

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO/DEZEMBRO 1996 • BRASÍLIA • ANO 33 • Nº 132

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 132

outubro/dezembro – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

Praça dos Três Poderes

70.165-900 – Brasília, DF

EDITOR

Diretor: João Batista Soares de Sousa

REVISÃO DE ORIGINAIS

Angelina Almeida Silva, Iane Abiorana Campos e Maria Idalina A. da Cruz

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Heloisa Solino Evelin e Paulo Henrique Ferreira Nunes

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

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.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 33 · nº 132 · outubro/dezembro · 1996

Josaphat Marinho	Rui Barbosa e o advogado 5
Almino Affonso	Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular 11
Edivaldo M. Boaventura	A educação nos 50 anos da Constituição de 1946 29
Adhemar Ferreira Maciel	Um pouco de Antígona e de direito natural 37
Arnoldo Wald	A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos 39
Antônio Souza Prudente	Inconstitucionalidade da Justiça privada na nova lei de arbitragem 49
Jorge Luiz Fontoura Nogueira	Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária 53
José Wilson Ferreira Sobrinho	Categorias objetivas. Localização ôntica do objeto jurídico 59
Luiz Olavo Baptista	Inserção dos tratados no direito brasileiro 71
Ivan Lira de Carvalho	A atividade policial em face da lei de combate ao crime organizado 81
Roberto Amaral	Da 'globalização' arcaica ao socialismo moderno 89
Erickson Gavazza Marques	Limites impostos pela legislação autoral aos cortes publicitários realizados durante a retransmissão de obras audiovisuais pela televisão 99
A. Machado Pauperio	Os irracionais de nossa democracia II 107
Arx Tourinho	O cinquentenário da Constituição brasileira de 1946 e as liberdades públicas 115
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho	O princípio da moralidade da administração pública 125
Eduardo Talamini	A determinação do valor do crédito por simples cálculo 131

Elcio Trujillo	A defesa do consumidor, a relação contratual bancária e o empresário financeiro 143
Fernão Justen de Oliveira	Contrato de seguro-saúde e o regime do Código de Defesa do Consumidor 171
Raquel Discacciati Bello	Imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos 183
Allan Tatham	As relações entre o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais 193
Róbison Gonçalves de Castro	Agruras orçamentárias da Marinha do Brasil 211
Thadeu Andrade da Cunha	A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise 231
Eduardo Silva Costa	O aspecto do coletivo na Constituição de 1988 245
Maria Claudia Drummond	A Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Bases jurídicas e seu papel no processo de integração do Cone Sul 253
José de Ribamar Barreiros Soares	A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União 259
Marcelo Rocha Sabóia	Algumas questões acerca das noções de ordem pública e ordem justa: a tradição liberal e a crítica marxista 263
Jeferson Vaz Morgado	Estradas vicinais. Algumas considerações sobre a inclusão de dotações no Orçamento Geral da União para construção e conservação 269
Josiane Rose Petry Veronese	O advogado e a Justiça da infância e da juventude 273
Amandino Teixeira Nunes Jr.	Direito e poder 281
Edílio Ferreira	Inconstitucionalidade de emendas à Constituição 289
Márcio Nunes Aranha	Jurisdição constitucional e política: interpretativismo, não-interpretativismo e suas alternativas políticas e jurídicas. Teoria estética. Estudo da obra <i>Contemporary constitutional lawmaking</i> de Lief H. Carter 297
Kátia Magalhães Arruda	A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana 313
Marcelo Neves	Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder 321

Rui Barbosa e o advogado

JOSAPHAT MARINHO

Bacharéis diplomados há cinco anos pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador, comemorando a formatura, quiseram associar-me ao ato, numa convocação de generosa confiança.

Para que o convite espontâneo encontrasse um fundamento racional, pediram-me que falasse sobre *Rui Barbosa e o advogado*.

Se agradeço o chamamento espontâneo, experimento dúvida sobre como enfrentar o tema, imprimindo-lhe o sentido e a limitação adequados a essa reunião, em que o sentimento de vitória confraterniza com o anseio de aperfeiçoamento.

