento, de religião, de reunião e de liberdade econômica.

Nesse momento, é adequado e proveitoso apresentar, como uma moldura de referência para esta análise, o Preâmbulo da Constituição americana que expressa íntima relação entre o Estado americano instituído pela Constituição e a proteção das *liberdades públicas, verbis*:

“Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de constituir uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a Tranqüilidade doméstica, providenciar a Defesa comum, promover o Bem-Estar geral e assegurar as Béncções da Liberdade para nós e nossa Posteridade, determinamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América”

Consoante ensinamento de Benjamin Fletcher Wright:

“Os seis objetivos deste preâmbulo podem ser divididos em dois grupos de três cada um. O primeiro inclui formar uma união mais perfeita, assegurar a tranqüilidade doméstica e providenciar a defesa comum. Todos estes estão intimamente relacionados com o problema central e dominante da controvérsia da ratificação, tendo sido bastante discutidos, até repetitivamente, e mesmo com ocasionais inconsistências. A ênfase atribuída à ordem, ao poder e à estabilidade é em parte o resultado da concepção de Hamilton sobre a natureza e finalidade do governo, mas deve também ser creditada às circunstâncias da época e à natureza da discussão. O debate sobre justiça, bem-estar geral e *liberdade* é, por outro lado, incompleto e insatisfatório – a menos que tenhamos o cuidado de recordar as hipóteses admitidas no debate pelos dois partidos e quase universalmente aceitas pelo voto popular”⁵⁹ (grifo nosso).

4.1. Liberdades públicas e Estado Liberal

4.1.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DAS LIBERDADES PÚBLICAS COMO PRESTAÇÃO MERAMENTE NEGATIVA

Dá-se o nome de liberdades públicas àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado. Constituem um dos componentes mínimos do Estado de direito. Neste, o exercício dos poderes do Estado não vai ao ponto de ignorar que existem limites para a sua atividade além dos quais invadiria esfera jurídica do cidadão. As liberdades públicas, assim, dizem respeito, num primeiro momento, a uma inibição do poder estatal, ou seja, a uma prestação meramente negativa; os direitos individuais clássicos são satisfeitos pela não-interferência do Estado.

A expressão *liberdades públicas* tornou-se, nos últimos tempos, importante, a ponto de converter-se em alguns países (a França, por exemplo) em título de disciplina universitária. Um dos autores mais expressivos, dentro da literatura já formada para tal disciplina, Georges Burdeau, utiliza, tratando dos institutos de direito público que se referem ao problema, a frase “*mise en oeuvre de la liberté*”⁶⁰.

⁵⁹ Segundo WRIGHT op. cit., p. 23-24.

⁶⁰ BURDEAU apud SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias : estudos de direito público e teoria política*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1980. p. 29.

Por outro lado, é fato bastante conhecido que o conceito de liberdade tem variado muito, quer no modo de ser entendido, quer na forma de ser negado ou afirmado, desejado ou repudiado, e na sua relação com a experiência de liberdade, situada neste ou naquele plano do viver⁶¹. A tentativa de formular uma noção geral esbarra sempre, se se trata da liberdade, com hesitações impostas pelo conhecimento de debates seculares, e com a tendência analítica que decompõe a representação da liberdade em diversos planos ou aspectos, cada qual conceitualmente distinto.

Nesse diapasão, Nelson Saldanha ensina que:

“A experiência da liberdade, no plano da vida social e das instituições, implica uma série de condições. É uma observação de cunho geral que parece possível desde logo é a seguinte: a liberdade, a partir do desenvolvimento dos grupos, se tornou cada vez mais possível, em face da superação do chamado poder difuso e das lideranças primitivas; entretanto, o passar dos tempos veio por vezes tornar mais difícil a liberdade, com a complexificação da vida social impondo sobre os indivíduos mecanismos sempre mais pesados de controle e de pressão. De qualquer sorte, a experiência de liberdade propriamente dita se dá no curso e nas estruturas da vida social, dentro de contextos que correspondem a soluções organizacionais específicas. Neste sentido se entende a frase muito britânica de Heyeck: *freedom is not a state of nature but an artifact of civilization*. Sim, tanto a liberdade como a sua falta *são obras da vida civilizada*, e este é um dado que põe como problema a responsabilidade dos homens em se auto-ordenarem: uma responsabilidade diretamente refletida nos debates e nas indagações, e indiretamente manifestada nas oscilações institucionais, na diversificação dos regimes e das formas da ordem”⁶² (grifo nosso).

Na mesma ordem, Colliard ensina:

“as relações do indivíduo e do Estado constituem o próprio centro dos proble-

⁶¹ Nesse sentido: “A garantia jurídica das liberdades públicas traduz, no direito positivo, uma certa concepção ideológica das relações do homem com a sociedade, pelo que seu aparecimento e evolução se explicam em função dessa ideologia” (RIVERO apud CRETTELLA JÚNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 11).

⁶² SALDANHA, op. cit., p. 30.

mas jurídicos do homem. Os sistemas políticos oscilam com uma série de pontos de equilíbrio intermediários entre uma fórmula que nega as liberdades humanas (concepção dita comunitária, ou totalitária) e uma fórmula que exalta as liberdades individuais (concepção denominada individualista). O que importa, porém, é assinalar os limites dos sistemas, pois não se encontram, nunca, no estado puro, sociedades totalitárias ou sociedades totalmente individualistas, porque, levadas ao extremo, as liberdades públicas destroem todo organismo social e significam anarquia”⁶³.

Assim, a Federação americana, nessa abordagem, deve ser vista sob o prisma de um Estado que se aproxima mais da concepção denominada individualista, pois exalta a liberdade individual, à medida que favorece a distribuição do poder estatal, em diferentes esferas de atuação, com a clara finalidade de administração descentralizada que favoreça a liberdade individual, respeitando a diversidade dos indivíduos que compõem o Estado.

Evidentemente, estima-se defende-se a liberdade como algo valioso e é fácil afirmar que os progressos históricos representam acréscimos em sua proteção e em sua generalização. Mas, por dentro desta evidência, pode-se descobrir um postulado constituído e defendido pela própria ideologia liberal.

A liberdade tem um caráter histórico porque depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade e sobre si mesmo em cada momento histórico; entretanto, sempre se ressaltou a valorização da pessoa humana. A liberdade é, portanto, conquista constante. O conteúdo da liberdade amplia-se com a evolução da humanidade. Fortalece-se e estende-se, à medida em que a atividade humana se alarga.

Cumpre lembrar, como ensina Emile Durkheim⁶⁴, que a pessoa é uma categoria histórica, isto é, o valor da pessoa humana hoje reconhecido com *auréola de santidade* é fruto da civilização humana.

A importância da *pessoa*⁶⁵, como categoria filosófica, relaciona-se diretamente com a temá-

⁶³ COLLIARD, apud CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., p. 13.

⁶⁴ DURKHEIM, apud REALE, Miguel. Pluralismo e liberdade. São Paulo : Saraiva, 1963. p. 63.

⁶⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre :

tica das chamadas liberdades públicas. Foi essa preocupação com o ser humano, nas suas relações com o ente estatal, que fizeram com que fossem estabelecidas esferas individuais de proteção na qual a atuação estatal não poderia infiltrar-se.

No cerne da construção constitucional ocidental moderna, erige-se o valor liberdade como direito fundamental, tendo a revolução americana como um dos marcos, ao lado da revolução francesa⁶⁶. Consoante ensinamento de Geraldo Ataliba:

“No centro da construção constitucional ocidental moderna – como proposta pelo constitucionalismo informador das Revoluções francesa e norte-americana – está a tábua de direitos do homem e do cidadão, o rol das chamadas liberdades públicas. Quase todas as constituições do constitucionalismo têm, como a nossa, uma lista de direitos assegurados aos cidadãos (e muitas vezes, também, a não cidadãos). Esses chamados direitos individuais são postos como fulcros dos sistemas constitucionais”⁶⁷.

Com o liberalismo triunfante, por meio das revoluções que derrubaram as monarquias absolutas, o valor liberdade se erigiu pública e até

Fabris, 1996. p. 45, ensina, *verbis*: “A importância da pessoa como categoria filosófica avulta-se no mundo contemporâneo tendo em vista que muitas vezes é o próprio valor do ser humano que está posto em causa. A despeito das conquistas alcançadas no campo dos direitos humanos, porém, as vicissitudes e as constantes crises e guerras a que são submetidos diferentes povos e nações revelam que o processo de afirmação do homem como pessoa portadora de valores éticos insuprimeíveis, tais como a dignidade, a autonomia, a liberdade, exigem uma constante vigilância. Talvez por isso a filosofia dos valores seja hoje disciplina que se expande e impulsiona uma axiologia jurídica”.

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 34, afirma que: “O campo estava preparado, portanto, para o surgiimento da Reforma, cujo princípio fundamental foi a liberdade de consciência, de Rousseau, do enciclopedismo e da Revolução Francesa. Nos Estados Unidos, de corrente da experiência inglesa, estava preparado o espírito para as declarações de direitos de Virgínia, Nova Jersey e Carolina do Norte. A Revolução Francesa e a Independência Americana, através de declarações formais de direitos, consagravam, então, a experiência inglesa da Magna Carta e do Habeas Corpus Act de 1679, especialmente quanto à consciência de que direitos somente têm consistência se acompanhados dos instrumentos processuais para a sua proteção e efetivação” (grifo nosso).

⁶⁷ ATALIBA. Liberdades públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 93, jan./mar. p. 99, 1987.

oficialmente em valor dominante. Do ponto de vista do liberalismo clássico, a existência de instituições políticas (que alguns radicais encaravam como um *mal necessário*), era função das vontades intrinsecamente livres dos indivíduos, e toda a história seria, como forma de *progresso*, uma inexorável aproximação ao ideal da liberdade plena. O liberalismo ensejou inclusive a formação de um conceito novo de saber, não tão novo talvez por provir da Renascença: o saber como algo público, distinto do saber oculto e secreto de outras épocas. Este conceito do saber como coisa pública, obra da ilustração e do acesso de todos à razão e à ciência, completava-se com o de uma verdade objetiva, conhecida por meio do saber progressivo, do debate franco, função de vida social liberada de parcialismo e privilégios, sobretudo privilégios feudais.

Esse conceito de saber promoveu também a tendência que ficou, marcadamente, caracterizando a cultura ocidental moderna e contemporânea, em contraste com as culturas antigas em geral, quase sempre dotadas de poucos livros principais: senão mesmo de um só. Do mesmo modo, a mentalidade ocidental contemporânea assumiu um crescente pluralismo em matéria de posições filosóficas, em matéria de estilos artísticos, em matéria de leis. Em lugar da *lei*, no singular, as leis, no plural, como experiência sempre mais numerosa, apesar de ser falar na *lei* em sentido genérico, e de ter-se o Estado como fonte única do Direito, nisso negando-se o pluralismo de fontes que houve na Idade Média.

Na primeira vaga romântica, Benjamin Constant arrolou como direitos individuais os seguintes: *a liberdade individual, o julgamento pelo júri, a liberdade religiosa, a liberdade de indústria, a inviolabilidade da propriedade e a liberdade de imprensa*⁶⁸. Sua teoria constitucional, conciliatória e realista, incluía as conquistas liberais temperando-as com o *doutrinário* nascente.

Dentro ainda do pensamento do século XVIII, um dos momentos mais importantes para o nosso tema foi a diferenciação, indicada (e até sentida) por Jean-Jacques Rousseau, entre a liberdade *natural* ou física e a liberdade *civil*, isto é, social e política. Para Rousseau, os homens depois do contrato social se encontram inseridos num corpo que deve ser coeso e *onde a liberdade de cada qual consiste principalmente em incluir sua vontade no conjunto* for-

⁶⁸ CONSTANT apud SALDANHA op. cit., p. 33.

*mado pelas vontades de todos*⁶⁹. Tocqueville, em esclarecedora passagem sobre esta temática, afirma, comentando as associações políticas nos Estados Unidos:

“O privilégio mais natural do homem, depois do direito de agir por si próprio, é o de combinar seus esforços com os de seus semelhantes, e de agir em comum com eles. O direito de associação, portanto, parece-me quase tão inalienável em sua natureza como o direito da liberdade pessoal. Nenhum legislador o pode atacar sem pôr em perigo os fundamentos mesmos da sociedade”⁷⁰.

4.1.2. LIBERDADE E ORGANIZAÇÃO ESTATAL SOB O ENFOQUE DE UM *STATUS NEGATIVUS*.

Assim, a mentalidade do constitucionalismo clássico entendia que a nação, ao constituir-se (e aqui se forjou a doutrina do *pouvoir constituant*), impõe aos indivíduos serem livres, ou seja, serem partes de um todo criado por consentimentos livres.

Esse espírito mostrou-se especialmente presente no incipiente Estado americano federado. Nesse sentido, Alexis de Tocqueville, ao tratar das “Vantagens do sistema federal em geral, e sua utilidade especial na América” ensina:

“Entre as pequenas nações, o olho da sociedade penetra em toda parte; o espírito de melhoria desce até os menores detalhes; por ser a ambição do povo em muito grande parte compensada pela sua fraqueza, os seus esforços e recursos voltam-se quase inteiramente para o seu bem-estar interior e não são de modo algum sujeitos a dissipar-se na bruma vã da glória. Ademais, como as faculdades de cada um são geralmente limitadas, assim o são também os seus desejos. A mediocridade da fortuna torna as condições mais ou menos iguais; os costumes têm uma maneira de se conduzir simples e tranquila. Assim, a levar tudo em conta e considerando os diversos graus de moralidade e conhecimentos, encontra-se ordinariamente nas pequenas nações mais confortos, mais população e mais tranquilidade que nas grandes”⁷¹.

Segundo Oscar e Mary Handlin:

“O homem livre, escreveu Helvécio,

⁶⁹ SALDANHA, op. cit., p. 33.

⁷⁰ TOCQUEVILLE, op. cit., 1969. p. 115.

⁷¹ TOCQUEVILLE, op. cit., 1987, p. 124.

‘é aquele que não está em feros, nem encarcerado, nem aterrorizado como um escravo, pelo medo do castigo’. Tal conceito remonta à definição de Hobbes: ‘A liberdade (ou a autonomia) consiste propriamente na ausência de oposição... Um *homem é livre* quando não é impedido de fazer aquilo que deseja fazer e que, pela sua vontade e inteligência, é capaz de fazer’.

Esses princípios expressam um dos postulados fundamentais da teoria política do Ocidente, nos últimos três séculos. A liberdade, sobe esse prisma, é a antítese do outro. A liberdade é, portanto, um estado a que chega um indivíduo resguardando-se da coação ou ameaça de coação. Robinson Crusoe, habitando um mundo onde superior algum impõe, nem lei alguma o constrange, é o protótipo do homem inteiramente livre”⁷².

Os filósofos e historiadores que abraçaram essa concepção descreveram a liberdade em termos negativos (*status negativus*)⁷³. Procuraram a compreensão de seu desenvolvimento pela análise de como os homens se defenderam a si próprios e os seus direitos contra a restrição. Nos tempos modernos, tendo sido o Estado o organizador dos meios mais eficientes de coerção, a história da liberdade vem sendo escrita largamente como uma sucessão de fatos e tendências, por meio dos quais o povo tem aprendido a se defender da interferência estatal.

No presente estudo, não é necessário deter-se na apreciação da validade do conceito negativo como uma proposição abstrata e filosófica. Mas é indispensável julgar a adequação desse conceito para poder explicar como agiu o povo em certas circunstâncias que podiam ser tidas como livres.

Para explicar algumas fases da evolução de leis que contribuíram para a liberdade nos Estados Unidos, muito vale a idéia da ausência de restrição. A luta contra as restrições estatais favoreceu o estabelecimento da liberdade de palavra e de imprensa, de consciência e de cátedra.

⁷² HANDLIN, Oscar e Mary. *As dimensões da liberdade*. Tradução Edilson Alkmim Cunha. São Paulo : Fundo de Cultura, 1961. p. 19.

⁷³ Segundo Robert Alexy, ao descrever “a teoria dos *status*” de Georg Jellinek, o *status* negativo corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É, pois, uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer: tanto sua omissão como sua realização estão permitidas.

O caráter negativo, da concepção de liberdade, diminui, porém, a sua utilidade. Essa concepção estreita limita a matéria de modo a excluir seus aspectos críticos. Destarte, ficam preteridos importantes acontecimentos, cuja análise o critério da coação externa oferece pouca vantagem. Por exemplo, os repórteres têm menos liberdade de expressar sua própria opinião do que os professores; não porque eles estejam mais sujeitos ao controle externo, mas porque um jornal é uma instituição diferente de uma universidade⁷⁴. Para entender a diferença é preciso saber por que os direitos específicos dos editores e das congregações evoluíram de modo diverso e por que um intricado desenvolvimento social destinou, na comunidade, para a imprensa um *status* e para a universidade, outro.

A evolução da liberdade de consciência é outro exemplo do malefício da concepção negativa da liberdade. Ao se estabelecerem as colônias, o Estado exercia rígida supervisão sobre o culto. A um século e meio, sua capacidade de intervir nesse campo não diminui; a história daquela época está repleta de assaltos à liberdade de consciência. No entanto, por volta de 1760, antes de quaisquer mudanças na lei ou na forma de governo, essa liberdade era amplamente admitida. A tolerância religiosa do meado do século XVIII não foi o resultado da soma de resistência aos ataques passados, mas de forças sociais e culturais totalmente diversas⁷⁵.

Além disso, é impossível tratar de conflitos de liberdades se essas são mensuradas sim-

⁷⁴ TOCQUEVILLE, op. cit., 1973. p. 226, afirma: "Nos Estados Unidos, quase não há povoado mais importante sem seu jornal. Admite-se, sem dificuldade, que entre tantos combatentes não se possa estabelecer disciplina, nem unidade de ação: cada um alça seu próprio pavilhão. Os jornais não podem, portanto, nos Estados Unidos, fomentar essas grandes correntes de opinião que derrubam ou transbordam dos mais compactos diques. Essa divisão das forças da imprensa produz, ainda, outros efeitos não menos notáveis: sendo fácil a criação de um jornal, todo mundo pode fazê-lo; por outro lado, a concorrência faz com que um jornal não possa esperar grandes lucros, o que impede as altas capacidades industriais de se meterem nesse tipo de empresa".

⁷⁵ TOCQUEVILLE, (ibidem, p. 250), afirma: "A maior parte da América inglesa foi povoada por homens que, após terem-se subtraído à autoridade do papa, não se submeteram a nenhuma supremacia religiosa; trouxeram, portanto, para o Novo Mundo, um cristianismo que não poderíamos retratar melhor, senão chamando-o de democrático e republicano: isso facilitou singularmente o estabelecimento da república e da democracia nos negócios públicos. Desde o princípio, a política e a religião se puseram de acordo e daí para a frente nunca mais deixaram de estar. (...)"

plesmente pela ausência de restrição. Como conciliar a liberdade de imprensa com o direito de sigilo dos indivíduos de que ela se ocupa, ou como harmonizar o direito de greve dos empregados de uma indústria, com a habilidade de algum grupo descontente em boicotá-la? As leis antitrustes, limitando os direitos do monopolizador em benefício de seus fregueses, prejudicaram a liberdade? *Pelo critério da ausência de restrição, o mais que se pode dizer é que tais casos envolvem vantagem para os direitos de uns e prejuízo para os de outros.* Daí não ser possível proceder à apreciação do resultado, se redundou ou não, de modo geral, em proveito ou detimento para a liberdade. Sob esse prisma, nenhuma sociedade pode ser considerada totalmente livre.

Assim, a concepção da liberdade como ausência de restrição se restringe às ameaças eventuais de interferência surgidas em fragmentadas áreas de experiência social. A definição de liberdade como ausência de restrição foi o produto de condições históricas peculiares. Entender-se-á melhor a adequação do conceito negativo de liberdade por meio de uma análise do modo em que era então empregada a palavra.

A liberdade, nos séculos XVIII a XIX, justificou-se como um ataque contra um sistema de privilégios herdado do passado. No feudalismo, havia uma complicada ordem ou hierarquia de direitos e privilégios, entre os quais as prerrogativas da Coroa e as faculdades da nobreza, do clero, das corporações municipais e outras.

Tais faculdades não eram nem restritas nem gerais, mas se particularizavam propriamente como pertencentes a diferentes grupos ou posições. Os privilégios de pessoas, de corporações, da nobreza não eram idênticos. A cada qual eram atribuídas as faculdades que lhe competiam pela classe ou situação que ocupasse na ordem social total. E, para a preservação dessas graduadas faculdade, mais tarde consideradas "um incômodo geral", foram empregados todos os meios úteis de coerção.

Contra essas prerrogativas, grupos sociais descontentes e desprivilegiados travavam uma longa luta que, começando muitas vezes pela questão de um privilégio particular, terminavam, freqüentemente, no repúdio de todo direito de privilégio em geral. O processo criava um baluarte de garantias positivas contra os antigos abusos do poder. A estratégia era necessariamente negativa, dedicada, como era, à erradicação de práticas profundamente arraigadas na tradição, na lei e na política.

Na luta contra o privilégio, o povo clamava pela liberdade, mas somente na acepção geral do termo do século XVI: a distinção de pessoas de condição servil das que não o eram. Servos, escravos, criados, eram pessoalmente não livres, por se acharem sujeitos à vontade e à autoridade de um senhor; os homens livres não eram assim dependentes. *Conseqüentemente, na luta contra o privilégio, a liberdade revestiu-se do sentido principal de resistência à coerção. Ansiosa, acima de tudo, por libertar o indivíduo dos grilhões que o impediam de usar de seus direitos, aquela época inclinou-se a conceber a liberdade nos termos de Helvécio como a antítese do poder de outros.*

4.2. O núcleo político do Estado liberal na visão de macridis

As revoluções burguesas propiciaram a emergência do Estado Liberal, cuja preocupação maior era dar, àqueles que controlavam a economia (os burgueses), *ampla liberdade de exercerem suas atividades, sem estarem ameaçados por qualquer outro poder*. Os liberais pregavam o respeito aos direitos individuais, mas, quanto ao mercado, este deveria regular-se por si só.

Roy C. Macridis⁷⁶, cientista político, nos ensina, *verbis*:

“O indivíduo – suas experiências e seus interesses – é o conceito básico associado à origem e crescimento do liberalismo e das sociedades liberais. O conhecimento e a verdade derivam do raciocínio do indivíduo que, por sua vez, é formado pelas associações que os seus sentidos fazem a respeito do mundo exterior, pela experiência(...)

O liberalismo é uma ética individualista pura e simples. Nas suas fases iniciais, o individualismo se expressa em termos de direitos naturais, liberdade e igualdade. Ele está embebido no pensamento

⁷⁶ No prefácio da obra *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura, Brasília : Editora Universidade Brasília, 1982. p.13; Roy C. Macridis assinala que “as ideologias moldam as nossas motivações, as nossas atitudes e os regimes políticos sob os quais vivemos. Elas dão formas a nossos valores”. Assim, esse autor ressalta algo importantíssimo que se procura demonstrar nesse trabalho, qual seja a íntima relação entre “as ideologias” e os valores a serem por ela alcançados, seja na expressão da *forma de Estado* (unitário e federado), seja na expressão de ideologias políticas como o liberalismo.

moral e religioso, mas já aparecem os primeiros sinais de uma psicologia que considera os interesses materiais e a sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo. Em sua segunda fase, o liberalismo se baseia numa teoria psicológica segundo a qual a realização do interesse é a principal força que motiva os indivíduos”⁷⁷.

Nesse sentido, os liberais exaltavam como valores básicos a serem defendidos: *o individualismo e as liberdades individuais* como forma de desafio e limite ao poder político do Estado.

Assim, esse professor formado em Direito pela Universidade de Paris ensina :

“Os liberais proclamavam o individualismo e as liberdades individuais – especialmente a liberdade de movimento e de comércio; eles tomaram emprestado do passado para desenvolver *o que gradualmente se tornou uma teoria abrangente de direitos individuais a desafiar e a limitar o poder político absoluto*”⁷⁸ (grifo nosso).

Macridis, buscando uma melhor compreensão do que foi o liberalismo, divide a *democracia liberal em três núcleos básicos: o moral, o econômico e o político*⁷⁹.

No *núcleo moral*, deve o indivíduo ser respeitado e ter a liberdade de buscar a sua auto-realização. A liberdade divide-se em *liberdade pessoal* (todos os direitos que protegem o indivíduo contra o governo), compreendendo as liberdades individuais de pensamento, expressão e crença e *liberdade social*, a de progredir ou mover-se socialmente, independentemente de raça e de crença, objetivando alcançar uma posição na sociedade compatível com suas potencialidades.

O *núcleo econômico* representa o propósito de liberar a atividade econômica individual, resultando nas liberdades econômicas (direito de propriedade, de herança, de produção, de acumular, de comprar e vender e de realizar contratos).

A base teórica encontra-se em autores como Adam Smith⁸⁰ (*A Riqueza das Nações*), Jeremy

⁷⁷ Ibidem, p.37.

⁷⁸ Ibidem, p. 38.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Adam Smith, economista escocês (1723-1790), formulador da Teoria do Liberalismo Econômico, é um dos mais influentes teóricos da Economia moderna. Em 1763, durante uma viagem à França e à Suíça, entra

Bentham⁸¹ e o utilitarismo e, ainda, John Stuart Mill e o auto-interesse esclarecido.

Por fim, o terceiro componente dessa tríade elaborada por Macridis é o *núcleo político, intimamente ligado com o tema das liberdades públicas, ora em estudo*, defende as liberdades individuais frente ao poder do Estado e prevê oportunidades iguais para todos. Coloca o direito do indivíduo de seguir a própria determinação, dentro dos limites impostos pelas normas, como fundamento das relações sociais. *Este núcleo político se compõe de quatro princípios básicos:*

a) o *consentimento individual*, baseado nas teorias contratuais, nas quais homens e mulheres consentiam em ligar-se a um sistema político e aceitar suas decisões, visando obter proteção, estabelecendo-se, assim, uma sociedade civil onde é estabelecida uma legislatura comum, um juiz comum e um executivo comum;

b) a *representação ou governo representativo*, a legislatura eleita pelo povo, constituída por aqueles que podem tomar as decisões em nome dele, sem no entanto privarem os indivíduos de seus direitos naturais, suprimirem suas liberdades ou tomar-lhes suas propriedades;

c) o *constitucionalismo*, que significa um documento escrito (a Constituição) que dá garantias para o indivíduo, ao limitar o poder do governo e estipular como as funções de governo devem ser executadas, bem como disciplinar o acesso ao poder por meio de eleições periódicas;

d) a *soberania popular*, significando, em última instância, que o poder reside no povo, e

em contato com os fisiocratas. Volta à Escócia e publica sua obra principal, *Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações* (1776). Nela, define os pré-requisitos do liberalismo econômico e da riqueza das nações: combate aos monopólios, públicos ou privados; não-intervenção do Estado na economia e sua limitação às funções públicas de manutenção da ordem, da propriedade privada e da Justiça; liberdade na negociação do contrato de trabalho entre patrões e empregados e livre-comércio entre os povos.

⁸¹ A filosofia utilitarista de Bentham pode ser entendida pelo fato de que esse autor defendia as liberdades com base na sua utilidade; assim, Macridis (op. cit, p. 44) ensina: “É, por exemplo, mais agradável (ou menos penoso) para um número maior de pessoas num sistema expressar livremente as suas idéias, adoração a Deus à maneira que escolheram, e ler o que lhes apraz. Seria penoso se houvesse censura e falta de liberdade de expressão e de crença”.

nele está a fonte de toda autoridade política⁸².

Assim, observa-se que, nos moldes de outros autores que tratam do tema liberalismo e respeito às liberdades individuais, Macridis comete um equívoco ao não elencar o Federalismo com característica do *núcleo político do Estado Liberal, intimamente ligado com o tema das liberdades públicas, pois, conforme se demonstra com base no modelo americano, esta forma de Estado favoreceu as liberdades individuais*.

4.3. O papel de promoção das liberdades públicas promovido pela autonomia regional e pela descentralização administrativa da Federação americana

4.3.1. A AUTONOMIA REGIONAL E A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NASCEM JUNTO COM O ESTADO AMERICANO

Antes da declaração da independência, o Congresso Continental havia recomendado às colônias que formassem governos estaduais independentes. Assim, a própria formação do Estado americano federado, originário de uma confederação, já trazia, desde a sua origem uma preocupação relevante com a autonomia regional e com a descentralização administrativa.

Conforme ensina Roscoe Pound⁸³, em obediência à autonomia de cada uma das antigas

⁸² A discussão sobre o liberalismo aconteceu de modo um tanto tardio no Brasil. Para o Professor Leonel Severo Rocha, o período no qual nasce a teoria liberal moderna no Brasil se dá nos últimos dez anos da Monarquia, que precedem a proclamação da República em 1889, e vai até a promulgação da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Para ele, “nessa fase, o Estado brasileiro, independente em 1822, fundado na herança do sistema administrativo e político português, vai tentar definir-se como instituição política moderna. Trata-se de uma importante transição, em que os atores sociais são ultrapassados pelos acontecimentos, e os discursos começam a ter uma difusão na sociedade jamais alcançada anteriormente, ultrapassando mesmo a intenção de seus emissores. Pela primeira vez, notadamente na discussão das eleições diretas e da abolição, o discurso político atingiria, muito além do então restrito espaço público, camadas mais profundas da sociedade. É praticamente o nascimento da política moderna e da ideologia no Brasil”. (ROCHA, Leonel Severo da. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1995. p.2).

⁸³ POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo : IBRASA, 1965. p. 64: “A ideia de constituição escrita tinha por precedente o Instrumento do Governo sob a Comunidade, mas era conhecida dos juristas da Revolução tanto pelas cartas que tinham lido nos livros de direito como pelas cartas sob as quais os governos coloniais e provinciais vinham funcionando, e às quais se haviam acostumado a repartir os poderes dos magistrados e dos legisladores. A

colônias inglesas, os Estados confederados americanos estabeleceram constituições estaduais. Seis entre essas constituições adotadas antes de 1787 continham declarações de direitos, tendo sido a da Virgínia a primeira a fazê-lo. As outras seis faziam constar do texto de uma a quatro garantias de direitos particulares, da mesma sorte que a Constituição federal originária não continha qualquer declaração separada de direitos, prefixada ou adicionada à constituição e dela fazendo parte. Entretanto, a partir da emenda à Constituição federal, em 1791, para incluir a declaração de direitos (*Bill of rights*), todas as constituições estaduais subsequentes também passaram a contê-la.

Ressaltando a liberdade como objeto comum de todas as Constituições americanas e sua indissolubilidade com a repartição dos poderes, Roscoe Pound assinala:

“Dos dispositivos que se encontram em mais de metade das primeiras declarações de direitos, três constam de todas, isto é, a garantia de julgamento por júri, liberdade de imprensa e que o acusado seja informado da acusação e confrontado com as testemunhas contra ele. Insistia-se especialmente sobre o julgamento por júri porque, quando os governadores reais nomeavam e removiam os juízes a fim de conseguir julgamentos conforme desejassesem, o júri, mesmo quando escolhido por xerife nomeado pelo governador e instrumento dele, era a segurança única de julgamento eqüitativo que se oferecia ao acusado ou litigante. Por isso objetava-se tão fortemente à ampla extensão da jurisdição do almirantado, visto como os tribunais deste processavam sem júris. A liberdade de imprensa chamava a atenção ao tempo de julgamento de Zenger, e o público a acompanhava de perto devido à instauração de processos políticos contemporâneos na Inglaterra. O processo em julgamentos criminais, herdado da Idade Média, era excessivamente rigoroso para acusados processados a pedido da Coroa, e, sob os Stuarts, as possibilidades do inocente eram fracas quando o rei se empenhava pela condenação. A declaração inglesa de direitos salientava as garantias fundamentais dos acusados e a elas se atendeu em todas as constituições americanas desde o começo.

província era governada sob carta expedida pelo rei. O Estado devia ser governado por meio de carta promulgada pelo povo soberano”.

Em seguida, a estes dispositivos, as primeiras declarações de direitos instituíam a separação dos poderes, exigida em dispositivos especialmente fortes e rígidos em Massachusetts, mas formulada como fundamental igualmente em New Hampshire, Maryland, Virgínia e Carolina do Norte, e tomada como base da estrutura constitucional do governo nos demais, embora sem que constasse das declarações de direitos. A experiência da centralização de todos os poderes do governo no Conselho Privado e no Conselho de Comércio e Plantações, em Westminster, convencera os juristas da era da Revolução que aí havia algo mais do que teoria de filosofia política. A unanimidade com que se pôs em execução prática a idéia, no dia seguinte à Declaração da Independência, revela que a apoiava algo mais que simples moda”⁸⁴ (grifo nosso).

Juntamente com a declaração de direitos, a separação dos poderes – distribuição das funções legislativa, executiva e judicial em departamentos distintos por meio de lei fundamental, obrigando a cada um e exigindo de cada um conservar-se dentro dos limites estabelecidos – é especialmente característica da primeira constituição americana e das constituições americanas desde então. Analiticamente, as declarações de direitos são declarações de liberdades. *Definem circunstâncias, situações e ocasiões em que a sociedade politicamente organizada se mantém à distância, permitindo atividade individual livre, espontânea; garantem que os agentes e os órgãos da sociedade politicamente organizada não agirão neste ou naquele sentido senão por certa maneira.*

Durante o século XVIII, as colônias eram propriedades. O Lorde Proprietário ou os proprietários eram donos e supremos legislativo, executivo e judiciário. Desse modo, curadores eram donos da Geórgia e governavam. Roscoe Pound, exemplificando, cita que

“por exemplo, um indivíduo que perdera um processo no Tribunal Municipal de Savannah escreveu uma carta aos curadores queixando-se da sentença. Os anais mostram que o secretário leu a carta aos curadores e estes, sem mais nada, deram ordem para que se enviasse uma carta ao governador em Savannah para que ordenasse ao tribunal a inversão do julgamen-

⁸⁴ Ibidem, p. 66.

to. Durante todo o século XVII, as colônias lutavam pelo estabelecimento de corpos legislativos próprios. Depois de estarem bem estabelecidas as legislaturas locais, o poder ainda se encontrava inteiramente centralizado em Westminster. A legislação estava sujeita a voto final pelo Conselho Privado dentro de cinco anos e o Conselho conservou a Pensilvânia durante vinte e um anos sem um sistema de tribunais porque os habitantes não queriam instalar um tribunal distinto de equidade. Assim também, conforme referimos acima, o controle final da administração residia em Westminster, donde emanavam instruções aos governadores, e o Conselho privado era o último tribunal de apelação. Além disso, dentro da província, o governo estava praticamente nas mãos do governador e do conselho. Foram maus os resultados que se seguiram a esta centralização completa, como também acontecera com a centralização dos poderes no rei da Inglaterra. É fácil supor que o que aconteceu na Inglaterra quando o rei controlava os juízes e na América colonial, quando o governador real os controlava, não aconteceria no mundo melhorado em que vivemos⁸⁵.

Não é de se admirar, pois, que as primeiras constituições dos Estados Confederados americanos insistissem muito mais sobre a separação dos poderes do que sobre os detalhes da organização política.

4.3.2. A AUTONOMIA REGIONAL COMO LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO

Os americanos criaram um regime que se caracterizou pela instituição de processos para o exercício do poder coercitivo. Esperavam firmemente que, preservando o sistema, o Estado, que era o produto de seu próprio consentimento, mais haveria de ampliar do que limitar sua liberdade.

Estavam, por isso, sempre atentos ao perigo do abuso do poder da parte de seus detentores. A sabedoria da História e a experiência contemporânea da Europa despertaram nos cidadãos da República a nítida consciência da propensão que tem a força de embevecer aqueles a quem era confiada. A evolução dos processos políticos, nos Estados Unidos, continha, por con-

seguinte, dispositivos para limitar a faculdade de agir das pessoas revestidas de poder, como para garantir sua dependência do consenso dos governados que elas representavam.

Ademais, só o mecanismo formal não assegurava a restrição do uso do poder coercitivo do Estado. Nas crises, reais ou imaginárias, seria sempre possível a preterição dos controles corriqueiros; essa possibilidade era o bastante para justificar, freqüentemente, o temor de que o governo pudesse transformar-se em instrumento de destruição, em vez de promoção da liberdade do povo.

Essas preocupações refletiam a convicção segundo a qual, sem falar das restrições puramente normais, havia limites absolutos além dos quais o Estado jamais devia usar a coerção. A liberdade dependia não só do exercício do poder coercitivo dentro dos processos legais, mas também da sua limitação dentro de reconhecidos termos. Para conhecer a evolução da liberdade, nos Estados Unidos, é necessário, por conseguinte, examinar as forças que puseram limites à ação do governo.

Muito raramente, foi explicitamente discutido o problema dos limites absolutos, pois a tática do debate político obscurecia comumente a questão abstrata. Era mais fácil chegar a conclusões aceitáveis pela discussão da conveniência de uma medida específica, ou da competência de um funcionário ou de um órgão particular, do que pela proposição de soluções gerais. Antes de tudo, a quem se julgassem ameaçado pelos efeitos adversos da ação, seria mais plausível procurar proteger-se pela defesa processual da limitação da competência do que apelando para um princípio geral.

Um exame de como os americanos procuravam evitar que um governo, de qualquer nível, agisse onde, segundo eles, não devia revela a insistência obstinada da limitação de sua competência. *O federalismo e o constitucionalismo proporcionaram os mais importantes e formais impedimentos ao exercício ilimitado do poder político, não obstante, muitas vezes, determinados autores só ressaltem este e não aquele.*

A descrição dos limites do governo num documento escrito que repartisse a autoridade entre várias entidades, em vez de concentrá-la numa só, estabeleceu a maneira de como devia ser exercido o poder. Mas, oferecendo a possibilidade de apelação, quer para as constituições, quer para as jurisdições rivais, indiretamente apresentava os meios para limitar quaisquer

⁸⁵ Ibidem, p. 71-72.

poderes considerados ilegítimos ou prejudiciais. Além dessas restrições normais da capacidade de agir do Estado, existia ainda a firme convicção de que, em alguns assuntos, ele não tinha competência alguma.

Depois de 1789, a pluralidade de jurisdições, nos Estados Unidos, vagamente distintas umas das outras por demarcações imprecisas, punha limites aos poderes quer dos Estados, quer da Nação. As partes interessadas que desejavam neutralizar o governo, ou pretendiam obter dele um tratamento favorável, preferiam, muitas vezes, jogar uma jurisdição contra outra, a depender de um princípio abstrato para o julgamento do mérito de suas causas. O utilíssimo material da extensa literatura histórica e jurídica do federalismo tem sido recolhido, em abundância, das soluções constitucionais assim suscitadas.

O *federalismo*, entretanto, exerceu sobre o fim do poder político uma influência mais considerável do que sugerem essas formulações do problema. *Pois, o próprio federalismo se assentava no princípio de que a partição do poder era realmente proveitosa para salvaguardar as liberdades dos cidadãos.* Esse princípio antecipou o aparecimento de um regime formalmente federal e tornou viáveis os recursos aos direitos dos Estados ou à autoridade federal para sustar ações nocivas.

Os indícios desse princípio já eram evidentes no século XVII. A coexistência de várias colônias, contíguas e autônomas, limitava, na prática, os poderes de cada uma pela criação dos meios de fugir de suas jurisdições. As fronteiras abertas de Rhode Island e da Virgínia eram um convite aos dissidentes que desejassem evadir da jurisdição dos magistrados de Massachusetts ou do proprietário de Maryland.