Ainda bem que os contornos da dissertação se encerram no perfil do advogado Rui Barbosa: por sua cultura, por sua coragem, por seus predicados morais. Por esses marcos ele delineou a própria imagem do advogado, realçando-lhe os traços distintivos.

No prefácio ao livro do *batonnier* Henry Robert, o jurista português Pinto Loureiro resumiu a três as qualidades fundamentais do advogado: competência técnica, independência e ética profissional.

Desdobrou a *competência técnica* na *formação cultural* e na *formação profissional*, do que resulta *conveniente habilitação literária e jurídica*.

A *independência* deve afirmar-se diante do cliente e das “pressões de qualquer ordem” como autonomia de pensar e agir.

A *ética* exige “perfeita probidade pessoal e profissional”. Pressupõe que o advogado não pode *falsear* os fatos, nem as idéias ou doutrinas¹.

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

Tema exposto a pedido de advogados promotores de seminário, realizado na sede da Ordem dos Advogados, Seção da Bahia, em 15-8-96.

¹ ROBERT, Henry. *O advogado*. Tradução e prefácio de J. Pinto Loureiro. S. Paulo : Acadêmica, 1939. p. 13-33.

Essa observação coincide com o pensamento de Prado Kelly, no discurso proferido na 2ª Conferência Nacional dos Advogados, em 1960, em São Paulo:

“Seremos, às vezes, intérpretes de interesses, mas a nossa missão é a de instrumentos da verdade”².

Realmente, mesmo postulando interesses, o advogado, ao criar o contraste de situações, propicia ao juiz a declaração da verdade. Comparando fatos e opiniões postos em antagonismo, o magistrado tem a oportunidade de depurá-los para praticar a justiça. Embora errando, por vezes, no confronto feito, é pelo realce dado às divergências analisadas, recortando-as, que o julgador melhor proporciona ao órgão superior a revisão da sentença.

Tanto maior ou mais útil é a contribuição do advogado no desate da controvérsia, na medida em que reveste os fatos e sua explicação da roupagem doutrinária e jurisprudencial claramente aplicável à espécie examinada. Não se trata de invocar teorias e arestos em massa, sem incidência apropriada ao caso discutido. Cuida-se de robustecer a argumentação lógica e objetiva com os ensinamentos que consolidam a verdade, ou concorrem, seguramente, para o reconhecimento dela. Não é, pois, o número nem a extensão de citações que valorizam o articulado, mas a adequabilidade do conteúdo trazido em arrimo da tese defendida e no justo limite da discussão instaurada. Longas dissertações estranhas ao mérito da lide, além de cansativas, deslocam a atenção do juiz do objeto principal. Ocorre com tais arazoados o que se verifica, particularmente, nas petições de recurso extraordinário com derramada exposição de fatos, vedados ao exame da Corte Suprema. É claro que a importância e a complexidade da demanda darão a devida dimensão das razões, que não podem ser sucintas, por economia de tempo, em prejuízo de sua essência. A concisão é virtude quando traduz bem a substância do pensamento que deve ser emitido. Para evitar que a concisão se transmute em obscuridade ou lacuna, a Constituição brasileira, reforçando as leis processuais, determina que sejam “fundamentadas todas as decisões” judiciais (art. 93, IX).

Rui Barbosa elaborou razões que se converteram em livros, como *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do*

² KELLY, Prado. *Missão do advogado*. Rio de Janeiro : Forense, 1977. p. 21.

Executivo, na ação contra atos arbitrários de Floriano; *As Cessões de Clientela; Questão Minas x Werneck; Cláusula enquanto Bem Servir*, ou *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Mas, de par com a natureza jurídica e política das causas, cumpre considerar que, arazoando, Rui doutrinava, fixava conceitos de instituições, ou abria caminhos à interpretação, qual se apurou na extensão do uso do *habeas corpus* além das hipóteses restritas de ofensa à liberdade de locomoção. Sobre *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Silvio Augusto de Bastos Meira, que prefaciou o 1º tomo, salienta o merecimento das “peças jurídicas magníficas”, dando relevo às “razões finais” – “documento de alto saber, de valor didático para as novas gerações”³.

Por isso tudo é que *Rubem Nogueira*, traçando-lhe documentadamente a trajetória profissional, asseverou bem que

“Rui Barbosa foi grande advogado – com certeza o melhor advogado, sob todos os aspectos, do foro brasileiro – quer vencendo ou perdendo grandes causas”⁴.

O reconhecimento dessa posição excepcional retrata-se, entre outros fatos, no privilégio que lhe conferiu o Supremo Tribunal Federal de ali falar, em defesa de suas causas, o tempo que fosse necessário. E, no dia em que um presidente da Corte, em 1913, pediu-lhe que fosse “o mais breve possível, porquanto o Regimento concede aos oradores apenas 15 minutos”, rápido lhe *observou* – é a palavra aplicada: – “deste modo, prefiro não defender a causa”. Pedindo-lhe o presidente desculpa, porque fez “apenas sentir a necessidade do nobre advogado ser breve em suas considerações” – eis as expressões proferidas –, retrucou, incisivo: “Não há nada pior para um orador do que falar com a pressa a esporear-lhe os passos”⁵. E falou, como sempre, o tempo indispensável à enunciação das razões da causa.

³ MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *O direito do Amazonas ao Acre Setentrional*: prefácio ao livro de Rui Barbosa. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa. 1983. p. 82. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 37, t. 2, 1910)

⁴ NOGUEIRA, Rubem. *O advogado Rui Barbosa*. Salvador : GRD, 1967. p. 9 (Pref.)

⁵ BARBOSA, Rui. *O caso da Bahia*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1950. p. 95. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 39, t. 1, 1912)

Impelido por essa insuperável energia de pensar e dizer, alicerçado numa cultura jurídica sem fronteiras, dotado da convicção ética do dever profissional, produziu defesas de inexcedível perfeição, esgotando, geralmente, o assunto. Entre tantas manifestações de saber e correção, parece que a todas sobreexcede, pela precedência no exemplo de nobreza de proceder e por seu significado jurídico e político, a oração de 23 de abril de 1892, no Supremo Tribunal, em sustentação do *habeas corpus* em favor dos perseguidos do governo Floriano. Nela se conjugam as qualidades maiores do advogado: a espontaneidade no patrocínio da lei, o desconhecimento de incompatibilidades pessoais e políticas, a decisão de enfrentar riscos, a demonstração de competência. Proclama, de princípio:

“Das vítimas dos decretos de 10 a 12 de abril não trago procuratura. O meu mandato nasce da minha consciência impessoal de cidadão. Estamos num desses casos em que cada indivíduo é um órgão da lei”.

Prossegue, esclarecendo melhor:

“Às vítimas dessas medidas indefensáveis nenhuma dependência me vincula, a não serem as relações gerais de humanidade. Amigos quase os não tenho entre eles. Desafeiçoados, adversários, inimigos, isso sim, muitos”.

Desdobra, então, a defesa da Constituição e dos direitos dos pacientes – civis, militares, jornalistas, parlamentares – e, construindo a exegese do regime, aponta os limites do estado de sítio:

“a demarcação dos efeitos jurídicos dessa medida não será objeto político, mas simples interpretação da lei orgânica e, por consequência, jurisdição privativa da justiça federal”.

E, na peroração, convoca o Tribunal a firmar “por um aresto inolvidável a jurisprudência da liberdade”⁶.

Continuou na sua missão constitucional, como o faria até o fim de seus dias. Cada dia entrelaçava mais o advogado ao homem de Estado, pela verificação dos desvios do regime. Em 1898, na defesa de outro *habeas corpus*, advertiu:

⁶ BARBOSA, Rui. *Novos Discursos e Conferências*. São Paulo : Saraiva, 1933. p. 96, 102, 117, 132.