Ademais, *a fraqueza das normas do governo e a incapacidade de exercer o poder em muitos distritos sem a colaboração dos cidadãos do lugar, dotavam as unidades centrais de uma autoridade destituída de eficácia.* Governadores e Câmaras sabiam que suas ordens podiam ser frustradas por uma cidade, por uma paróquia obstinada, limitando, assim, sua capacidade de ação.

Os fundadores da República estavam inteiramente mais familiarizados com a prática da distribuição de poderes a várias jurisdições, do que a uma só. A consideração da experiência histórica das confederações anteriores mostrava que uma falha conduzia, invariavelmente, ou à anarquia ou à tirania. Os artigos da Confederação e

da Constituição, embora um tanto divergentes, proveram uma união não meramente de Estados, mas de povo. Depois da adoção da Constituição, cada uma das entidades do governo, operando dentro de sua órbita, tratava, diretamente, com os cidadãos, em vez de o fazer por intermediários.

A geração revolucionária foi capaz de chegar a essa solução, porque concebia a autoridade não como emanada de um único soberano, mas do consentimento dos governados, e porque a prática demonstrara que governadores e assessores, juízes de paz e conselheiros paroquiais, agindo em suas próprias áreas, estabeleciais entre si um equilíbrio mútuo e proveitoso. Embora surgissem, naquele tempo e depois, grandes divergências acerca da extensão do poder a ser dado ao governo nacional com relação ao estadual, não havia, conforme já visto, polêmicas quanto à essência da estrutura federal. Estavam todos virtualmente unâimes em reconhecer que seria essa estrutura a salvaguarda da liberdade, por estabelecer limites à meta de ação de todas as entidades públicas.

*A concepção de limites não foi um produto de processos inovadores que levaram à concepção federativa, mas, antes, sua justificação, pois já existiam, quando foram formalmente incorporados à Constituição*⁸⁶.

⁸⁶ Em um interessante paralelo da situação das Colônias da América com as controvérsias existentes entre a Coroa e os tribunais na Inglaterra medieval, POUND, (*ibidem*, p. 44), assinala, no capítulo intitulado “*Nas Colônias da América*”, *verbis*: “No século XVIII apresentou-se certa situação nas Colônias da América inteiramente paralela à que existiu durante as controvérsias entre a coroa e os tribunais na Inglaterra, no século XVII. Não se haviam definido claramente, nesse país, as prerrogativas da coroa. Era possível fazer a favor delas amplas reivindicações como por igual se formulavam em contrário, para limitá-las. Desenvolver-se no Continente um corpo de doutrina política absoluta com relação aos poderes dos governantes, e os dois países que então fixavam a moda em política, a França e a Espanha, eram monarquias autocráticas. Por outro lado, os juristas ingleses haviam recebido uma tradição ensinada de limitações sobre a ação governamental, sujeição dos funcionários à lei da terra, e direitos garantidos por lei ou súdito. A América, país que se desenvolvia rapidamente, dispõe de comércio em expansão, grande riqueza natural, população pioneira aventureira, corpos legislativos e tribunais próprios, compunha-se politicamente de treze províncias distintas, separadamente sujeitas ao governo absoluto de Westminster. Os incidentes jurídicos das relações entre o governo inglês e as colônias não estavam claramente definidos. Não se apresentava a necessidade de definilos. Na era da colonização, as povoações tinham sido fracas, precisavam da proteção do governo da metrópole, e não tinham levantado dúvidas quanto aos pode-

Conseqüentemente, a Constituição não fixou de modo permanente as relações de várias entidades públicas entre si. Para restringir ou estender os limites da ação governamental, prosseguiram os esforços posteriores visando alterar as demarcações entre as jurisdições federal e estadual. Mas, a idéia de jurisdições múltiplas já existia, permanecendo intacta.

Sob outro ponto de vista, no entanto, o federalismo foi mais do que uma acomodação fortuita das circunstâncias históricas. Os limites que impôs à ação do governo, pela existência de múltiplas jurisdições governamentais, refletiam o princípio de que tais limites sobre todas as entidades eram em si mesmos proveitosos.

O conceito americano de constitucionalismo implicava análogo interesse de estabelecer restrições ao poder do governo. Os limites processuais estavam inerentes à idéia de um documento escrito que definisse a estrutura do Estado. Os americanos apelaram para constituições a fim de estabelecer limites em termos absolutos à capacidade de agir do Estado.

Já no século XVII, colonos prejudicados, baseados em suas escrituras, buscavam novas definições de autoridade, alegando, por exemplo, que aquelas doações da Coroa limitavam seu poderio de modo a não poder mais se alterar. Em algumas províncias, a idéia puritana de pacto reforçava o argumento; o rei, como Deus, por sua própria vontade aceitava as regras do uso de seus poderes soberanos e não podia agir fora delas. Assim, também, os homens, vivendo nas condições de habitantes de terras remotas, foram a improvisar entidades que os governassem, muitas vezes estabeleciam acordos, verdadeiros documentos constitucionais, que descreviam o que o Estado podia ou não fazer. Estava implícito em todas essas formulações o firme princípio, porém sem apoio legal, de que tais pactos eram irrevogáveis e inalteráveis.

res dela. Mas a metrópole precisava extremamente de dinheiro durante o século XVIII, a exemplo dos reis ingleses durante o século XVII, e procurava fontes de receita. Da mesma forma que o rei procurava levantar dinheiro fazendo lançamentos por autoridade própria, independentemente de autorização do Parlamento, representante do povo que tinha de pagar, assim também a metrópole procurava levantar dinheiro das colônias sem solicitar ou obter-lhes o consentimento. Além disso, o regime de monarquia absoluta a que visavam os Stuarts importava no desprezo dos interesses individuais desde muito reconhecidos e na limitação da atividade e iniciativa particulares, o que inevitavelmente encontrava resistência em época de confiança na razão individual, colapso do autoritarismo e afirmação individual, inquieta e ambiciosa”.

Em conseqüência, desde que os Estados entregaram-se à tarefa de elaborar suas próprias constituições, por volta de 1770, os americanos já não as concebiam mais à moda inglesa. No Novo Mundo, o termo *constituição* não tinha mais o sentido da organização contemporânea do poder exercido através da praxe, do costume e da jurisprudência. Em vez, *alcançou a significação de uma estrutura de governo, que assentava, “por escrito”, os limites fixos para o exercício do poder.* O ponto de vista americano estava, como era de se esperar, intimamente ligado à rejeição da velha mentalidade, segundo a qual a autoridade descia da Coroa para seus funcionários. Segundo a nova mentalidade – a da autoridade emanada do consentimento dos governados –, a constituição escrita tornou-se o instrumento pelo qual o povo confiava o poder aos seus representantes.

Apelos às constituições, como limites à ação do governo, tornaram-se mais freqüentes depois de 1780 e, mais ainda, depois de 1789. As amargas controvérsias que conduziram à Guerra Civil não enfraqueceram o respeito pelo constitucionalismo; a Confederação, nesse sentido, seguiu o precedente da República. Tais apelos, porém, depois de 1780, estavam, mais do que outrora, presos a provisões específicas contidas nos documentos; a dificuldade de estabelecerem-se os apelos que se referiam a assuntos processuais ou a limites concretos ou abstratos foi-se tornando maior.

A experiência americana, quer com o federalismo, quer com o constitucionalismo, demonstrou que, além das restrições meramente legais, havia limites absolutos ao poder do Estado. Os cidadãos da República e seus predecessores coloniais não puseram o problema em seus justos termos; não concebiam que o Estado pudesse sempre agir, desde que houvesse fundamento legal para isso. Ao contrário, estavam convencidos de que havia algumas ações que o governo não podia realizar e *procuravam fundamentos no federalismo e no constitucionalismo para impedi-lo.*

A distinção entre o que era permissível e o que não o era estava convencionalmente descrita como a limitação do poder do Estado em face dos direitos do indivíduo. A filosofia dos direitos naturais fornecia uma base teórica e um vocabulário descritivo à convicção dos americanos de que nem o governo nem qualquer outra entidade podia violar a liberdade de ação que o cidadão se reservava, com referência a certas matérias. A Declaração da Independê-

cia falava, como era natural, da vida, da liberdade e da busca da felicidade, como direitos naturais e inalienáveis do homem. As constituições da Virgínia e de Massachusetts estabeleceram disposições para evitar a transgressão de alguns desses direitos, como fizeram os dez primeiros artigos adicionais à Constituição Federal. Lá pela metade do século XIX, os americanos, em geral, estavam certos de serem seus direitos uma sólida barreira que podia ser prontamente definida em manuais e que abrangia tudo, desde as mais gerais prescrições da Constituição até os detalhes das transações comerciais. Somente a reação de intelectuais sulistas, em defesa da escravidão, suscitou genuínas questões como a da validade daqueles direitos.

A origem e a natureza desses direitos não eram absolutamente claras. As condições americanas que tendiam para a destruição das leis, hábitos e costumes herdados produziam frequentemente as reivindicações de que o indivíduo era apto para guiar-se *per se* e lhe davam a presunção do direito de assim agir.

Todos esse direitos, no início do século XVIII, não eram mais tidos como dependentes de um privilégio de qualquer origem, nem condicionados a qualquer situação social, mas inerentes à natureza humana. Tinhiam sido descritos num documento somente para efeito de confirmação. Os direitos eram por si mesmos anteriores a qualquer manifestação explícita deles.

Por isso, a validade, maior que de costume, concedida à controvérsia dos defensores da Constituição Federal, em 1787 e 1788, dispensou uma Carta dos Direitos⁸⁷. Quaisquer poderes que explicitamente não delegassem ao governo permaneciam seus. Seus direitos eram absolutos e sua especificação era apenas necessária para promover as formas de sua defesa.

Nesse sentido, ilustrativa a passagem do Artigo Federalista nº 84, *verbis*:

“Vou mais além, afirmando que *declarações de direitos*, no sentido e na abrangência que lhes atribuem, são não apenas desnecessárias na Constituição proposta, mas também perigosas. Eles incluiriam várias exceções aos poderes não delegados e, com isso, dariam margem a falsos pretextos em favor de maiores concessões. Por que declarar que determinadas coisas não podem ser feitas, se não existe poder para fazê-las? Por que, por

⁸⁷ Bill of Rights (1689) - Decreto declarando os direitos e as liberdades do indivíduo e estabelecendo a sucessão da Coroa inglesa.

exemplo, dizer-se que liberdade da imprensa não será restringida, se não existe o poder de impor as restrições? Não nego que um dispositivo a respeito poderia mencionar quem teria esse poder, mas é evidente que ele forneceria, a quem tiver mentalidade de usurpador, uma excelente oportunidade para utilizá-lo abusivamente. Pode ser alegado, com aparente razão, que a Constituição não deve chegar ao extremo de incluir provisões contra o abuso de uma autoridade que não foi concedida e que um dispositivo proibindo restrições à liberdade da imprensa permitiria uma clara implicação de que houve a intenção de investir o governo nacional do poder de prescrever normas a respeito dessa liberdade. Este fato poderia servir como exemplo dos numerosos instrumentos utilizáveis pela doutrina de poderes inferidos, graças à indulgência de um prudente entusiasmo por declarações de direitos”⁸⁸ (grifo nosso).

Portanto, o federalismo, lado a lado do constitucionalismo, como mecanismo de limitação do poder político, promoveu os direitos de liberdade (vistos como *status negativus*), à medida que evitava a interferência estatal em certas matérias que, não sendo de ninguém, eram de uso exclusivo do titular do poder constituinte.

5. Conclusões

1. O federalismo constitui-se um fenômeno moderno, surgindo com a Constituição Americana de 1787.

2. O federalismo como modelo de forma de Estado passou a ser adotado por outros países, tendo como paradigma o modelo adotado na federação americana.

3. Constitui-se característica fundamental do federalismo a busca de um equilíbrio entre as forças integrativas (centrífugas) e desintegrativas (centripetas) em um Estado soberano que busca manter a unidade, respeitando a diversidade das partes que o compõem.

4. O equilíbrio das forças integrativas e desintegrativas não se dá exclusivamente na criação da federação, sendo reconfigurado ao longo da evolução do Estado, razão pela qual a conformação federativa é um processo histórico e dinâmico.

⁸⁸ HAMILTON, op. cit., p. 626-627.

5. O surgimento do Estado federal americano está intimamente ligado à necessidade de modificação do modelo confederativo adotado inicialmente pelos Estados Unidos da América, após a Revolução Americana que desfez o laço de subordinação que vinculava a América à Inglaterra.

6. A Revolução Americana caracterizou-se pela luta contra autoridade e o poder; tal circunstância histórica influiu, sobremaneira, na escolha do modelo confederativo, no qual não havia um poder central.

7. A confederação americana regulava-se por meio de um legislativo unicameral denominado *Congresso Continental*; entretanto, tal órgão não possuía significativamente nenhum poder, sendo pouco mais que uma reunião de embaixadores despreparados para solucionar os conflitos de interesse entre os Estados, o que prejudicou a Confederação e determinou a busca do modelo federativo defendido nos célebres *federalist papers*.

8. No contexto da anarquia existente no modelo confederativo, surge a Convenção de Filadélfia, que envia ao Congresso Continental o projeto de constituição que institui a federação americana.

9. Em face da necessidade de ratificação da constituição elaborada na Filadélfia, James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, capitaneados por Hamilton, defendem a Constituição e o modelo federativo em uma série de artigos publicados em jornais do estado de Nova Iorque entre 1787 e 1788.

10. Na argumentação dos artigos federalistas, observam-se como forças centrípetas que ensejam o modelo federativo em substituição à confederação: *a defesa comum em face de ameaça externa inglesa; a correção das falhas decorrentes da falta de um poder central no modelo confederativo, bem como a proteção dos direitos humanos da época, a saber os direitos fundamentais de primeira geração (direitos de liberdade)*.

11. Ao lado das forças centrípetas, o modelo federativo americano surge também para harmonizar duas características centrífugas básicas do Estado Americano: a autonomia regional e a descentralização administrativa.

12. A autonomia regional e a descentralização administrativa propiciavam a distribuição do poder e, conseqüentemente, protegiam os direitos de liberdade e igualdade conforme se

depreende da obra “Democracia na América” de Alexis Tocqueville.

13. O sistema federativo americano clássico evidencia que o povo constitui-se o único detentor da soberania, na medida em que delega poucos poderes ao governo nacional e alguns outros para os Estados membros.

14. O cidadão americano pode, em face do modelo federal, exercer plenamente os seus direitos, seja como cidadão do governo geral, seja como cidadão da comunidade local em que vive.

15. A organização federativa, no que se refere ao indivíduo, permite que os direitos e deveres estatais principais do cidadão sejam exercidos no âmbito do próprio Estado-Membro.

16. O conceito de liberdade pública mostra-se impregnado das prerrogativas que o indivíduo possui em relação ao Estado, sendo que, em um primeiro momento, constituiu uma inibição do exercício do poder estatal sobre o indivíduo, ou seja, havia uma prestação meramente negativa (os direitos individuais clássicos eram satisfeitos pela não-interferência do Estado).

17. A federação americana aproxima o Estado Americano de uma concepção denominada individualista, que exalta a liberdade individual à medida que favorece a distribuição do poder estatal em diferentes esferas de administração (administração descentralizada).

18. As revoluções burguesas propiciaram a emergência do Estado Liberal, cuja preocupação maior era dar àqueles que controlavam a economia (os burgueses) *ampla liberdade de exercerem suas atividades, sem estarem ameaçados por qualquer outro poder*. Assim, o liberalismo surge com o escopo de no âmbito político, consoante ensinamento de Macridis, desenvolver uma teoria abrangente de direitos individuais a desafiar e a limitar o poder político absoluto.

19. O federalismo, paralelamente ao constitucionalismo, constitui-se parte do núcleo político liberal que consagrou a liberdade individual.

20. Tocqueville, ao tratar das vantagens do sistema federal em geral e sua utilidade especial na América, ressalta que, nos entes estatais de menor território, a vigilância da sociedade mostra-se mais efetiva, elogiando, dessa forma, a adoção do modelo federativo em países de vasta extensão territorial.

21. Roscoe Pound assinala, fazendo uma comparação entre o modelo inglês e o modelo americano, que a separação e o equilíbrio entre

os poderes constitui-se uma preocupação central da sociedade americana do século XVIII.

22. A autonomia local constitui uma limitação do poder político, sendo mecanismo de salvaguarda das liberdades dos cidadãos uma vez que poderiam contrapor a esfera de poder nacional à local e vice-versa, caso qualquer uma delas estivesse desrespeitando a liberdade individual; tal modelo característico da federação constitui um sistema de “pesos e contrapesos” que evita o abuso do poder.

23. O federalismo assenta-se no princípio de participação do poder ao garantir a autonomia regional e a descentralização administrativa, constituindo tal característica proveitoso mecanismo de salvaguarda das liberdades dos cidadãos.

24. A federação americana ressalta que a autoridade não emana de um único soberano, mas sim do consentimento dos governados, a medida em que sua estrutura estabelece um equilíbrio entre diferentes entes estatais, todos subordinados ao titular último da soberania: o povo.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ATALIBA, Geraldo. Autonomia municipal na nova Constituição. In: MUNICIPALISMO. São Paulo : CEPASP, 1986.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte : FUMARC, 1982.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- BOTHE, Michael. Federalismo: um conceito em transformação histórica. In: *O federalismo na Alemanha*. Konrad Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1995, p. 4. (traduções, 7). Publicado originalmente em *Föderalism und Demokratie, ein deutsch-sowjetisches Symposium*, Gerhard Stuby, *Schriftenreihe des Zentrums für europäische Rechtspolitik* (ZERP) 16, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992.
- BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, Tít. 1.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1976.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. Alabama : University of Alabama, 1987.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos* : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- HAMILTON, MADISON, JAY. *Os artigos federalistas*: 1787 - 1788. Tradução de Maria Luiza X. de A Borges. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1993.
- . *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília : Universidade de Brasília, 1984.
- HANDLIN, Oscar e Mary. *As dimensões da liberdade*. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo : Fundo de Cultura, 1961.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.
- MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília : Universidade Brasília, 1982. p. 37.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. v. 3.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. v. 2.
- PAINÉ, Tom. *Senso comum*. São Paulo: Victor Civita, 1973. (Os pensadores, 29).
- POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo : IBRASA, 1965.
- RANIERI, Nina. Sobre o federalismo e o Estado Federal *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 9, out./dez. 1994.
- REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo : Saraiva, 1963. p. 63.
- ROCHA, Leonel Severo da. *A democracia em Rui Barbosa* : o projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1995.
- ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição americana*: dois séculos de Direito Comparado. Rio

- de Janeiro : Edições Trabalhistas, 1987.
- SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias : estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Tradução de Élcio Cerqueira. São Paulo : Forense Universitária, 1984.
- TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice Clé-
rel de. *Democracia na América*. Edição condensada para o leitor moderno, por Richard D. Heffner; tradução de João Miguel Pinto de Albuquerque. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.
- . *Democracia na América*. Posfácio de Antônio Paim; tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo : Itatiaia, 1987.

Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder

INOCÉNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Konrad Hesse: limites e possibilidades da força normativa da Constituição. 3. Peter Häberle e a racionalização hermenêutica dos fatores reais de poder.

1. Introdução

Proferida há mais de um século, permanece viva e atual a conferência de Ferdinand Lassalle sobre a *essência* da Constituição, em que ele identificava a soma dos *fatores reais de poder* que regem uma nação com aquela *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*¹.

Venerada como bíblia do sociologismo jurídico, desde que veio a público em 1862, essa palestra virou texto de leitura obrigatória em todos os quadrantes do constitucionalismo moderno.

Elogiado por uns e combatido por outros, sem que a ninguém seja permitido ignorá-lo, esse pequeno-grande ensaio muitas vezes é assimilado com tanta *naturalidade* pelos admiradores de Lassale, que chega a *aparecer* nas obras desses seguidores sem o necessário registro de paternidade.

Descartada a hipótese de plágio, que se resolveria, se ainda fosse possível, em sede de

¹ Referindo-se à Prússia do seu tempo, Lassalle apontava como fatores reais de poder – a que chama – fragmentos de Constituição - a *monarquia*, a *aristocracia*, a *grande burguesia*, a *pequena burguesia*, a *classe operária* e, dentro de certos limites, também a *consciência coletiva* e a *cultura geral da Nação*. A *essência da Constituição*. Tradução de Walter Stönnner. 2.ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1998. p.11-19.

direitos autorais, tem-se a impressão de que os *fatores reais de poder* – independentemente das crenças dos seus moradores – perambulam como fantasmas por todos os cômodos do edifício constitucional.

Como os inquilinos desse hipotético edifício a todo instante se vêem a braços com o problema das tensões, melhor diríamos dos conflitos, entre *Constituição e realidade constitucional*, as idéias de Ferdinand Lassalle se impõem *naturalmente* à sua reflexão.

Despertando-os do sono idealista, aquelas breves lições de realismo jurídico, na medida em que são assimiladas, lhes ajudam a compreender e a racionalizar os conflitos políticos e, por essa forma, a imaginar procedimentos que descartem as rupturas como única saída para as crises institucionais.

Nesse aspecto, como veremos afinal, as lições de Lassalle têm o singular efeito de estimular os seus *discípulos*, confessos ou não, a procurarem saídas para aqueles impasses.

Já que o mestre não admitia as *acomodações* como soluções políticas para os conflitos entre a Constituição *escrita* e a Constituição *real*, e esses conflitos não podem ser ignorados nem suprimidos – nem muito menos ser reprimidos indefinidamente –, não restou aos seguidores de Lassalle senão a alternativa de procurar *outras* saídas para esses impasses, fórmulas ou procedimentos jurídico-institucionais que, na medida do possível, prevenissem os confrontos e, nas situações de crise, pudessem impedir que, precisamente em razão deles, se cumprisse o destino trágico das Constituições *folha de papel*.

A esse propósito, quem se detiver no exame de duas obras contemporâneas da maior importância – *A Força Normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, e *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, de Peter Häberle –, haverá de concluir, sem maior esforço, que as fórmulas apresentadas por esses juristas como soluções *modernas* para aqueles antigos problemas, embora de fabricação recente, são as mesmas *chaves* das mesmas e *velhas prisões*.

Por isso, o sucesso que eventualmente possam ter alcançado ao empreender a *sua fuga* parece ter decorrido muito mais da *identidade das fechaduras* do que da astúcia dos que lograram escapar daquelas prisões. É que, embora seguindo caminhos diversos, e não muito diferentes, o que Hesse e Häberle fizeram, ao fim e ao cabo, foi *constitucionalizar* os fatores reais de poder, no que se mostraram sensatos e competentes.

O primeiro, pelo reconhecimento explícito de que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e que, por isso, a sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização²; o segundo, pela afirmação, como tantas outras de conteúdo semelhante, de que não apenas as instâncias *oficiais*, mas também os demais *agentes conformadores da realidade constitucional* – porque representam um *pedaço* da publicidade e da realidade da Constituição³ – devem ser havidos como legítimos intérpretes da Constituição.

Pois bem, tendo diagnosticado as causas daqueles conflitos entre Constituição e realidade constitucional, em ordem a concluir que *os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas problemas de poder*⁴, Ferdinand Lassalle – certamente sem ter em vista esse objetivo – acabou por ministrar a juristas e cientistas políticos os mais eficazes remédios para combater as doenças que, vez por outra, acometem até mesmo os mais saudáveis organismos institucionais.

Sob esse ângulo, digamos, *terapêutico*, é que nos dispusemos a analisar aqueles dois excelentes ensaios, seja por seu indiscutível valor, seja porque seus autores recolocaram na ordem - do - dia, em perspectiva temporalmente adequada, a velha discussão sobre a importância dos fatores reais de poder na vida das constituições.

Na primeira dessas obras, assumindo posição declaradamente contrária à doutrina de Lassalle – da qual, aliás, faz um resumo preciso na abertura do seu livro –, Konrad Hesse afirma que as teses daquele ilustre sociólogo do direito se mostrariam desprovidas de fundamento se pudéssemos admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado⁵. Em busca de argumentos para fundamentar a *autonomia* da Constituição jurídica e, assim, libertá-la das momentâneas *constelações de poder*, Konrad Hesse sinalizou o caminho

² *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. Fabris, 1991. p. 14.

³ *Hermenêutica constitucional* : a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição : contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997. p. 12 e 33.

⁴ *A essência da Constituição*, p.49.

⁵ *A força normativa da Constituição*, p.11.

que se dispunha a percorrer, a partir da seguinte proposição:

“A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos. *O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações*⁶”.

Peter Häberle, por seu turno – ao que saímos, sem fazer referência à obra de Lassalle, nem sequer às expressões *fatores reais de poder* ou *fragmentos de Constituição*, que tornaram célebre o seu ancestral ilustre –, mas obviamente premido pela necessidade de *constitucionalizar* essas forças sociais, preconiza a construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* a partir do reconhecimento de que, além dos seus intérpretes *oficiais* – juízes e tribunais –, devem ser admitidos a interpretá-la todos os *agentes conformadores da realidade constitucional*, todas as *forças produtoras de interpretação*.

Até que ponto ou em que medida as idéias desses juristas contemporâneos descendem – em linha reta ou colateral – das reflexões de Ferdinand Lassalle sobre os *fatores reais de poder* ou *fragmentos de Constituição*, é o que esperamos esclarecer nas páginas seguintes, a começar por Konrad Hesse.

2. Konrad Hesse: limites e possibilidades da força normativa da Constituição

Num trabalho escrito em 1990, um pequeno texto que se destinava, inicialmente, a servir de prefácio à citada edição brasileira de *A Força*

⁶ Op.cit., p.11-12.

Normativa da Constituição, tivemos ensejo de analisar essa obra de Konrad Hesse precisamente sob a perspectiva, que lhe imprimiu o seu autor, de confrontar as suas idéias sobre a *autonomia* da Constituição jurídica diante da realidade constitucional, com as reflexões de Lassalle sobre a presença dos *fatores reais de poder* na vida das constituições.⁷

Passados quase dez anos da sua publicação, acreditamos que, no essencial, ainda se mostram consistentes as conclusões a que chegamos naquele estudo, as quais reproduzimos a seguir:

a) contrapondo-se a uma concepção, digamos, *mecanicista* das relações entre as forças sociais e a Constituição jurídica, Konrad Hesse nos apresenta – com inegável vantagem sobre o determinismo sociológico de Lassalle –, uma abordagem que até certo ponto poderíamos considerar *dialética*, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas no surgimento e na sustentação da Constituição *folha de papel*, postula como *ponto de partida* para a análise dessas relações a existência de um *condicionamento recíproco* entre a Lei Fundamental e a realidade político-social que lhe é subjacente;

b) trata-se de uma postura que, de resto, não apenas foi admitida, como até mesmo chegou a ser enfatizada por ninguém menos que o velho Engels, quando disse que os ideólogos padeciam de uma *ignorância absoluta* sobre a *ação recíproca* existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos, condicionam;

c) a par dessa visão dialética – em cujo âmbito, por sua própria natureza, ele não poderia desprezar qualquer dos fatores interagentes –, Konrad Hesse sustenta que a força normativa da Constituição será *tanto maior* quanto mais ampla for a *convicção* sobre a inviolabilidade da Lei Fundamental e quanto mais intensa for a *vontade* de Constituição;

d) na medida em que apela para esse *sentimento constitucional*, a construção teórica de Hesse faz depender a eficácia da Constituição, igualmente, de um fator de natureza *axiológica*, isto é, do *respeito*.

⁷ Konrad Hesse : uma nova crença na Constituição. *Revista de Direito Públíco*, n. 96, p. 167-177, out./dez. 1990.

to que lhe devotarem os seus destinatários, especialmente aqueles que tenham poder de fato para violá-la ou destruí-la;

e) por essa forma, ele despreza ou esquece o seu ponto de partida, inegavelmente dialético, para assumir uma postura nitidamente *idealista*, porque desloca a discussão sobre a eficácia da Constituição do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, convertendo numa *questão de fé* o que muitos entendem ser apenas uma *questão de força*;

f) essa a razão por que, a nosso ver, os escritos de Hesse encarnam uma *nova crença* na Constituição, crença que o leva a redefinir até mesmo o papel da Ciência do Direito Constitucional, à qual atribui a tarefa *deontológica* de – explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível –, *realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição*;

g) neste ponto reside, senão a originalidade, pelo menos o aspecto mais significativo do seu pensamento, porque ao exaltar o valor intrínseco da Constituição, ele lhe atribui um relativo grau de autonomia em face da realidade, e ao proclamar a necessidade de que ela se ajuste às condições históricas da sua realização, ajuda a viabilizar a sua energia normalizadora.

Por tudo isso, descontados os exageros da assertiva, ousamos dizer que são irmãs gêmeas, embora com rostos diferentes, a *crença* de Konrad Hesse e a *descença* de Ferdinand Lassalle na força normativa da Constituição.

3. Peter Häberle e a racionalização hermenêutica dos fatores reais de poder

Como ponto de partida para as suas reflexões sobre a necessidade de se construir uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, Peter Häberle assenta algumas premissas, que desenvolve e detalha ao longo da sua exposição:

“ – A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

– Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encaixar seriamente o tema *Constituição e realidade constitucional*, então há de se perguntar, de forma decidida, sobre os agentes conformadores da ‘realidade constitucional’.

– O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la; toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional.

– Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Portanto, é impensável uma interpretação sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

– Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode suspeitar tradicionalmente, do processo hermenêutico.

– Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, eles não detêm o monopólio da interpretação da Constituição⁸.

Traçadas essas diretrizes e esclarecido, pelo próprio Häberle, que não é possível fixar-se em *numerus clausus* o elenco de intérpretes da Constituição – obviamente no âmbito de uma sociedade aberta, pluralista e democrática –, ele identifica alguns desses tradutores não-oficiais do texto constitucional.

Sem prejuízo da precedência que atribui à jurisdição constitucional – até porque reconhece que a ela compete dar a *última palavra* sobre a interpretação –, Häberle afirma que devem ser reconhecidos como igualmente legitimados a

⁸ A *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, p.12-15.

interpretar a Constituição os seguintes indivíduos e grupos sociais:

“1) o recorrente e o recorrido, no *recurso constitucional*, como agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal Constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico*;

2) outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria Corte;

3) os órgãos e entidades estatais, assim como os funcionários públicos, agentes políticos ou não, nas suas esferas de decisão;

4) os pareceristas ou *experts*;

5) os peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais;

6) os partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juízes das cortes constitucionais;

7) os grupos de pressão organizados;

8) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;

9) a *media*, em geral, imprensa, rádio e televisão;

10) a opinião pública democrática e pluralista, e o processo político;

11) os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;

12) as escolas da comunidade e as associações de pais;

13) as igrejas e as organizações religiosas;

14) os jornalistas, professores, cientistas e artistas;

15) a doutrina constitucional, por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação⁹.

⁹ Comparando-se os diversos “agentes conformadores da realidade constitucional”, da extensa lista de Häberle, com os poucos “fatores reais de poder” apontados por Lassalle, talvez se possa dizer que ela constitui uma *especificação* daquele núcleo inicial ou uma *determinação* histórica decorrente do desenvolvimento social e do aprimoramento do regime democrático – tendencialmente *pluralizante* e *individualizador* –, em tudo semelhante ao processo de *conscientização* dos direitos humanos, em cujo âmbito a evolução consiste, precisamente, na *especificação* de novos direitos a partir de um *núcleo essencial* que, dialeticamente, vai se adensando e se expandindo em sempre renovadas especificações. Cf., a propósito,

À guisa de esclarecimento sobre a atuação hermenêutica dessas forças produtoras de interpretação, Peter Häberle sustenta que deve ser considerado intérprete da Constituição tanto o cidadão que formula um recurso constitucional, quanto o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento¹⁰.

Nessa perspectiva, como pré-intérpretes da Lei Fundamental, realizam atos de interpretação constitucional tanto os atores da cena política, quanto os protagonistas do debate judicial, na medida em que, uns e outros, atuam no âmbito de processos que são conformados pela Constituição.

Como as suas opiniões, direta ou indiretamente, influenciam a jurisdição constitucional, em cujo âmbito atuam institucionalmente, esses intérpretes *adjuntos* chegam a ser tão importantes quanto os *titulares* da interpretação constitucional.

Mais ainda, se admitirmos, como sustenta Häberle, que *toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada*¹¹, parece lógico reconhecermos – com apoio em Gadamer – que essa pré-comprensão *social*, embora *extra-oficial*, é da maior relevância para a compreensão *estatal* da Constituição.

Dado que, por outro lado, esses indivíduos e grupos desempenham, simultaneamente, quer a função de agentes conformadores da realidade constitucional, quer a de forças produtoras de interpretação, não seria exagerado dizermos que, por essa forma, eles *interagem* com a Constituição, cuja *essência* se manifesta na *experiência* da sua aplicação.

Nessa perspectiva – tal como anotamos com relação à *crença* de Konrad Hesse na *força normativa* da Constituição –, parece-nos evidente a influência das reflexões de Lassalle também sobre as idéias de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

É que, apesar das diferenças de enfoque e das preferências por nomes, tanto o velho militante socialista, quanto o jovem constitucionalista liberal condicionam a eficácia das constituições à manutenção da sintonia entre o seu texto e a realidade que elas pretendem conformar;

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p.62-63 e 127-128.

¹⁰ Op. cit., p. 23-24.

¹¹ Op. cit., p.13-14.

entre a superestrutura jurídica e a infraestrutura social; entre a Constituição *folha de papel* e as *forças sociais*, quaisquer que sejam as suas denominações – *fatores reais de poder, fragmentos de Constituição, agentes conformadores da realidade constitucional ou forças produtoras de interpretação*.

Apesar ou em razão dessas *semelhanças de base*, impõe-se assinalar as diferenças que es-tremam as duas abordagens, quando mais não seja para que se evite o anacronismo de julgar o passado sob a perspectiva do presente e, a partir dessa distorção visual, manifestar espanto diante da *falta de imaginação* dos nossos antepassados, até mesmo daqueles mais intuitivos¹².

Nessa ordem de preocupações, é de se registrar que Ferdinand Lassalle, preso a um *sociologismo* extremo e vivendo numa sociedade *fechada e homogênea*, não conseguiu vislumbrar saídas institucionais para os choques entre a Constituição *jurídica* e a Constituição *social*, a ponto de afirmar que

“onde a Constituição escrita não corresponder à Constituição real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos dias, a Constituição escrita, a *folha de papel*, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”¹³.

Já o mesmo não ocorreu com Peter Häberle que, à luz da experiência acumulada desde *Lassalle* e favorecido pelo ambiente saudável de uma sociedade *aberta e pluralista*, pôde *imaginar* procedimentos que se mostram aptos a resolver aqueles impasses exatamente porque implicam a assimilação das *forças vitais do país* no processo de tradução/formulação da vontade constitucional.

Firme na convicção de que não existe norma

¹² Sobre a falta de consciência de que o progresso humano é comparável a uma *corrida de revezamento*, da qual todos os membros da equipe participam *necessariamente* e, na medida das suas forças, colaboram para o resultado comum, vale relembrar as palavras de Hegel, para quem tudo o que somos, somo-lo por *obra da história* e o patrimônio da razão auto-consciente que nos pertence, não surgiu sem preparação, nem cresceu só do solo atual, antes se caracterizando como *herança* ou, mais propriamente, como resultado do trabalho de *todas as gerações precedentes do gênero humano*. *Introdução à história da filosofia*. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. Coimbra : A. Amado, 1980. p.38.

¹³ *A essência da Constituição*, p. 41-42.

jurídica, senão norma jurídica interpretada; que a norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito; e que a norma não é o pressuposto, mas o resultado da sua interpretação – *verdades contemporâneas* que soariam a *blasfêmias* sob o *reinado* de Montesquieu e que, certamente, condenariam à morte quem ousasse proclamá-las –, cuidou Peter Häberle de abrir *janelas hermenêuticas* para que os agentes conformadores da realidade constitucional, as *forças vivas do país*, a que se referia Lassalle, pudessem entrar no processo constitucional formal e, por essa via, viessem a participar do específico *jogo-de-linguagem* no qual se decide – com eficácia contra todos e efeito vinculante – qual o *verdadeiro* sentido da Constituição.

Estrategicamente apresentados como simples pré-intérpretes da Constituição ou, no máximo, como seus intérpretes coadjuvantes, pelas mãos de Häberle esses agentes conformadores da realidade constitucional, ao fim e ao cabo, desempenham o papel de co-autores da Constituição *integral – law in action e law in books* –, daquela constituição que, na concretude da sua aplicação, se mostra *vigente, eficaz e legítima*.

Esse o crédito, digamos, *pessoal e intransferível*, que há de ser lançado na conta de Peter Häberle, um crédito que se mostra ainda mais significativo quando consideramos que as suas idéias, além de legitimarem o dissenso hermenêutico e racionalizarem as divergências de interpretação no marco do Estado de direito, ainda colaboram para desarmamento dos contendores políticos e o aprimoramento da convivência democrática.

Não por acaso, embora sem insistir nesse ponto, Häberle nos fala do *diálogo jurídico* a que são compelidas as cortes constitucionais, isto é, daquela busca de entendimento a que são necessariamente conduzidos todos os participantes da interlocução constitucional, vale dizer, os intérpretes *oficiais* da Constituição e as outras *forças produtoras de interpretação*.

Hermeneuticamente assimiladas, se forem devidamente consideradas, e na medida em que o sejam, essas *forças pluralistas* da sociedade poderão transformar-se em fatores de mudança e, consequentemente, de estabilização social.

É que, à semelhança das grandes correntes, que em princípio não devem ser represadas, mas que podem ser canalizadas para fertilizar o solo e/ou prevenir erosões, os *fatores reais de poder*, embora potencialmente conflitantes

vos, quando chamados a operar no marco do Estado de direito redirecionam as suas energias e, ao invés de subverterem as instituições democráticas, acabam se tornando peças essenciais para a formação e preservação da unidade política, a que dão consistência e legitimidade.

Nesse sentido, mesmo forçados a uma citação relativamente extensa, achamos que vale a pena transcrever esta passagem de Hesse:

*“Formação da unidade política não significa a produção de um harmônico estado de consciência geral, nem em qualquer hipótese a eliminação das diferenças sociais, políticas ou de natureza institucional e organizativa, mediante um nivelamento total. Essa unidade é inimaginável sem a presença e a relevância dos conflitos na convivência humana. Os conflitos impedem a rigidez, o estacionamento em formas superadas; constituem – embora não apenas eles – a força motriz sem a qual não ocorreriam as transformações históricas. A ausência ou a repressão dos conflitos pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente e sugere a incapacidade de adaptação às situações de mudança e à criação de formas novas. Chega então um dia em que a ruptura com o *statu quo* se faz inevitável e a comoção se torna mais profunda. Pois bem, é importante não somente que haja conflitos, mas também que esses conflitos surjam *regulados* e *resolvidos*. Não é o conflito, enquanto tal, que contém a forma nova, e sim o resultado a que ele conduz. Por si só, o conflito não permite o viver e o conviver humanos. Por isso, o problema não é dar lugar aos conflitos e seus efeitos, mas*

garantir (...) a formação e a preservação da unidade política, sem ignorar ou reprimir os conflitos em nome dessa unidade e sem sacrificá-la em nome desses conflitos”¹⁴.

Que significam, afinal, as chamadas *mutações constitucionais*? Nada mais, nada menos que a *expressão hermenêutica* dos fatores reais de poder, vale dizer, das forças produtoras das *novas leituras* de um mesmo texto constitucional. Onde se assimilam os *conflitos institucionais* e se acolhem as mutações *constitucionais* deles decorrentes, não resta espaço para erupções *inconstitucionais*.

Que Peter Häberle sabe disso, ninguém tem dúvida, assim como ninguém acredita que, ao desenvolver as suas idéias sobre a *necessidade* de se *abrir* a interpretação constitucional aos *agentes conformadores da realidade constitucional*, não lhe tenha aparecido – ou reaparecido... – o eterno fantasma dos *fatores reais de poder*.

Em conclusão, a despeito da sua inegável importância e do enorme crédito a que tem direito esse importante jurista, nós achamos que, bem examinado, não se mostra tão original o seu projeto de construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

É que, *descendentes hermenêuticas* das reflexões de Lassalle, as idéias que inspiram esse projeto possuem o mesmo código genético dos *fatores reais de poder*, que há mais de um século aquele pensador político *isolou* no seu laboratório de pesquisas sociais e *identificou* como a *essência* da Constituição.

Por isso é que, embora disfarçado com trajes hermenêuticos, acreditamos ter visto o fantasma de Ferdinand Lassalle perambulando pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

¹⁴ *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 9: Concepto y calidad de la Constitución.

Teoria da Justiça de John Rawls

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

SUMÁRIO

1. Igual liberdade para todos.
2. A distribuição.
3. Dever e obrigação.
4. As críticas de Michael Walzer e Robert Nozick a John Rawls.
5. A resposta de John Rawls.
6. Conclusão.

1. Igual liberdade para todos

A SEQÜÊNCIA DE QUATRO ETAPAS

O conteúdo dos princípios de justiça é ilustrado a partir da descrição da estrutura básica de uma democracia constitucional. Os princípios de justiça consistem numa aproximação razoável e, numa extensão dos nossos juízos ponderados. É necessária a apresentação de uma seqüência em quatro etapas, que explique a aplicação dos princípios relativos às instituições básicas.

Em regra, o cidadão deve possuir três tipos de juízo: apreciar a justiça da legislação e da política social; decidir sobre as soluções constitucionais que, de um modo justo, podem conciliar as opiniões contrárias quanto à justiça; ser capaz de determinar os fundamentos e limites do dever e da obrigação políticos. Dessa maneira, uma teoria da justiça enfrenta pelo menos três questões, sugerindo a aplicação dos princípios de justiça em planos ou etapas distintos.

A partir daí é desenvolvida a noção de posição original. Cada etapa representa uma posição adequada para, sucessivamente, irem sendo analisadas as questões de justiça. Com a aplicação dos princípios de justiça na posição original, as partes realizam uma convenção constituinte, que decide sobre justiça das diversas formas políticas e escolhe uma constituição, que, por sua vez, deve determinar um sistema que

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é Juiz Federal/RJ e Professor/UFF.

contenha a estrutura e funções do poder político e dos direitos fundamentais, respeitado sempre os princípios de justiça já adotados na posição original.

A elaboração da Constituição pelos delegados eleitos na posição original não é absolutamente neutra, de modo a desconsiderar as condições culturais, políticas e econômicas da sociedade. Embora não se tenha ainda conhecimento das pessoas concretas às quais são direcionadas, possuem os participantes da convenção conhecimento técnico e teórico do que será erigido como constituição, o que, de certa forma, permite a obtenção de legislação que satisfaça os princípios de justiça.

Constituição justa é aquela que consiste num processo justo, construído de modo a permitir um resultado justo, vale dizer, uma atividade política submetida à Constituição destinada a uma legislação adequada aos princípios de justiça.

Para que se tenha um processo político ideal, é indispensável que a Constituição garanta as liberdades de consciência e de pensamento, as liberdades pessoais e a igualdade de direitos políticos. Todo processo político pode causar resultados indesejáveis, elaborando normas injustas. Não há sistema que obste a elaboração de leis injustas. Entretanto, há sistemas que têm uma tendência mais pronunciada à elaboração de leis injustas. Portanto, é de igual importância saber escolher a melhor estrutura de processo político dentre as exequíveis.

A justiça das leis e das medidas políticas é analisada a partir de tal perspectiva. As leis devem respeitar os princípios de justiça e os limites constitucionais. É por demais controvérsio saber se determinada legislação é justa ou injusta. No tocante à política econômica e social, a apreciação da justiça da lei depende de doutrina político-econômica e das ciências sociais, o que, associado ao princípio da diferença, oculta a eventual injustiça. Porém, na estrutura pública das instituições a injustiça da lei é sempre evidente.

O princípio da igual liberdade para todos constitui o padrão primário para a convenção constituinte. As exigências principais são que as liberdades fundamentais da pessoa e da liberdade de consciência e de pensamento sejam protegidas, e que o processo político, no seu conjunto, constitua um processo justo. O segundo princípio, que intervém na etapa legislativa, obriga que as políticas econômicas e sociais se orientem para a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favore-

cidos, respeitando as condições da igualdade equitativa de oportunidades e mantendo as liberdades iguais para todos. Aqui o conjunto de fatos econômicos e sociais é relevante. A última etapa é a da aplicação das regras constituídas aos casos concretos, realizada pelos juízes e autoridades administrativas. Os fundamentos e limites do dever e obrigação políticos são aferidos a partir da posição original. Nessa fase de aplicação das regras constituídas, deve prevalecer a teoria da obediência parcial, que é excepcionada pelos casos de desobediência civil e da objeção de consciência.

CONCEITO DE LIBERDADE

O debate em torno das liberdades positivas e negativas na realidade é referente ao valor relativo das diversas liberdades quando entram em conflito. Embora os tipos de liberdades estejam profundamente enraizados nas aspirações humanas, a liberdade de pensamento e de consciência, a liberdade da pessoa e as liberdades civis não devem ser sacrificadas à liberdade política, à liberdade de participar de modo igual na vida política. A questão é de filosofia política e sujeita a uma teoria do justo e da justiça.

O conceito de liberdade pode ser explicado a partir de três elementos: quais os agentes que são livres, as restrições ou limitações das quais eles estão livres e aquilo que eles são livres ou não de fazer. O essencial é discutir a liberdade em ligação com as restrições constitucionais e legais. Nesse sentido, a liberdade é uma determinada estrutura institucional, um sistema de regras públicas que definem direitos e deveres. Não só deve ser permitido aos sujeitos fazer ou não algo, mas também o estado e as outras pessoas têm o dever jurídico de não obstruir a sua ação.

O valor de cada liberdade depende da forma pela qual as outras são especificadas. Entretanto, é possível especificar tais liberdades de modo a que os efeitos mais importantes de cada uma possam ser simultaneamente garantidos, e os interesses fundamentais protegidos. Por exemplo, as regras de ordem são necessárias para disciplinar a discussão; sem aceitação de processos razoáveis de investigação e debate, a liberdade de expressão perde o seu valor. Por outro lado, uma proibição de crença ou defesa de certos valores religiosos, morais ou políticos é uma restrição da liberdade e como tal deve ser considerada.

Importante a distinção entre regulamentação e restrição. A regulamentação da liberdade, no

entanto, possui limites. A liberdade deve ser igual para todos, não privilegiando determinadas classes de pessoas. Ademais, a liberdade só pode ser limitada se tal (limitação/regulamentação) beneficiar a própria liberdade.

A distinção entre liberdade e valor da liberdade está assim disposta: a liberdade é representada pelo sistema completo das liberdades que compõem a igualdade entre os cidadãos, enquanto o valor da liberdade para as pessoas e para os grupos depende da sua capacidade para prosseguirem os seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema. A liberdade é igual para todos. O valor de liberdade não. Aqueles que possuem maior poder e riqueza dispõem de maiores meios para alcançar os seus fins. O menor valor de liberdade é objeto de compensação, que não deve ser confundido com reparação por uma liberdade desigual.

LIBERDADE DE CONSCIÉNCIA PARA TODOS

As partes devem partir do princípio de que têm interesses morais, religiosos ou filosóficos que só podem pôr em risco se não houver outra alternativa. No tocante à liberdade de consciência, as partes devem escolher princípios que assegurem a integridade da sua liberdade religiosa e moral. Na posição original, em virtude do véu de ignorância, nada se sabe sobre posições religiosas ou morais, se são de doutrinas majoritárias ou minoritárias. O único princípio a ser aceito pelas partes na posição original é o da igualdade de liberdade de consciência.

O princípio da utilidade deve ser repelido, já que a liberdade não pode estar sujeita ao cálculo dos interesses sociais, que autorizariam a restrição daquela, se tal levasse a um maior resultado líquido de utilidade. A obtenção de maiores benefícios não justifica a restrição a uma liberdade de consciência. Uma afirmação que merece relevo é a de que as liberdades contidas no princípio de igualdade entre cidadãos não estão seguras quando se baseiam em princípios teleológicos, que são calcados em premissas controversas e incertas.

A TOLERÂNCIA E O INTERESSE COMUM

Na convenção constituinte, prevalece a idéia do regime que garanta a liberdade moral, a liberdade de pensamento e a liberdade de convicção e de prática religiosa, não obstante estas possam ser regulamentadas (limitadas) em favor do interesse do Estado em garantir a ordem pública e a segurança. O Estado não pode favorecer qualquer religião particular e tampouco aplicar

quaisquer sanções ou restrições como consequência de qualquer convicção religiosa ou de sua ausência. As associações são livres, desde que respeitem o direito dos membros dispor de uma escolha efetiva quanto à filiação.

A aceitação de que a liberdade de consciência é limitada pelo interesse comum na ordem pública e segurança não implica, por qualquer forma, que os interesses públicos são superiores aos interesses morais ou religiosos. O Estado não tem poder para declarar associações legítimas ou ilegítimas, como não o tem relativamente à arte e à ciência. É na própria posição original que as partes reconhecem a necessidade de limitação da liberdade de consciência sempre que houver risco para a ordem pública e segurança, partindo da premissa de que a ordem pública é indispensável à liberdade comum, para que cada um alcance os seus fins, que podem ser inclusive de natureza religiosa ou moral.

Por outro lado, a negativa da liberdade de consciência não pode ser justificada com o ceticismo filosófico e a indiferença à religião, nem com interesses sociais ou razões de Estado. A limitação da liberdade é justificada apenas quando necessária à própria liberdade, de modo a evitar uma redução da liberdade, que seria ainda pior. Portanto, as partes, na convenção constituinte, devem, pois, escolher uma Constituição que garanta uma igual liberdade de consciência, regulamentada somente de acordo com argumentos geralmente aceites e limitada apenas quando tais argumentos demonstrem um conflito razoavelmente certo com as bases da própria ordem pública.

Com base no princípio de que a limitação à liberdade de consciência deve existir somente para garantir a própria liberdade, há diversos fundamentos de intolerância, aceites em épocas anteriores, que estão errados. Por exemplo, Santo Tomás de Aquino justifica a pena de morte para os hereges com o fundamento de que é muito mais grave corromper a fé, que é a vida da alma, do que falsificar moeda, que é o suporte da vida. Dessa forma, se é justo condenar à morte os falsários e outros criminosos, o mesmo deve *a fortiori* ser aplicado aos hereges. Entretanto, a afirmação de que a fé é a vida da alma e de que a supressão da heresia é necessária para a segurança da alma são questões de dogma.

Na verdade, quando a recusa da liberdade é justificada por uma invocação de ordem pública, demonstrada pelo senso comum, é sempre possível defender que os limites foram traçados incorretamente, que a experiência vivida não

justifica, de fato, tal restrição. Porém, quando a supressão da liberdade é baseada em princípios teleológicos ou em questões de fé, não há qualquer discussão possível. A primeira concepção reconhece a prioridade dos princípios que seriam escolhidos na posição original, enquanto que a segunda não o faz.

TOLERÂNCIA PARA COM OS INTOLERANTES

No âmbito político há partidos que, em democracia, defendem doutrinas que os levam a suprimir as liberdades constitucionais quando obtêm o poder. A questão da tolerância para com os intolerantes será focalizada na tolerância religiosa, podendo a argumentação ser alargada a outras ramificações, desde que devidamente adaptadas. Em primeiro lugar, temos a questão de se saber se uma seita intolerante tem qualquer fundamento para protestar no caso de não ser tolerante; em segundo lugar, em que condições as seitas tolerantes têm o direito de não tolerar aquelas não tolerantes; por último, nos casos em que tenham o direito de não as tolerar, quais os fins para que deve ser exercido este direito.

De fato, uma seita intolerante não teria legitimidade para protestar quando uma liberdade igual à dos outros lhe é negada. O direito de alguém protestar é limitado às violações dos princípios que ele próprio reconhece. O protesto é uma observação dirigida a outrem, de boa-fé, na qual se afirma a violação de um princípio que ambas as partes aceitam. Entretanto, do ponto de vista da posição original, não há qualquer interpretação da verdade religiosa que possa ser reconhecida como vinculativa para os cidadãos em geral; como também não pode haver acordo quanto à existência de uma autoridade que tenha o direito de resolver problemas de doutrina teológica.

Portanto, a justiça será violada se negado ao intolerante o direito de liberdade que é conferido a todos os demais, salvo se a liberdade do intolerante for nociva à ordem pública e à segurança da Constituição e das garantias fundamentais. A justiça não exige que os homens assistam passivamente enquanto outros destróem a base da sua existência. É, pois, necessário para a limitação de liberdade dos intolerantes que estes representem um perigo imediato para a igual liberdade dos outros.

A constituição de uma seita intolerante no seio de uma sociedade, que adota os dois princípios de justiça, não deve ser suprimida, pois, dessa forma, os intolerantes sequer poderiam

protestar. Aliás, a limitação dos intolerantes, às vezes, se torna desnecessária, já que a tendência das seitas intolerantes, numa sociedade predominantemente tolerante, é a dissolução. A limitação da liberdade dos intolerantes deve ser justificada apenas quando os interesses dos tolerantes estiverem seriamente ameaçados. Aí será possível obrigar o intolerante a respeitar a liberdade dos outros, dado que se pode exigir a um sujeito determinado que respeite os direitos estabelecidos pelos princípios com que ele concordaria na posição original.

Portanto, embora uma seita intolerante não tenha por si mesma legitimidade para protestar contra a intolerância, a sua liberdade deve ser limitada apenas quando os que praticam a tolerância, sincera e fundamentadamente, acreditam que a sua própria segurança e a dos que defendem a liberdade estão em perigo. Os justos devem guiar-se pelos princípios de justiça e não pelo fato de que aqueles que são injustos não podem protestar.

A liberdade de alguns não é suprimida apenas para tornar possível uma maior liberdade para outros. A justiça proíbe que esse tipo de raciocínio seja feito relativamente à liberdade, da mesma forma que o impede no que diz respeito à soma de benefícios. Só a liberdade do intolerante deve ser limitada, em nome da igual liberdade para todos, sob uma constituição justa cujos princípios os próprios intolerantes reconheceriam na posição original.

A JUSTIÇA POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO

Neste tópico é analisado o problema da Constituição justa, mediante esboço do significado da igual liberdade para esta parte da estrutura básica. A Constituição é um processo justo, que satisfaz as exigências da igual liberdade, devendo ser concebida por forma a ser, de todos os sistemas justos e aplicáveis, aquele que tenha mais possibilidades de conduzir a um sistema de legislação justo e efetivo.

O princípio da igual liberdade, quando aplicado ao processo político definido pela Constituição, será referido como princípio da (igual) participação, que exige que todos os cidadãos tenham um direito igual a tomar parte no processo constitucional que produz a legislação na qual todos devem obedecer e determinar o seu resultado. A fundamentação do princípio da participação está consubstanciada na idéia de que, se o estado deve exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um certo território e se, desta forma, afeta permanentemente as perspec-

tivas de vida dos homens, então o processo constitucional deve preservar a representação igual presente na posição original, na medida em que tal seja praticável.

O princípio da participação é compatível com a possibilidade da Constituição circunscrever os poderes do Legislativo quanto a numerosos aspectos, não obstante a maioria sólida do eleitorado possa sempre atingir os seus objetivos, até mesmo mediante alteração institucional. O princípio da participação pressupõe que todos os adultos são de espírito, ressalvadas certas exceções, e, portanto, têm o direito de tomar decisões na vida política. Na medida do possível, é observada a regra *um eleitor um voto*. A falta de unanimidade nas deliberações políticas faz parte do contexto de aplicação da justiça, de modo que a inexistência de oposição sacrifica a democracia.

São discutidas três questões sobre o princípio da participação. No seu significado, a regra *um eleitor um voto* implica que cada voto tem aproximadamente o mesmo peso quanto à determinação do resultado das eleições. O princípio da participação significa, ainda, que todos os cidadãos devem gozar de um direito de acesso igual, pelo menos em sentido formal, a cargos públicos. Todos podem aderir a partidos políticos, candidatar-se a eleições e ocupar lugares de responsabilidade, muito embora sejam admissíveis restrições relativas à idade, residência etc.

O alcance do princípio da participação é delimitado pelas normas constitucionais que impõem limites à regra da maioria. Dessa maneira, a liberdade política mais ampla é aquela estabelecida por uma Constituição que usa a estrita regra da maioria, segundo a qual uma minoria não pode dominar uma maioria, para toda e qualquer deliberação política. Sempre que a Constituição limita a autoridade e o âmbito das maiorias, quer exigindo uma maior pluralidade para certo tipos de medidas, quer por meio de uma declaração de direitos fundamentais que restrinja o Poder Legislativo, a liberdade política é menos extensa.

A Constituição deve garantir a efetiva participação igualitária no processo político. A melhor forma para tanto é a formação de partidos políticos independentes dos interesses econômicos privados, sendo-lhes atribuída uma parte suficiente do produto da arrecadação dos impostos. Se a sociedade não suportar os custos da organização e se os fundos partidários tiverem de ser obtidos junto dos interesses

sócio-econômicos mais beneficiados, as posições desses grupos acabarão por receber uma importância excessiva. O sufrágio universal se torna insuficiente para garantir o princípio da participação sempre que os partidos políticos e as eleições são financiados por contribuições privadas.

O princípio da participação obriga as autoridades a responderem aos interesses do eleitorado. Numa sociedade bem ordenada, os deputados devem representar os eleitores de modo substantivo, devendo procurar, em primeiro lugar, adotar legislação justa e efetiva; eis o primeiro interesse que os cidadãos têm no governo; e, em segundo lugar, devem defender os outros interesses daqueles que os elegeram, desde que estejam de acordo com a justiça.

AS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

A limitação ao princípio da participação pode ocorrer de três maneiras. A Constituição pode definir uma liberdade de participação mais ou menos extensa; pode permitir que nas liberdades políticas haja desigualdades; e pode consagrar percursos específicos para os cidadãos exercerem a representação.

Como já salientado, a Constituição pode limitar a extensão do princípio da participação, alterando os mecanismos da maioria simples. Uma vez que os limites à extensão do princípio da participação alcançam todos os cidadãos de maneira isonômica, é tal restrição facilmente justificável à luz dos princípios de justiça. Na realidade, a aplicação sem limitação da regra da maioria simples, em alguns casos, pode comprometer a própria liberdade. Uma participação menos extensa é suficientemente compensada pela maior segurança e alcance das restantes liberdades. Conseqüentemente, aqueles que atribuem um valor mais elevado ao princípio da participação estarão mais preparados para correr riscos maiores no que tange às liberdades individuais.

A regra da prioridade justifica a liberdade política desigual, desde que seja capaz de demonstrar que a desigualdade de direitos será aceita pelos menos favorecidos, em compensação da maior proteção das suas outras liberdades de que resultam desta restrição. Em determinadas circunstâncias, deve a vontade da minoria prevalecer em nome da própria liberdade.

Uma das mais evidentes limitações ao princípio da participação seja a exceção à regra *um eleitor um voto*. Até épocas recentes, o sufrágio universal era rejeitado por vários autores. A

justificação básica para tanto era que determinadas pessoas detêm maior capacidade intelectual para emitir opinião sobre questões políticas, de modo que os seus votos deveriam ter um valor superior aos dos demais. Nesses casos, a liberdade política é encarada como menos essencial do que as liberdades de consciência ou individual.

O PRÍNCIPIO DO DOMÍNIO DA LEI (RULE OF LAW)

A análise do princípio do domínio da lei esclarece o sentido da prioridade da liberdade. Constitui uma ação injusta o fato dos juízes não aplicarem a norma adequada ou não a interpretarem corretamente. Nesse ponto, o mais grave não é a violação grosseira, decorrente de corrupção ou perseguição, mas sim as sutis distorções causadas pelo preconceito e pela parcialidade que introduzem discriminações efetivas contra certos grupos sociais.

O princípio do domínio da lei está intimamente vinculado à liberdade. Um sistema jurídico é uma ordem coercitiva de regras públicas dirigidas a sujeitos racionais com o propósito de regular a sua conduta e construir uma estrutura para a cooperação social. Portanto, os princípios de justiça devem estar contidos no sistema jurídico. Se os desvios de noção de justiça regularmente forem muito disseminados, pode ser indagado se existe um verdadeiro sistema jurídico, e não uma simples coleção de decisões privadas, concebido para promover os interesses de um ditador ou o ideal de um despota benévolos.

Todo dever implica um poder. Não deve o sistema jurídico impor regras de condutas de impossível realização. O legislador e o juiz devem acreditar que é possível obedecer às leis, e devem partir do princípio de que quaisquer ordens dadas podem ser cumpridas. Ademais, as autoridades devem agir de boa-fé e também devem ser reconhecidas dessa forma. A sanção pelo descumprimento de uma regra pré-estabelecida deve estar limitada a atos passíveis de realização, sob pena de grave ofensa ao direito de liberdade.

O princípio do domínio da lei pressupõe que situações semelhantes sejam tratadas de forma semelhante. O critério para identificação de situações semelhantes é dado por meio das próprias regras jurídicas e dos princípios utilizados na respectiva interpretação. Como tal critério limita e impõe às autoridades administrativas e judiciais a justificação das distinções das situações, é tido como limitador da discricionariedade daqueles.

O preceito pelo qual todo crime tem que estar previsto em lei (*nullum crimen sine lege*) e as exigências que ele implica decorrem também da idéia de sistema jurídico. As leis devem ser previamente conhecidas e objeto de interpretação restrita, sob pena de haver normas para atingir sujeitos concretos. Por último, o preceito que define a noção de justiça natural. Os juízes devem ser independentes e imparciais, e ninguém pode ser juiz em causa própria. Os julgamentos devem decorrer de forma equitativa e em público, mas não devem estar sujeitos à pressão da opinião pública.

O princípio do domínio da lei garante as liberdades. A cada dever existe um direito. Cada pessoa está obrigada a respeitar a liberdade alheia. A prevalecer uma lei vaga e imprecisa, pode-se dizer que os limites da liberdade passam a ser incertos. Da mesma maneira será comprometida a liberdade dos cidadãos, se situações parecidas não forem tratadas de forma semelhante, se o processo judicial perder a integridade essencial, ou se a impossibilidade de cumprimento não for juridicamente reconhecida.

A aplicação de sanções aos cidadãos que descumprem as leis é ato que garante a liberdade e também a prestígio. É a garantia de que os direitos serão respeitados. A prioridade da liberdade conduz à teoria da obediência parcial das normas jurídicas. São desvios de conduta de alguns que justificam a coerção do sistema jurídico. Ao aplicar o princípio da legalidade, devemos ter em mente a totalidade dos direitos e obrigações que definem as liberdades e ajustar em conformidade as exigências respectivas.

A DEFINIÇÃO DA PRIORIDADE DA LIBERDADE

Por prioridade da liberdade entende-se a precedência do princípio da igual liberdade para todos sobre o segundo princípio da justiça. Os dois princípios estão dispostos em ordem lexical, pelo que as exigências da liberdade devem ser satisfeitas em primeiro lugar. Até esse objetivo ser atingido, nenhum outro princípio será invocado.

Se a liberdade é menos extensiva, o cidadão representativo deve achar que, feito o balanço, tal constitui um ganho para a sua liberdade; e se a liberdade é desigual; ela, para aqueles que a têm menos, deve ser melhor protegida. São regras de prioridade para garantir liberdades iguais para todos. Há, ainda, outras hipóteses de restrição de liberdades: a restrição pode decorrer dos acidentes e limitações naturais da vida humana ou de contingências históricas e

sociais; e nos casos em que a injustiça já existe, quer nas estruturas sociais, quer nas condutas individuais.

O primeiro princípio de justiça é articulado com a regra da prioridade e passa a ter a seguinte redação:

“Primeiro princípio - Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais vasto sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos. Regra de prioridade - Os princípios da justiça devem ser hierarquizados em ordem lexical e, portanto, a liberdade só pode ser restringida se tal for para o bem da própria liberdade. Há duas possibilidades de tal se verificar: a) uma liberdade menos ampla deve reforçar o sistema total de liberdade partilhado por todos; e b) uma liberdade que seja mais restrita do que a liberdade igual para todos deve ser aceitável para os cidadãos que dispõem da liberdade mais limitada”.

A INTERPRETAÇÃO KANTIANA DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUÍDADE

É erro salientar o lugar que a generalidade e a universalidade ocupam na ética de Kant. Difícilmente pode-se considerar uma novidade a afirmação de que os princípios morais são gerais e universais, mesmo porque estas condições não nos levam muito longe. A filosofia moral torna-se um estudo da concepção e do resultado de uma decisão racional adequadamente definida. Para Kant, a legislação moral deve ser objeto de um acordo obtido em condições em que os homens participem como sujeitos racionais livres e iguais. A descrição da posição original é justamente para interpretar essa concepção.

O objetivo principal de Kant é aprofundar e justificar a idéia de Rousseau de que a liberdade consiste em agir de acordo com a lei que fixamos para nós próprios. E isso leva não a uma moralidade de ordem austera, mas a uma ética do respeito mútuo e da auto-estima. A interpretação kantiana não pretende ser uma interpretação da doutrina real de Kant, mas antes uma interpretação da teoria da justiça como equidade.

A concepção de Kant é caracterizada por certos dualismos, em particular entre a necessidade e a contingência, a forma e o conteúdo, a razão e o desejo, os números e os fenômenos. Abandonar esses dualismos, tal como ele os entende, implica para muitos abandonar o que há de notável na sua construção. Não deve ser

tal a opinião prevalente. A concepção de Kant sobre moral tem uma estrutura característica que pode ser compreendida melhor quando esses dualismos são alterados em vez de serem vistos segundo o sentido que ele lhes dá, e quando o seu alcance moral é reformulado no âmbito de uma teoria empírica. Aquilo a que se chama de interpretação kantiana mostra como é que esse objetivo pode ser realizado.

2. A distribuição

O CONCEITO DE JUSTIÇA EM ECONOMIA POLÍTICA

Os princípios de justiça podem servir como parte de uma doutrina de economia política. Uma doutrina da economia política tem de incluir uma concepção do bem público que seja baseada numa concepção da justiça. Na fase de convenção constitucional ou legislativa, qualquer opinião política é relativa ao aumento do bem da entidade política como um todo e invoca um critério para obter a justa divisão das vantagens sociais.

O efeito da legislação econômica e social é o de especificar a estrutura básica. O sistema social modela os desejos e aspirações que os cidadãos têm a ter. Orienta o tipo de pessoas que eles desejam ser, bem como o tipo de pessoas que efetivamente são. O sistema econômico regula principalmente as necessidades do futuro.

A teoria da justiça pressupõe uma teoria do bem, mas dentro de limites amplos. Tais limites não prejudicam a escolha do tipo de pessoas que os sujeitos querem ser. Uma vez deduzidos os princípios de justiça, a teoria contratualista fixa limites à concepção do bem, que decorrem da prioridade da justiça sobre a eficiência e da prioridade da liberdade sobre os benefícios sociais e econômicos.

A teoria da justiça não está à mercê dos interesses e necessidades existentes. O objetivo de longo alcance da sociedade é decidido nas suas linhas principais, independentemente dos desejos particulares e das necessidades dos seus membros atuais. A estabilidade da sociedade depende de um sistema justo que gere apoio para si mesmo. Daí a necessidade de desencorajar desejos que colidam com os princípios de justiça.

O utilitarista sempre responde que, dadas as condições sociais existentes e os interesses efetivos dos sujeitos e tendo em conta a forma como eles desenvolverão um ou outro esquema institucional alternativo, o fato de se encorajar um padrão de necessidades em vez de outro

levará provavelmente a um melhor resultado líquido de satisfação. Dessa maneira, o utilitarista escolhe entre os ideais da pessoa. O perfeccionismo estabelece, de modo independente, uma concepção ideal da pessoa e da estrutura básica, de modo que não só há algumas inclinações e desejos que são necessariamente desencorajados como o feito das circunstâncias iniciais acabará por desaparecer.

O ponto essencial é que, apesar das características individualistas da teoria da justiça como eqüidade, os dois princípios da justiça não dependem de forma contingente dos desejos existentes ou das condições sociais presentes. Todos possuem um sentido da justiça semelhante e, sob este aspecto, uma sociedade bem ordenada é homogênea. A discussão política apela a esse consenso moral.

Imagina-se que a unanimidade é peculiar da filosofia política do idealismo. Do ponto de vista contratualista, nada há caracteristicamente idealista na hipótese de unanimidade, que na posição original representa um limite à argumentação. Outra semelhança da teoria da justiça com o idealismo é que a primeira reserva um lugar para o valor da comunidade e o modo de o fazer depende da interpretação kantiana.

ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE SISTEMAS ECONÔMICOS

Muito embora o tema seja teoria da justiça e não economia, é do nosso interesse os problemas morais da economia política. A economia política concede grande importância ao setor público e à forma que devem ter as instituições de enquadramento que regulam a atividade econômica e que incluem, entre outros, o sistema tributário, os direitos patrimoniais e a estrutura dos mercados. Um sistema econômico determina a escolha dos objetos a produzir e dos meios empregues para tal, de quem recebe esses objetos e em troca de que prestações, bem como a importância dos recursos consagrados à poupança e à produção de bens públicos.

Vale estabelecer a distinção entre a economia privada e economia socialista. A primeira diferença é que na economia socialista o tamanho do setor público, medido pelo número de empresas públicas, é maior do que no regime privado. Outro aspecto é a concentração de bens públicos no regime socialista, ao contrário do regime privado.

A concepção de bem público decorre basicamente das suas duas características: a indivisibilidade e a natureza não exclusiva. Isto é, há um número elevado de sujeitos, um público, por assim dizer, que deseja quantidades diferentes

do bem em questão; mas, para que seja possível desfrutar do bem em causa, todos têm de dispor de uma quantidade idêntica do mesmo. A quantidade produzida não pode ser dividida, como ocorre com os bens privados, que são adquiridos pelos sujeitos de acordo com as suas preferências, em quantidade maior ou menor. Admitindo que o bem público a todos beneficia e que todos concordam com a sua produção, o uso da coerção é perfeitamente racional do ponto de vista de cada cidadão.

A indivisibilidade e a natureza não exclusiva de certos bens essenciais e os efeitos externos e tentações a que dão origem necessitam, evidentemente, de acordos públicos, organizados e garantidos pelo Estado. A afirmação de que o poder político se baseia apenas na propensão dos homens para o interesse próprio e para a injustiça é superficial. Mesmo entre homens justos, quando há bens que são indivisíveis e que afetam um largo número de sujeitos, as ações decididas de forma isolada não produzem o bem geral. É indispensável a existência de uma regulamentação coletiva, e todos exigem a garantia de que ela será respeitada para que se disponham a fazer a sua parte.

O mercado para fornecimento de bens de consumo produzidos é utilizado tanto pelo regime privado quanto pelo socialista. Apenas nos regimes coercitivos é que tal liberdade sofre limitações. No entanto, no regime socialista, os meios de produção e recursos naturais são propriedade pública, e a função distributiva é grandemente restringida. No sistema de propriedade privada, o preço é que é utilizado para obter tais objetivos. É de difícil aferição saber qual dos dois regimes que melhor atende as exigências de justiça. O fato de existir um sistema ideal com um regime de propriedade privada que poderia ser justo não implica que as suas formas históricas sejam justas, ou sequer toleráveis, e, evidentemente, o mesmo é válido no que respeita ao socialismo.

AS INSTITUIÇÕES DE ENQUADRAMENTO RELATIVAS À JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

O sistema social deve ser concebido por forma a que o resultado seja justo, aconteça o que acontecer. Para atingir este objetivo, é necessário que o processo econômico e social seja enquadrado por instituições políticas e jurídicas adequadas. Ao estabelecer estas instituições de enquadramento, o Estado pode ser visto como estando dividido em quatro setores relativos a outras tantas funções.

A função de afetação de recursos deve manter o sistema de preços em condições de permitir uma concorrência eficaz e impedir a formação de um poder de mercados desrazoável. Cabe, de igual forma, a identificação e correção, por meio de impostos e subsídios adequados e de modificação do sistema dos direitos reais, dos desvios da regra da eficiência que são causados pela incapacidade dos preços em medirem os benefícios sociais e os custos.

A função de estabilização tenta manter, de forma razoável, o pleno emprego, entendido como a possibilidade de aqueles que desejam trabalhar encontrarem trabalho e, como existência de uma procura efetiva que permite a liberdade de escolha da ocupação e a aplicação dos recursos financeiros. Em conjunto com a função de afetação de recursos, deve manter as condições gerais de eficiência da economia de mercado.

Compete à função das transferências a fixação de um mínimo social. Os mercados penderam as regras convencionais ligadas aos salários e aos ganhos, enquanto a função das transferências garante um certo nível de bem estar e satisfaz as exigências decorrentes das carências existentes. A função de distribuição visa manter uma situação relativamente justa no que respeita à distribuição, por meio da tributação e dos necessários ajustamentos dos direitos reais.

A função de distribuição pode ser assim diferenciada. Inicialmente, tal função aplica impostos sobre herança e as doações e estabelece restrições aos legados que são permitidos. A tributação não tem por objetivo angariar recursos financeiros, mas sim deve, gradual e continuamente, corrigir a distribuição da riqueza e, ainda, prevenir as concentrações de poder que se façam em detrimento do justo valor da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades. A desigualdade na transmissão da riqueza por herança não é mais inherentemente injusta do que a desigualdade na transmissão da inteligência. A transmissão por herança é admissível desde que sejam compatíveis com a liberdade e a igualdade equitativa de oportunidades. A concentração de riquezas põem em risco tais princípios.

A segunda parte da função de distribuição consiste na canalização dos recursos auferidos pelos tributos de modo a fornecer bens públicos e efetuar transferências necessárias à satisfação do princípio da diferença. O encargo da tributação deve ser repartido de forma justa e tem por objetivo estabelecer situações justas.

O PROBLEMA DA JUSTIÇA ENTRE GERAÇÕES

Saber se o sistema social como um todo, vale dizer, se uma economia baseada na concorrência rodeada pelo conjunto adequado das instituições de enquadramento pode satisfazer os princípios de justiça depende do nível a que deve ser fixado o mínimo social. Por sua vez, a fixação do mínimo social depende da questão de saber até que ponto a geração atual está vinculada a respeitar as exigências das gerações seguintes.

Uma vez aceito o princípio da diferença, dele decorre que o mínimo deve ser fixado no ponto que, tendo em conta o nível salarial, maximiza as expectativas do grupo menos favorecido. Ao aplicar o princípio da diferença, a expectativa da qual se deve partir é a de que as perspectivas a longo prazo dos menos desfavorecidos se estendam às gerações futuras. Cada geração deve reservar quantidade adequada de capital. Tal poupança pode assumir diversas formas, desde meios de produção ao investimento no saber e na educação. A partir de um princípio de poupança justa que nos indique qual a dimensão do investimento a fazer, o nível do mínimo social pode ser determinado.

A justiça não exige que as gerações anteriores poupem apenas para que as seguintes sejam mais ricas. A poupança é exigida como condição para a realização plena de instituições justas e das iguais liberdades para todos. É erro acreditar que uma sociedade boa e justa tem de ir a par com um elevado nível de vida material. O que os homens buscam é um trabalho que tenha um sentido, em livre associação com outros, sendo que estas associações regulam as relações que, entre si, estabelecem uma estrutura de instituições básicas justas. A poupança obtém-se aceitando como uma decisão política as medidas destinadas a melhorar o padrão de vida das gerações posteriores menos beneficiadas, abdicando-se, pois, dos ganhos imediatos que são possíveis.

PREFERÊNCIA TEMPORAL

O princípio social da poupança justa não pode ser afetado por uma pura preferência temporal, dado que a posição temporal diferente das pessoas pertencentes a gerações diferentes não justifica, por si só, que sejam tratadas de modo diferente. A distinção entre períodos próximos e afastados ocasionará valoração de situações futuras ou remotas e mais ou menos importantes. A situação é simétrica, e uma escolha será tão arbitrária como outra. Os sujeitos, na posição original, não têm qualquer

preferência temporal, e isso serve apenas para mitigar os efeitos do utilitarismo no princípio da poupança, o qual, por sua vez, pode levar a sacrifícios extremos da sociedade atual para garantir as gerações futuras.

OUTROS CASOS DE PRIORIDADE

O princípio da poupança justa age como limite à taxa de acumulação. A prioridade da justiça é sobre a eficiência e a obtenção de uma grande soma de benefícios. Sempre que, em matéria de poupança, os limites da justiça forem violados, é necessário demonstrar que as circunstâncias são tais que a não violação dos referidos limites levaria a um prejuízo ainda maior às vítimas dessa violação. Outra prioridade é a da igualdade eqüitativa de oportunidades sobre o princípio da diferença.

Neste tópico é apresentada a formulação final dos dois princípios de justiça.

“Primeiro princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa, e b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade eqüitativa de oportunidades; primeira regra de prioridade (prioridade da liberdade): os princípios da justiça devem ser ordenados lexicalmente e, portanto, as liberdades básicas podem ser restrinvidas apenas em benefício da própria liberdade. Há duas situações: a) uma restrição da liberdade deve fortalecer o sistema total de liberdade partilhado por todos; b) as desigualdades no que respeita à liberdade devem ser aceitáveis para aqueles a quem é atribuída a liberdade menor; segunda regra de prioridade (prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem estar): o segundo princípio da justiça goza de prioridade lexical face aos princípios da eficiência e da maximização da soma de benefícios; e o princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades tem prioridade sobre o princípio da diferença. Há dois casos; a) qualquer desigualdade de

oportunidades deve melhorar as daqueles que dispõem de menos oportunidades; b) uma taxa excessiva de poupança deve, quanto ao resultado final, melhorar a situação daqueles que a suportam.”

OS PRECEITOS DA JUSTIÇA

Uma vez identificada a taxa de poupança justa, ou especificado o conjunto de taxas adequado, temos um critério para ajustar o nível do mínimo social. A soma das transferências e benefícios, sob a forma de bens públicos essenciais, deve agora ser organizada por forma a aumentar as expectativas dos menos favorecidos, de modo a que sejam compatíveis com o nível de poupança exigido e com a manutenção das liberdades iguais para todos.

A característica principal da concepção de justiça distributiva é a de que a mesma possui um grande elemento de justiça processual pura. Não há qualquer tentativa para definir justiça a partir de preferências de sujeitos concretos. Para que a noção de justiça seja útil, é necessário que, como ficou dito, se estabeleça e administre com imparcialidade um sistema justo de instituições de apoio. A confiança na pura justiça processual pressupõe que a estrutura básica satisfaça os dois princípios de justiça.

A análise da distribuição de justiça é um simples desenvolvimento da idéia corrente de que o rendimento e os salários são justos quando um sistema de preços de concorrência efetiva é devidamente organizado, tendo por fundamento uma estrutura básica justa. A distribuição daí decorrente é justa. No entanto, necessário se faz saber se tal concepção coincide com as nossas idéias intuitivas sobre o que é justo ou injusto, vale dizer, saber se ela se articula com os preceitos de senso comum sobre a justiça.