“Nada avaria mais seriamente as instituições populares do que os atos do poder que abalem a confiança do povo no respeito das leis pela autoridade”.

Conveniências não havia, mesmo profissionais, que o fizessem silenciar sobre os desregramentos políticos. Golpeava-os firmemente nos articulados forenses, envolvendo na reação do patrono a consciência do jurista e do homem público. Daí, na justificação desse mesmo *habeas corpus*, ter perseverado na crítica à constante “aluvião do descrédito aos nossos valores morais” e exclamado, destemeroso, diante do Tribunal:

“Não é, pois, o advogado só que vos fala com o seu senso do justo: é o homem político com o seu senso do útil. Basta de torcer a lei, para servir os governos. Basta de ter medo à liberdade. Basta de explorar os estúpidos engenhos da força”.

E conclamou o alto pretório ao exercício de sua soberania:

“A justiça é a grandeza da lei dominando na serenidade do seu órgão supremo a impotência das opiniões radicais, a rebeldia dos incrédulos da legalidade”⁷.

Rui, portanto, não teorizava para os outros. Dava, em pessoa, a prova do que ensinava. Para ele, a advocacia era um magistério de deontologia indeclinável, e não uma atividade de motivações ocasionais. Mesmo que circunstância relevante o autorizasse a reduzir o rigor ético, não o fazia. O interesse e a paixão não lhe modificavam a decisão da consciência profissional. Expressivo a esse respeito é o exemplo que consubstanciou na carta em resposta à consulta que lhe fez Evaristo de Moraes. Este havia sido seu correligionário na campanha civilista, que ainda repercutia intensamente nos ânimos exaltados. Um amigo, mas adversário político que acompanhou a candidatura do Marechal Hermes da Fonseca, acusado de delito grave e de repercussão pública, apela ao renomado criminalista para que fosse seu patrono. Reconhecendo que se chegou “a considerar o acusado indigno de defesa” e informando que este “insiste pela prestação” de seus serviços, o seguidor político, preocupado em não cometer “incorreção partidária, e revestido de escrúpulo profissional, pede ao “venerando mestre” que lhe dite o proceder: “devo, por ser o acusado

⁷ Ibidem, p. 193, 195-197.

nosso adversário, desistir da defesa iniciada?” E antecipa: a resposta será “sentença inapelável”.

A resposta – conheceis, mas deve ser relembada – é de grandeza inexcédível. “Os partidos – acentua de início – transpõem a órbita da sua legítima ação, toda a vez que invadam a esfera da consciência profissional e pretendam contrariar a expressão do Direito”. Salienta que à acusação corresponde a defesa, que “não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira”. Condena “o furor dos partidos”, que “tem posto muitas vezes os seus adversários *fora da lei*. Embora ressaltando que não via, “na face do crime,... um traço, que destoi da sua repugnante expressão”, opina, e tranqüiliza o companheiro, angustiado com as críticas:

“O meu prezado colega não soube repelir as mãos, que se lhe estenderam implorativamente. A sua submissão a esse sacrifício honra aos seus sentimentos e a nossa classe, cujos mais eminentes vultos nunca recusaram o amparo da lei a quem quer que lho exorasse”.

E passa a mencionar casos, da literatura jurídica de outros povos, em que grandes advogados não tiveram outro procedimento⁸. Diante das circunstâncias assinaladas, o conselho e o julgamento – quando ainda não havia Ordem dos Advogados – tomam forma de excepcional superioridade, sobretudo por emanados do candidato derrotado.

Refletindo a ética do advogado, na personalidade do político, essa atitude revelou isenção equiparável à que caracteriza a posição correta do juiz. Em verdade, quem, no tumulto da política e logo após ardorosa e educativa pejeira eleitoral, frustrada pela fraude, tem serenidade para conselho tão imparcial reveste-se da armadura de magistrado austero. Ainda uma vez, dava exemplo pessoal, na prática, mais que na doutrina, do procedimento vertical. Justo é, pois, proclamar a sua coerência, quando, em 1921, na *Oração aos Moços*, ensinou:

“Na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na

resultante: a justiça. Com o advogado, justiça militante. Justiça imperante, no magistrado”.