Na realidade, enquanto estivermos em nível dos preceitos de senso comum, não será possível reconciliar as máximas da justiça. Por exemplo, o preceito “a cada um de acordo com o seu esforço” e “a cada um de acordo com a sua contribuição” são em si mesmos injunções de sentido contrário. Tais preceitos (de senso comum) não expressam qualquer teoria determinada sobre o que sejam os salários justos ou eqüitativos. No exemplo dos salários, numa sociedade concorrida, o seu valor dependerá não só do esforço ou da contribuição, mas principalmente de como o mercado absorverá tal atividade. As normas de bom senso ocupam um lugar subordinado na teoria da justiça.

EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS E MÉRITO MORAL

É tendência de senso comum supor que o rendimento e a riqueza, e em geral as coisas boas da vida, devem ser distribuídas em função do mérito moral. A justiça seria a felicidade em acordo com a virtude. É uma concepção de justiça distributiva, muito embora a teoria da justiça como eqüidade a rejeite, pois seria de impossível aplicação da posição original.

Uma estrutura justa responde àquilo a que os homens têm direito; ela satisfaz as suas expectativas legítimas, que se baseiam nas instituições sociais. Porém, aquilo a que têm direito não é proporcional ao seu valor intrínseco, nem dele depende. Os princípios de justiça que regulam a estrutura básica e especificam os deveres e obrigações dos sujeitos não mencionam o mérito moral; e a distribuição não tem qualquer tendência para lhe corresponder. Nenhum dos preceitos de justiça visa recompensar a virtude. O preceito que mais se aproxima da recompensa do mérito moral é a distribuição segundo o esforço consciente, embora seja claro que o esforço que uma pessoa está disposta a realizar é fruto de suas capacidades, talentos naturais e alternativas que lhe foram oferecidas.

Dessa maneira, o conceito de valor moral é secundário face os conceitos de justo e de justiça e não desempenha qualquer papel na definição da distribuição. Na expressão tradicional, um sistema justo dá a cada pessoa aquilo que lhe é devido: isto é, atribui-lhe aquilo a que ela tem direito de acordo com o próprio sistema. Os princípios de justiça relativos às instituições e aos indivíduos mostram que, ao agir assim, se respeita a eqüidade.

COMPARAÇÕES COM AS CONCEPÇÕES MISTAS

As concepções mistas se definem pelo fato de substituírem o segundo princípio da justiça pelo padrão da utilidade e por outros critérios. Como todas essas concepções aceitam o primeiro princípio da justiça, o das iguais liberdades, nenhuma delas é utilitarista, pois a concepção de utilidade será sempre subordinada.

Os dois exemplos de concepções mistas podem ser assim definidos: uma que decorra da substituição do princípio da diferença pelo princípio da utilidade média limitado para um certo mínimo social, mantendo inalteradas as restantes conclusões; e outra que limite o princípio da utilidade média estabelecendo uma condição relativa à distribuição, quer por si só, quer em ligação com um mínimo adequado. Nessa última,

pode-se tentar substituir o princípio da diferença pelo critério da maximização da utilidade média deduzida de uma fração do desvio-padrão da distribuição.

A dificuldade com as concepções mistas é que as mesmas podem recorrer a juízos de valor demasiadamente cedo, não sendo viável a definição de uma alternativa clara ao princípio da diferença. Vista na perspectiva da posição original, as concepções mistas não fazem parte da concepção efetiva da justiça social. Os dois princípios da justiça são preferíveis e de aplicação muito mais simples. Daí não ser o princípio da utilidade o de melhor aceitação, ainda que limitado a uma concepção mista.

O PRÍNCIPIO DA PERFEIÇÃO

O princípio da perfeição conhece duas variantes. A primeira como constitutiva do único princípio de uma teoria teleológica que orienta a sociedade na elaboração da constituição e na definição dos deveres e obrigações dos indivíduos, por forma a maximizar as realizações humanas na arte e na cultura. Chega a afirmar que a humanidade deve lutar continuamente para produzir grandes homens, sendo nossas vidas valorizadas na medida em que trabalhamos para o bem dos espécimes superiores.

A segunda variante do princípio da perfeição é aceite como sendo um padrão da teoria intuicionista. A medida do perfeccionismo dessa concepção depende do peso atribuído às exigências da excelência e da cultura. Por exemplo, as realizações dos gregos nos campos da filosofia, da ciência e da arte justificavam a velha prática da escravatura (partindo do princípio de que esta era necessária para que fossem alcançadas tais realizações). Aqui, as exigências da perfeição afastam as importantes exigências da liberdade.

Ao contrário do perfeccionismo, os princípios da justiça sequer mencionam o montante dos rendimentos ou a sua distribuição, referindo-se apenas à distribuição de liberdade e dos outros bens primários. O único compromisso que as partes possuem na posição original é o de que todos devem ter maior liberdade possível, que seja compatível com uma liberdade idêntica para os outros. Os princípios da justiça não podem pôr a sua liberdade em risco, ao autorizar que seja um padrão a definir aquilo que deve ser maximizado por um princípio teleológico da justiça.

Para atingir a ética do perfeccionismo, teríamos de atribuir às partes a aceitação prévia de alguns deveres naturais, como o de desenvolver

formas de personalidade de um certo estilo e qualidade estética e o de fomentar a busca do conhecimento e o cultivo das artes, o que altera drasticamente a interpretação da posição original. Para a justiça como eqüidade, a perfeição humana deve ser prosseguida dentro dos limites do princípio da livre associação.

Os homens têm igual dignidade, o que significa simplesmente que todos satisfazem as condições da personalidade moral expressas pela interpretação da situação contratual inicial. Dessa forma, sendo iguais quanto a esse aspecto, devem ser tratados conforme é exigido pelos princípios da justiça. Porém nada disso implica que suas atividades e realizações sejam de qualidade idêntica. O contrário é confundir a noção de personalidade moral com as diversas formas de perfeição que cabem no conceito de valor.

3. Dever e obrigação

OS ARGUMENTOS EM FAVOR DOS PRINCÍPIOS DO DEVER NATURAL

O dever natural mais importante para a teoria da justiça é o de apoiar e promover as instituições justas. Esse dever é composto por duas partes. Em primeiro lugar, quando estas instituições existem, e somos por elas abrangidas, devemos obedecer-lhes e prestar-lhes a nossa contribuição. Em segundo lugar, devemos participar na criação de instituições justas, no caso de elas não existirem, pelo menos quando tal possa ser feito com custos pouco elevados. Se a estrutura básica da sociedade for justa, todos têm o dever natural de fazer aquilo que lhes é exigido. Aliás, as partes têm todas as razões para garantir a estabilidade das instituições justas e a forma mais fácil e objetiva de o fazer, é aceitar a necessidade de lhes dar apoio e obediência independentemente dos atos voluntários de cada um.

Há duas tendências que levam à instabilidade das instituições justas. De modo egoísta, cada sujeito é tentado a evitar os encargos que lhe cabem, muito embora seja sempre beneficiado pelos bens públicos. Por outro lado, a aceitação pelos sujeitos das exigências de um empreendimento de natureza cooperativa assenta na convicção de que os outros farão a sua parte. A falta de contribuição de uns pode levar à suspeita de outros, pois não se cumpre aquilo que não é cumprido pelos demais. É outra causa de instabilidade.

A aceitação das instituições justas deve ser, no possível, voluntária. Do contrário seria necessário um maior recurso aos poderes coercitivos do legislador a fim de atingir a estabilidade. Porém, não há razão para tal risco, já que na posição original as partes reconhecem o dever natural da justiça. São dois os deveres naturais que se destacam. O dever de respeito mútuo e o dever de auxílio mútuo.

Dever de respeito mútuo é o dever de manifestar a alguém o respeito que lhe é devido enquanto ser moral, isto é, enquanto ser que possui o sentido da justiça e uma concepção do bem. O respeito mútuo é demonstrado de diversos modos: pela nossa prontidão em ver a situação dos outros do seu ponto de vista, na perspectiva da sua concepção de bem, e pelo fato de estarmos dispostos a justificar as nossas ações sempre que os interesses dos outros sejam afetados de modo relevante.

A razão para a aceitação do dever de respeito mútuo é que, embora as partes na posição original não tenham qualquer interesse nos interesses dos outros, elas sabem que, em sociedade, precisam da garantia da estima dos restantes dos membros. O seu respeito próprio e a sua confiança no valor do seu sistema de objetivos não suportam a indiferença, nem muito menos o desprezo, dos outros.

O dever de mútuo auxílio é o de que pode haver situações em que iremos necessitar da ajuda de outros, pelo que o não reconhecimento deste princípio equivaleria a privar-nos do seu apoio. A razão maior para a adoção desse dever é o seu efeito geral sobre a vida quotidiana. A consciência pública de que vivemos numa sociedade na qual podemos confiar uns nos outros, para que nos auxiliem em circunstâncias difíceis, é em si mesmo de grande valor. O valor primário não é medido pela ajuda em si, mas sim pelo sentido de confiança nas boas intenções dos outros e na consideração de que, se precisarmos, eles estarão disponíveis.

OS ARGUMENTOS PARA O PRINCÍPIO DA EQÜIDADE

Embora haja vários princípios do dever natural, todas as obrigações decorrem do princípio da eqüidade. O termo *obrigação* é reservado para as exigências morais que derivam do princípio da eqüidade, sendo as outras exigências denominadas *deveres naturais*. O princípio da eqüidade afirma que alguém tem a obrigação de fazer aquilo que lhe cabe, consoante o especificado pelas regras de uma instituição, sempre que tenha aceito voluntariamente

benefícios da mesma, ou tenha beneficiado das oportunidades que ela oferece para prosseguir os seus interesses, desde que esta instituição seja justa ou eqüitativa.

O princípio da eqüidade tem duas partes. Uma que indica como é que contraímos obrigações, vale dizer, praticando voluntariamente certos atos. A outra que estabelece a condição de que a instituição em causa deve ser justa, senão de modo perfeito, pelo menos tão justa quanto é razoável esperar face às circunstâncias concretas. Em regra, é concebido que as promessas obtidas por extorsão são nulas *ab initio*. Da mesma maneira, as estruturas sociais injustas constituem, elas próprias, uma espécie de extorsão e de violência, sendo, nesses casos, o consentimento eventualmente prestado não vinculativo.

O DEVER DE OBEDECER A UMA LEI INJUSTA

A injustiça da lei não é uma razão suficiente para não aderir a ela; tal como a validade formal da legislação (definida pela Constituição vigente), não é razão suficiente para a aceitar. Sempre que a estrutura básica da sociedade for justa, devemos reconhecer as leis injustas como vinculativas, desde que não excedam certos limites de injustiça. A fixação desses limites depende do conflito de princípios. Alguns princípios aconselham o respeito à lei, enquanto outros nos indicam o contrário.

A injustiça pode surgir de duas formas: as estruturas existentes podem afastar-se, de diversos modos, dos padrões publicamente admitidos, que são mais ou menos justos; ou então estas estruturas podem estar de acordo com a concepção de justiça da sociedade, ou com a concepção da classe dominante, mas esta concepção pode em si mesma ser desfavorável e, em muitos casos, claramente injusta.

Quando as leis e as políticas se afastam de padrões publicamente reconhecidos, podemos presumir que um apelo ao sentido de justiça da sociedade é, até certo ponto, possível (o que aliás é um dos pressupostos da desobediência civil). No entanto, se a concepção dominante da justiça não for violada, a situação será muito diferente. A ação a seguir depende largamente da razoabilidade da doutrina aceita e dos meios existentes para a modificar. Podemos viver com uma variedade de concepções mistas e intuicionistas, bem como com posições utilitaristas que não sejam interpretadas de forma demasiadamente rigorosa. Em outros casos, contudo, como sucede quando uma sociedade é regida por

princípios que favorecem interesses limitados de certa classe, podemos não ter outro recurso que não seja a oposição à concepção prevalente e às instituições que por ela são justificadas, pelas formas capazes de obter algum sucesso.

São poucos os doutrinadores que acreditam que qualquer desvio de justiça, por menor que seja, suprime o dever de cumprir as regras existentes. O objetivo das partes na convenção constituinte é o de encontrar, entre as constituições justas, aquela que melhor conduzirá a uma legislação justa e efetiva. A Constituição é considerada um processo justo, embora imperfeito. Não há qualquer procedimento político que produza um resultado sempre perfeito (legislação justa). No sistema de votação, típico de várias constituições, prevalece a vontade da maioria, que cometerá necessariamente erros, se não por falta de conhecimentos e capacidade de julgamento, pelo menos como resultado de visões parciais e orientadas para o interesse próprio.

Porém, o nosso dever natural de apoiar instituições justas obriga-nos a respeitar as leis e políticas injustas, ou pelo menos proíbe-nos de nos opormos a elas por meios ilegais, desde que as mesmas não excedam certos limites de injustiça. Uma vez apoiada uma Constituição justa, devemos aceitar um dos seus princípios essenciais, o da regra de obediência a leis injustas, em virtude do dever de apoiar a Constituição justa.

Na fase constituinte, as partes empenhadas nos princípios da justiça, devem fazer concessões às outras para que o regime constitucional funcione. Nesse momento será inevitável que as suas opiniões sobre a justiça entrem em conflito. A regra da maioria, compatível com os dois princípios da justiça, gera sempre imperfeições no resultado da elaboração de leis.

Não obstante, existem limites ao dever de cumprimento da lei injusta. Na fase constituinte, as partes convencionam suportar leis injustas até determinado limite. As liberdades fundamentais jamais poderão ser ofendidas, já que são alicerce do princípio de justiça. A conclusão é de que o dever de cumprimento da lei injusta existe desde que esta não exceda certo limite de injustiça. Tal conclusão não é muito mais impressiva do que a afirmação de que temos o dever de aceitar leis justas.

O ESTATUTO DO PRINCÍPIO DO GOVERNO PELA MAIORIA

O princípio do governo pela maioria é justificado como sendo a melhor maneira de assegurar a adoção de legislação justa e eficaz. É esta a regra compatível com uma igual liberdade para

todos. Na realidade, se o governo pela minoria fosse autorizado, não haveria qualquer critério para selecionar quem é que decidiria. A ofensa à regra da igualdade seria flagrantemente violada.

Uma Constituição justa é definida como aquela que seria aceita por delegados presentes na convenção constituinte, que sejam racionais e se orientem pelos dois princípios da justiça. As leis e medidas políticas justas são aquelas que seriam adotadas por legisladores racionais na fase legislativa, os quais respeitam os limites impostos por uma Constituição justa e tendem conscientemente a guiar-se pelos princípios da justiça, tomando-os como padrão.

A discussão legislativa deve ser concebida não como uma disputa de interesses, mas como uma tentativa para encontrar qual a melhor política, em conformidade com os princípios da justiça. O único desejo de um legislador imparcial deve ser o de alcançar decisões corretas a esse respeito, de acordo com os fatos gerais de que tem conhecimento. Deve votar apenas em função com o juízo que faz. O resultado da votação é indicativo daquilo que está mais de acordo com a concepção da justiça.

A DEFINIÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A teoria da desobediência civil é concebida apenas para o caso especial de uma sociedade quase justa, que, no essencial, seja bem ordenada, mas na qual, não obstante, ocorram sérias violações da justiça. A desobediência civil é um ato político, não violento, decidido com o objetivo de provocar uma mudança nas leis ou na política seguida pelo governo. Trata-se de apelação de que os princípios da cooperação social entre homens livres e iguais não estão a ser respeitados.

A desobediência civil não requer, necessariamente, que o ato de desobediência viole a lei que é objeto de contestação. Admite-se a desobediência direta ou indireta. Por exemplo, leis relativas à política externa não podem ser cumpridas ou descumpridas pelos dissidentes nacionais. Nesse caso, o descumprimento deve ser de outra lei.

A desobediência civil não é justificada por princípios da personalidade moral ou doutrinas religiosas. É fundamentada apenas na concepção de justiça comumente partilhada que subjaz à ordem política. A violação persistente e deliberada dos princípios básicos da concepção de justiça durante um período de tempo extenso, em especial a lesão das liberdades fundamentais, convida à submissão ou à resistência. Na

desobediência, a minoria força a maioria a decidir se quer que os seus atos sejam assim interpretados ou se, tendo em vista o senso comum da justiça, deseja reconhecer as exigências legítimas da minoria.

A desobediência civil é distinta da ação militante e das ações de obstrução; e está muito afastada da resistência organizada que recorre à força. O militante opõe-se ao sistema político existente como um todo, buscando por meio da perturbação e de resistência atacar a visão da justiça prevalecente ou forçar um movimento na direção desejada. Na desobediência, o contestador assume o risco e consequências do descumprimento da lei, enquanto que na ação militarista não. É a ação militarista uma oposição mais profunda à ordem jurídica.

DEFINIÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A objeção de consciência é o não-cumprimento de uma injunção legal ou de uma ordem administrativa mais ou menos direta. Trata-se de uma recusa, visto que a ordem em questão não é dirigida e que, dada a natureza da situação, as autoridades sabem se a cumprimos ou não.

A objeção de consciência não é um apelo da justiça da maioria e, portanto, não se baseia necessariamente em princípios políticos. É fundamentada em princípios religiosos ou outros que não estejam de acordo com a ordem constitucional.

Numa sociedade livre, ninguém pode ser obrigado, como os primitivos cristãos, a realizar atos religiosos que violem a igual liberdade, tal como um soldado não é obrigado a cumprir ordens que se apresentem intrinsecamente perversas enquanto aguarda a resposta ao apelo feito a uma autoridade mais elevada.

A JUSTIFICAÇÃO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Os atos de desobediência civil são restrin-gidos às infrações sérias ao primeiro princípio da justiça, ao princípio da igualdade e às violações evidentes da segunda parte do segundo princípio, o da igualdade equitativa de oportunidades. Tais princípios quase sempre implicam garantias fundamentais, o que evidencia o descumprimento por parte do legislador. As violações do princípio da diferença é de difícil consideração, porquanto tal princípio se aplica mais às instituições e políticas econômicas e sociais. Daí a afirmação de que a violação do princípio da igual liberdade é a mais adequada para justificar a desobediência civil. Se preservado o princípio da igual liberdade, as demais injustiças são suportadas.

A desobediência civil deve ser precedida de apelos normais à maioria política. Devem haver prévias tentativas para fazer com que a lei seja revogada. Apenas após a desconsideração dos protestos e demonstrações legalmente permitidos é que se deve invocar a desobediência civil.

Sempre que houver mais de uma minoria dissidente, haverá o risco de que a desobediência civil cause uma ruptura no sistema constitucional com consequências negativas para todos. Tal ocorre porquanto dificilmente duas minorias lutarão pelas mesmas concepções de justiça. A solução ideal é a exigência de uma aliança política entre tais minorias, para cooperar com o controle do nível geral do protesto.

Embora num estado de quase justiça seja pouco provável que haja repressão à contestação legítima, é prudente que a minoria avalie sempre a razoabilidade de ser exercido tal direito. É importante que ela seja compreendida, já que se trata de um apelo público.

A JUSTIFICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

O caso mais típico de objeção de consciência é o do serviço militar negado pelos pacifistas. Sendo o serviço militar uma violação drástica das liberdades básicas dos cidadãos, ele só poderá ser justificado por exigências como as de segurança nacional. O serviço militar obrigatório só é admissível se for em defesa da própria liberdade, não apenas dos cidadãos da sociedade em causa, mas também dos cidadãos das restantes sociedades. A guerra só se justifica quando destina à paz. Portanto, o cidadão poderá se recusar a prestar o serviço militar caso a lei moral da guerra seja violada (guerra destinada a vantagens econômicas).

O PAPEL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A sociedade quase justa, necessariamente aquela que possui um regime democrático, está sujeita a injustiças. Aqueles que são vítimas de sérias injustiças não estão obrigados à submissão. Na realidade, a desobediência civil é um dos mecanismos estabilizadores de um sistema constitucional, embora por definição seja um mecanismo ilegal. Ao lado de eleições livres e regulares e um poder judiciário independente, competente para interpretar a constituição, a desobediência civil, quando utilizada de forma moderada e ponderada, ajuda a manter e a fortalecer as instituições justas.

O fato dos cidadãos responderem à violação das liberdades fundamentais por meio da desobediência civil, significa o reforço e não

enfraquecimento destas liberdades. A desobediência civil é uma forma de introdução, dentro dos limites da fidelidade ao direito, de um mecanismo de último recurso que mantenha a estabilidade de uma constituição justa. Embora ilegal, é altamente moral.

O perigo de anarquia não existe desde que haja uma concordância funcional bastante entre as concepções que os cidadãos têm da justiça e desde que as condições para o recurso à desobediência civil sejam respeitadas. Está implícito na forma política de democracia que os homens podem atingir aquele entendimento e respeitar aqueles limites desde que as liberdades políticas básicas sejam mantidas.

Se a desobediência civil injustificada ameaçar a paz civil, a responsabilidade não será daqueles que protestam, mas daqueles cujo abuso do poder e da autoridade justifica essa oposição. A utilização do aparelho coercitivo do Estado para conservar instituições manifestamente injustas é em si mesma uma forma ilegítima do emprego da força, à qual se terá, a partir de certo momento, o direito de resistir.

4. As críticas de Michael Walzer e Robert Nozick a John Rawls

AS ESFERAS DA JUSTIÇA. UMA DEFESA DO PLURALISMO E DA IGUALDADE

Na opinião de Michael Walzer, opositor de Rawls, o Estado nunca conseguiu controlar os laços de família, mercado negro, religiões ou etnias. Não há um critério único de distribuição de justiça. Ao contrário dos filósofos, sempre em busca da unidade de pensamento, Walzer sustenta que a justiça é uma construção humana, e é duvidoso que possa ser feita de um único modo. Sua tese é de que os próprios princípios de justiça são pluralísticos na sua forma, de maneira que diferentes bens sociais devem ser distribuídos por diferentes razões, de acordo com diferentes procedimentos, por agentes diferentes, e todas essas diferenças derivam das diferentes compressões dos próprios bens sociais.

Para Walzer, a teoria de Rawls é uma antiga e profunda convicção dos filósofos que escreveram sobre justiça desde Platão: a de que há um, e só um, sistema distributivo, e que a filosofia o pode abranger e determinar.

Da sua tese se extrai a teoria dos bens sociais que são objeto das distribuições. A justiça está sempre preocupada com a distribuição dos bens

sociais, que na realidade são todos os bens disponíveis aos indivíduos. A justiça e injustiça estão intimamente ligadas às compressões e interpretações comunitárias de distribuição de bens sociais. A normalidade social depende da observância dos critérios internos de distribuição de justiça de cada esfera da sociedade. O mérito, na educação; a necessidade, na saúde; e o consentimento, na política. A injustiça decorre da aplicação errônea de critérios de distribuição típicos de uma esfera à outra. Walzer está bem próximo da moralidade universal e da justiça do direito natural.

Inexiste um conjunto de bens primários ou básicos, quer no mundo material, ou no moral, ao arrepio da teoria de Rawls. Segundo Walzer, até mesmo o conceito de alimento varia de acordo com cada comunidade, citando como exemplo o gado que é alimento para o ocidente, embora seja para o oriente ente sagrado. O conceito de alimento dependerá da necessidade da sua distribuição. Significados e interpretações distintos criam distribuições autônomas. O dinheiro é inadequado na esfera dos cargos eclesiásticos como a piedade é inócuia no mercado.

É formulada a distinção entre a igualdade simples e complexa. A igualdade simples ocorre sempre que o bem é distribuído igualmente por todos (por exemplo, quando todos têm a mesma quantidade de dinheiro), o que leva à desigualdade final, já que o mercado providencia as diferenças. Na igualdade complexa não há um bem que possa ser convertido em outros bens, já que todos eles estão distribuídos em esferas diferentes, o que impede o que se denomina de *tirania*. Tal concepção significa que nenhum cidadão situado numa esfera ou com referência a um determinado bem social pode ser prejudicado em outra esfera com relação a outro bem. Por exemplo, a utilização do poder político pelo governante para fins particulares é agir de forma tirânica, uma vez que está auferindo bens por meio de esfera imprópria.

Dessa maneira, tirania é monopolizar ou tentar transferir um critério de uma esfera para outra ou estabelecer critério único para todas as esferas. Lealdade política é um critério de distribuição de cargos políticos. Na igualdade simples, o papel do Estado é grande, isso porque a ele compete controlar os monopólios e reprimir as formas de dominação. No regime de igualdade complexa, é diminuída a importância do estado, ao qual compete apenas manter as esferas de justiça, evitando a tirania. Aqui o cidadão é um político em potencial, pois a ele compete a

efetiva distribuição dos bens, respeitada cada uma das esferas, restando ao Estado a sua fiscalização.

Na concepção de Ubiratan Macedo, a teoria de Michael Walzer é a mais razoável nos dias de hoje. É o que se está debatendo no mundo, em torno da idéia de justiça. Na crítica comunitária ao liberalismo de Rawls, parte das idéias de modernidade e não de filosofia. A sua grande preocupação é entender como se pode fazer crítica moral às instituições de uma comunidade, a partir de um ponto de vista universal, sem renunciar a tese da comunalidade da conceituação da justiça, nem à sua universalidade ética.

ANARQUIA, ESTADO E UTOPIA

Walzer enfrentou com a teoria de Rawls ao ministrar um curso em Harvard com Robert Nozick quando da publicação da *Teoria da Justiça*. Nozick representava uma defesa do capitalismo e Walzer do socialismo. O curso de Nozick se transformou no livro *Anarquia, Estado e Utopia*, crítica à Rawls e defesa do Estado mínimo.

Nozick nega a existência de uma distribuição central de bens. Adverte que a expressão *justiça distributiva* não é neutra.

“Não há distribuição central, nenhuma pessoa ou grupo que tenha o direito de controlar os recursos, decidindo em conjunto como devem ser repartidos. O que cada pessoa ganha, recebe de outros, que o dão em troca de alguma coisa ou como presente. Na sociedade livre, pessoas diferentes podem controlar recursos diferentes, e novos títulos de propriedade surgem das trocas e ações voluntárias de pessoas. Não há essa de distribuir (ou de distribuição de parcelas do que há para distribuir) os companheiros em uma sociedade na qual as pessoas escolhem (livremente) com quem querem casar. O resultado total é produto de muitas decisões individuais que os diferentes indivíduos envolvidos têm o direito de tomar”¹

Nozick chega a apresentar uma dupla distinção: a) princípios históricos e princípios de resultado. Os primeiros afirmam se uma distribuição é justa ou não, dependendo de como ocorreu no passado. Os segundos consideram uma distribuição justa, de acordo com o presente, de acordo com a forma na qual é julgada a distribuição existente por um princípio

¹ Ubiratam Borges de Macedo. Liberalismo e Justiça Social. Ibrasa. São Paulo, 1995.

estrutural; b) princípios padronizados e não padronizados. Para Nozick há distinção entre distribuição que obedece um padrão, “uma dimensão natural”, e a que não obedece um padrão definido.

Anarquia, Estado e utopia partem da idéia de que não é necessário criar uma sociedade (posição original de Rawls), pois a sociedade já existe e está funcionando, e que nela há uma repartição social. É esse o ponto de partida. A teoria de Rawls é uma teoria padronizada incapaz de fundar uma concepção distributiva histórica ou segundo a teoria do título válido. Rawls não parte de um argumento dedutivo direto, e sim de uma posição e de um processo sustentando que qualquer princípio emergente daquela posição e daquele processo constitui princípio de justiça.

Segundo Nozick, é imperfeita uma teoria da justiça que se aplica unicamente à estrutura básica da sociedade e não considera os microcosmos sociais, podendo conduzir a que a justiça geral seja conseguida às custas de uma multiplicidade de injustiças particulares. Não é explicado por Rawls como, na posição originária, as pessoas escolheriam princípios que se referem a grupos e não a indivíduos. Não é também explicado por qual motivo os princípios fundamentais se limitam às estruturas básicas da sociedade.

Os princípios de Nozick podem ser assim elencados: 1) justa aquisição inicial, isto é, sem fraude ou uso da força; 2) justa transferência, isto é, sem fraude ou recurso à força; 3) ninguém tem direito a uma propriedade, exceto por aplicações repetidas dos itens 1 e 2; 4) princípio da retificação, ou reparação pelo qual a autoridade, provocada, restabelecerá a titularidade justa.

A crítica maior à teoria de Nozick é a de que a mesma centra a justiça social na propriedade e sua sucessão, chocando-se com o problema das externalidades.

5. A resposta de John Rawls

JUSTIÇA COMO EQUIDADE. UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA, NÃO METAFÍSICA

A justiça não detém um conceito metafísico ou ontológico, mas sim político, resultante de acordo político das diferenças sociais, culturais, religiosas e econômicas, comumente existentes numa sociedade de estrutura democrática. A concepção particular de justiça é submissa aos anseios de justiça da sociedade em geral, que

vem a ser exteriorizada por meio de órgãos legitimados para tanto pela constituição do Estado. Nesse contexto, a norma injusta deve ser cumprida, muito embora esteja sujeita a todos os métodos de hermenêutica jurídica, inclusive à luz da Constituição vigente, que é presumivelmente justa.

A justiça como eqüidade é pensada para aplicação ao que se chama de *estrutura básica* de uma democracia constitucional moderna. A estrutura básica designa as principais instituições políticas, sociais e econômicas dessa sociedade, e o modo pelo qual elas se combinam num sistema de cooperação social. O fundamental é que, do ponto de vista político, nenhuma concepção moral geral pode fornecer uma base publicamente reconhecida para uma concepção de justiça num estado democrático moderno. A concepção política de justiça dá espaço a uma diversidade de doutrinas e à pluralidade de concepções conflitantes e, na verdade, incomensuráveis, do bem tal como adotados pelos membros das sociedades democráticas existentes.

Não há uniformidade no estabelecimento das instituições básicas de uma democracia constitucional que especifiquem e assegurem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e atendam às demandas de igualdade democrática quando considerados pessoas livres e iguais. É de interpretação controvertida a fixação de valores de liberdade e igualdade como integrantes da estrutura básica da sociedade, isso em consequência à liberdade de pensamento e de consciência.

A justiça como eqüidade tem como fundamento básico, primeiramente, a observância de dois princípios, o da liberdade e o da igualdade. No segundo plano, que tais princípios são superiores a todos os demais aplicáveis aos cidadãos, enquanto pessoas livres e iguais. Entretanto, o ponto nodal é saber o que significa conceber os cidadãos como pessoas livres e iguais. Em síntese, a realização dos valores de liberdade e igualdade na estrutura básica da sociedade incide sempre que os cidadãos são considerados pessoas detentoras das necessárias capacidades de personalidade que as habilitam a participar da sociedade vista como um sistema de cooperação justa para o benefício mútuo.

A filosofia, a moral ou a religião não têm como estabelecer as formas institucionais mais apropriadas à liberdade e à igualdade. Apenas uma base pública de acordo político o seria capaz, dado as diferenças e fortes convicções setoriais. O acordo político, do qual resulta a

concepção de justiça, nem sempre é livre de coercibilidade, embora compatível à concepção de que pessoas são livres e iguais. A concepção política de justiça é apresentada não como uma concepção da justiça verdadeira, mas como uma concepção que pode servir de base a um acordo político informado e voluntário entre cidadãos, vistos como pessoas livres e iguais.

Do ponto de vista filosófico, religioso ou moral, o acordo político sobre a justiça como eqüidade não pode ser alcançado sem o desrespeito estatal das liberdades básicas. A filosofia como busca da verdade independente não tem como oferecer uma concepção de justiça numa sociedade democrática. É imperativo que seja aplicável à própria filosofia o princípio da tolerância. Por meio do acordo político, as diferenças existentes entre visões políticas concorrentes passam a ser moderadas, senão inteiramente removidas, de tal maneira que a cooperação social com base no respeito mútuo possa ser mantida.

A idéia global fundamental de justiça política é a idéia da sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. Não raramente, os cidadãos não vêem a ordem social como uma ordem natural fixa, ou como uma hierarquia institucional, sob o fundamento de valores religiosos ou aristocráticos. A moralidade pessoal, ou dos membros de uma associação, ou da doutrina religiosa ou filosófica adotada por uma pessoa, nem sempre coincidem com a ordem social. Porém, no contexto político, tais diversidades individuais devem ser afastadas.

São três os elementos de cooperação social. A cooperação é guiada por normas e procedimentos publicamente reconhecidos, que são aceitos pelos que cooperam como normas e procedimentos que regulam apropriadamente suas condutas. A eqüidade da cooperação social parte da idéia de reciprocidade ou mutualidade, de maneira que os benefícios produzidos pelos esforços de todos sejam eqüitativamente adquiridos e divididos de uma geração para a subsequente. A idéia de cooperação social requer a idéia da vantagem racional, ou bem, de cada participante.

As pessoas, como participantes da cooperação social, são aquelas consideradas cidadãs. Além de possuírem duas capacidades morais, as capacidades de senso de justiça e de concepção do bem, as pessoas também têm uma concepção particular do bem que tentam obter. O senso de justiça é a capacidade de entender, de aplicar e de agir a partir da concepção pública

de justiça que caracteriza os termos eqüitativos da cooperação social. A capacidade de concepção do bem é a capacidade da pessoa de formar, de revisar e racionalmente perseguir uma concepção da vantagem racional, ou do bem. Nos negócios particulares ou na vida privada de associações, os cidadãos freqüentemente têm concepções distintas da concepção política de justiça. São afeições, devoções e lealdades das quais dificilmente os cidadãos se separam para avaliá-las do ponto de vista racional. A concepção de pessoas como seres dotados dessas duas capacidades morais é inerente à cultura pública de uma sociedade democrática.

A questão da posição originária diz respeito à especificidade dos princípios mais apropriados à realização da igualdade e liberdade de sociedade na qual impõe o sistema de cooperação entre pessoas livres e iguais. É assim a melhor maneira para elaborar um concepção política de justiça para a estrutura básica da sociedade. Inicialmente, os cidadãos são livres ao conceber-se, e uns aos outros, como detentores da capacidade moral de ter uma concepção do bem. Em um segundo plano, os cidadãos percebem-se livres sempre que consideram-se como fontes auto-suscitantes de reivindicações válidas. Por último, os cidadãos são tidos como livres quando capazes de assumir a responsabilidade por seus fins, e isso afeta a maneira pela qual suas várias reivindicações são avaliadas.

Na posição originária são dois os princípios fundamentais. O primeiro princípio é que “cada pessoa tem de ter um igual direito ao mais extensivo sistema total de básicas liberdades iguais, compatíveis com um similar sistema de liberdade para todos”. O segundo princípio dispõe que “as desigualdades sociais e econômicas têm de ser ajustadas de maneira que sejam tanto: (a) para o maior benefício dos menos privilegiados, consistente com o princípio justo de poupança; como (b) ligadas a cargos e posições abertos a todos, sob condições de eqüitativa igualdade de oportunidade”.

Os princípios auxiliares estão assim delimitados. A primeira prioridade é a da liberdade, da qual os princípios de justiça têm de ser ordenados em seqüência léxica e, portanto, a liberdade só pode ser restringida por conta da própria liberdade e nos seguintes casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o total sistema de liberdade, compartilhado por todos; (b) uma liberdade menos que igual, deve ser aceitável àqueles como a liberdade menor. A segunda prioridade é a da justiça sobre a eficiência e o

bem estar: (a) uma desigualdade de oportunidade deve realçar as oportunidades daqueles com menor oportunidade; (b) uma excessiva taxa de poupança deve, em equilíbrio, mitigar o fardo daqueles que estão suportando esse encargo.

A concepção política de justiça, como já consignado, embora moral, não é um ideal de moral para a condução da vida, mas tão-somente a ser aplicada à estrutura básica da sociedade. É a única doutrina compatível com o liberalismo do estado democrático, no qual existem concepções conflitantes. Daí, a possibilidade e, talvez, necessidade de impor restrições a indivíduos e associações, contudo sempre em prol da justiça política. A autonomia e a individualidade absoluta não são apropriadas para uma concepção política de justiça. A sustentação das instituições democráticas é incompatível com o liberalismo (individualidade e autonomia) irrestrito. Dessa maneira, a justiça como equidade é similar à doutrina de Kant e Mill, porém em oposição a elas.

Na justiça como equidade, a unidade social e a lealdade dos cidadãos com respeito a suas instituições comuns não estão calcadas na idéia de que todas as pessoas sustentam a mesma concepção do bem, mas em que aceitam publicamente um concepção política de justiça para regular a estrutura básica da sociedade. O conceito de justiça é independente do conceito de bem, e anterior a ele. A interface consensual é o consenso no qual doutrinas diferentes e mesmo conflitantes sustentam a base publicamente partilhada dos arranjos políticos.

Platão e Aristóteles, bem como a tradição cristã tal como representada por Agostinho e Tomás de Aquino, estão entre os que reconhecem apenas um bem racional. Tais perspectivas teleológicas tendem a afirmar que as instituições são justas na medida em que efetivamente promovem aquele determinado bem. Aliás, a filosofia moral, a teologia e a metafísica perseguem uma concepção racional de justiça. O liberalismo, ao contrário, supõe que há muitas concepções conflitantes e incomensuráveis do bem, sendo cada uma compatível com a plena racionalidade das pessoas, desde que observados os princípios apropriados de justiça. É o liberalismo uma cultura democrática livre.

6. Conclusão

A Teoria da Justiça de John Rawls tem o mérito de ser a primeira grande teoria geral sobre

a justiça, tendo provocado uma reorientação no pensamento filosófico americano, até então interessado em questões epistemológicas e lingüísticas para os problemas ético-sociais, e também propiciado um novo tipo de igualitarismo teórico, um igualitarismo não mais de oportunidades, mas de resultados.

Toda discussão entre o comunitarismo e o liberalismo se faz à sombra da Teoria da Justiça de John Rawls. Na realidade, as críticas à Rawls são críticas do comunitarismo ao liberalismo.

A principal resistência à Rawls é quanto à impossibilidade de ser estabelecido um critério único de justiça para regular diversas classes da sociedade. Em defesa, Rawls alega que jamais pretendeu um conceito metafísico da justiça, mas sim político, derivado de um consenso político resultante de pluralidade de concepções de justiça.

De fato, é inconcebível a existência de uma unidade a respeito de justiça. Ao contrário do que se imagina, Rawls reconhece tal impossibilidade, ao sustentar a necessidade de um consenso sobre justiça. A justiça terá sempre um conceito relativo, devendo prevalecer o entendimento da maioria daqueles que com ela convivem.

Na área jurídica, os capítulos que mais denotam interesse são aqueles sobre o dever de cumprimento da lei injusta, desobediência civil e objeção de consciência, porquanto direcionados diretamente ao aplicador do direito.

Do seu texto se extrai a idéia de que não é qualquer alegação de injustiça que inviabilizará a aplicação do direito. É necessário que haja grave e evidente ofensa aos princípios da justiça, contidos na estrutura básica da sociedade, para que seja possível a resistência à norma injusta.

Os princípios da justiça idealizados por Rawls são as liberdades públicas ou direitos fundamentais, que a melhor doutrina jurídica sobrepõe a todo e qualquer direito ou dever, até mesmo de natureza constitucional, já que são alicerce do próprio Estado de Direito. Nesse sentido, é possível a afirmação de que toda lei injusta é substancialmente inconstitucional.