Era o pensador embutido no homem de ação, ou, se se quiser, o combatente imbuído de idéias irrenunciáveis.

Em situações diferentes, marcadas por singularidades que desafiavam a coerência do advogado e do lutador político, Rui conseguiu manter a unidade de pensamento e de ação, dando exemplo às gerações. Não fez apenas declaração de fidelidade a princípios, antes resumiu o esforço edificante de uma vida, quando asseverou no discurso de posse como sócio do Instituto dos Advogados do Rio de Janeiro:

“Duas profissões tenho amado sobre todas: a imprensa e a advocacia. Numa e noutra me votei sempre à liberdade e ao direito. Nem numa nem noutra conheci jamais interesse, ou fiz distinção de amigos e inimigos, toda vez que se tratava de servir ao direito e à liberdade”.

E, divisando a comunidade de advogados, observou:

“A lei e a nossa consciência são os dois únicos poderes humanos, aos quais a nossa dignidade profissional se inclina”¹⁰.

Não se enclausurava no personalismo, integrava-se no espírito de sua classe, para ajudá-la a vencer preconceitos, limitações e receios incompatíveis com a enérgica defesa dos direitos individuais e coletivos. Juntava a amplitude do pensamento político aos valores técnicos do estilo forense, para que as manifestações intelectuais do advogado não se restringissem à defesa de interesses particulares, antes abrangessem aspectos da vida grupal, além das pretensões de clientela. A bem dizer, antecipou-se à conceituação de Angel Ossorio, segundo a qual

“o advogado vê o social refletido no individual e orienta este com o ânimo inspirado por aquele”¹¹.

Com essa visão dos problemas, pôde partir

⁹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 2. ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985. p. 46.

¹⁰ BARBOSA, op. cit. p. 291 e 309.

¹¹ OSSORIO, Angel. *El Alma de la Toga*. 3. ed. Madrid : Pueyo, 1929. p. 184-185.

da análise de casos concretos, delimitados, e altear-se à compreensão de noções gerais de direito, para esclarecê-las ou dar-lhes novo alcance. Se muitas das idéias elaboradas foram superadas pelas transformações culturais, outras subsistem com impressionante atualidade, como as relativas ao *controle* de constitucionalidade, à retroatividade e irretratividade das leis, às formas de interpretação das normas constitucionais e ordinárias, ou à imprescindibilidade de um remédio legal oponível à injustiça. Por vezes, como em *As Cessões de Clientela*, o excelso advogado houve que suprir a lacuna da legislação nacional, e com talento e cultura construir, à base da doutrina e da jurisprudência de outros povos, os alicerces da defesa, e assim fornecer subsídios valiosos para o julgamento.

Dir-se-á que a atuação comum do advogado não tem essa dimensão, nem pode ser ordinariamente comparada à presença de Rui no foro, quase sempre em causas de relevo, ou a que ele imprimia o vulto de seu espírito dialético. Por igual se poderá argüir que a complexidade da vida de hoje, refletindo-se no trabalho profissional, já não permite o estudo e o preparo de arrazoados de tamanha extensão. Sem dúvida, tais ponderações são próprias. Cumpre atentar, porém, em que essa complexidade resulta salientemente do desenvolvimento técnico e científico, que também impõe a todos os profissionais, sem excluir os advogados, conhecimentos especializados, cada dia maiores. E as lições herdadas a Rui sobrevivem como diretrizes luminosas ou fontes de pesquisa para o exercício correto da profissão, além de advertirem das surpresas do caminho, que podem colher qualquer profissional.