Quando Rawls sustenta a possibilidade da desobediência civil, sempre que houver descumprimento de tais liberdades, na realidade, significa que a governabilidade corre sérios riscos, caso o sentimento de justiça da sociedade não coincida com o ordenamento jurídico. Muito embora a lei injusta possa ser vinculativa nos casos de incorreção de inconstitucionalidade,

a mesma cairá no desuso e, portanto, a sua aplicação ocasionará o descrédito das instituições.

Bibliografia

- MACEDO, Ubiratan Borges de. A crítica de Michael Walzer a Rawls. *Presença Filosófica*, Rio de Janeiro, v.21, 1996.
- _____. *Liberalismo e justiça social*. São Paulo : Ibrasa, 1995.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia* : parte II. Rio de Janeiro : Zahar, 1991.
- RAWLS, John. Justiça como eqüidade : uma concepção política, não metafísica. *Lua Nova*, v. 25.
- _____. *Uma teoria da justiça*. Lisboa : Presença, 1993.
- SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da justiça. In: CADerno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito. Rio de Janeiro : Universidade Gama Filho, 1997.
- TORRES, Ricardo Lobo. As esferas da justiça e o Estado, In: CÍRCULOS de estudos do liberalismo : textos reunidos. 1990.
- WALZER, Michael. Las esferas de la justicia : una defensa del pluralismo y la igualdad. México : Fundo de Cultura Económica, 1993.

Competência para julgar ação de improbidade administrativa

ARNOLDO WALD E GILMAR FERREIRA MENDES

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, assim como a Constituição Federal, dispõem sobre a improbidade administrativa e sobre a competência de julgar ações que a envolvam, sendo esta uma matéria ensejadora de grande polêmica, que merece ser amplamente discutida.

Cabe registrar, em caráter preliminar, a incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus Ministros de Estado ou membros de Tribunais Superiores, em face da natureza das sanções aplicáveis, que ultrapassam os limites da reparação pecuniária e podem ir, em tese, até à perda da função pública.

Admitir a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências.

Deveras, a Lei nº 8.429/92, incrustada no ordenamento jurídico brasileiro, há de ser entendida como seguindo as regras constitucionais de competência hierárquica. A não ser assim, também a ação de improbidade prevista na mencionada lei, contra o Presidente da República, que não encontra expressa previsão no texto do artigo 102 da Constituição Federal, poderia ser aforada perante o juiz de primeiro grau de jurisdição que, por sua vez, seria competente para impor-lhe a sanção de perda do cargo. O absurdo é tão palmar que nem mereceria outras considerações.

Cuida-se de indagar se os juízes de primeiro grau seriam competentes para processar e julgar ação de improbidade movida contra autoridades que gozam de prerrogativa de foro em processos criminais. A simples análise das consequências jurídicas de semelhante ação já deveria ser suficiente para provocar uma reflexão atenta sobre a questão, em um sistema constitucional que assegura aos Ministros de Estado, membros de

Arnoldo Wald é Advogado e Professor catedrático de Direito Civil da UERJ.

Gilmar Ferreira Mendes é membro do Ministério Público e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília.

Tribunais Superiores e ao Tribunal de Contas da União foro especial perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 102, I, c, da Constituição vigente).

Convém anotar que tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político institucional. Pretende-se não só evitar a utilização política do processo, como também assegurar a absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas.

A instituição de uma “ação civil” para perseguir os casos de improbidade administrativa coloca, inevitavelmente, a questão a respeito da competência para o seu processo e julgamento, tendo em vista especialmente as consequências de eventual sentença condenatória que, nos expressos termos da Constituição, além da indisponibilidade dos bens e do resarcimento ao erário, *poderá acarretar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do Réu* (CF, art. 37, § 40). Não há dúvida aqui, pois, sobre o realce político-institucional desse instituto.

A simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda da função pública, isoladamente consideradas, seriam suficientes para demonstrar que não se trata de uma ação qualquer, mas de uma “*ação civil de forte conteúdo penal*”, com incontestáveis aspectos políticos.

Essa colocação serve pelo menos para alertar-nos sobre a necessidade de que não se torne por pacífica a competência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429, de 1992, as autoridades que estão submetidas, em matéria penal, à competência originária de Cortes Superiores ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal.

De observar que, enquanto na esfera penal são raras as penas que implicam a perda da função ou a restrição temporária de direitos (Código Penal, art. 47, I, e 92, I), na “ação civil” de que trata a Lei nº 8.429/92, todas as condenações implicam suspensão de direitos políticos por até 10 anos, além da perda da função pública (Cf. art. 12).

As implicações da sentença condenatória em “ação civil de improbidade” são destacadas por Cláudio Ari Mello, ao anotar que

“o condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos”. (Improbidade administrativa –

considerações sobre a Lei 8.429/92. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 3, n. 11, p. 58, abr./jun. 1995).

É evidente, pois, que, tal como anotado pela doutrina, a sentença condenatória proferida nessa peculiar “ação civil” é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória. É certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 40, da Constituição poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal.

Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que também podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de “atos de improbidade”, constante do art. 90 da Lei nº 8.429/92, e os delitos contra a Administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321).

Tal coincidência ressalta a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na “ação civil”, com sérias consequências para todo o sistema jurídico. Com efeito, será que alguém, em sã consciência, consideraria razoável que, em um sistema constitucional que consagra a prerrogativa de foro, um Ministro de Estado, um parlamentar, ou até mesmo o Presidente do Supremo Tribunal Federal pudesse ter os seus direitos suspensos e decretada a perda de seu cargo por decisão de um juiz de primeiro grau? Se essa indagação provoca dificuldades, como admitir a proliferação de “ações civis de improbidade” contra autoridades submetidas à competência originária de Cortes Superiores perante juízes de primeiro grau?

A matéria não é meramente acadêmica, pois consta que já houve um processo no qual um juiz de primeira instância intimou o Presidente do STF a proceder a determinados pagamentos, sob as pressas da lei, o que evidencia a verdadeira subversão do sistema.

Por outro lado, estão em curso, no momento, na Justiça de Primeira Instância, várias ações de improbidade nas quais um dos réus é Ministro de Estado.

O Supremo Tribunal Federal teve, aliás, o ensejo de examinar matéria análoga no Conflito de Atribuições nº 35, no qual o eminent

Ministro Francisco Rezek, ao conhecer e prover o conflito, salientou, com simples exemplo, o absurdo que constituiria a decisão de juiz de primeira instância apreciando a conduta e a idoneidade de determinada pessoa para o exercício do cargo de Ministro da Fazenda. Ponderou a esse respeito o ilustre magistrado que:

“Figuro a situação seguinte: amanhã o Curador de Interesses Difusos, no Rio de Janeiro, dirige-se a uma das Varas Cíveis da Capital, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao Juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o Ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso currículum anexo.” (RT, n. 650, p. 201).

Assim, conforme lembrado pelo eminentíssimo Ministro, no acima mencionado Conflito de Atribuições, dentro do quadro normativo constitucional brasileiro, e tendo em vista os graves efeitos da decisão para o equilíbrio político-institucional, afigura-se difícil, senão impossível, sustentar que as autoridades que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns e de responsabilidade possam perder o cargo e ter os seus direitos políticos suspensos em decorrência de sentença condenatória proferida por juiz de primeiro grau, mesmo fora do contexto específico do direito penal.

Em verdade, a análise das consequências da eventual condenação de um ocupante de funções ministeriais, de funções parlamentares ou de funções judicantes, numa “ação civil de improbidade,” somente serve para ressaltar que, como já assinalado, está-se diante de uma medida judicial de forte conteúdo penal. Essa observação parece dar razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da “ação civil de improbidade”, o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429/92, uma série de delitos que, “teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do impeachment e conformação da figura da improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 685, p. 286/87, 1992).

Se os delitos de que trata a Lei nº 8.429/92 são, efetivamente, “crimes de responsabilidade”, então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra Ministros de Estado ou contra integrantes de Tribunais Superiores (CF, art. 102, I, c).

É bem verdade que a qualificação dos delitos previstos na Lei nº 8.429/92 coloca o intérprete aparentemente em face de uma *lacunaria oculta*, na qual, como se sabe, o texto legal reclama uma restrição que decorre do próprio sistema ou de princípios que lhe são imanentes. Nesse caso, *ter-se-ia de reconhecer que as normas da mencionada lei não seriam aplicáveis às autoridades submetidas a procedimento constitucional especial, na hipótese de ser-lhe imputada a prática de crime de responsabilidade.*

Se, ao contrário, reconhece-se que se cuida de uma “ação civil” de fortes características penais, também não existe outra solução dentro do sistema senão aquela que considera que serão competentes, por força de compreensão, para processar e julgar a ação, os Tribunais que detêm a competência originária para o processo-crime contra a autoridade situada no pólo passivo da ação de improbidade.

Poder-se-ia argumentar que essa construção talvez não fosse aceita, porquanto a regra que baliza o estatuto jurídico-constitucional brasileiro é a da inextensibilidade da competência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar, entretanto, que a jurisprudência da Corte indica que esse entendimento comporta temperamentos, uma vez que é o próprio Supremo Tribunal que admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte *implícita no próprio sistema constitucional*.

É o que deixou assente o Supremo Tribunal Federal, em precedente da relatoria do eminentíssimo Ministro Luiz Gallotti, *verbis*.

“Crime contra a honra em que é que relante um desembargador. Exceção da verdade. Se o Supremo Tribunal é o competente para julgar os crimes de um desembargador, e, se, num processo por este provocado, é oposta “exceptio veritatis” em que se lhe imputa a prática de um crime, só aquela Tribuna competente para julgar o crime poderá julgar a exceção pois acolher esta é dar pela existência daquele. No caso, a lei ordinária (art. 85 do Código de Processo Penal) só tornou explícita uma competência que na própria Constituição se comprehende constitucional e, em regra inaplicável por Lei ordinária, ressalvados apenas os casos em que aquela competência resulta implícita no próprio sistema da Constituição. Por isso, somente quando na exceção de verdade se impute

crime ao querelante, será competente o Supremo Tribunal Federal” (DEN. n. 103 julgada em 5 de setembro de 1951)

De resto, como anota Cláudio Pacheco, em seus comentários à Constituição de 1946:

“à Competência implícita, ou por força de compreensão, foi, em face da Carta de 1981, muitas vezes admitida pelo Supremo Tribunal, quer no tocante às suas atribuições originárias, quer relativamente às da

Justiça Federal”. (*Tratado das Constituições brasileiras*, v. 3, p. 182)

Impõe-se, assim, reconhecer a incompetência absoluta dos juízes de primeiro grau para julgar ação de improbidade em relação a Ministros de Estado e membros de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, sendo o Supremo Tribunal Federal detentor de competência para processar e julgar as referidas ações.

As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da *democracia substancial*

MÁRCIO NUNES ARANHA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos. 3. A relativização dos clássicos direitos de liberdade como momento culminante da objetivação dos direitos. 4. Democracia procedural e substancial. 5. A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento antrirrepresentativo de Schmitt. 6. Papel dos tribunais constitucionais e o chamado direito material de exame judicial. 7. Conclusão.

1. Introdução

O tema do advento do Estado Social e sua influência na conformação objetiva dos direitos constitucionalmente protegidos surge na doutrina em geral como algo incontestável. A riqueza de sua análise histórica e sua ampla aceitação no mundo jurídico compadecem-se, no entanto, de evidente deficiência na precisão das circunstâncias de surgimento dos conceitos de objetividade jurídica e Estado Social, em que se visualizam assertivas dogmáticas sobre os fundamentos de percepção de dita objetividade sem permitir-se estabelecer a genealogia da evolução de seu conceito.

Procura-se, pois, com este estudo, contribuir para o melhor esclarecimento do tema hoje tão presente nas discussões constitucionais sobre a efetividade dos direitos fundamentais, e que gira em torno do conceito de objetivação jurídica e de temas seus correlatos, como a delimitação dos núcleos essenciais dos direitos e suas garantias de efetivação. Utiliza-se, para tanto, do conceito de *relativização dos direitos*, e da dicotomia de meados deste século XX entre *democracia procedural* e *democracia substancial*.

Márcio Nunes Aranha é Advogado.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

Não se olvida a participação eminente das características do Estado Social para a conformação objetiva dos direitos fundamentais nas constituições modernas, conquanto esteja presente neste estudo o intento de apontar para um segundo momento agora de participação decisiva e iminente na configuração hoje existente do conceito da dimensão objetiva dos direitos.

2. Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos

O ideal liberal burguês teve sua limitação na supervalorização do aspecto econômico. No período histórico anterior, o econômico via-se dirigido pelo político. O liberalismo cai no outro extremo, deixando o político súdito do econômico¹. A acomodação dos direitos do indivíduo deveria dar-se naturalmente por uma liberdade abstrata e formal. Isso causou, entretanto, distorções concretas alheias às preocupações daqueles que não se viam afetados por elas.

Os direitos tutelados no Estado liberal tinham sua eficácia limitada por aspectos subjetivos próprios da nova estrutura econômico-social. Não se propunham modificar o mundo, mas deixá-lo modificar-se. Assim, careciam daquele qualificativo que viria a ser introduzido com o Estado Social, ou seja, o caráter *prospectivo* dos direitos.

O conteúdo prospectivo viria a transparecer no direito a força das projeções do pensamento, que impactuam o tecido da existência, precipitando o movimento da realidade pelos preceitos carregados de natureza diretiva influente. Significa voltar os olhos para o que Recasens Siches chama de *hacer vital*:

“El hacer vital consiste en un determinar qué voy a ser, qué voy a hacer en el próximo instante; por tanto empieza por ser lo que aún no soy, empieza por ser futuro, en ocuparme de lo que he de hacer, o lo que es lo mismo, en pre-ocuparme².”

“Nuestra existencia está formada por una serie de valoraciones, es decir, por una sucesión de estimaciones (....) expresado con otras palabras: la estructura de la vida es estimativa³”.

A prospecção impressiona o mundo com vibrações aceleradoras do ritmo dos acontecimentos, que traduzem uma das principais razões do dever-ser do direito. O dever-ser existe não só para incorporar o comportamento

humano, mas também para direcioná-lo rumo aos princípios albergados pelo sistema. Com o Estado Social, os chamados direitos fundamentais deixam de ser *catálogos excluidores de ingerência estatal* para servirem de *catálogos prospectivos⁴*, limitadores da própria criação legislativa.

Os direitos liberais foram feitos para preservar a estrutura de relações passadas, deixando de manifestar a essência do direito, que é a conformação do presente mediante preceitos para o futuro. Eram direitos distantes e tocados por poucos. Somente atingiriam aqueles que a eles já estivessem próximos por sua condição social privilegiada. Eram direitos cujo conteúdo encontrava-se fora dos mesmos, nas peculiaridades subjetivas de cada um. Tais peculiaridades determinavam a extensão daqueles e, por consequência, limitavam-lhes o poder. Abstratos, aproximaram-se tanto do subjetivo, que careceram de qualquer objetividade⁵.

O Estado Social se propôs fazer valer *objetivamente* as liberdades concretas⁶. Tenta afastar de considerações particulares do indivíduo a eficácia dos direitos, sem contudo soterrar a personalidade humana, o que, de fato, não conseguiu satisfatoriamente em um primeiro momento. Lança os olhos sobre o mal causado pela visão fria e endurecida da *soturna* liberdade de que fala Bonavides e reage a esta densificando o conteúdo dos direitos mediante sua objetivação. A objetividade permite que o direito seja algo mensurável ou quantificável, e é um pressuposto para a definição dos núcleos essenciais daquele⁷. O Estado Social *institucionalizou*, por meio de regimes jurídicos específicos, temas jurídicos básicos, humanizando-os. O Estado Social significou a constatação de que um direito, embora abstratamente uno, via-se pulverizado em diversas gradações de acordo com o ser que o reclamava. Degladiou contra um direito que, em concreto, atomizava-se em particularizações subjetivas, cujo grau máximo de identidade com o correspondente abstrato somente era alcançado em função de sinais exteriores de poder econômico. Sob outro enfoque, opôs-se a um direito sufocado em cada momento pontual de sua aparição concreta por forças conjunturais alargadoras ou compressoras de seu conteúdo. Os direitos efetivos eram, enfim, restritos àqueles que deles podiam usufruir, e o Estado Social propunha amenizar a desigualdade de forças, tolhedora da liberdade abstrata. Nesse sentido, Elio Gallego salienta

que a objetividade do direito quer dizer que o mesmo não radica no sujeito, mas em algo externo a ele⁸. Contudo, aqui se acrescenta que isso apenas significa dizer que o direito obtém seu contorno de aplicação numa dinâmica objetiva, o que não implica menosprezar o ser como origem e razão de tudo, mesmo porque é a objetividade que destaca o fenômeno da relatividade cultural do observador por concretizar o seu antagônico e permitir a criação subjetiva em torno deste.

Enquanto, no Estado Liberal, a sociedade reduzia-se a uma *poeira atômica de indivíduos*⁹ expressa como ordem positiva oponível ao Estado, visto este como um *negativum* da mesma liberdade, o Estado Social reconcilia a sociedade com o Estado pela aproximação dos interesses dos mesmos, trazendo eficácia aos direitos abstratos pela institucionalização da sociedade *no* Estado. Faltava uma estrutura diretiva de valores, que canalizasse a voz da sociedade. Aquela ordem positiva *oponível ao* Estado cede lugar à ordem positiva *por meio do* Estado. O caráter positivo do Estado Social pode assim ser encarado também como a continuidade do caráter positivo do direito, agora a se utilizar de um elemento catalizador de natureza institucional: o ente estatal.

3. A relativização dos clássicos direitos de liberdade como momento culminante da objetivação dos direitos

Entretanto, tal leitura da relação entre o advento do Estado Social e a objetivação dos direitos no texto constitucional não revela o momento fundamental desta última. Não restam dúvidas de que o Estado Social desempenhou papel de inquestionável relevância para a percepção objetiva dos direitos; porém, seu nascimento clama ainda pelo conceito da *relativização* dos direitos. A força dos direitos fundamentais clássicos deveria, segundo a concepção liberal clássica, ser tirada diretamente da natureza do indivíduo isolado, mas a complexidade alcançada pelo fenômeno social precipitou a transformação desta concepção individualista dos direitos fundamentais em direção à objetivação própria do Estado Social. Os chamados direitos de prestação positiva estatais foram essenciais a tal transformação, muito embora a mudança de concepção operada nos direitos fundamentais pudesse ser justificada, ainda, quando da delimitação essencial do *status positivus*, na assertiva de que *todo*

*direito a prestação alheia é limitado*¹⁰. Tais direitos a prestação positiva, próprios do Estado Social, antes, revelaram os sintomas da razão de objetivação dos direitos, mas não a razão em si. Esta pode ser identificada no fato de o Estado Social evidenciar uma “cresciente intensidad de la vinculación social del individuo”¹¹, o que permitiu a conformação objetiva dos direitos, por quanto promoveu a *relativização* dos mesmos, condicionando-os positivamente¹². Foi a perda desse caráter absoluto dos direitos de liberdade¹³, com o advento do Estado Social¹⁴, a razão primeira do processo de objetivação dos mesmos.

4. Democracia procedural e substancial

Incorporado o Estado Liberal pelo Estado Social, este o qualificou pelo intervencionismo e tutela sociais¹⁵, porém, em uma primeira fase, não pôde eliminar a contradição herdada de seu predecessor entre democracia e liberalismo¹⁶, embora exprimisse em sua própria denominação essa tentativa¹⁷. A infância política da humanidade cessara; era chegado o momento de aprender a limitar-se com conhecimento do mal causado pelo uso indevido de uma liberdade não amadurecida. Assim, sua concepção democrática de pura e simples *positivação social da liberdade*¹⁸, sem contenções outras operadas por valores essencialmente de origem individual, dilata sua essência para além de seu conteúdo e a transforma em mera forma, na qual radicalismos de esquerda e de direita cultivaram suas ideologias de uniformização das individualidades.

Surgia o conceito de *democracia procedural*¹⁹, em que os mecanismos do sufrágio universal e da representatividade não conseguiram lograr a sintonia que se esperava tivessem promovido entre Estado e sociedade. A herança liberal ainda corria forte nos corações do século XX e embotava, por meio de uma doutrina individualista de enfraquecimento e desestruturação estatal, a consolidação do Estado Social no seu nascedouro²⁰. A mudança de eixo, operada por Hegel na visão de mundo, deu ares novos à combustão da problemática mal resolvida da relação Estado–sociedade. Hegel, “o ardoroso Copérnico da ciência política”²¹, forneceu a mudança de perspectiva filosófica: “ao invés de a sociedade girar em torno do indivíduo, é o indivíduo que gira em torno da sociedade”²². Novamente tomba a história para o outro extremo. Fugia-se da subjetivação desprezante das conformações

objetivas para precipitar-se na objetivação plena, absorvente da personalidade. Abriram-se, então, os portões para a marcha dos totalitarismos do século XX²³. A democracia procedural revelava sua fragilidade no vazio valorativo que encarnava, permitindo ser preenchido pelas doutrinas de hegemonia propugnadas no entre-guerras de tendência antiliberal. Tais doutrinas encontravam sua filiação teórica no organicismo da Antigüidade²⁴ e, mais recentemente, no veio do conhecimento aberto por Rousseau e Hegel sintetizado na *volonté générale*²⁵, clamando por um conteúdo volitivo geral *uniforme*, que o século XX amargou em tentar alcançar.

5. A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento antirrepresentativo de Schmitt

Algumas palavras sobre o pensamento de Carl Schmitt (1888-1985), particularmente em seu livro intitulado *die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* – a situação histórico-intelectual ou histórico-espiritual do parlamentarismo²⁶ –, são imprescindíveis para o entendimento da maré histórica, que inundou o pensamento predominante do entre-guerras como reação ao desvirtuamento operado na eficácia da representação democrática.

Schmitt representou a dissociação teórica entre liberdade e democracia, entre eleição e representação, repugnando a genealogia liberal exigente de eleições parlamentares. Representou o excepticismo relativamente aos ideais liberais de participação parlamentar, excepticismo esse que marcou o período histórico do entre-guerras, tanto mais arraigado quanto mais extremada a ideologia do grupo que o professava²⁷. Ataca, assim, impiedosamente²⁸, em uma época da chamada *crise do parlamentarismo*, a eficácia e utilidade do sistema representativo como uma ponte para a crítica substancial do próprio regime democrático, pois, para Schmitt, o que qualifica a democracia não é a pluralidade de forças obtendo, na diversidade, o consenso, mas, sim, a homogeneidade de interesses²⁹. Destroimeticulosamente, e com a destreza retórica que o precede, a ligação essencial entre liberdade-igualdade e democracia, tão duramente alcançada pela transformação operada no pensamento liberal. Para ele, poderia haver democracia sem liberdade e representação sem eleição. O parlamento (*Volksvertretung*³⁰) seria, se não pernicioso³¹, inútil, pois o espírito do povo

(*Volksgeist*) estaria melhor expresso na hegemonia de um ditador, que deveria ser escolhido não pela eleição, mas pela *aclamação* ou assentimento popular³². Contamina, pois, o conceito democrático de ideal autoritário, e o faz clamando por uma *substância* inexistente na *democracia procedural* de então³³. O ponto central de sua crítica recaía sobre a constituição orgânica e procedural da época, carecedora de valores para os direitos nela encerrados. Recaía sobre um Estado constitucional do ponto de vista formal, mas meramente legal do ponto de vista material. A *democracia procedural* não incorporava, em sua lei maior, *cláusulas materiais* restritivas da vontade do legislador³⁴. Schmitt representa, portanto, o outro lado da balança, clamando por substância onde só se via estrutura e procedimento³⁵. Insiste nisso várias vezes, salientando ser a democracia muito mais que um *sistema* de registro de votações secretas, mas um conceito reunidor de *conteúdo*³⁶. O *conteúdo* democrático de Schmitt, entretanto, foi o oposto dos dias atuais, conforme ver-se-á mais adiante, expresso na repulsa que ele detinha pelo *heterogêneo*. Ao estudar a natureza da noção de espaço e de sua importância para o especial desenrolar de acontecimentos da segunda metade deste milênio³⁷, Schmitt identifica no homem a fonte daquele conteúdo. Porém, aqui, entra em contradição com sua fascinação pelo homogêneo, no momento em que justifica tal conteúdo pela riqueza de diversidade do ser humano. É a *complexidade* que, fazendo de cada homem uma individualidade, permite a Schmitt asseverar a superioridade do homem ao seu *contorno* e, consequentemente, a participação decisiva deste na atribuição de conteúdo à história³⁸. Logo, a ideologia de Schmitt em primar pelo homogêneo em detrimento do heterogêneo não decorre da atribuição de valor vivente ao ser humano; pelo contrário, contrasta com ele. Afasta-se, assim, de antemão, qualquer ilação irresponsável de aproximação daquele ideal de absorção de valores pela democracia substancial e a ideologia fascista de então. Quando a humanidade sofre do mal dos extremos, não é a teoria que a precipita no terror, mas é este que deforma a teoria para justificar o injustificável. O que enriquece o mundo jurídico, e a ele traz conteúdo, é a pluralidade de contribuições: é a diversidade. Nesse sentido, não é na homogeneidade, ou na unidade, na apreciação única, que se encontram os direitos fundamentais – nossas cláusulas materiais. É da essência dos mesmos, e condição de sua existência, a

pluralidade de revelações oriundas destes. O *conteúdo simbólico (Symbolgehalt)* dos direitos fundamentais é norte indicador de pluralidade de decisões. Sua conformação abstrata revela-se na realidade, direcionando o rumo da interpretação constitucional a partir dos plúrimos casos concretos e singularizados na revelação das inúmeras facetas de tais direitos. Tentar atribuir aos direitos fundamentais a representação da unidade da pátria³⁹ foi o engodo, que culminou no terror fascista de meados deste século. A unidade absoluta, a conformação abstrata tida por única em um determinado direito, a consideração do direito fundamental pela sua conformação indicativa de tudo ou nada, de um todo intangível, ou de um recipiente assimilador de qualquer conteúdo, são tendências que somente podem ser afastadas pelo pluralismo, por um lado, mantenedor daquilo que de central for assim identificado ou, por outro lado, enriquecedor, e direcionador, nas transformações que socialmente forem demandadas.

Schmitt não acreditava na *utilidade da discussão pública*⁴⁰, um dos fundamentos primeiros do parlamento. As típicas garantias liberais de separação dos poderes⁴¹, liberdade de expressão⁴², publicidade⁴³, independência dos parlamentares⁴⁴ não tinham para Schmitt cabimento na *discussão* da época, pois esta estava contaminada pela falibilidade da defesa do *consenso*, cuja expressão máxima tem sede nas chamadas *controvérsias contraditórias*, que têm o condão de *neutralizar* o parlamentarismo⁴⁵. A decisão obtida no parlamento de então, para Schmitt, não decorria da *discussão pura*, também chamada por ele *discussão pública*⁴⁶, mas da “sugestión persuasiva en forma de carteles”⁴⁷, pelas negociações internas de interesse e poder dos partidos, que são convidados a dominar um ambiente, em que, cada vez mais, as verdadeiras decisões concentram-se em “comisiones cada vez más cerradas”⁴⁸. Nesse ponto, Schmitt apenas exacerbou o problema fundamental de teoria da legislação, que, mais tarde, Luhmann friamente aprofundaria⁴⁹. E continua Schmitt, dizendo que o convencimento das massas, por sua vez, era obtido, não por meio de um convencimento por *argumentos de discussão autêntica*, mas por técnicas de *manipulação publicitária*⁵⁰, que priorizam a *persuasão ao convencimento*, dirigindo o rumo dos acontecimentos pela *sedução* e não pela *inteligência*, produzindo

uma *opinião pública*⁵¹, que inverte os termos da equação segundo a qual “es menos importante la opinión pública que lo público de la opinión”⁵².

A vontade do povo deve ser perseguida, mas para Schmitt, às vezes, a *minoría* pode ter a posse da *verdadeira vontade popular*⁵³. Schmitt faz aflorar todos estes defeitos funcionais da democracia de entre-guerras na Alemanha culpando o parlamentarismo por criar um simulacro de democracia, amesquinhando sua importância nas mentes sequiosas por unidade nacional. A pura e simples eliminação da minoria pelas deficiências do modelo de representação da época levantou contra este todo arsenal teórico de Schmitt⁵⁴. A experiência, segundo ele, teria mostrado a inutilidade do órgão representativo⁵⁵, e um ataque teórico bem direcionado ultimou a separação entre a democracia e os postulados herdados do liberalismo⁵⁶ para um público que clamava por ideais de *homogeneização*⁵⁷, tidos por Schmitt como próprios à essência da democracia⁵⁸, bem vistos pelos regimes *ditatoriais*⁵⁹, que à época afloravam por toda parte. Liberalismo e democracia encontraram-se na história por fato meramente contingente, porém não necessário⁶⁰. O autor é contra a participação do *heterogêneo*; contra o tumulto que isso causaria na beleza da uniformidade. Desonera-se a democracia do peso representado pelo esforço igualitário⁶¹. Este passa a figurar como um visitante indesejável a contaminar os ideais democráticos⁶². Sua teoria fustiga o mundo pela detecção de um problema fundamental da democracia: a insuficiência da igualdade formal de então. Defende o atingimento de uma igualdade substancial, todavia, irmmando-a, e aqui está o toque fascista de sua teoria, com uma *homogeneidade* necessária à democracia⁶³. O comportamento de Schmitt indica muito mais sua vinculação às “fuerzas irrationales del mito nacional”⁶⁴, em virtude da aversão que nutria pela democracia representativa, do que a utilização retórica do declínio da mesma para propagar uma ideologia de extrema direita. Entretanto, a discussão sobre a adesão de Schmitt ao nazismo é deixada a ele mesmo:

“Hasta el momento sólo ha existido un único ejemplo de abolición consciente del mito de la democracia y el parlamentarismo, y es, precisamente, un ejemplo a favor de las fuerzas irrationales del mito nacional.

La teoría del mito es la más poderosa prueba de que el racionalismo relativo de las ideas parlamentarias ha perdido su vigencia. Cuando los autores anarquistas descubrieron, gracias a su animadversión hacia la autoridad y la unidad, la importancia de lo mítico, estaban contribuyendo, sin querer, a sentar una nueva base para una nueva autoridad, un nuevo sentimiento por el orden, la disciplina y la jerarquía. El peligro cultural de tales irracionalesidades es grande. Los últimos sentimientos de solidaridad aún existentes podrán ser anulados por el pluralismo de un inmenso número de mitos. De cara a la teología política esto supone un politeísmo, igual que todos mito es politeísta. No obstante, esta fuerte tendencia del presente no puede ser ignorada. Tal vez el optimismo parlamentario confíe en poder relativizar este movimiento y, como en Italia, a la espera de tiempos mejores, aguarde el reinicio de la discusión. Quizá, incluso pretenda exponer la discusión misma a la discusión mientras sólo se discute. Pero, en la discusión reiniciada, no debería conformarse con repetir su pregunta: «¿Parlamentarismo? Y, si no, ¿qué?», haciendo valer que, por el momento, no existe sustituto. Sería ésta una argumentación estéril, incapaz de hacer renacer el tiempo de las discusiones⁶⁵.

A posição radical de Schmitt, contudo, embora não se possa arriscar justificá-la, entrava em sintonia com o ambiente social conturbado de sua época⁶⁶, que afastava as conquistas liberais de que a verdade somente poderia ser alcançada em meio à liberdade, e que tal verdade provisória⁶⁷ sempre sobreviveria melhor no relativismo da tolerância e no pluralismo das contribuições racionais⁶⁸. Aquele ambiente trancou tais máximas em aposento escuro e esquecido da história, e o desprezo por elas manifestado lançou o espírito da época no idealismo dos regimes autoritários⁶⁹. O que qualifica Schmitt como “el último de los pensadores contrarrevolucionarios”⁷⁰ o aproxima do conservadorismo, que, em uma época de extremos, somente pôde precipitá-lo no fascismo⁷¹ da hegemonia totalizadora, em que se assiste o tétrico espetáculo do todo absorvendo por completo a individualidade. Lá, venceu a *homogeneidade democrática* de Schmitt por sobre a *consciência liberal do*

*indivíduo*⁷². Bondenheimer revela a filosofia jurídica por detrás do fenômeno:

“En la escuela jusnaturalista clásica el individuo era el centro de la filosofía jurídica. Se preguntaba: ¿cuánto poder es posible dar al individuo sin poner en peligro el bien común? En el Derecho natural del siglo XX, el centro de la filosofía jurídica se desplaza en mayor o menor grado hacia el todo colectivo. Se pregunta: ¿cuánto poder es posible dar al Estado, o a otra institución colectiva sin aniquilar completamente al individuo?”⁷³.

A despeito de tudo isso, há uma característica em Schmitt extremamente útil à interpretação constitucional, ou, dizendo de outro modo, uma sua postura salientou um ponto fundamental da questão. Ele parte do princípio de que o conceito de democracia é incompatível com a *limitação do poder de mudança*⁷⁴. O absoluto autocrático venceu o relativo democrático porque este, acreditando na liberdade política, extremou seu relativismo, permitindo a justificação de sua própria destruição. Kelsen atentou para o problema do “paradójico privilegio de la democracia: poder darse a sí misma su sentencia de muerte con sus propios métodos de elaboración de voluntad política”⁷⁵. Foi esse pensamento de pretensa neutralidade absoluta e nua proceduralização democrática o exagero de abertura, que amargou a humanidade pelo sofrimento da segunda grande guerra.

Interessante como as posturas radicais, por levarem tudo às últimas consequências, às vezes trazem à luz o que se via encoberto pela história, e, na maior parte delas, antecipa o que vem a ser evidente no porvir. Fala-se das críticas à democracia como a *ditadura da maioria*. Já Aristóteles chamava a atenção para uma espécie de democracia em que a *soberania das massas* sobreponha-se à *soberania das leis*, afastando tal democracia de sua concepção de *governo constitucional* ao aproximá-la de uma *tirania*⁷⁶. Uma objetividade, que não restringe, serve apenas para legitimação de uma tirania da coletividade. Quando o Estado se confunde com a sociedade, quem irá proteger o indivíduo? Por isso insistir-se sempre e desde o início: o Direito carece de uma teoria que incorpore o que de objetivo há na história humana e limite esta objetividade ao que de subjetivo faz do homem humano. As esferas de proteção individual, con quanto não possam ser inertes aos influxos da evolução social, devem caminhar *com* ela,

permitindo sínteses infinitas, mas dirigidas pelas próprias tensões particulares de cada síntese; pelo seu par de evolução histórica, traduzido na idéia do progresso institucional, que tanto é sensível às transformações sociais, quanto não permite incorporá-las ao arrepi, puro e simples, dos núcleos valorativos de proteção do indivíduo. “Il regresso, o l’involuzione, non sarà mai l’ultima parola, fino a che esisterà uno spirito umano, capace per sua natura dell’infinito”⁷⁷.

A história demonstrou que o poder democrático desenfreado pode causar grandes males. O *espírito do povo* não se identifica inexoravelmente com o de um equilíbrio canonizado pela bondade das decisões. O poder absoluto, em si, corrompe porque despreza a natureza peculiar, especial, e, portanto, diferenciada de cada indivíduo. Decisões totalizantes produzem, no mínimo, o mal de menosprezar situações concretas e diferenciadas. Sócrates foi condenado pela vontade popular por não querer sacrificar seus princípios à bajulação de seus julgadores⁷⁸. Onde a decisão não encontra obstáculos de princípios, a democracia legítima a mais cruel violência pelo procedimento⁷⁹. A razão cede à opinião⁸⁰, e paixões de momento reinam absolutas pela voz da maioria⁸¹. Por isso ter Montesquieu atentado para a *separação harmônica dos poderes*, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ter asseverado, no conhecido art. 16, a inexistência de constituição onde não houvesse assegurada a garantia dos direitos e da separação dos poderes⁸²: dividir significa valorizar o combate de ideias e argumentos, já não em nível de formação difusa do consenso popular, mas em nível de ponderação institucional. Para tanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem elevou os direitos fundamentais acima das decisões políticas⁸³. Foi essa transposição da arena de discussão que permite, hoje, pensar-se no controle por *valores institucionalmente objetivados*. O poder concentrado atrai o arbítrio pelo simples fato de não encontrar resistência. Tudo podendo, o direito vira uma questão de conveniência. Para que o direito assuma uma posição de guardião de preceitos, ele deve incorporar valor e conteúdo, e não somente procedimentos.

Dar-se conteúdo e finalidade ao direito é uma demanda do *homo politicus*, de que fala Radbruch⁸⁴. É o resultado dos que vêm nas forças históricas o aflorar da face mais odiosa da segregação dos povos na ausência de valores

saciadores e limitadores do poder. O arruamento da democracia puramente procedural norteou o movimento objetivante do Estado Social, canalizando-o para a fixação de *guias*, de *bitolas*, de *valores*, enfim, de fins otimizadores democráticos. Somente eles podem conter um perdidão procedimento parlamentar de descontrole⁸⁵.

Aflorou-se, assim, de forma natural⁸⁶, a importância da *democracia substancial* mediante a ponderação entre as diretivas de momento do todo social e certos valores inalienáveis do indivíduo, como dotados de conformação objetiva na própria ordem daquele todo. A democracia substancial veio a ser o intento, consolidado após 1945, de compatibilizar o pluralismo político com a tutela constitucional de valores, única forma de se afastar o germe do autoritarismo⁸⁷, acusado de ser, em Schmitt, o *absolutismo da maioria*⁸⁸. Quando o plexo de decisões possíveis num ambiente democrático é aprioristicamente delimitado por valores de grandeza indiscutível, a *maioria* deixa de qualificar-se pelo estigma da uniformização opressora. A liberdade respira ares de universalidade. Permite-se à igualdade lançar-se de bases sólidas. Saram-se os últimos sintomas da *democratite* sofrida na primeira metade deste século. A humanidade sai da adolescência dos extremos e inicia o império das decisões responsáveis, porquanto posturas historicamente isoladas vêm-se ponderadas ou, ao menos numa primeira fase, amenizadas por essências vivificantes da dignidade do homem⁸⁹. A democracia deixa de ser um livro aberto à criatividade infinita de quem detém a pena do poder e passa a permitir a escrita apenas dentro de margens e pautas pré-fixadas.

6. Papel dos tribunais constitucionais e o chamado *direito material de exame judicial*

Os tribunais constitucionais passam a ocupar posição de fundamental importância no equilíbrio almejado⁹⁰. O constitucionalismo, em seu nascimento, veio tentar estabelecer, em nível jurídico, valores e princípios democráticos-liberais. A disfunção verificada posteriormente entre a *realidade jurídica* e a *realidade política* precipitou o sistema político liberal e a organização constitucional a ele correspondente na crise institucional da primeira metade do século XX⁹¹. É, pois, devido a esse distanciamento entre o jurídico e o político, ou ainda, ao abismo, que isolou o jurídico da ingerência de valores e

princípios, o que possibilitou os regimes extremos deste século. Tal fosso divisor deve ser eliminado, e, no seu lugar, uma teoria conciliadora clama cristalização. Os valores pré-figuradores do jurídico iniciaram, em Kelsen, pela aceitação da *legitimidade do sistema democrático* e dos *valores do constitucionalismo moderno* como prévios e indiscutíveis⁹², e a possibilidade de ponderação destes por um Tribunal Constitucional. A inovação fundamental de Kelsen, no constitucionalismo da visão de Marshall dada no caso *Marbury versus Madison*, foi aprimorar um controle antes jurídico-político de uma *legalidade constitucional liberal* para a defesa de *valores políticos evidentes* por *meios e mecanismos jurídicos*⁹³. A crítica *transcendente*⁹⁴ de Schmitt, e, portanto, ideológica e justificadora da autocracia, está, em parte, na célebre polêmica Kelsen-Schmitt⁹⁵ sobre o papel daquele tribunal. Schmitt afasta da função judicial qualquer discussão sobre *conteúdo*. Portanto, quando se disse linhas atrás que Schmitt aproximava-se do *essencial* em detrimento do *formal*, entenda-se que ele o faz afastando tal função da judicial e, dessa forma, relegando-a ao puramente político. A teoria da destruição dos heterogêneos teve, por base de crítica *transcendente*, o afastamento por completo entre o jurídico e o político, o que Kelsen não aceita⁹⁶. A negação de Schmitt do chamado *direito material de exame judicial* nutre o extremo da separação e permite o abuso do poder. Por outro lado, a crítica *imanente* do autor é de grande contribuição para a percepção do mal causador desse descompasso detectado entre os valores jurídicos *desprotegidos* e a disfunção interna do sistema representativo *incontido*.

7. Conclusão

No Brasil, a conformação peculiar do *Estado burguês*, que sucedeu ao *Estado Liberal-oligárquico da Velha República*, na forma de um intervencionismo econômico e social autoritário, o predispôs naturalmente ao equilíbrio dos pólos em questão, pois não exacerrou a oposição entre a limitação de valores individuais frente às determinações de caráter objetivo pela supervalorização dos primeiros⁹⁷. A conformação inicial de conjugação entre o Estado autoritário e o Estado burguês inclina o Brasil de hoje, tendo superado esse estágio provisório, para uma posição de melhor receptividade de uma teoria de ponderação entre valores individuais e limitações sociais objetivas.

O que se discute, em um segundo momento, não é a existência das limitações, já incorporadas no constitucionalismo ocidental, mas a sua conformação à evolução dos tempos, que exigem um novo *layout* a cada virada de página da vida institucional. Promover ao desembaraço dessa questão deveria ser o norte dos que se debruçam sobre o angustiante dilema de tentar transportar a uma teoria o caráter de equilíbrio contundístico-procedimental, com que a evolução histórica nos presenteou.

Bibliografia

- ALEMBERT, Jean Le Rond d'. *Ensaio sobre os elementos de filosofia*. Tradução de Beatriz Sidou e Denise Bottmann. Campinas : Unicamp, 1994. Tradução de: *Essai sur les éléments de philosophie*.
- ARISTÓTELES. Política. Tradução Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1997. p. 121-160.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. Traducción Vicente Herrero. México : Fondo de Cultura Económica, 1963.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo : Companhia das Letras, 1995. Tradução de: *Masse und macht*.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3. ed. Roma : Studium Urbis, 1945.
- GALLEGOS, Elio A. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid : Dykinson, 1996.
- GÜNTHER, Franz. *Staatsverfassungen*. 2. ed. München : R.Oldenbourg, 1964.
- HENSEL, Albert. *Institution, idee, symbol*. Königsberg : Gräfe und Unzer Verlag, 1929.
- KELSEN, Hans. *Essencia y valor de la democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra. Barcelona : Labor, 1934.
- . *La giustizia costituzionale*. Traducción de Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè, 1981. p. 229-291:Chi dev'essere il custode della costituzione?
- KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1989. Tradução de Francisco J. Beralli. *Intelligence and democratic action*.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Derecho y libertad*. Buenos Aires : Valerio Abeledo, 1952.

- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980. p. 146-159. Tradução de: Maria da Conceição Côrte-Real. *Legitimation durch Verfahren*.
- PLATÃO et al. Sócrates. Tradução Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo : Nova Cultural, 1996.
- . *A república*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo : Nova Cultural, 1997.
- PORTO, Walter Costa (Coord.). *Declarações de direitos*: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron. Brasília : Fundação Projeto Rondon, 1988.
- RADBREUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra : A. Amado Editor, 1961. v. 1.
- RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de sociología*. Mexico : Porrua, 1948.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución : estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Traducción directa del alemán por Manuel Sanchez Sarto. Madrid : Tecnos, 1983.
- . *Sobre el parlamentarismo*. Traducción Thies Nelsson e Rosa Grueso. 2. ed. Madrid : Tecnos, 1996.
- . *Tierra y mar : consideraciones sobre la historia universal*. Traducción Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- WHITE, Leslie. Os símbolos e o comportamento humano. In: CARDOSO, Fernando Henrique, IANNI, Octávio. *Homem e sociedade*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1965, p. 180-192.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo : Acadêmica, 1989.
- e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 75.
- ⁵ A profunda observação atribuída a Bismarck e retirada de Vierkandt por Bonavides não pode ser dispensada: “a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais. Termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.” (BONAVIDES, op. cit., p. 61).
- ⁶ Ibid., p. 44.
- ⁷ GALLEGÓ, Elio A. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid : Dykinson, 1996. p. 51-52.
- ⁸ Ibid., p. 51.
- ⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 40.
- ¹⁰ SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Traducción de Thies Nelsson e Rosa Grueso. 2. ed. Madrid : Tecnos, 1996. p. 174.
- ¹¹ Ibid., p. 173.
- ¹² Ibid., p. 174.
- ¹³ Para a diferença de Schmitt entre direitos fundamentais absolutos e relativos: Ibid., p. 171.

¹⁴ É interessante notar que a análise de Schmitt da passagem do Estado liberal para o social faz-se sob um duplo enfoque: jurídico (ao falar das transformações dos preceitos constitucionais) e sociológico (ao falar das forças sociais efetivamente emergentes daquela época): “Cuando un grupo social logra que se dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha [entre associações], ha desaparecido el supuesto fundamental del Estado liberal de Derecho, y entonces *Libertad* ya no significa la posibilidad de actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales.” (Ibid., p. 171).

¹⁵ Eis algumas das características principais do Estado Social: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, neste instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado

Notas

¹ A esse respeito salienta Bonavides: “Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.” (BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 55.

² RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de sociología*. Mexico : Porrua, 1948. p. 274.

³ Ibid., p. 278.

⁴ Ou, em outros termos: pretensões de não-intervenção *versus* pretensões de realização. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Requejo Pagés

social.” (p. 186). E acrescenta o autor ter sido a revolução do Estado Social a “grande Revolução em que não se derramou sangue, mas que é a revolução das revoluções” BONAVIDES, op. cit., p. 205.

¹⁶ Apoiando esta tese, vide: BONAVIDES, op. cit., p. 68, 86, 133 e 141.

¹⁷ Esclarecedora a denominação assumida na Lei Fundamental alemã de 1949, após o aprendizado da 2^a Grande Guerra, revelando a preocupação sobrevivente da questão mal resolvida da compatibilização democrático-social: “Art. 20. (1) Die bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.” (A República Federal da Alemanha é uma Federação democrática e social).

¹⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 180.

¹⁹ Manuel Aragón, catedrático de direito constitucional da Universidade de Madrid, tem magistral passagem sobre a *democracia procedimental* e *democracia substancial*, no estudo preliminar ao livro de Schmitt. Vide: SCHMITT, op. cit., p. 29-30.

²⁰ Revelando os rumos tomados pela política da primeira metade do século XX, em decorrência do desequilíbrio instaurado pelo extremismo individualista-liberal, tem-se o seguinte trecho: “Mas ela [a doutrina individualista] foi indiscutivelmente perigosa para a defesa da mesma personalidade do homem, quando caiu na contradição e na antítese de determinar, de um lado, o enfraquecimiento do Estado, no velho esquema da liberal-democracia, e, de outro, na hipertrofia do Estado, no moderno esquema totalitário, ou seja, na ideología dos que buscavam resposta para o desnível e o desencontro entre a realidade social, mais poderosa e dominadora, e a realidade jurídica, mais fraca e sem conteúdo, de feição normativista, logicista e abstrata, que rodeava e ocultava, na sociedade burguesa, um mundo interno de contradições, em plena fermentação.” (BONAVIDES, op. cit., p. 74).

²¹ Ibid., p. 133.

²² Ibid.

²³ Transcreve-se trecho de grande esclarecimento, em que se atribui à preponderância absoluta do social sobre o individual a origem do descompasso entre Estado e sociedade: “Acha-se plantada na gênese da mutação [de preponderância agora do social sobre o individual] a semente do totalitarismo do século XX, das grandes reações antidemocráticas, que, rompendo o equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade, provocaram a crise do Estado moderno. (§) Essa crise há sido assinalada com a postergação dos direitos do Homem, a invasão das esferas sagradas de natureza subjetiva, a ameaça quase permanente, que paira, de eliminação da personalidade humana. (§) E como a maré social que vem de Hegel seria, na gigantesca onda do totalitarismo, a rebarbarização do mundo que dois milênios de civilização mediterrânea nos herdaram, há no coração de quase todos os povos um movimento refletido de autodefesa, que é a retomada da consciência jusnaturalista, no campo político, ou

seja, um retorno espiritual, bem que moderado, ao século XVIII, para temperar a ordem política e sobrestar os excessos que o primado absoluto da coletividade acarretou. (§) A mais recente literatura política dos países ocidentais exprime essa linguagem, traduz essa tendência, aponta esse anseio, denota, em suma, na reconsideração crítica do passado, a efetiva reconciliação do binômio clássico: indivíduo-sociedade.” (Ibid., p. 134).

²⁴ Ibid., p. 164.

²⁵ Ibid., p. 141.

²⁶ O termo *parlamentarismo* é empregado no sentido que este detinha na filosofia liberal do século XIX e início do XX, ou seja, como forma de Estado e não de governo, “consistente en la emancipación de la ciudadanía frente a los privilegios hereditarios de las clases” (p. 48). Significa, para Kelsen, a “formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría” (p. 50) KELSEN, Hans. *Essencia y valor de la democracia*. Tradcción de Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra. Barcelona : Labor, 1934.

²⁷ Ibid., p. 49.

²⁸ “Con este libro [Sobre el parlamentarismo] el lector tiene en sus manos una ocasión de sustraerse a la frivolidad. Schmitt nunca fue un *intelectual piadoso*, y por ello mismo con igualdad falta de *piedad* hay que acercarse a sus escritos, sin ninguna ingenuidad, pero sin caer tampoco en el prejuicio.” (ARAGÓN, Manuel. Estudio preliminar. In: SCHMITT, op. cit., p. 10-11).

²⁹ Vide nota 58.

³⁰ A tradução literal do termo em alemão é “representação do povo”.

³¹ O parlamento como uma *maquinaria artificial*. Vide: SCHMITT, op. cit., p. 22.

³² Ibid., p. 34. Um trecho de seu pensamento a este respeito: “Cabe expresar la voluntad del pueblo mediante la aclamación ∞ mediante acclamatio –, mediante su existencia obvia e incontestada, igual de bien y de forma aun más democrática que mediante un aparato estadístico, elaborado desde hace sólo medio siglo con esmerada minuciosidad.” (Ibid., p. 22).

³³ O conceito de *democracia substancial* veio significar a negação da separação feita em Kelsen entre a democracia como *método para criação da ordem social* e seu *conteúdo*, para ele *completamente independentes*. KELSEN, op. cit., p. 127.

³⁴ ARAGÓN, op. cit., p. 29.

³⁵ SCHMITT, op. cit., p. 5, 11-12, 25, 27, 31-33, 36 e 64.

³⁶ “Cuanto más poderosa es la fuerza del sentimiento democrático, tanto más segura es la comprensión de que la democracia es otra cosa que un sistema para registrar votaciones secretas.” (Ibid.).

³⁷ Id. *Tierra y mar* : consideraciones sobre la historia universal. Traducción Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1952.

³⁸ “Si el hombre no fuera más que un ser viviente absolutamente determinado por su contorno, sería o una bestia o un pez, o un pájaro o una fantástica mezcla de estas determinaciones elementales. (...) La existencia y el destino de los hombres estarían determinados de modo absoluto por la Naturaleza, como los de un animal o una planta. (...) No existiría una historia del hombre como obra y decisión humana. (§) Pero el hombre es un ser que no se deja absorber por su contorno (§) Tiene poder para conquistar históricamente su existencia y su conciencia.” (Ibid., p. 14-15).

³⁹ HENSEL, Albert. *Institution, idee, symbol*. Königsberg : Gräfe und Unzer Verlag, 1929. p. 15.

⁴⁰ SCHMITT. *Sobre el parlamentarismo*, p. 6.

⁴¹ Ibid., p. 51-53.

⁴² Ibid., p. 49-50.

⁴³ Ibid., p. 47-50 e 63-65.

⁴⁴ O chamado *mandato imperativo* é tido por Schmitt como despiciendo num parlamento, em que não vige uma discussão verdadeira. Para a posição do autor, vide: SCHMITT, Carl. op. cit., p. 8. Na constituição de Weimar, era negado o mandato imperativo sob a alegação de que os parlamentares fossem representantes do povo todo, e não apenas de seus eleitores. O art. 21 daquela constituição expressava-se nos seguintes termos: “Art.21. Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie sind nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge nicht gebunden.” (GÜNTHER, Franz. *Staatsverfassungen*. 2. ed. München : R.Oldenbourg, 1964. p. 196). Tradução livre: os deputados são representantes do povo inteiro. Eles sujeitam-se somente às suas consciências e não estão amarrados a mandato algum.

⁴⁵ Cf. SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo*, p. 60.

⁴⁶ Ibid., p. 43-47.

⁴⁷ Ibid., p. 9.

⁴⁸ Ibid., p. 64.

⁴⁹ Para uma síntese dos argumentos de Luhmann a esse respeito, vide, de nossa autoria: ARANHA, Márcio Nunes. Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, abr./jun., 1997. p. 61-62. Para a completa formulação da questão, conferir: LUHMANN, Niklas. *Legitimização pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980. p. 146-159. Tradução de: Legitimation durch Verfahren.

⁵⁰ SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo*, p. 35. Ainda, expõe Schmitt: “ya no se trata de convencer al adversario de lo correcto y verdadero, sino de conseguir la mayoría para gobernar con ella” (Ibid., p. 10).

⁵¹ Ibid., p. 47-50.

⁵² Ibid., p. 47.

⁵³ Ibid., p. 34-35.

⁵⁴ Ibid., p. 50, onde menciona o pensamento de Stuart Mill, segundo o qual a contradição de fundo entre democracia e liberdade estaria na eliminação da minoria.

⁵⁵ Ressalta Schmitt, que “la fe en el parlamento (...) realmente existió una vez, pero (...) hoy ya no es posible encontrar” (p. 11). Em outra passagem é mais direto: “La crisis del parlamentarismo, que es la que aquí nos ocupa, se base en que democracia y liberalismo, si bien pueden ir unidos durante algún tiempo, al igual que se han unido socialismo y democracia, forman una unidad precaria” (p. 21) Ibid.

⁵⁶ Eis a síntese da postura de Schmitt, por ele próprio: “La fe en el parlamentarismo, en un goovernment by discussion, es propia de las ideas del liberalismo. No es propia de la democracia. Es preciso separar ambos, democracia y liberalismo, a fin de comprender la heterogénea construcción que constituye la moderna democracia de masas.” (Ibid., p. 12). Como se verá, Schmitt abraça a homogeneidade em detrimento do pluralismo e diversidade de interesses.

⁵⁷ O clássico livro de Canetti explica a *psicología da uniformização nacional* (p. 168), por meio dos *símbolos nacionais de massa*: CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo : Companhia das Letras, 1995. p. 165-198. Tradução de: Masse und macht. Entendendo o símbolo como a unidade básica de todo comportamento humano, como o *universo da humanidade*: WHITE, Leslie. Os símbolos e o comportamento humano. In: CARDOSO, Fernando Henrique, IANNI, Octávio. *Homem e sociedade*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1965. p. 180-192.

⁵⁸ Transcreve-se o itinerário do pensamento de Schmitt: “Toda democracia real se base en el hecho de que no sólo se trata lo igual de igual forma, sino, como consecuencia inevitable, a lo desigual de forma desigual. Es decir, es propia de la democracia, en primer lugar, la homogeneidad, y en segundo lugar – y en caso de ser necesaria – la eliminación o destrucción de lo heterogéneo.” (SCHMITT. *Sobre el parlamentarismo*). Utiliza, para tanto, do exemplo de limitações dos direitos políticos da Grã-Bretanha e da França, e vai além, fundando a justificativa do fascismo na discriminação política entre nacionais e estrangeiros, denotando a plena aceitação da tese separatista e desigualizadora, que funda o nacionalismo de extrema direita. Triste ver o comportamento natural do direito das gentes a seu favor. Transcrevem-se os trechos de relevo: “Colonias, protectorados, mandatos, acuerdos de intervención y parecidas formas de dependencia posibilitan hoy que una democracia gobierne sobre una población heterogénea sin concederle la nacionalidad, haciéndola

depender del Estado democrático y, al mismo tiempo, separándola de ese Estado. Este es el sentido político y constitucional de la bella fórmula: las colonias son, según el derecho político, países extranjeros, y según el derecho internacional, territorio nacional. (...) ¿Es que acaso el Imperio inglés está basado en el derecho de voto universal e igual de todos sus habitantes? Sobre este fundamento no podría seguir existiendo ni una semana; las personas de color conseguirían los votos en aplastante mayoría por encima de los blancos. No obstante, el Imperio inglés es una democracia; en Francia y otras potencias ocurre lo mismo.” (Ibid., p. 14).

⁵⁹ Reza Schmitt: “La consecuencia de esta doctrina de la educación [ideológica centralizada e nacional] es la dictadura, la suspensión de la democracia en nombre de la democracia verdadera que hay que crear. (...) la dictadura no es lo contrario de la democracia.” (p. 36). “Puede existir una democracia sin eso que se ha venido a llamar parlamentarismo moderno, al igual que puede existir un parlamentarismo sin democracia; por otra parte, la dictadura no es el decisivo opuesto de la democracia, del mismo modo en que tampoco la democracia lo es de la dictadura.” (p. 40) Ibid.

⁶⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Derecho y libertad*. Buenos Aires : Valerio Abeledo, 1952. p. 88.

⁶¹ Esclarecedora é a seguinte passagem: “En la democracia sólo existe la igualdad de los iguales y la voluntad de los que forman parte de los iguales. Todas las demás instituciones se convierten en insustanciales recursos sociotécnicos, incapaces de oponer un valor propio o un principio propio a la voluntad del pueblo expresada de cualquier modo. La crisis del Estado moderno se funda en que una democracia de masas o una democracia de todos los seres humanos no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado, y tampoco un Estado democrático.” (SCHMITT. Sobre el parlamentarismo, p. 21).

⁶² “La igualdad de todas las personas en su calidad de tales no es una democracia, sino un determinado tipo de liberalismo; no es una forma de Estado, sino una moral y una concepción del mundo individualista-humanitaria. En la oscura unión de ambos está fundada la moderna democracia de masas.” (Ibid., p. 17-18).

⁶³ Para Schmitt, a democracia procedimental “conduce en principio a una crisis de la democracia misma, porque no es posible solucionar a partir de la universal igualdad humana el problema de la igualdad substancial y de la homogeneidad, necesarias en una democracia.” (Ibid., p. 20).

⁶⁴ Ibid., p. 96. Vide, ainda, nota 57.

⁶⁵ Ibid., p. 96-97 – grifos nossos.

⁶⁶ Manuel Aragón encarrega-se de amenizar a responsabilidade atribuída a Schmitt pela história: “Las ideas de Schmitt no desentonaban mucho en el clima espiritual de aquel tiempo, azotado por el vendaval de tantos absolutismos (marxismo, anarquismo, fascismo) que parecían eclipsar la vieja

doctrina ilustrada de que sólo en libertad puede vivir la razón. Una sociedad fuertemente escindida y una vida intelectual sumida en radicales antagonismos dejaban muy poco espacio al relativismo, es decir, a la tolerancia. Schmitt se incluiría, desde luego, en ese amplio bando de los radicalismos: la política se reduciría, para él, a la distinción, neta, entre amigo y enemigo; la actividad política, en consecuencia, no habría de sustentarse en la discussión, sino en la decisión.” (ARAGÓN, op. cit., p. 32).

⁶⁷ Escreve Jean Le Ronde d'Alembert (1717-1783), uma das personalidades mais expressivas do pensamento iluminista francês: “a História de nossos erros mais notáveis, seja pelo número ou importância dos homens que seduziram, ensina a desconfiarmos de nós mesmos e dos outros. Além do mais, apontando os caminhos que se afastaram do verdadeiro, ela nos facilita a busca da verdadeira senda que leva a ele.” (ALEMBERT, Jean Le Rond d'. *Essai sur les éléments de philosophie. Ensaio sobre os elementos de filosofia*. Tradução de Beatriz Sidou e Denise Bottmann. Campinas : Unicamp, 1994. p. 9). Com a palavra, um representante neoliberal: “A segunda consequência importante da revolução liberal é o reconhecimento de que toda verdade é provisória e de que todo conhecimento e todas as valorações são relativas. O conceito de verdade é progressivo, dinâmico.” (KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1989. p. 130). Tradução de: Intelligence and democratic action.

⁶⁸ Sobre a democracia e o relativismo, vide: ARAGÓN, op. cit., p. 25-26.

⁶⁹ Ibid., p. 27.

⁷⁰ Ibid., p. 33.

⁷¹ “¿ se podía ser conservador reaccionario sin desembocar en el fascismo? Ése es el dilema en que, al final, se vio envuelto Schmitt. Su doctrina no podría desligarse, objetivamente, del nacional-socialismo, como tampoco su misma persona.” (Ibid.).

⁷² SCHMITT. Sobre el parlamentarismo, p. 22.

⁷³ BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. traducción Vicente Herrerol. México : Fondo de Cultura Económica, 1963. p. 216.

⁷⁴ Schmitt, apoiado em Pufendorf, assim se expressa: “en la democracia, donde el que ordena y el que obedece es el mismo, el soberano, es decir, la asamblea constituida por todos los ciudadanos, puede cambiar leyes o Constitución a voluntad; en una monarquía o en una aristocracia – ubi alli sunt qui imperant alli quibus imperatur – es posible un contrato mutuo y, por tanto, la limitación del poder estatal.” (SCHMITT. Sobre el parlamentarismo. p. 19-20).

⁷⁵ KELSEN, op. cit., p. 148.

⁷⁶ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Mário da Gama Kury. 3. Ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1997. p. 121-160: especialmente p. 132.

⁷⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed innovazione nel diritto*. 3. ed. Roma : Studium Urbis, 1945.

p. 63: tradução: “o retrocesso ou a involução jamais serão a última palavra, enquanto existir um espírito humano, capaz, por sua natureza, do infinito”.

⁷⁸ PLATÃO [et al]. *Sócrates*. tradução Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo : Ed. Nova Cultural, 1996. p. 6-8 e 27-52.

⁷⁹ “Estou certo (...) que em uma democracia, a maioria dos cidadãos é capaz de exercer, sobre a minoria, a mais cruel das opressões” (BURKE, op. cit., p. 135).

⁸⁰ Glauco, há mais de dois mil anos atrás, já respondia prontamente a Sócrates, que opinião “é a faculdade que nos permite julgar pela aparência” e não pela essência. PLATÃO. *A república*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo : Nova Cultural, 1997. p. 186.

⁸¹ Ensina Kelsen, já em 1926: “La democracia (...) se opone a todo poder absoluto, incluso el de la mayoría” (KELSEN, op. cit., p. 141).

⁸² “Art. 16. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”. Tradução: “Art.16. Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.” (PORTO, Walter Costa (Coord.). *Declarações de direitos*: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron. Brasília : Fundação Projeto Rondon, 1988).

⁸³ “Art.XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de qualquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.” (Ibid.).

⁸⁴ Transcreve-se o trecho esclarecedor: “A conhecida forma degenerativa do jurista estranho às realidades mostra-nos precisamente que há também um tipo de jurista que, no seu sistema habitual de abstrair das realidades, acaba quase sempre por perder completamente de vista a vida real na sua fluente riqueza de formas, representando até essa tendência, por sinal, um pendor muito natural da própria profissão. Esta forma degenerativa surge quando o *homem jurídico*, para só atender à justiça e à segurança da ordem jurídica, esquece o terceiro aspecto da idéia de direito, que é justamente, como se sabe, o do fim ou finalidade a que este deve subordinar-se. Ora, assim como o *homo juridicus* se aproxima, pelo lado da justiça e da segurança do direito, do tipo do homem *teórico*, assim, pelo que toca à idéia de fim, ele se aproxima do tipo do homem *social*, para não dizer já do *homo politicus*.” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra : A. Amado, 1961. p. 250-251).

⁸⁵ Vide nota 49.

⁸⁶ A democracia de hoje vem imbuída de carga valorativa, que transborda seu conceito original nuclear.

⁸⁷ A falta de sensibilidade, no nascimento moderno da democracia representativa, da importância em compatibilizar valores e procedimentos foi um fator de fortalecimento da autocracia valorizadora do ideal de justiça (como ponderação das peculiaridades do caso concreto), mediante a sua não-vinculação às diretrizes passadas. A falta de plasticidade da democracia nascente fortaleceu os regimes autoritários da primeira metade deste século, pois impunha a mudança arbitrária, aproximando-se, no que há de criticável, da autocracia. Forçou, assim, a opção entre uma autocracia marcada pelo *símbolo de massa* da união nacional e uma democracia representativa das fraquezas de uma nação. O desprezo que a autocracia nutre pela limitação apriorística de poder inclina-a a evitar a *racionalização da ordem coletiva*, e, em contradição com uma democracia que não compensava sua debilidade para solução de questões iminentes com o afastamento de decisões arbitrárias, tudo pendeu para a escolha do aparentemente menor dos males. Sobre a comparação entre democracia e autocracia; e positivismo jurídico e direito natural, vide: KELSEN, *Essencia y valor de la democracia*, p. 144.

⁸⁸ A abordagem de Manel Aragón é de claridade solar. Busca-se “un equilibrio entre la garantía constitucional del pluralismo político o, si se quiere, del relativismo ideológico (de la democracia procedural) sin lo cual, como decía Kelsen, no hay democracia, y la imposición constitucional de determinados valores (democracia sustantiva o material) sin los cuales no hay libertad-igualdad” (ARAGÓN, op. cit., p.29-30).

⁸⁹ “La mayoría decide, pero no libremente; la mayoría control, pero también es controlada; los ciudadanos (y las minorías) poseen unos derechos que la mayoría no puede vulnerar; ya no es justo (jurídicamente) lo que la mayoría quiera, sino lo que la mayoría acuerde de *conformidad* con lo dispuesto en la Constitución.” (ARAGÓN, op. cit., p. 30).

⁹⁰ “La clave de tal equilibrio [entre o relativismo ideológico e a imposição constitucional de valores], con el que se pretende superar el enfrentamiento entre democracia procedural y democracia sustantiva, entre la Constitución como *norma abierta* y la Constitución como *sistema material de valores*, reside en la creación y funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, instituciones sin las cuales es muy difícil (salvo en el caso todavía peculiar del Reino Unido) comprender teóricamente y organizar prácticamente el parlamentarismo democrático, forma política en la que el Parlamento sigue siendo el eje del sistema (aunque el Gobierno sea el poder *más fuerte*) porque es el *centro* de su legitimidad y de su actividad normativa, pero cuyas decisiones pueden ser controladas, ya que la ley, aunque continúe ostentando el papel de norma *primaria* del ordenamiento, que lo es la Constitución, cuyas prescripciones *materiales* (y no sólo *estructurales*) se imponen a todos los poderes del Estado” (Ibid.).

⁹¹ Apoiando tal perspectiva, o catedrático em Direito Político e introdutor da última edição espanhola do livro de Schmitt sobre o guardião da constituição: “La confrontación y el distanciamiento entre realidad constitucional y realidad política representa una constante de la pasada centuria. Y será, justamente, en los momentos convulsivos que suceden a la primera Guerra Mundial, cuando, al llevarse al extremo esa confrontación y ese distanciamiento entre realidad jurídica y realidad política, el sistema política liberal, y su correspondiente organización constitucional, sufrirán la crisis más grave de toda su historia.” (GARCÍA, Pedro de Vega. Prólogo. In: SCHMITT, Carl. Traducción directa del alemán por Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución*: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Madrid : Ed. Tecnos, 1983. p. 17).

⁹² Ibid., p.18.

⁹³ “De lo que se trata, por lo tanto, no es de procurar la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta. Esto significa que, si en el primer momento del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que se va a suscitar ahora es una defensa de los valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismos jurídicos.” (Ibid.).

⁹⁴ A crítica transcendente do Schmitt-teórico-político diz respeito à condenação do modelo teórico liberal e das suas bases legitimadoras (parlamentarismo); já a crítica imanante refere-se ao Schmitt-jurista, que contrapõe o modelo teórico à realidade empírica, realçando suas contradições.

⁹⁵ As obras nas quais se situa dita polêmica são: SCHMITT. *La defensa de la constitución: estudio*

acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Traducción directa del alemán por Manuel Sanchez Sarto. Madrid : Tecnos, 1983; e KELSEN. *La giustizia costituzionale*. Traducción de Carmelo Geraci. Milano : Giuffrè, 1981. p. 229-291. Chi dev'essere il custo della costituzione? A controvérsia gira, basicamente, em torno de três pontos fundamentais: a natureza política da jurisdiccional constitucional, negada por Schmitt, e aceita por Kelsen apenas com uma diferença quantitativa em relação a atividade legislativa; a consequente criação judicial; e a aceitação de determinação do conteúdo jurídico de uma disposição constitucional por um tribunal constitucional.

⁹⁶ Para Kelsen, a diferença política entre a atividade legislativa e a jurisdiccional é meramente *quantitativa*: “Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere *politico* che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. (§) Il carattere politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e no già qualitativa.” (Ibid., p. 242).

⁹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo : Acadêmica, 1989. p. 8.

Notas sobre as regiões metropolitanas

MARCELO ROCHA SABOIA

“Na região estão potencializadas esplêndidas esperanças fáticas de uma renovação federativa segundo os rumos e as bases expostas... mas tudo isso se perderá ou não acontecerá, caso falte à cúpula do sistema uma orientação programada ou planejada para alcançar politicamente esse desfecho: o federalismo das regiões...”

PAULO BONAVIDES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Escorço histórico. 3. Aspectos das Regiões Metropolitanas. 4. Conclusões.

1. Introdução

O notável fato de a Constituição Federal de 1988 ter incluído a matéria pertinente às “Regiões Metropolitanas” (RMs daqui em diante) no título referente à Organização do Estado, ao invés de mencionar estas na parte referente à “Ordem Econômica e Social”, como no regime da CF de 1967 e da EC 01/69, na parte que trata dos Estados Federados (cf. art. 25, § 3º), fez com que, não obstante a existência de outros temas de igual relevância, escolhêssemos a questão das RMs como tema de nosso estudo.

Com efeito, a industrialização maciça e o significativo crescimento populacional do país, de forma espacial predominante desordenada e concentrada, nas últimas décadas, provocam os fenômenos da conurbação e superurbanização, o que faz das RMs e dos chamados “organismos regionais” as duas grandes formas de institucionalização destes fenômenos descritos – de caráter social, econômico e político ao mesmo tempo. Sucedâneas da “reunião de comunas”

Marcelo Rocha Saboia é Pós-Graduado em Direito pela UERJ, Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados e Colaborador de Alcoforado Advogados Associados S/C.

previstas na distante Carta de 1937, é na CF de 1967 que aparecem pela primeira vez as RMs reguladas em nível constitucional (art. 157, § 10), ganhando após artigo autônomo na EC 01/69 (art. 164), para só no regime vigente ganharem contorno compatível com sua relevância e modernidade. Já se fala até num “Federalismo das Regiões”, em que estas constituíram um quarto nível de poder, ao lado dos tradicionais do Federalismo clássico brasileiro: União, Estados-membros e Municípios e ainda o Distrito Federal¹.

Assim, faremos um ligeiro histórico inicialmente e, após, desenvolveremos as linhas mestras das RMs no plano doutrinário, sem esquecer os chamados “organismos regionais”. Afinal, esboçaremos ligeira crítica à guisa de conclusão. É o que passamos a fazer.

2. Escorço histórico

No que respeita ao aparecimento da RMs e dos organismos regionais, ensina José Alfredo Baracho²:

“Na estruturação do federalismo contemporâneo, conforme podemos perceber, diversos fatores contribuíram para o aparecimento de novas formas de estruturação política e administrativa, para que outros entes que têm fisionomia jurídica as mais diversas pudessem atender os reclamos da sociedade.

Dentro dessa perspectiva, podemos destacar novas figuras institucionais e administrativas que merecem relevo, ao mesmo tempo em que surgem indagações acerca do aparecimento dos modelos adequados às soluções criadas por novas condições econômicas, sociais e de concentração urbana.

A importância do fenômeno urbano criou a necessidade da busca de processos jurídicos que pudessem ordenar o desenvolvimento das áreas metropolitanas”.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Reflexões : política e Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1987: O planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo das regiões.

² BARACHO, José Alfredo de O. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

Michel Temer³, por sua vez, diz que é do fenômeno da conurbação que deriva a idéia da RM, *verbis*:

“As áreas urbanas vão se aglomerando em torno de um Município maior, eliminando as áreas rurais e fazendo surgir, entre os Municípios, área urbana única, o que passa a exigir a interação dos serviços municipais”.

No mesmo sentido, Eros Grau⁴, notável especialista na matéria, preleciona:

“O intenso crescimento urbano determina, como fato característico do século XX, o aparecimento de centros metropolitanos. Tal processo de crescimento se manifesta de tal modo que em torno de determinados núcleos urbanos outros vão se agregando, integrando-se a ponto de comporem novas realidades urbanas. Assim, as várias unidades formam um aglomerado único, tecido de relações e interações mútuas que transformam todo o conjunto em um sistema sócio-econômico relativamente autônomo, abrangente de todas elas”.

Diogo Moreira Neto⁵ aponta na intensificação comercial que precedeu e preparou o Renascimento a origem mais remota do que chama, com base em Louis Jauquignon, de problema da “Sociedade urbana,” que no séc. XIX, com a Revolução industrial, agrava-se em extensão e complexidade, decretando este o “golpe de morte na sociedade rural”. Surge a “Megalópole” e seus problemas político-administrativos de solução impossível com os instrumentos jurídicos tradicionais.

No que respeita ao histórico da institucionalização dos organismos equivalentes às nossas RMs e às “organizações regionais”, é o mesmo José Alfredo Baracho que, discorrendo sobre as diversas soluções propostas para institucionalização das conurbações, aponta na Lei francesa de 24/5/51 e nos Decretos de 1953, 1954 e 1955, que utilizaram a fórmula de “Sociedade de economia mista” na tentativa de solucionar questões urbanas, o primeiro passo rumo às modernas RMs. Na Inglaterra, Lei de 1965 reorganizou o governo de Londres

⁴ GRAU, Eros R. *Regiões metropolitanas : regime jurídico*. São Paulo : J. Bushatsky, 1974.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de F. *Introdução ao Direito ecológico e ao Direito urbanístico*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

com bases semelhantes, e também na França a Lei de 31/12/66 (que instaurou o sistema de “comunidades urbanas”) revelou intenção equivalente. Menciona-se ainda as experiências de Düsseldorf e Berlim na Alemanha e de Rotterdam na Holanda como pioneira⁶.

No Brasil, outrossim, é com a mudança de comportamento do Estado brasileiro a partir de 1930, que marca o fim da “Primeira República” e a Revolução do mesmo ano que tem início um longo processo que irá afetar, no futuro, o Federalismo brasileiro. Destaca-se, a partir desta época, a atitude intervencionista do Estado, que vai de encontro ao não-intervencionismo pregado pelo Liberalismo individualista do século XIX. Ante o crescimento vertiginoso das cidades e a industrialização crescente que aos poucos vai mudando o perfil do país, verifica-se uma radical centralização, em prol do poder central (União), das funções estatais, em detrimento da competência dos Estados-membros, que mais não fizeram à época que revelar suas deficiências. Assim é que, a partir da CF de 1934, passando pela Carta outorgada por Getúlio Vargas em 1937 (de cunho autoritário e que instituiu o “Estado Novo” entre nós, que perdurou até o fim da II Guerra Mundial em 1945), até chegar às Cartas de 1967 e à EC 01/69, nota-se uma progressiva centralização na Federação brasileira⁷.

No bojo desta, aparece a idéia de introduzir-se, como providência racionalizadora, o planejamento como norma básica e prévia do Governo e da Administração⁸. Aparecendo ainda na década de 40, é entretanto só a partir de 1956, quando tem início o Governo Juscelino Kubitschek, que tem impulso “a fase do planejamento, como ponto de partida para a solução dos problemas brasileiros”. Cria-se, a partir daí, Ministérios que acabam por originar a “Secretaria de planejamento”, órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, acima dos Ministérios. O planejamento no Brasil nasce assim com caráter predominantemente federal, em detrimento do estadual. É a lição de Celso Lafer, citado por Dalmo Dallari⁹.

O contexto mais geral, de outro lado, não poderia deixar de refletir-se no Direito Constitucional. Assim é que aparece, no art. 29 da Carta de 1937, que permitia o agrupamento de “comunidades de uma mesma região”, o embrião das atuais RMs, fato de que nos dão notícia, entre outros, Whitaker da Cunha¹⁰ e Diogo Moreira Neto¹¹. A CF de 1946 previa a criação, pelo Estado, de “órgão de Assistência Técnica aos Municípios”¹². Finalmente, a CF de 1967 e a EC 01/69 regularam as RMs no art. 157, § 10, e art. 164 respectivamente. Na CF de 1988 ganham as RMs *status* de instituto integrante da “Organização do Estado”, inseridas no capítulo referente aos Estados-membros (art. 25, § 3º, c/c art. 43).

Menciona-se ainda que, enquanto os chamados “organismos regionais” prendem-se à regionalização no plano federal, as RMs constituem forma de institucionalização ligada à regionalização no plano estadual. Dalmo Dallari¹³ ensina que é a partir de um duplo movimento de centralização política seguido de uma desconcentração administrativa que se opera o surgimento dos “organismos regionais” (ex. gr. a Sudene, Sudam, DNOCS, Suvale, Sudesul e Sudeco, todos operantes nos anos 70). E, o que é fundamental, a competência dos “organismos regionais” é, e continua sendo, da União, enquanto nas RMs pode (não necessariamente) operar-se uma alteração na distribuição de competências.

Passamos a estudo mais específico das RMs, não sem antes mencionar o fato de que foi por desatenção para com o componente político presente na região que em grande parte fracassaram os “organismos regionais”, aliada à desarticulação entre as esferas envolvidas e à falta de recursos financeiros.

3. Aspectos das “regiões metropolitanas”

Várias questões vêm a tona quando se trata de analisar as RMs no plano doutrinário, mormente tendo em vista tratar-se de instituto de recente e vaga institucionalização entre nós. Entretanto, pensamos ser possível alinhar algumas questões essenciais que analisaremos a seguir. Assim:

⁶ BARACHO, op. cit.

⁷ DALLARI, Dalmo de A. *As tendências atuais do Direito público*. Rio de Janeiro : Forense, 1976. p. 65-88: Novos pólos administrativos afetando a Federação brasileira.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ CUNHA, Fernando W. da. *Direito político brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

¹¹ MOREIRA NETO, op. cit.

¹² BARACHO, op. cit.