Demais, em época do perfil da nossa, em que se multiplicam disparidades sociais e econômicas, erguendo barreiras aos que não têm privilégios, inclusive profissionais liberais, os ensinamentos de Rui, por sua força

intelectual e moral, estimulam a resistir à injustiça e à maldade. Frisante, ainda, é que o advogado completava seu ideário com as teses inovadoras que desenvolvia no plano político, especialmente em torno da igualdade. No programa de candidato a presidente da República, em 1919, dominante o liberalismo político e econômico, ele desdobrou, ampla e vigorosamente, a defesa dos direitos sociais. E não se limitou à conceituação genérica. Preconizou os direitos do operário – à habitação, à duração do trabalho, à higiene no trabalho, à proteção às mães operárias, como cuidou do trabalho noturno e do agrícola, da situação da mulher gestante e do acidente no trabalho¹². Vale dizer que se preocupou com uma legislação redutora de desigualdades e injustiças, que somente prosperou no país, e de passo a passo, depois da Revolução de 1930. Nele preponderava sempre o espírito do jurista, impulsionado pelo anseio de revisão das injustiças.

Por isso mesmo, invariavelmente o esqueceram ou o desprezaram os regimes de força. Mas os eclipses da legalidade cessaram e o pensamento dele renasceu e cintila, como claridade que ilumina as consciências em geral e serve de norte aos advogados.

Lembra Steinberg, no livro *Um Advogado na História*, que um homem comum que conhecia dois eminentes patronos americanos assim os distinguiu: “O Sr. Mason é um grande advogado, mas o Sr. Webster é um grande homem exercendo a advocacia”¹³.

Rui Barbosa foi, no Brasil, esse “grande homem exercendo a advocacia”. E a desempenhou com tamanha projeção e sabedoria que, morto há 63 anos, pode ser invocado nesta hora como inspiração a jovens advogados, de geração distante e que vivem outra perspectiva de vida.

Feliz a comunidade profissional que pode ter um padrão dessa altitude ética e de pensamento e ação.

¹² BARBOSA, Rui. *Campanha presidencial*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 81-114. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 46, t. 1, 1919).

¹³ STEINBERG, Alfred. *Um advogado na história*. Rio de Janeiro : Lidador, 1965. p. 31.

Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular

ALMINO AFFONSO

SUMÁRIO

1. *Democracia participativa – introdução ao tema.* 2. *Plebiscito e referendo.* 2.1. *Experiência brasileira.* 2.2. *Doutrina e direito comparado.* 2.3. *Questões práticas.* 3. *Iniciativa popular.* 3.1. *Novidade constitucional.* 3.2. *Doutrina e direito comparado.* 4. *procedimento regimental.* 4.1. *Regimento Comum do Congresso Nacional.* 4.2. *Substitutivo Almino Affonso.* 5. *Conclusão.*

1. Democracia participativa – introdução ao tema

À medida que a sociedade foi se tornando mais complexa, a começar pela dimensão populacional, a *democracia direta* cedeu lugar à *democracia representativa*. Do antigo modelo, que teve nos Estados gregos a sua expressão mais alta, sobram-nos poucos exemplos nos Cantões Suíços de Glaris, Unterwalden e Appenzell. Mesmo assim, segundo ilustra Barthélemy et Duez, é questionável sua eficiência: no Cantão de Uri, em 1911, “várias sessões foram dedicadas à questão de permitir dançar aos domingos, e em uma única sessão foi aprovado um Código Civil completo”.¹ No mais, o que resta da democracia direta, segundo Burdeau, é “mera curiosidade histórica”.²

O povo, fonte originária do poder, impossibilitado por um conjunto de fatores a exercer, de maneira direta, as funções de Governo, passa a delegá-las a seus *representantes*, eleitos de

¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro : Globo, 1941. p. 273.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 134.

acordo com certa periodicidade. Nasce assim, no bojo do Estado burguês, a *democracia indireta*, também chamada *democracia representativa*. O importante, no entanto, é destacar que – de acordo com a teoria da representação política – “o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual: é geral, livre, irrevogável em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário.”³

Conforme ensina José Afonso da Silva, é livre

“porque o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição. Afirma-se, a propósito, que o exercício do mandato decorre de poderes que a Constituição confere ao representante, que lhe garante a autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames de sua consciência”.⁴

Tendo por base essa conceituação, a crítica do eminente jurista é avassaladora:

“Há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não há representação, de tal sorte que a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E só a isso reduziria o princípio da participação popular, o princípio do governo pelo povo na democracia representativa”.⁵

Na verdade, não é de hoje a crítica às limitações da representação política. O próprio Rousseau, em sua obra clássica, depois de afirmar que “a soberania não pode ser representada”, deu-nos o testemunho mais desconcertante de sua visão sobre a democracia moderna:

“o povo inglês acredita ser livre, mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, volta a ser escravo, não é mais nada”.⁶

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 123.