¹³ DALLARI, op. cit.

a) Quais as formas possíveis de institucionalização das RMs em nível constitucional?

b) Configuram as RMs um “quarto nível de poder”, ao lado das entidades integrantes do Federalismo tradicional (União, Estados-membros e Municípios), e poderiam instituir tributos, o que caracterizaria, como querem alguns, um novo Federalismo, o “Federalismo das Regiões”?

c) O tratamento dado às diversas RMs deve ser ou não uniforme?

d) Qual o tipo de relacionamento a ser mantido entre as esferas de poder (estadual e municipal) envolvidas nas áreas integrantes de RMs? Há (ou deve haver) hierarquia entre as diversas normas ou prevalece o interesse preponderante (estadual, municipal ou “metropolitano”)?

e) Quais as perspectivas que se esboçam para as RMs?

Passamos a responder, de forma não necessariamente linear.

Hely Lopes Meirelles, referindo-se às RMs, frisa que estas são instituições meramente administrativas, que aparecem para suprir as deficiências técnicas e econômicas dos Municípios. Assim, justifica-se a transferência de obras e serviços públicos custosos e complexos para uma administração mais alta – passa a prevalecer o interesse regional da RM em detrimento do “peculiar interesse local” do Município¹⁴.

Na mesma linha de raciocínio, Adilson Dallari defende a introdução do conceito do “peculiar interesse metropolitano” a reger problemas referentes às RMs. Estas não teriam sentido caso não se reconhecesse a existência de assuntos tipicamente metropolitanos, o que não quer dizer que deixem de existir matérias reservadas aos Municípios ou aos Estados. Coexistem os vários níveis de poder e de influência¹⁵. Também a esse respeito várias críticas são dirigidas à LC 14/73 (que criou as RMs de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza) e à LC 20/74 (que instituiu a RM do Rio de Janeiro) – a mesma não resolveu o problema da competência das RMs¹⁶.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.

¹⁵ DALLARI, Adilson de A. Uso do solo metropolitano. *Revista de Direito público*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 285-291, out./dez. 1970.

¹⁶ DALLARI, op. cit., e MEIRELLES, op. cit.

De lege ferenda, pensamos que só uma conjugação de esforços dos três níveis de Governo (federal, estadual e municipal), com o reconhecimento e prevalência do “interesse metropolitano”, poderá adequadamente dar conta da questão. Nesse sentido as opiniões de Arnoldo Wald¹⁷, Hely L. Meirelles¹⁸, Geraldo Ataliba¹⁹, Eros Grau²⁰, Toshio Mukai²¹, Diogo L. de Mello²² e Dalmo Dallari²³.

De outro lado, a doutrina, em que pese a divergência de abalizados juristas²⁴, em geral não reconhece a existência de um “quarto nível de poder” nas RMs, dotado de capacidade de imposição tributária e a integrar um novo “Federalismo” – o “Federalismo das Regiões” a que se refere Paulo Bonavides²⁵.

Assim, Baracho com base em Paulo Araújo Lima, após ensinar que nas RMs efetua-se o processo decisório por meio de vínculo de cooperação, ao invés do vínculo de subordinação, típico de atividade administrativa de direito público interno, mostra que nestas há uma competência de cooperação, inobstante a presença dos elementos caracterizadores de um poder político. A competência das RMs não limita a dos Estados e Municípios²⁶. Nesse sentido arrolamos a posição de, entre outros, Diogo M. Neto²⁷, Michel Temer²⁸, Oswaldo Trigueiro²⁹ e Whitaker Da Cunha³⁰.

¹⁷ WALD, Arnoldo. As áreas metropolitanas. *Revista de Direito público*, São Paulo, n. 22, out./dez. 1972.

¹⁸ MEIRELLES, op. cit.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo. *Lei complementar na Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.

²⁰ GRAU, op. cit.

²¹ MUKAI, Toshio. *O regime jurídico municipal e as Regiões Metropolitanas* : conforme a EC n. 01/69. São Paulo : Sugestões Literárias, 1976.

²² MELLO, Diogo Lordello de. Planejamento metropolitano : competência das três esferas do Governo. *Revista de Administração pública*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, out./dez. 1972.

²³ DALLARI, op. cit.

²⁴ Ibidem; BASTOS, Celso R. A Federação no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Número Especial. 1987.

²⁵ BONAVIDES, op. cit.

²⁶ BARACHO, op. cit.

²⁷ MOREIRA NETO, op. cit.

²⁸ TEMER, op. cit.

²⁹ TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional estadual*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

³⁰ CUNHA, op. cit.

Magistral no particular é a lição de M. Temer³¹ *verbis*:

“De logo se afirme que a região não é dotada de personalidade. Com este dizer, fica afastada a idéia de governo próprio ou mesmo de administração própria. Não é pessoa política nem administrativa. Não é centro personalizado. Não é organismo. É órgão.

Para encontrar a natureza desse órgão é preciso verificar qual sua fonte criadora. É a lei complementar estadual, di-lo o art. 25, § 3º, da CF/88.

É preciso, ainda, examinar sua composição: é composta por Municípios.

Embora composta por Municípios, as suas decisões não obrigam àquelas, tendo em vista a autonomia municipal.

A agregação municipal é feita pela lei complementar.

A boa exegese do texto constitucional leva à convicção de que a Região Metropolitana nada mais é do que o órgão de planejamento, dele derivada a execução de funções públicas de interesse comum.

Tudo quanto foi dito aplica-se às aglomerações urbanas e às microrregiões, figuras criadas pela Constituição de 1988”.

Passando ao problema das formas possíveis de institucionalização das RMs em nível constitucional, Ricardo Lira relaciona as seguintes soluções alvitradadas:

a) ‘consórcio de Municípios’ – o ‘interesse metropolitano’ é excluído dos Municípios. Adesão voluntária ao Consórcio;

b) criação do ‘Município metropolitano’, que seria titular do ‘interesse metropolitano’;

c) a RM como ‘ente político-territorial’ dotado de personalidade jurídica de Direito público;

d) a RM como ‘ente territorial público-administrativo’, dotado de personalidade jurídica”.

A seguir, aponta ser a solução que concebe a RM como ente territorial público-administrativo a que melhor se adequa como estrutura constitucional a esta. À lei federal caberá a complementação e o estabelecimento dos parâmetros

gerais exigidos para a sua criação, entregue esta ao Estado-membro³². A concepção da RM como “Consórcio de Municípios” inviabilizaria a instuição da RM, deixando-a à discreção de cada Município, enquanto as concepções restantes pecariam por conceber a criação de um “quarto nível de poder” na estrutura federativa, o que teria “consequências imprevisíveis”³³.

Outro não é o entendimento de Diogo M. Neto, para quem as mesmas inserem-se na linha de um “Federalismo de Cooperação”³⁴. Nesse sentido também manifestou-se o então Senador Eurico Rezende³⁵, em justificativa à Emenda nº 848, relativo ao art. 164 da EC 01/69, depreendendo-se facilmente sua filiação à esta concepção de RM. Transcreve-se:

“As regiões metropolitanas constituem hoje em dia uma realidade urbanística que não pode ser desvinculada das administrações modernas, nem omitidas no planejamento regional. Por regiões metropolitanas entendem-se aqueles Municípios que gravitam em torno da grande cidade, formando com esta uma unidade sócio-econômica, com recíprocas implantações nos seus serviços urbanos e interurbanos. Assim sendo, tais serviços deixam de ser de exclusivo interesse local, por vinculados estarem a dada comunidade metropolitana. Passam a constituir tessitura intermunicipal daquelas localidades e por isso mesmo devem ser planejados e executados em conjunto por uma administração unificada e autônoma, mantida por todos os Municípios da região, na proporção de seus recursos, e, se estes forem insuficientes, hão de ser complementados pelo Estado e até mesmo pela União, porque os seus benefícios também se estendem aos Governos estadual e federal. Eis por que a emenda propõe o reconhecimento constitucional dessa realidade, possibilitando a unificação dos serviços intermunicipais das

³² LIRA, Ricardo C. Pereira. *Manutenção da disciplina das Regiões Administrativas em nível federal* : ofício de 4/5/87 ao Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. (mimeografado).

³³ Ibidem.

³⁴ MOREIRA NETO, op. cit.

³⁵ REZENDE, Eurico. *Anais da Constituição de 1967*. Brasília : Senado Federal, v. 6, t. 2. 1970.

³¹ TEMER, op. cit.

regiões metropolitanas, subvenção estadual da imensa população que se concentra nessas regiões. Nações civilizadas já adotaram essa técnica administrativa, com excelentes resultados, como é o caso de Toronto, Londres e Nova Déli.”

Quanto à questão do tratamento a ser dado às diversas RMs, é ainda Ricardo Lira³⁶ que ensina que o mesmo não deve ser uniforme. Ora, como tratar da mesma forma a RM de São Paulo, composta por 38 Municípios, e a de Belém, integrada por apenas 2? Assim, cada RM deve ter tratamento compatível com suas peculiaridades por parte do poder público. Deve-se atentar para o elemento político presente em cada RM, mera forma de institucionalização de uma realidade social, política e econômica que a antecede.

4. Conclusões

As RMs são, hoje, realidade que, a par de social, política e econômica, ganhou expressão

jurídica que nunca teve com sua inclusão no Título referente à “Organização do Estado” (art. 25, § 3º) da Constituição de 5/10/88.

Em que pese as divergências doutrinárias que a seu respeito se verificam, o fato é que o entendimento predominante é de que constituem entes territoriais público-administrativos integrantes de um Federalismo que já é de “cooperação”, distante ainda do “Federalismo das Regiões” defendido por alguns. Órgãos, e não poder, a atuação das mesmas requer a combinação de esforços das três esferas de poder (União, Estados e Municípios), e definição de sua competência em torno da fórmula do “peculiar interesse metropolitano” ou regional, que deve preponderar sobre o estadual e o municipal.

Finalmente, não se pode perder de vista a questão política presente no trato dos problemas referentes às RMs. Afinal, não se deve esquecer a lição de Pedro Calmon, segundo a qual, mais que políticas – jurídicas e constitucionais, os Municípios são instituições sociais, históricas e culturais.

³⁶ LIRA, op. cit.

Medida provisória e segurança jurídica

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

O tema em debate encontra seu fundamento maior na instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, no raio dos interesses subjetivos, coletivos e difusos, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, conforme atesta a promessa preambular da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nossa Lei Suprema apregoa que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, sendo os Poderes da União, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, e que *todo poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos constitucionais (CF, arts. 1º, I a V, parágrafo único e 2º), destacando, entre os direitos e garantias fundamentais, o de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (CF, art. 5º, II), na consagração do princípio maior da *segurança jurídica* a todos que habitam neste País.

No Estado de Direito, a Lei somente é válida quando é produzida pelo Poder competente, nos termos da Constituição, sendo da *competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa, em face da atribuição normativa dos outros*.

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal e Professor da Universidade Católica de Brasília.

Poderes (CF, art. 49, XI), enquanto ao *Poder Judiciário*, por meio de ação direta ou da via incidental, cabe exercer o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público (CF, arts. 102, I, *a* e parágrafo 2º, 103, *caput* e parágrafos 2º e 4º, e 97 e 102, III, alíneas *a*, *b*, *c*), para segurança de todos nós.

No entanto, o povo brasileiro, num gesto extremo de confiança e fidelidade aos postulados democráticos, que a Constituição cidadã, de 5 de outubro de 1988, consagrara, excepcionalmente, *em caso de relevância e urgência*, outorgara poderes ao Presidente da República para adotar *medidas provisórias*, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias, sendo que tais medidas 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 (CF, art. 62 e respectivo parágrafo único).

Resulta, assim, do comando constitucional, em referência, que, na edição de medida provisória, o Sr. Presidente da República não está autorizado a exercer poder legiferante absoluto, mas, antes, há de atender aos *requisitos cumulativos de relevância e urgência*, a fim de legitimar a adoção dessa medida, cabendo ao Congresso Nacional (CF, art. 49, XI) e aos órgãos do Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, observar a obediência a tais requisitos.

O Poder Legislativo, no Brasil, não deve olvidar, no exercício pleno de sua função constitucional, que “a utilização da medida provisória, por constituir exceção derrogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se, em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional” (STF. Pleno. ADIN nº 293-7-DF. Medida liminar. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJU*, p. 6429, 16 abr. 1993).

Medida Provisória, no regime presidencialista do Brasil, é *ato do Príncipe*, em caráter excepcional e que só possui validade jurídica quando, em seu uso constitucionalmente mitigado, recebe a pronta acolhida do povo, por meio de seus representantes no Congresso. Indiscutivelmente, medida provisória não é lei (*is not law*), mas *lex in fieri*, a legitimar-se no ordenamento jurídico, pelo Congresso Nacional,

se observadas as exigências do referido art. 62 e respectivo parágrafo único da Lei fundamental.

Há de ver-se, ainda, que o prazo legal de validade das medidas provisórias, excepcionalmente autorizadas na Constituição Federal, é improrrogável e fatal. Tais medidas não sobrevivem no mundo jurídico além de trinta dias. Inexiste outorga constitucional para serem reeditadas.

A “convalidação” ou prorrogação no tempo de medidas provisórias caducas (com mais de 30 dias) atenta, em suas sucessivas reedições, contra a norma regular de urgência (45 dias), que nossa Lei Fundamental reservou à apreciação de projetos de lei de iniciativa do Presidente da República perante as Casas do Congresso Nacional (CF, art. 64, §§ 1º e 2º), afirmando-se a garantia do *due process of law*.

Medida provisória, além dos trinta dias constitucionais, não tem validade jurídica, perdendo sua eficácia *ex tunc*. Reeditá-la é abuso, que a nossa Constituição repudia, ao estabelecer regime de urgência para projetos de lei de iniciativa presidencial, naquelas matérias de sua especial competência.

A propósito da questão em foco, manifestou-se o Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal, nestas letras:

“(...) Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu. A edição de Medida Provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei. A rejeição parlamentar da medida provisória, ou de seu projeto de conversão, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade do Presidente da República

renovar esse ato quase legislativo, de natureza cautelar. Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada" (STF. Pleno. ADIN nº 293- 7- DF. *Medida Liminar. DJU*, p. 6.429, 16 abr. 1993).

Contrariando, porém, os comandos constitucionais que limitam o poder normativo das medidas provisórias, o Sr. Presidente da República vem cometendo excessivo abuso na edição e reedição dessas medidas, ante a omissão agressora do Congresso Nacional, no ponto, como se vê dos dados estatísticos seguintes: "De 5 de outubro de 1988 a 24 de março de 1995 foram editadas 955 medidas provisórias, numa média de 12,4 medidas provisórias por mês, contra 2.481 decretos-leis editados sob o regime autoritário (outubro/69 a setembro/88), numa média de 10,9 por mês" (*Jornal do Advogado*, n. 203, p. 9, 1995).

Em pesquisa publicada no *Correio Braziliense*, em 28 de janeiro do ano corrente, sob o título "Legislativo de aluguel", ficou registrado que, na gestão do atual Executivo, entre edições e reedições, foram lançadas 1.610 medidas provisórias, sendo que, nesses últimos três anos, o governo lançou uma medida provisória (nova e reeditada) a cada 30 horas, observando os redatores da matéria que "a maioria parlamentar que o Presidente Fernando Henrique Cardoso constituiu no Congresso Nacional, ao longo de seus três anos de governo, provocou uma inversão de papéis nos poderes da República".

Olvidou-se, pelo visto, o Sr. Presidente da República, da acertada reflexão que fizera sobre o abuso na edição de medidas provisórias, ainda enquanto Senador da República, nesta fala:

"O Executivo abusa da paciência e da inteligência do país, quando insiste em editar medidas provisórias sob o pretexto de que, sem sua vigência imediata, o Plano (econômico Collor) vai por água abaixo, e, com ele, o combate à inflação. Com esse ou com pretextos semelhantes, o governo afoga o Congresso numa enxurrada de 'medidas provisórias'. O resultado é lamentável: a Câmara e o Senado nada mais fazem que apreciá-las aos borbotões.

É certo porém que, seja qual for o mecanismo, ou o Congresso põe ponto final no reiterado desrespeito a si próprio e à Constituição, ou então é melhor reconhecer que no País só existe um Poder de verdade, o do Presidente. E daí por diante esqueçamos também de falar em democracia."

* Texto do então Senador Fernando Henrique Cardoso, do artigo *Constituição e Prepotência*, citado pela ilustre administrativista Profª Carmem Lúcia Antunes Rocha, publicado pelo *Correio Braziliense* de 7.7.97.

Em veemente manifesto ao povo e à nação, com data de 28 de abril de 1997, os eminentes subprocuradores-gerais da República, órgãos de cúpula do Ministério Pùblico, conscientes de lhes incumbir a defesa da ordem jurídica e do regime democrático (CF, art. 127), pronunciaram-se nestes termos:

"1º) constitui invasão à independência e harmonia dos Poderes (CF, art. 2º) assenhorear-se o Executivo da função legislativa, reeditando indefinidamente medidas provisórias que já haviam perdido a eficácia pela sua não-conversão em lei no prazo de trinta dias (CF, art. 62 e par. único) – resultando num caos legislativo que atropela o Poder Judiciário, alvo ainda de desapreço pelas críticas a seus julgamentos e de medidas restritivas a seu livre exercício; 2º) são injustos os chamados reajustes estruturais mediante reformas que só atingem a sacrificada massa do povo, mantidos os privilégios de castas como o preço que se tem de pagar pela democracia (às avessas!) – quer achatando os salários a pretexto de salvaguardar o plano de estabilidade financeira, quer promovendo ou ameaçando demissões dos funcionários públicos –, agravando ainda mais o imenso desemprego, que já afeta a classe trabalhadora, numa insensibilidade aos problemas sociais daí decorrentes. Se o Estado tem como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho (CF, art. 1º, IV), cabe-lhe proporcionar condições indispensáveis à sobrevivência. A receita de um regime econômico que organismos internacionais intentam implantar nos países do terceiro mundo tem transformado a Constituição-cidadã num subproduto da economia, desmantelando o próprio arcabouço do Estado; 3º) agride a

soberania nacional, em sua integridade e independência, entregar à cobiça privada ou estrangeira a exploração de nosso subsolo ou da plataforma oceânica, o controle de nosso espaço aéreo e a incomensurável devastação de nossa mata amazônica. A privatização de nossas riquezas minerais estratégicas e ecológicas – baluarte da independência econômica e altivez do país perante as demais Nações – não pode implicar a alienação daquelas (seja de que forma), ilegítima sua imposição de cima, ninguém individualmente sendo dono do País, eis que a soberania – conceito absoluto que não admite restrições – emana do povo e em seu nome é exercida (CF, art. 1º, par. único); 4º) constituem crimes de responsabilidade os atos que atentem contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público (CF, art. 85, II). Por isso são absolutamente inaceitáveis os projetos de lei que ameaçam este último e transformam o livre exercício de suas funções institucionais (CF, art. 129), tipificando-se em crimes de abuso de autoridade: pois é através de suas garantias (CF, art. 128, § 5º, I) – que não são privilégios! –, consagradas multissecularmente, que são protegidos os direitos do cidadão.”

O regime de exceção, que a normativa abusiva das medidas provisórias implantou no Brasil, dispondo o Sr. Presidente da República, com força despótica, sobre todas as matérias de sua competência privativa (CF, art. 61, § 1º, incisos I e II e respectivas alíneas a e e'; art. 84, incisos I a XXVII) e sobre a competência dos demais órgãos e Poderes da União (CF, arts. 22, I a XXIX; 48, I a XIV; 49, I a XVII, e 61, *caput*), não tem respaldo constitucional, nem encontra abrigo na geografia globalizante dos povos livres.

Os diversos atentados cometidos na edição abusiva de medidas provisórias, tais como a de nº 1.570/97, de 26-03-97, que se convertera na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, na linha de abusos de tantas outras que compõem o Estado de exceção, nos dias atuais, e, especialmente, aqueles atos atentatórios ao livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, bem assim ao exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, com reflexos negativos

no cumprimento das decisões judiciais e na segurança interna do País (CF, art. 85, *caput*, incisos II, III, IV e VII), tipificam, em tese, *crime de responsabilidade do Sr. Presidente da República*, passível de julgamento, com decretação de *impeachment*, pelo Senado Federal, se admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 86, *caput*, § 1º, II), sujeitando-se à perda do cargo em processo político-administrativo das Casas Congressuais.

O princípio da *responsabilidade dos governantes*, nos governos democráticos, fora adotado, desse modo, pela Constituição da República Federativa do Brasil, em termos expressos (CF, art. 85 e 86).

A redação, para o segundo turno, com recente aprovação em primeiro turno, no Senado Federal, da Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 1995, visando alterar os arts. 48, 62 e 84 da Constituição Federal, outorga ainda amplos poderes ao Sr. Presidente da República para legislar por medidas provisórias sobre matéria da competência privativa, comum e concorrente da União (CF, arts. 22, I a XXIX; 23, I a XII, e 24, I a XVI), sem ressalvas dos princípios sensíveis e cláusulas de eternidade, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais, quase sempre violentados pela ação normativa e nocivamente duradoura das medidas provisórias do Poder central.

Ademais, com a malsinada Proposta, as medidas provisórias poderão vigorar por um prazo de até seis meses, a contar de sua publicação, somando-se a esse prazo o período de recesso das atividades do Congresso Nacional (art. 62, § 11).

Consagra-se, por último, na aludida Proposta, a impunidade presidencial, por abusos cometidos, por meio das medidas provisórias publicadas até a data da promulgação da referida Emenda, *avalizando-se tais abusos* até deliberação do Congresso Nacional ou revogação pelo Presidente da República, autor e responsável por essa normatividade anômala e espúria (art. 2º), a configurar-se, dessa forma, a perpetuação do abuso normativo ao alvedrio dos Poderes coniventes.

Submete-se, assim, a Constituição da República, no rolo compressor das forças governistas, a perigosa cirurgia, que certamente deixará seqüelas aniquiladoras da aspiração popular de construir o tão sonhado Estado Democrático de Direito e de Justiça, para todos os cidadãos, que só pensamos no Brasil.

Nesse propósito, o discurso autorizado do Ministro Celso de Mello, no julgamento de questão liminar na ADIn nº 293-7/DF, já mencionada, já recomenda o respeito e a obediência aos ditames constitucionais, nestes termos:

“Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidas. Ao STF incumbe a tarefa, magna e eminentíssima, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.”

No Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional assume proeminência, apresentando-se como garantia maior dos cidadãos a

“existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestem entre as pessoas e o Estado”¹.

A atividade de resolver conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado moderno, pois os indivíduos, a quem já não se permite fazer justiça pelas próprias mãos, investiram-se, na ordem jurídica, do direito de ação e de exigir do Estado o dever correlato da Jurisdição.

O direito público-subjetivo de ação, que identificou os estudos de Enrico Túlio Liebman e que aparece, nas lições de Eduardo Juan Couture, como a espécie mais expressiva do amplo direito de petição aos poderes públicos, apresentou-se, historicamente, desde a Carta Magna de 1215, como exercício de liberdade dos homens livres.

¹ SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. Revista dos Tribunais, p. 84.

O Poder Judiciário, no Estado moderno, não se adstringe, tão-só, ao conjunto de autoridades, que se investem no poder de julgar, aos órgãos do Poder Públíco, a que se comete a atribuição de administrar a justiça, a uma corporação de juízes, com a missão precípua de aplicar as leis e declarar direitos, vigiando a execução dessas leis, para a reparação das relações jurídicas, que se tenham violado, mas integram, também, o Poder Judiciário, em sentido lato, os representantes do Ministério Públíco e os membros legítimos da Advocacia, por serem indispensáveis à administração da Justiça, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais, difusos ou coletivos.

O advogado, o defensor ou Promotor Públíco se apresentam perante o jurisdicionado como os primeiros juízes das causas que lhes são entregues para soluções de justiça.

Na função do juiz, traçado pelo Ministro José Néri da Silveira, do Colendo Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em 6-12-91, deverão perfilar-se advogados e defensores públicos guiados por estes dizeres:

“O Direito, para servir à sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, ser companheiro da vida, assistindo e protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança nas relações sociais. O Juiz, desse modo, há de estar atento aos fatos, ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito, para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance, de maneira segura e equilibrada, em direção ao que deve ser. Válido é, no particular, afirmar-se que, em princípio, o que se procura, no processo, é a vida, nas suas múltiplas manifestações. E o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebeldia, na sua variada manifestação: no crime, na fraude civil, no desamor, no ódio. Em princípio, em cada processo, há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica. Não é possível, destarte, admitir-se que ao juiz caiba, predominantemente, a tarefa de especulação abstrata ou a simples exegese do direito constituído. Se não lhe é possível a criação livre do direito, para o caso concreto, partindo o juiz, nas decisões, ou de meras ideologias ou

concepções pessoais sobre a sociedade ou o homem, ou curvando-se ao império das emoções no subjetivismo de seus julgamentos, não lhe compete, também, perder-se em puras divagações doutrinárias alheias às realidades da vida. Desse modo, o conhecimento do mundo, de par com uma profunda seriedade moral, a presença do humano e do social, à luz de seu tempo, o amor ao saber e à verdade, a inflexibilidade na defesa do valor da Justiça, não podem estar ausentes da vida do juiz. Cumpre-lhe, pois, pelo estudo e a reflexão, tecer suas construções, a partir da descoberta de elementos existentes na intimidade do ordenamento jurídico, com base nos quais encontra, dentro do possível e enquanto cabível, a prudente solução às transformações sociais necessárias e, por vezes, indiscutivelmente, desejadas. Nisso está uma das mais significativas atividades dos juízes na busca do bem comum, que não se comprehende, nem se pode realizar, sem Justiça².

Esse perfil de magistratura há de incorporar-se em todos aqueles que, de alguma forma legítima, atuam na administração da Justiça.

Já não se concebe o Juiz como um Prometeu acorrentado ao cipoal de leis e códigos, que, por aí, proliferam, feito o espectro antevisto por Montesquieu, como a boca que pronuncia as palavras das leis, sem poder moderar-lhes a força e o rigor, ou, ainda, como aquele ser imaginado por Eliézer Rosa, frio, triste e só, sem nenhum poder criador, qual novo e estranho Adão, vagando fora do Éden, em cuja porta está um anjo armado, que o impede de por ela entrar e ver suas belezas, havendo de escolher a Barrabás e ignorar a Cristo, porque a multidão assim o quer, sem nada poder fazer contra a vontade simbólica do povo, refletida na lei positiva, que exprime a vontade coletiva e o sentimento nacional, a que temos de obedecer.

Na Administração da Justiça, já não se admite o advogado mercador de interesses, fazendo de sua profissão um meio egoístico de ganhar a vida, com malabarismo e audaciosas interpretações,

“onde o cinismo triunfa da lógica, a mentira subjuga os fatos, as provas escondem a verdade, os documentos batem falso, as testemunhas perjuram e a

² SILVEIRA, José Néri da. A função do juiz. *Correio Braziliense*, 3 fev. 1992. Direito & Justiça.

sentença do Juiz é o produto de um estelionato intelectual, obtido através de um processo conduzido de má mente por advogados sem escrúpulos³.

Creio na Justiça feita por homens de sólida formação moral, que se nutrem de um sentimento comum de nacionalidade, de amor a seu povo e ao Direito, que sabem encontrar, mesmo além do texto frio da lei, os caminhos da Paz.

Creio em um Poder Judiciário que edifica, em sua moralidade, sabedoria e independência de seus membros, na distribuição da Justiça.

Nesse propósito, afiguram-se-me oportunos, aqui, os comentários de João Barbalho sobre o Poder Judiciário, na primeira Constituição Republicana do Brasil, nestas letras:

“A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.

O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso, cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo, consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.

É a vontade absoluta das Assembléias Legislativas, que se extinguem, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo.

A função do liberalismo, no passado, diz um eminentíssimo pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo, na época atual, é opor um limite ao poder ilimitado dos Parlamentos.

Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.

³ ROSA, Eliezer. *Novo Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986. p. 44.

Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transformase em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua autoridade, para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão⁴.

Nenhum Estado moderno poderá ser democrático se não confiar, de direito e de fato, ao Poder Judiciário a garantia dos direitos.

Observa o publicista Dalmo de Abreu Dallari que

“É por esse motivo que as Constituições modernas introduzem no seu texto uma declaração de direitos e, para que esses direitos sejam efetivados, incluem, também, remédios excepcionais, que são as garantias constitucionais de direitos. (...) Mas se é através de medidas judiciais que se pretende garantir os direitos, é evidente que, antes de mais nada, deve ser garantido o pleno funcionamento do Poder Judiciário, tanto de sua organização direta quanto dos organismos indispensáveis à sua atuação⁵”.

Nesse contexto, agrava a crise do Judiciário a tentativa de golpe à figura do Juiz natural, com a proposta de adoção, pelo alto Pretório, do *incidente de inconstitucionalidade*, abrangendo a arguição de relevância da questão constitucional, a insolente advocatária e o efeito vinculante das decisões daquela Corte, em matéria constitucional, visando implodir a independência dos magistrados brasileiros perante a Constituição, que juraram cumprir.

O malsinado *incidente de inconstitucionalidade*, que ainda consta do substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional nº 96/92, já fora levado à apreciação do Senado Federal, sem sucesso, na redação da Emenda nº 2- PLEN, de 29 de janeiro de 1997, nestas letras:

⁴ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Comentários à Constituição federal brasileira*. 1902. p. 322.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do Direito*. J. Buschatsky, p. 322.

“Suscitada, em determinado processo, *questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, incluídos os anteriores à Constituição, em caso de controvérsia relevante entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no *caput* do art. 103, poderá processar o incidente e *determinar a suspensão do processo*, a fim de proferir *decisão com efeito vinculante*, exclusivamente sobre a matéria constitucional” (Grifo nosso)

Como se vê, o pre falado incidente exuma os cadáveres normativos da ditadura militar, sob a rubrica, agora, da *arguição de relevância da questão constitucional* (o que era, na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988, *arguição de relevância da questão federal*) e da insolente *Avocatária*, determinando-se a *paralisação dos processos nas instâncias de origem, até que o Supremo Tribunal Federal decida, com efeito vinculante*, a “relevante” matéria constitucional.

A exacerbada concentração de Poder na Cúpula do Judiciário, como pretende o infeliz incidente de inconstitucionalidade, aniquila a figura do Juiz natural no controle difuso de constitucionalidade, abandonando a Justiça na mira arbitrária dos Príncipes, que se presumem os únicos representantes da soberania do povo e, por isso, aptos a abusarem do poder, para concretização do flagelo e da ruína dos valores democráticos.

Nesse passo, parece-nos acertada a posição defendida pelo atual Presidente da Suprema Corte na fala de que

“a Magistratura não pode anular-se como poder político e nem deixar-se subjugar pelos que pretendem impor-lhe o vínculo da dominação institucional, convertendo e degradando o Poder Judiciário à condição de instância desqualificada de submissão, reduzida, de maneira inaceitável, em seu disponível grau de independência e liberdade. (...) que a reforma do Poder Judiciário, embora essencial e indispensável, não pode conduzir à criação de mecanismos que busquem, a partir de formulações interpretativas subordinantes, fixadas por órgãos que se

situam na cúpula da estrutura judiciária, imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando, a partir de verdadeira hermenêutica de submissão, uma grave interdição ao direito de o magistrado refletir de maneira crítica e de decidir em regime de liberdade, segundo convicções fundadas em exegese criteriosa do sistema normativo e com observância responsável dos limites fixados pelo ordenamento positivo⁶.

A visão desse retrocesso histórico mereceu o firme repúdio dos Juízes Federais, que se reuniram em seu VII Encontro Nacional, no Estado do Rio Grande do Sul, e escrevemos, por unanimidade, a Carta de Canela, nestes termos:

“Os Juízes Federais, reunidos no VII Encontro Nacional, manifestam-se contrários à reedição da AVOCATÓRIA, lembrando que esse instituto processual não se coaduna com o momento histórico em que vivemos. Várias instituições oficiais, com o restabelecimento das liberdades democráticas, foram conquistando o apoio e a confiança da população, sendo que, no caso do Judiciário, passou ele a ser o último reduto em que o povo deposita suas esperanças.

A Constituição de 1988, absolutamente primorosa quanto a direitos e garantias fundamentais e coletivos, não comporta emenda que, ainda por via transversa, vise a suprir a garantia do Juiz Natural, aquele a quem, de imediato, é entregue a causa e está mais próximo do jurisdicionado.

Pelos mesmos motivos, manifestam os Juízes Federais do Brasil o seu repúdio ao projeto de lei, que limita a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público, por seu conteúdo contrário ao exercício da cidadania e seus direitos, como o livre acesso ao Judiciário, em flagrante constitucionalidade.

Os Juízes Federais, preocupados com tais iniciativas, conclamam os parlamentares e a sociedade para a repulsa a essas pretensões, vez que entendem não haver mais espaço político para tais atentados à nossa vocação democrática, neste momento em que o projeto é construir uma

⁶ MELLO, Celso de. *Conferência pronunciada na abertura do Fórum Nacional de Debates do Poder Judiciário*. Brasília, junho de 1997.

sociedade justa, democrática e participativa⁷. (CANELA, RS, 14 a 17 de novembro de 1991).

Essa é a voz de um Judiciário independente, confiante e confiável, na lúcida compreensão de seu compromisso constitucional de servir a Pátria, com destemor, no exercício diuturno de suas funções.

Vem de ser atual, aqui, a advertência de Pimenta Bueno, nos idos de 1857, nesta fala:

“Tirai a independência ao Poder Judiciário e vós lhes tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade; não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder (...) Não é pois no amor, ou no interesse dos Juízes, que o princípio vital de sua independência deva ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais⁸”.

Noutra passagem de seus respeitáveis ensinamentos, acentua:

“Desde que o poder judicial é independente, é conseqüente que as causas tenham seu curso regular e suas decisões definitivas sejam respeitadas, que firmem os direitos e não possam ser postas de novo em dúvida⁹”.

O Judiciário assegura os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, por meio da garantia constitucional do *due process of law*.

Não há garantia jurídica fora do devido processo legal, sendo defeso ao Juiz inventar o processo, que, no Estado de Direito, o povo lhe outorga, por meio de seus representantes, no Parlamento, como instrumento vinculante e cogente de realização de direitos.

Com efeito, observa Frederico Marques que “o direito ao processo só se realiza quando o Estado põe em movimento seu mecanismo judiciário, através do devido processo legal. Se fosse legítimo qualquer processo, aquele direito seria fórmula vã e iníqua, sem sentido e vazia¹⁰”.

⁷ LIMA, Sebastião de Oliveira. *Revista Ajufe*, n. 31, p.6-7, dez. 1991.

⁸ BUENO, Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Senado Federal, 1978. p. 324.

⁹ Ibidem.

¹⁰ MARQUES, José Fraderico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1966. p. 342.

A nossa Constituição Federal de 1988, bastante rica em sua declaração de direitos, quando assegura a todos – brasileiros e estrangeiros residentes no País – a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, estabelece, entre outras garantias, as de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II); que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV); que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI) e, ainda, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º LIV), garantindo, também, expressamente, “que não haverá Juízo ou Tribunal de Exceção” (art. 5º, XXXVII) neste País.

Para efetivar essas garantias-direitos, a nossa Lei Fundamental assegura a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, a), instrumentalizando, de logo, em sua auto-aplicabilidade protetora (art. 5º, § 1º), os remédios salutares do *habeas-corpus*, do *habeas-data*, dos mandados de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção, da ação popular, da ação civil pública e das ações coletivas, que visam à molecularização da tutela jurisdicional, evitando-se à pulverização dos litígios.

Na lição do renomado Eduardo Couture, esse direito de petição, quando é exercido perante o Poder Legislativo, tem perdido boa parte de sua eficácia, por força do sistema parlamentar-representativo, e tem debilitada sua importância, perante o Executivo, em razão de não existir uma lei regulamentadora que criasse um dever correlativo de apreciação por parte do poder administrador executivo. Sua significação, contudo, perante o Poder Judiciário, tem crescido consideravelmente no curso do tempo.

Enquanto, perante os outros poderes, configura somente uma relação entre o particular e a autoridade, ante o Poder Judiciário, o *jus actionis* envolve um terceiro, que se vê, assim, ainda que contra sua vontade, vinculado à petição.

A existência de uma lei regulamentadora, como é a lei processual, de caráter instrumental e cogente, e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que foi sempre o correlativo de parte do poder público, foram, durante longo

tempo, as notas dominantes do ato jurisdicional. A existência dessa mesma lei regulamentadora e da sentença judicial, como ato de pronunciamento do poder público, foram, provavelmente, as razões decisivas para que a ação civil tivesse, historicamente, uma força muito maior que a simples petição, perante os poderes Legislativo e Executivo.

Quando o princípio da divisão de poderes, arquitetado por Montesquieu e já preconizado por Aristóteles, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobrou e assumiu características específicas, perante cada um desses poderes.

No processo moderno, o dever de pronunciamento, por parte do Juiz, é de tal forma rigoroso, ante o exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial.

O conceito de jurisdição como poder é insuficiente, porque a jurisdição há de ser sempre um poder-dever. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo, não se eximindo de sentenciar ou despachar, sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais, e, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126).

Jurisdição, sem dúvida, é função pública realizada por órgãos competentes do Estado, sob as formas da lei, em virtude da qual, por ato do Juiz, determina-se o direito das partes, resolvendo seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, passível de execução.

O direito de petição, quando se instrumentaliza perante o Judiciário, sob a forma de ação, adquire maiores garantias a seu titular, mediante o instituto da coisa julgada, que, em sua configuração formal e material, nossa lei processual civil define como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC, art. 467).

Goldschmidt, citando passagem da obra Decadência do Ocidente, de Osvald Spengler, assinala que “se os romanos criaram uma estática jurídica, nossa missão consiste em criar uma dinâmica jurídica” e acrescenta, com inegável saber, que “a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença

judicial nunca poderá ser prevista com segurança¹¹”, no que arremata Ovídio Batista que

“realmente, só existe jurisdição enquanto há incerteza para as partes a respeito do conteúdo da futura sentença, que haverá de dizer qual delas merece a proteção estatal, por ser titular do interesse protegido pela ordem jurídica, posto em causa. Toda sentença implica juízo e decisão, o que significa sempre a possibilidade de que o julgador decida-se por desconhecer e negar a uma das partes do direito que a esta lhe parecia evidente e indiscutível. Perante o processo, não pode haver nada evidente e indiscutível, uma vez que a previsibilidade absoluta e matemática do futuro resultado contido na sentença eliminaria, por si só, o próprio julgamento, que implica, quanto à pessoa do julgador, num decidir-se entre duas alternativas possíveis¹²”.

Com razão, pois, o notável Eduardo Couture, quando afirma que, entre a autoridade da coisa julgada e a efetiva vigência do direito, há uma relação de meio e fim. A coisa julgada se concebe como meio de desfazer a incerteza do direito e como forma de fazê-lo coativo, nos casos de resistência ou omissão de seu cumprimento.

A coisa julgada e sua eventual coercibilidade são inerentes à jurisdição. O caráter de irreversibilidade que dá a autoridade da coisa julgada às decisões judiciais não aparece em nenhum dos outros modos de atuação do poder público.

A maior garantia do Estado democrático de direito reside no instituto da coisa julgada, que se reserva, tão-somente, ao Judiciário, para segurança jurídica de todos, no exercício da cidadania.

O objeto próprio da jurisdição é a coisa julgada, que se realiza somente por meio da garantia fundamental do devido processo legal.

A idéia de jurisdição, como a de processo, é essencialmente teleológica, porque ambos só existem para lograr um fim, que é assegurar a efetividade do direito¹³.

Gustav Radbruch observa que

¹¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil* - Traducción de la 2. ed. alemana... Barcelona : Labor, 1936. p. 66.

¹² SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1987. v.1, p. 14-15.

¹³ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del*

“se Huizinga disse, em seu excelente livro *En las sombras del mañana*, que da necessidade de segurança brota tudo o que se chama direito, podemos nos valer desse pensamento, para afirmar que da necessidade de segurança jurídica surge tudo o que se chama direito positivo. (...) Bem comum, justiça e segurança jurídica exercem condomínio sobre o direito, não a partir de uma harmonia sem tensões, senão, ao contrário, em relação de tensão viva¹⁴”.

Já na primavera de 1782, em célebre conferência proferida em Viena, Rudolf Von Ihering assim apregoava:

“O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

O direito é um trabalho incessante não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira¹⁵.

A segurança, portanto, de que todos precisamos há de ser buscada no Estado democrático de direito por meio do devido processo legal. Só usaremos o direito da força para garantir a força do Direito, indispensável ao exercício livre e responsável das atividades públicas e das cidadanias.

A República Federativa do Brasil pretende constituir-se em Estado Democrático de Direito, onde o respeito à lei e à Constituição se traduz na segurança de todos.

Na lição de Flóscolo da Nóbrega,

“a segurança significa, de uma parte, a estabilidade, a permanência das relações

Derecho Procesal Civil. 3. ed. póstuma. Depalma, 1988, p. 40-44.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho*. Buenos Aires : Traducción de Aníbal del Campo. Depalma, 1980. p. 119.

¹⁵ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1972. p. 21-22.

sociais e, de outra, a certeza, a garantia de que essas relações serão em qualquer caso mantidas, respeitadas por todos. A vida social não seria possível se as normas que a disciplinam pudessem ser alteradas a cada momento, ou não fossem observadas, acatadas por todos; se assim fosse, ninguém teria garantias, todos estariam desamparados, inseguros, sem a confiança de poder viver em paz e tranquilidade. A segurança é, assim, praticamente, a base da Justiça. Um regime social em que haja segurança, em que haja ordem, estabilidade nessa ordem e certeza de que será respeitada e mantida, será por isso só um regime justo. O fim do Direito é realizar esse regime, conseguir o máximo possível de segurança, eliminando o máximo possível de arbitrariedade, de anarquia, de incerteza e instabilidade¹⁶.

O Direito se apresenta, assim, no mundo da cultura, como o instrumento próprio da segurança jurídica, assegurando a governantes e governados seus direitos e deveres recíprocos, para tornar viável a vida social.

A segurança jurídica se expressa, hoje, praticamente, na previsibilidade da atuação estatal, partindo a doutrina moderna do conceito de paz jurídica para a compreensão de que a segurança jurídica requer confiabilidade, certeza e interdição da arbitrariedade no Estado de Direito.

Na visão de Héctor Villegas, sob o aspecto objetivo, o princípio fundamental da segurança jurídica se revela nas garantias que a sociedade assegura às pessoas, bens e direitos. Essas garantias devem ser estáveis e quanto a elas não pode haver imprevistos.

“A previsibilidade da atuação estatal é um magno desígnio que resulta de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais, integrantes do núcleo do sistema constitucional. O legislador e, com maior razão, o administrador, não deve surpreender o povo. No sentido subjetivo, a segurança jurídica consiste na convicção que tem a pessoa de que está isenta de perigos, danos e males. Sabe a que segurar-se e está dominada por um sentimento de confiança. Esse

sentimento é o que a permite projetar o futuro, trabalhar e progredir. Para que isto ocorra, deve partir-se de uma constituição que, sendo legítima e autêntica, contenha as regras básicas da convivência, traduzidas como direitos e deveres fundamentais. Somente assim, o cidadão terá um guia seguro que lhe mostrará, claramente, o que pode, o que não pode e o que deve fazer. Ninguém poderá sentir medo ante a invocação de direitos e obrigações que resultem incertos, obscuros e indeterminados. Isto fará que cada um saiba, precisamente, o que pode exigir dos demais e o que pode ser-lhe exigido. O cidadão passará a gozar um desejável estado de paz jurídica, se esse sistema desenhado pela Constituição desenvolver-se de forma tal que haja regras igualmente aplicáveis para todos, que os direitos adquiridos sejam respeitados e que toda arbitrariedade seja excluída pelos Tribunais¹⁷”.

Nas palavras, ainda, de Hector Villegas, encontra-se a lição oportuna de que

“a segurança jurídica unicamente funcionará de maneira eficiente, ali, onde a jurisdição se exerce por meio de uma magistratura imparcial, nos limites das instituições que consagrem a independência absoluta do Poder Judiciário, garantida por postulados objetivamente estabelecidos e religiosamente observados”.

Na República Argentina se ouve, com freqüência, a teoria segundo a qual a Justiça deve acompanhar a política econômica do Executivo. Para atingir esse objetivo, tanto nos regimes civis quanto nos militares, procurou-se formar uma Corte Suprema majoritariamente vinculada ao governo. Isso permitiu que, nos últimos cinqüenta anos, trocara-se oito vezes a composição da Corte Suprema Nacional.

Isso em nada favorece a segurança jurídica. O que a Constituição quer é que a função jurisdiccional seja independente dos poderes políticos, com o objetivo de afiançar a Justiça, como diz o Preâmbulo da Constituição.

Expressa Jorge Gentile que construir uma Justiça independente é um propósito a que os argentinos não podem renunciar e que haverão

¹⁶ NÓBREGA, J. Flósculo da. *Introdução ao Direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Sugestões Literárias, 1981. p. 74.

¹⁷ VILLEGRAS, Hector B. Príncipio de seguridad jurídica en la creación Y aplicación del tributo : el contenido de la seguridad jurídica. *Revista de Direito Tributário*, n. 66, p. 15, 1996?

de conseguir apesar da disparatada *teoria do acompanhamento político*, e, em tal sentido, assinala esse autor que já estão aparecendo exemplos reconfortantes no mundo, citando, em especial, o caso da Itália¹⁸.

Existe, indubitavelmente, no mundo capitalista deste final de século, uma orquestração negativa contra ação do Poder Judiciário, visando a descredenciarlo perante a sociedade global.

Penso ser incompatível o ideário do capitalismo neoliberal (adotado, inclusive, pelo atual Governo brasileiro), de cunho essencialmente materialista, com os objetivos institucionalmente humanitários do Poder Judiciário, neste final de século. O neoliberalismo é selvagem e cruel, gerador de desigualdades sociais, visando somente ao lucro e ao acúmulo de riquezas materiais. Apresenta-se, em seu furor egoísta, frio e insensível ao drama humano. Não tem sentimento nem sensibilidade para cultivar o amor nas relações humanas. O Poder Judiciário

tem por ideal distribuir a Justiça a todos, salvando o homem de seus conflitos, na restituição da paz. A Justiça transcende a matéria e cria no ser humano uma perspectiva escatológica de realização infinita sem descriminar ou excluir pessoas. A Justiça, animada pelo princípio universal da igualdade, condena o *apartheid* global, regional e local entre ricos e pobres, pois deseja que a riqueza seja servida a todas as pessoas, na proporção social de suas necessidades vitais.

Levanta-se, assim, no limiar do terceiro milênio, uma orquestração maligna dos detentores do poder do capital contra a ação salvadora do Poder Judiciário, institucional, que não acolhe as maquinações da “Besta do Apocalipse” e não aceita comungar da hóstia de Satanás. Creio que a Justiça há de libertar o homem das forças negativas do capitalismo neoliberal, para que a riqueza seja distribuída igualmente a todos, na comunhão da paz.

¹⁸ Ibidem.

A Inconfidênci Mineira inserida na evolução do direito penal

LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA

Não é tarefa difícil buscar desde logo um conceito para o direito penal, certo que os compêndios especializados inauguram suas lições pela definição da ciência objeto de estudo. Aníbal Bruno, para quem o direito penal se apresenta como o conjunto de normas jurídicas pelas quais se exerce a função do Estado de prevenir e reprimir os crimes, por meio de sanções cominadas aos seus autores, esclarece, ainda, que a finalidade do direito penal é a defesa da sociedade, pela proteção de bens fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc. Ao seu turno, com preciosa concisão, ensina Hans Welzel que o direito penal é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança; no mesmo sentido Mezger, para quem o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência. Ou, ainda, conforme Sebastián Soler, para quem o direito penal é a parte do direito composta pelo conjunto de normas dotadas de sanção retributiva. São portanto componentes essenciais ao direito penal os tipos penais e as sanções.

Vale todavia perguntar: por que modernamente o uso da expressão *direito penal* tem sobressaído ao direito criminal, sendo esta por óbvio mais comprensiva, alongando-se para abranger o crime e seus efeitos, um dos quais é a pena? Ora, parece óbvio que a nota sancionadora contida na pena criminal é o meio de ação específico do direito penal, importando em uma modificação substancial no estado da pessoa submetida ao seu gravame; assim, embora carecendo de melhor substrato terminológico, a

Luiz Henrique Manoel da Costa é Promotor de Justiça e Professor da Universidade Federal de Ouro Preto.

expressão direito penal, menos abrangente que direito criminal, ganha em aproximação ao entendimento popular que vincula intuitivamente ao mal cometido a retribuição contida na pena.

Nesse ponto, vale ressaltar não ser o bastante definir, conceituar e delimitar o âmbito de abrangência do direito penal, senão que para além da dogmática jurídica se abre enorme campo para a especulação filosófica, conquanto não basta ter certo a existência de um direito fundamentalmente repressivo e sancionador, senão que para legitimá-lo há que se perquirir quanto à sua justificativa e real finalidade. Assevera Aníbal Bruno que o direito penal é um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis, sob o critério regulador da justiça. Todavia, a proteção da sociedade em face do indivíduo, e deste em face do Estado, não é exclusividade do direito penal, mas de todo o direito, posto que a norma jurídica, em geral, nada mais é que a positivação de regras destinadas a adequada convivência social. Tal questionamento, antes de ser abandonado durante séculos de absolutismo, preocupou os filósofos gregos; assim, quanto à razão e fundamento do direito de punir e da finalidade da pena, Platão defendia a idéia de expiação e retribuição para a pena, alcândo-a, ainda, à condição de instrumento de defesa social, de prevenção do crime, antecipando, com espantosa proficiência, as conclusões dos modernos penalistas, que buscam justificar a pena por meio de fundamentos de todo semelhantes, pois baseados na retribuição e prevenção.

A propósito, Assis Toledo leciona que a prevenção geral e especial são conceitos que se completam e que não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres. Contra a teoria da retribuição levantou-se a autorizada opinião de Claus Roxin. Para o penalista alemão, na verdade, a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar, pois, se o seu significado assenta na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena a toda

culpa; não se comprehende como se pode pagar um mal cometido acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. Ainda Roxin, buscando solucionar o dilema, invoca a natureza subsidiária do direito penal, afirmando que somente se podem punir as lesões de bens jurídicos se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Afastada a teoria da retribuição, restaria como nota justificadora da pena sua característica eminentemente preventiva, tanto que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva tanto geral e individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, mediante um processo que salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.

Tais considerações e questionamentos são fruto de dilatado processo histórico-evolutivo, marcado por marchas e contra-marchas. Até chegar-se à compreensão que se tem hoje, ainda que imperfeita, da justificativa e finalidade do direito penal, o direito de punir, avocado pela autoridade do monarca ou soberano, confundia-se com preceitos morais e religiosos, encontrando sua justificativa na delegação divina, conquanto durante séculos jamais se questionou que o monarca recebia sua autoridade diretamente de Deus.

Mezger, citado por Aníbal Bruno, registra ser impossível compreender ramo algum do direito em sua situação atual sem conhecer seu desenvolvimento histórico. Conforme lembra o catedrático da Universidade do Recife, o direito penal, como qualquer direito, não é uma construção isolada no tempo. É produto histórico, derivado de longa evolução de instituições penais, e contém em si mesmo, em potencial, elementos de transformações futuras. Jean Cruet, no seu “A vida do direito e a inutilidade das leis”, no mesmo sentido afirmava haver somente um meio para reconhecer a lei e compreender a legalidade, qual seja, estudando as leis como fenômenos históricos e sociais, nos seus caracteres observáveis. Inegável portanto, para além de concepções metafísicas, que o direito, embora tendo por fonte primária de produção o Estado, é a consequência inexorável de transformações sociais no curso da história do homem; daí a advertência também de Cruet:

“Se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente feliz encontrar-se com eles, se entende seguir a lógica pura da sua razão, é milagre poder

compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais; e, se quer estar rigorosamente de acordo consigo mesmo, como não cessará de o estar com a realidade?"

É verdade, portanto, que a sociedade todos os dias influí de forma decisiva para a transformação das leis; todavia, o contrário não se confirma, qual seja: a lei, divorciada da realidade, jamais conseguirá reformar a sociedade. O direito positivo, inicialmente ditado por inspiração divina, fruto do poder absoluto, foi obrigado a se transformar para se adequar aos anseios da sociedade em mutação, por meio de movimentos de reforma social que culminaram nas variadas formas modernas de produção legislativa, diversas na forma, mas dominadas por um elemento comum: a vontade popular. A propósito da proteção emprestada pelo direito ao interesse comum, vale lembrar a lição de Von Liszt: não é a lei que determina o que seja um bem, mas apreciações humanas, éticas, estéticas e sociais. Apenas o direito reconhece os objetos desses julgamentos e, concedendo-lhes a sua proteção específica, forma com eles a sua hierarquia dos bens jurídicos. O direito positivo se transforma por exigência da própria sociedade que pretende regular, e, embora tais transformações não se façam somente mediante convulsões sociais, sendo muitas vezes produto de lenta e sedimentada evolução, inegável todavia que as revoluções têm o condão de modificar *per salto* toda a ordem jurídica precedente; é a lição mais uma vez do vetusto advogado de França:

"Se a agitação contra uma lei se produz sob a forma de manifestação coletiva, é ainda mais escorregadia a passagem do protesto verbal à desobediência efetiva. Violar a lei a sós é um delito; com mil, um motim; com cem mil, uma revolução, e a multidão, se é bastante numerosa, vai haurir na sua própria força um direito superior a toda a legalidade, porque julga trazer em si uma legalidade nova."

É nesse ponto que se insere a inconfidência mineira, bem como os congêneres movimentos sociais que buscaram, ao seu tempo, modificar a ordem política e jurídica. Então, para situá-la na história do direito penal, convém caminhemos nesta direção.

Conforme lembrado por Magalhães Noronha, "a história do Direito Penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o

acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sobra sinistra nunca dele se afastou."

Para nós, é com as leis e costumes de Portugal que se inicia a história jurídica brasileira. Na época do descobrimento, vigoravam as Ordenações Afonsinas, logo substituídas pelas Manuelinas, em 1512, revogadas em 1569 pelo Código de D. Sebastião; mas são as Ordenações Afonsinas, de fato, o nosso primeiro e mais duradouro código de leis, certo que, antes de sua edição, a terra *brasilis* ainda não reunia condições adequadas ao jugo draconiano das leis portuguesas de então. Conforme anotado por Aníbal Bruno,

"Felipe II, de Espanha, que passara a reinar sobre Portugal com o nome de Felipe I, ordenou, 'para emendar a confusão das leis e obter a estima dos portugueses', nova estruturação dos velhos Códigos, incumbindo de organizá-la os desembargadores do Paço Paulo Afonso e Pedro Barbosa, com a colaboração de Damião de Aguiar e Jorge Cabedo".

Revistas, enfim, por outros juristas, são as Ordenações Filipinas decretadas em 1603, já sob o reinado de Felipe II, e, restaurada a monarquia portuguesa, revalidadas pela lei de 29 de janeiro de 1643, continuando em vigor por mais de dois séculos ainda.

Refletiam as Ordenações Filipinas o direito penal daqueles tempos. O fim era incutir temor pelo castigo. O 'morra por ello' se encontrava em cada passo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente na força (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, viesse ao solo, assim ficando até que a ossamenta fosse recolhida pela Confraria da Misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó. Cominados também eram os açoites, com ou sem baraço, e das mãos, da língua, etc., queimadura com tenazes ardentes, capela de chifres na cabeça para os maridos tolerantes, polaina ou enxaravia vermelha na cabeça para os alcoviteiros, o confisco, a infância, a multa, etc..., assim conforme sintetiza Magalhães Noronha. Vale registrar que, para os Portugueses, o degrado se dava também para o Brasil. A pena não estava circunscrita à pessoa do condenado, não raro se estendendo a toda

sua descendência; não haviam limitações exatas ao direito de punir, ficando muitas vezes o castigo ao alvedrio de seus executores. Havia, outrossim, a delação premiada, a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a graveza do caso e a qualidade da pessoa; a propósito, vale lembrar que sob o título “do que matou sua mulher pola achar em adultério”, a ordenação autorizava ao marido traído matar a esposa e seu comparsa, “salvo se o marido for peão, e o adulterio Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade”. O procedimento inquisitório, que, diga-se, nem sempre era exigido para aplicação dos castigos, desenvolve-se sem a presença do acusado, sem que pudesse conhecer a acusação, as implicações, os depoimentos, as provas, a rigor também sem agravo ou qualquer recurso. Os crimes eram comumente confundidos com o pecado e com a mera ofensa moral. Assim, começa o Livro V com a incriminação dos hereges e apóstatas, prosseguindo contra os blasfemadores, feiticeiros e benzedores de cães; o crime de lesa-majestade é equiparado à lepra:

“porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversam, polo que he apartado da communicação da gente; assi o erro da traição condena o que a commette, e empece a infama os que de sua linha descendem, posto que não tenha culpa.”

Por tal crime teve que pagar o inconfidente. Vale lembrar que ao Livro V das ordenações veio somar-se outro estatuto de não menor bestialidade, este aplicável com exclusividade dentro da demarcação das terras Diamantinas, antiga Comarca do Serro do Frio, donde provinham pedras preciosas para a real bolsinha de sua majestade portuguesa. O regimento Diamantino viria a ser alcunhado de *livro da capa verde*, tendo sido dado à execução por D. João VI, em 1771.

Não obstante a crueldade do estatuto Filipino, tal qualidade não lhe era exclusiva ou peculiar, sendo de resto o que de comum se encontrava nos Códigos do velho continente. Sob a égide sombria de tais estatutos, as execuções sempre se davam de forma pública, verdadeira ostentação dos suplícios, compreendida por Foucault também como um ritual político, fazendo parte mesmo das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. Conforme o pensador Francês, a execução dos castigos corporais à luz do dia tinha por fim fazer, em primeiro lugar, do culpado o arauta de sua

própria condenação, encarregado, de algum modo, de proclamá-la e, dessa maneira, de atestar a verdade do que lhe foi reprovado:

“passeio pelas ruas, cartaz que lhe é pendurado nas costas, no peito ou na cabeça para lembrar a sentença; paradas em vários cruzamentos, leitura do documento de condenação, confissão pública à porta das igrejas...”

Ainda, continua o filósofo, com a ostentação dos suplícios, “buscava-se dublar a proclamação forçada da confissão pública com um reconhecimento espontâneo e público. Estabelecer o suplício como momento da verdade.” E também, “prender o suplício no próprio crime; estabelecer de um para o outro relações decifráveis.”, normalmente por meio da exposição do cadáver do condenado ou de suas partes arrancadas em locais públicos.

É sob o signo de tal ordenamento jurídico penal que se desenvolveria a conjuração mineira. Já antes, em 1719, quando a Intendência das Minas criou as Casas de Fundição, buscando evitar as burlas contra a arrecadação do quinto sobre o ouro extraído, iniciaram-se pequenos levantes de mineradores. Em 1720, o Governador da Capitania, Conde de Assumar, recebeu um documento dos donos das minas – liderados por Felipe dos Santos e Pascoal Guimarães – reivindicando o abandono do projeto de criação das Casas de Fundição. Prometendo estudar a situação para dissimular sua verdadeira intenção, o Governador mandou prender os chefes da revolta; preso, Pascoal Guimarães foi remetido de Vila Rica para Lisboa, tendo o Conde mandado queimar o seu arraial, desde esse dia chamado o Morro da Queimada. Quanto a Felipe dos Santos Freire, tido como chefe do movimento, sem forma de processo, por simples ordem verbal do Conde, foi atado às caudas de quatro cavalos bravios e arrastado e esquartejado vivo pelas ruas de Vila Rica, e os pedaços de seu corpo atados a postes na praça pública, para escarmento dos rebeldes, até que tempo os consumisse. Ao seu tempo também a conjuração mineira, como se sabe, é delatada, o movimento abortado, seus líderes presos e enviados para o Rio de Janeiro, e condenados ao final do processo. A Carta Régia de 15 de outubro de 1790 recomendava clemência aos Inconfidentes à exceção de Tiradentes, que recebeu castigo semelhante àquele imposto a Felipe dos Santos, conforme determinado na Sentença da Alçada, proferida no Rio de Janeiro a 18 de abril de 1792, donde se extraí o fatídico decreto:

“Portanto condemnam o réo Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da capitania de Minas, a que com baraço e pregão seja conduzido pela ruas públicas ao lugar da forca, e n’ella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada à Vila Rica, aonde em o lugar mais público d’ella será pregada em um poste alto até que o tempo a consuma; o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregados em postes pelo caminho de Minas, no sitio da Varginha e de Sebolas, aonde o réo teve suas infames praticas, e o mais nos sitios de maiores povoações, até que o tempo tambem os consuma. Declaram ao réo infame, e infames seus filhos e netos, tendo-os, e seus bens applicam para o fisco e camara real, e a casa em vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, e que nunca mais no chão se edifique, e sendo proprias, serão avaliadas e pagas ao seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memoria a infamia d’este abominável réo.”

A sedição de Vila Rica e a conjuração mineira todavia não foram movimentos isolados; desde meados do século XVII ao início do século XIX, notadamente no transcurso do século XVIII, chamado por Marcello Cerqueira de *a era das revoluções*, o mundo viria assistir a movimentos sociais fadados a modificar para sempre a face visível do poder. Conforme leciona Marcello Cerqueira citando Marx:

“As revoluções de 1648 e 1789 não eram revoluções inglesas e francesas, eram revoluções de estilo europeu. Não representavam a vitória de uma determinada classe da sociedade sobre o antigo sistema político, mas a proclamação de um sistema político para a nova sociedade europeia. Era o triunfo da burguesia, mas o triunfo da burguesia correspondia então ao triunfo de um novo sistema social, à vitória da propriedade burguesa sobre a propriedade feudal, do sentimento nacional sobre o provincialismo, da concorrência sobre o corporativismo, da partilha sobre o direito de primogenitura, do domínio do proprietário de terra sobre o domínio de quem era proprietário por obra e graça da herança feudal, das luzes sobre a superstição, da família sobre os brasões, da indústria sobre o ócio épico, do direito

burguês sobre os privilégios medievais. A revolução de 1648 era o triunfo do século XVII sobre o XVI, a revolução de 1789 a vitória do século XVIII sobre o século XVII. Estas revoluções exprimiam com mais evidência as necessidades do mundo da época do que as necessidades dos países onde ocorriam a França e Inglaterra.”

Além desses movimentos, e especialmente, também a revolução americana viria a ter marcante influência sobre o ideário dos inconfidentes mineiros, sendo conhecido o pedido formulado por José Joaquim da Maia a Thomas Jefferson, então embaixador em França, de colaboração norte-americana para o movimento insurrecional no Brasil. Entretanto, conforme lembrado por Marcello Cerqueira, o julgamento teatral e a celebração ritual da morte de Tiradentes de nenhum modo afastou os motivos que provocaram a revolta. As idéias liberais permaneciam vivas no sentimento do povo brasileiro, dando ensejo a outros movimentos de não menor importância, a exemplo da Inconfidência Bahiana ou Conjuração dos Alfaiates de 1798, também denunciada e esmagada antes mesmo de começar, quando, afastada a elite branca que dela pretendia participar, foram condenados os pardos, mulatos e alguns brancos de origem modesta, uns enforcados e esquartejados e os demais presos ou degredados. De inspiração diversa, posto que urdida pela aristocracia rural, também a revolução pernambucana de 1817 viria a ser desmantelada, quando os revolucionários foram enforcados, tendo depois de mortos as mãos cortadas e decepadas as cabeças.

No século XVIII, deu-se significativo avanço no pensamento e doutrina jurídico-penais, quando surgiu o movimento que atualmente se conhece por escola clássica, tendo por destacados representantes figuras do iluminismo: César Beccaria, com seu *Dei delitti e delle pene* (1764), Filangieri, Carmignani, Romagnosi e Paulo Anselmo Feuerbach, tido como fundador da moderna ciência do direito penal na Alemanha, que admitiu o princípio da absoluta legalidade dos crimes e das penas, dando-lhes a expressão da fórmula latina que depois se popularizou – *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Daí que, sob o influxo renovador das revoluções e o amparo salutar das novas correntes de idéias sobre as questões penais, informadas por princípios liberais e humanitários, o século XVIII assistiu ao início de uma

nova era para a justiça penal, especialmente com o desaparecimento, nos textos legais, da imposição de suplícios e penas infamantes, a exemplo das instruções de Catarina II, da Rússia (1767); a extinção da tortura por Frederico o Grande, da Prússia; a reforma de José II, da Áustria, que aboliu a pena de morte (1787); a Ordenação de Luis XVI, na França (1780), e a Lei de Pedro Leopoldo da Toscana, de 1786, que estabeleceu a igualdade de todos perante a lei penal, a graduação das penas segundo a gravidade dos crimes, o fim do arbítrio judicial, da tortura e da pena de morte; ainda, conforme anotado por Aníbal Bruno, caberia à Revolução Francesa o passo decisivo para a instauração de uma nova ordem jurídico-penal, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que viria inspirar o Código Penal Napoleônico de 1810. No Brasil, a legislação penal, com alguma defasagem, também sofre profundas modificações. O Livro V das Ordenações permaneceu em vigor até a Constituição Imperial de 1824; antes todavia, por aviso de 11 de agosto de 1822, o princípio D. Pedro recomendava se observassem as Bases da Constituição Política da Monarquia, baixadas com o Decreto de 10 de março de 1821, o que importava em abolir a tortura e certas penas graves, como o açoite, o confisco e demais penas cruéis e infamantes, da mesma forma que impedia que a pena passasse da pessoa do delinquente. A Carta imperial de 1824, outorgada por D. Pedro após dissolução da Assembléia Constituinte por ele mesmo convocada, viria exigir a elaboração de um Código Criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”, conforme consta literalmente do art. 179, inciso 18; o mesmo art. 179 estabeleceu a proibição de prisão sem culpa formada, a exigência de se dar ao preso, dentro de 24h após a prisão, nota de culpa assinada pelo juiz, devendo constar o motivo da prisão, os nomes do acusador e das testemunhas; determinou que, à exceção da prisão em flagrante e com ressalva das ordenações militares, a prisão não poderia ser executada senão por ordem escrita da autoridade; garantias processuais às quais vieram a se juntar regras de direito penal, como os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal, a igualdade perante a lei, a abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis; estabeleceu, ainda, que nenhuma pena deveria passar da pessoa do delinquente, vedando assim a confiscação de bens. A pena de morte,

todavia, somente foi abolida pelo Constituição Republicana de 1891.

Em atenção à determinação da Carta Imperial para elaboração do Código Criminal, a Câmara dos Deputados passou a desincumbir-se da missão, com a discussão, a partir de 4 de maio de 1827, do projeto apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, seguindo-se a este o projeto de José Clemente Pereira. Todavia, o projeto de Vasconcelos saiu vencedor e, após discutido e emendado, veio a aprovar-se a 23 de outubro de 1830 e a ser sancionado com Código Criminal do Império a 16 de dezembro do mesmo ano. Posteriormente, é votado e sancionado o Código de Processo Criminal, em 1832. Conforme assinala Magalhães de Noronha a propósito do Código Criminal do Império:

“O Código honrava a cultura jurídica nacional. De índole liberal, a que, aliás, não podia fugir, em face do liberalismo da Constituição de 1824, inspirava-se na doutrina utilitária de Bentham. Influenciavam-no igualmente o Código Francês de 1810 e o Napolitano de 1819.”

Não estava contudo isento de críticas; assim porque não definia a culpa, conferia tratamento desigual e ínquo ao escravo, cominava as penas de galés e de morte, não separava a Igreja do Estado, contendo figuras delituosas a propósito de ofensas à religião estatal. Não obstante, tratava-se de considerável avanço para a época, sendo o primeiro Código independente na América Latina, exercendo influências na legislação de outros povos.

Todavia, conforme lembrado por Marcello Cerqueira,

“o período é turbulento e a classe dominante teme por sua sobrevivência, Cabanos no Pará, balaios no maranhão, sabinada na Bahia, farrapos no Sul, todos são denunciados como separatistas e fortemente reprimidos...”

Os donos do poder temem a relativa autonomia emprestada às Províncias pelo Ato adicional de 1834, que a elas conferia competência para legislar sobre a organização judiciária e policial; outrossim, o Código de Processo Criminal fazia competir às Câmaras Municipais a escolha dos juízes. As autoridades policiais eram eleitas e havia a garantia do *habeas corpus*. Ainda Marcello Cerqueira lembra que

“com a morte de D. Pedro, elimina-se o temor da restauração e seus partidários

vão aliar-se à direita liberal. O processo se inverte e o segundo período será o regresso conservador, com a interpretação do Ato Adicional, em 1840, e a reforma do Código de Processo, em 1841.”

A lei de 3 de dezembro de 1841, que atribuía às autoridades policiais a formação da culpa, seria revogada somente em 20 de dezembro de 1871, pela lei nº 2.033, que, além de definir crimes culposos e o estelionato, devolveu a instrução processual criminal às autoridades judiciais. A abolição da escravatura em 13 de maio de 1888, seguida da proclamação da república, exigiram a elaboração de um novo código criminal; Campos Salles, Ministro da Justiça, incumbiu tal missão a João Batista Pereira. Apresentado o projeto, em pouco tempo foi ele convertido em Lei pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Ao primeiro Código Criminal da República não se pouparam críticas, que o tinham por inferior ao seu antecessor. Malogradas as tentativas de reforma e considerando os acréscimos que se lhe foram feitos por alterações e aditamentos, o desembargador Vicente Piragibe compilou e sistematizou em um só corpo de dispositivos as leis esparsas, assim denominando o texto final de Consolidação das Leis Penais, tornada oficial por decreto de 14 de dezembro de 1932. Após, sob a ordem política do “Estado Novo”, o Ministro Francisco Campos incumbiu ao Professor Alcântara Machado, da Faculdade de São Paulo, a apresentação de um novo projeto; a redação apresentada, submetida a comissão revisora constituída por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio Queiróz e Vieira Braga, culminou em projeto definitivo, ao final sancionado como Código Penal por decreto de 7 de dezembro de 1940, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1942, cuja parte especial, embora seguidamente alterada em diversos pontos, continua em vigor até hoje. São da mesma época o Código de Processo Penal, a Lei de Introdução do Código Penal e a Lei das Contravenções Penais, ainda em vigor, com alterações. A propósito do Código Penal de 1940, Francisco de Assis Toledo assevera tratar-se de um

“estatuto de caráter nitidamente represivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa de liberdade para o controle do fenômeno do crime”,

criticando ainda severamente a medida de segurança para o imputável, transformada na prática brasileira em verdadeira prisão perpétua. Em 1963, Nelson Hungria, por incumbência do

Governo Federal, viria a apresentar anteprojeto, objetivando nova reforma penal; submetido a debates no Instituto Latino-Americano de Criminologia e a estudos promovidos pela OAB e Faculdades de Direito, recebeu numerosas propostas de alteração, sendo então designada comissão revisora pelo Ministro Milton Campos, integrada pelo próprio Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. A comissão incorporou ao texto numerosas sugestões, reelaborando-o quase integralmente; todavia, as conclusões não chegaram a ser divulgadas. Retomada a reforma pelo Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva, submeteu o anteprojeto a revisão final por comissão integrada pelos professores Benjamim Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo d’Aquino. O texto do Projeto de Código Penal, convertido em lei pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21.10.69, deveria entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 1970. Todavia, adiada por diversas vezes a vigência do novo estatuto, acabou o mesmo por ser revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sob o argumento de que o Código Penal de 1940, reformado ao longo da vacância do Código de 1969, tornara-se mais atual que aquele. Aos 9 de maio de 1983, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, por exposição de motivos, encaminha ao Presidente da República anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, que viria a se converter na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984; da preparação da reforma participaram os professores Francisco de Assis Toledo, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti, Dínio Santis Garcia e Jair Leonardo Lopes. A mesma comissão se encarregou de elaborar anteprojeto para uma lei específica a propósito da execução penal e que viria a ser sancionada sob o nº 7.210, na mesma data.

A reforma penal de 1984, conforme informa o Professor Francisco de Assis Toledo, decorreu de uma exigência histórica: “Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento”.

Baseado na concepção de que a pena justa era somente a pena necessária, “e, não mais, dentro de um retribucionismo kantiano superado, a pena-compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião”, a nova parte geral introduziu um sistema de cumprimento progressivo da pena; diversificou-se outrissim o rol de penas, indo desde a multa e a simples restrição de direitos até a privação da liberdade em regime fechado, esta reservada apenas para os delitos

considerados mais graves. Entre as penas não-privativas de liberdade, acolheram-se as seguintes: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Adotou-se, sem restrições, o princípio da culpabilidade, somente se admitindo a aplicação de pena com a verificação da culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo, com o que aboliu-se a medida de segurança para o imputável, diversificou-se o tratamento dos participes no concurso de pessoas e admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Com isso, conforme ainda informa o ilustre penalista,

“adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descura o agente-do-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, àquela que traduz em um direito penal do fato”.

Não obstante, o recrudescimento do índices de criminalidades, especialmente do crime atroz e violento ao lado do aparecimento de novas formas de delinqüência, tem importado em avanços e recuos na recente legislação penal brasileira. São exemplos dessa aparente contradição a edição da Lei nº 8.072/90, posteriormente alterada para acrescer ao rol dos inquinados crimes hediondos o crime de homicídio qualificado. A referida lei viria a receber redobradas críticas. A propósito do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que ensejou a elaboração da aludida lei, profligou com veemência o ilustre Professor Alberto Silva Franco:

“Assim, em nome do movimento da ‘Lei e da Ordem’, além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-a a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou a garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas de punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal, atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por seu irracionalismo, passionalidade e unilateralidade”.

No mesmo passo da lei hedionda, seguiu o legislador ao editar a Lei n. 9.034, que dispõe

sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, duramente atacada por alçar o juiz à condição de investigador com evidente quebra dos princípios norteadores do modelo acusatório. Paralelamente, contudo, veio a lume a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, também por inspiração constitucional e que cuidou de instituir novo procedimento para a persecução dos chamados delitos de pequeno potencial ofensivo, assim considerados todas as contravenções e todos os crimes cuja pena máxima não excede a um ano. Como principais inovações, a aludida lei disciplinou quatro medidas despenalizadoras, a saber: 1º nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade; 2º não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa); 3º as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação; e 4º os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo. A propósito da aparente contradição entre os modelos instituídos, é o comentário de Ada Pellegrini Grinover *et alli*:

“O modelo político-criminal brasileiro, particularmente de 1990 para cá (é dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos), caracteriza-se inequivocamente pela tendência ‘paleorepressiva’. Suas notas marcantes são: endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal. O colossal incremento da criminalidade, derivado sobretudo do modelo sócio-econômico injusto, vem gerando uma forte demanda de ‘políticas criminais duras’. E o Poder Público brasileiro vinha correspondendo a essa demanda: primeiro foi a lei dos crimes hediondos, depois a lei de combate ao crime organizado. Agora já se fala numa lei dos crimes de especial gravidade. Foi com extraordinária surpresa, dentro desse contexto de *hard control*, cuja eficácia, de resto, vem sendo largamente contestada, que recebemos a Lei 9.099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Cuida-se de lei sumamente relevante, porque visa

testar um novo modelo (paradigma) de Justiça Criminal, fundado no consenso".

Fato é que a ciência penal vem modernamente perdendo seu caráter dogmático-jurídico, para receber a contribuição de outras ciências como a filosofia, a sociologia e a criminologia, debruçando-se cada vez mais os penalistas e pensadores modernos sobre problemas fundamentais ao desenvolvimento das instituições penais, a exemplo da perda de sua legitimidade e da crucial questão da finalidade da pena e do direito de punir, levantando-se autorizadas vozes quanto à ingente necessidade de modificação e adequação do direito penal às constantes mutações sociais. Entre os precursores desse movimento de reformas podemos citar Eugênio Raul Zaffaroni, Louk Hulsmann, Maurício Martinez Sanchez, Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Barata, Antonio García-Pablos de Molina, Hassemer e entre nós Ricardo Antunes Andreucci, Luiz Flávio Gomes, Alberto Silva Franco, Miguel Reale Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, entre outros.

Convém retomemos o objeto de nossa inicial atenção, a inconfidência mineira inserida na evolução do direito penal. Na verdade, um estudo que tivesse por objeto apurar as eventuais repercuções da inconfidência mineira de forma a influir diretamente sobre modificações legislativas posteriores, especialmente em matéria penal, deveria descer detidamente sobre a investigação de tal fato histórico, não sendo possível limitar-se à uma leitura superficial como a presente. Todavia, não é absolutamente incorreto concluir que a conjuração mineira, assim como os demais movimentos sociais a ela contemporâneos, tiveram fundamental importância em definir um novo modelo de sociedade e, por conseguinte, um novo modelo político e jurídico. Não estamos muito distantes do século XVIII, e os problemas hoje vividos, feitas as devidas adaptações, em muito ainda se assemelham àqueles dos colonos brasileiros; ontem o Brasil colônia de Portugal, hoje nação submetida ao colonialismo econômico imposto pela hegemonia do Primeiro Mundo; ontem a exploração e apropriação de nossas riquezas minerais, hoje a remessa de nossas divisas para o pagamento de uma dívida externa e eterna; ontem o regime de escravatura, hoje a escravidão do salário mínimo, a exploração do trabalho infantil, a miséria do homem do campo e das periferias das grandes cidades; ontem a crueldade do direito criminal absolutista,

hoje a crueldade de um sistema policial truculento e sem controle, a hipocrisia de se viver sob um regime constitucional pleno de garantias, mas que na prática se converte em placebo, ante as constantes violações às liberdades públicas. Nesse universo, a imagem do Alferes adquire espantosa transcendência e, como um anjo vingador, vem anunciar que o tempo da inconfidência não terminou, que somos todos hoje chamados a construir um mundo justo e que, para tanto, cada um use a melhor arma que tiver.

Bibliografia

- ALENCAR, Francisco et al. *História da sociedade brasileira*. [Rio de Janeiro] : Ao livro técnico, 1979.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal* : parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959. v. 1.
- CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história : origem & reforma*. Rio de Janeiro : Revan, 1993.
- CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a inutilidade das leis*. Salvador : Liv. Progresso, 1956.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir : história da violência nas prisões*. 8. ed. [Petrópolis] : Vozes, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- MACHADO FILHO, Aires da Mata. *Arraial do Tijucu [São Paulo]* : Cidade Diamantina. Editora da Universidade de São Paulo, 1980.
- NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1968.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. [Lisboa] : Vega, 1993.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino* : 10. ed. [Buenos Aires] : Tip. Ed. Argentina, 1992.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- TORRES, Antônio. *As razões da inconfidência*. 4. ed. Belo Horizonte : Itatiaia, 1957.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 11. ed. [Santiago de Chile] : Ed. Jurídica de Chile, 1993.
- Obras de referência:
- BRASIL. Constituição. *Constituições do Brasil* : de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. 2 v.
- PORUTGAL. Ordenações Filipinas. Ordenações e leis do Reino de Portugal. 20. ed. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1851. v. 3.