⁴ SILVA, op. cit., p. 123.

⁵ Ibidem, p. 124.

⁶ ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*. Madri : Edaf, 1969. p. 145.

Como se sabe, houve época em que os *representantes* do povo estavam atados a um mandato imperativo. Não lhes cabia senão cumprir as instruções expressas de seus eleitores. Mas, como lembra Darcy Azambuja, isso era possível porque os *representantes* – reunidos nos Estados Gerais da França ou no Parlamento inglês – não eram eleitos em nome da nação, mas tão-somente de determinadas circunscrições territoriais. Cada qual trazia os *cahiers*,

“que determinavam o modo como responderiam às perguntas e solicitações reais, aliás em pequeno número e previamente conhecidas, pois constavam da própria carta régia de convocação”.⁷

Com a Constituição Francesa de 1791, o mandato imperativo deixou gradualmente de existir, à medida que o direito constitucional moderno foi incorporando essa mesma diretriz:

“Os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de nenhum departamento em particular, mas de toda a nação e não lhes poderá ser dado nenhum mandato”.

Vale dizer, nenhum mandato específico, salvo o de representar a nação em seu conjunto. Como observa Darcy Azambuja, se acaso se mantivesse a instituição do mandato imperativo, a

“consequência mais profunda seria tornar inúteis as assembleias deliberativas, pois, se cada deputado fosse obrigado a votar de acordo com as instruções recebidas de seus eleitores, a discussão seria inútil e a deliberação não existiria”.⁸

Posto à margem o mandato imperativo, com os inconvenientes apontados, a dinâmica política foi introduzindo, na democracia representativa, alguns institutos que possibilitam “a participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa”⁹: a iniciativa popular, o referendo popular e o plebiscito.

Foi na Suíça onde essas instituições primeiro se desenvolveram e onde se enraizaram, imprimindo à terra de Rousseau as características de uma democracia avançada. Basta assinalar que, das

“seis constituições que a Suíça se deu, a contar de 1798, apenas uma, a de 1801, não foi submetida à ratificação popular.

⁷ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit. p. 234.

⁸ Ibidem. p. 235.

⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 121.

Pela Constituição de 1874, ainda em vigor, toda matéria constitucional deve ser submetida a *referendum*. Qualquer reforma ou revisão constitucional, tanto na esfera federal, como nos cantões, tem de ser proposta e aprovada pelo povo”.¹⁰

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, artigos 14, incisos I, II e III, instituíram-se o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, abrindo espaço, pela primeira vez em nossa história, para a configuração da democracia participativa. A rigor, a transformação não podia ser maior, pois, já em seu enunciado vestibular, ela proclama o princípio fundamental de nossa organização política: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de *representantes eleitos* ou *diretamente*, nos termos desta Constituição”. Vale dizer, a Assembléia Constituinte optou por articular à democracia representativa a democracia participativa, deixando ao legislador ordinário a tarefa de definir os enlances da nova ordem institucional.

2. Plebiscito e referendo

2.1. Experiência brasileira

Não temos tradição jurídica e política a recorrer para definir com clareza o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, modalidades de exercício da soberania popular que, pela primeira vez – com essas dimensões inovadoras – inscrevem-se na Constituição da República.

Com efeito, o referendo pioneiro, se assim podemos denominar o episódio, dá-se em meio aos embaraços de nossa organização constitucional, nos primórdios de nossa Independência. Tendo dissolvido a Assembléia Constituinte, Dom Pedro I cria um Conselho de Estado e lhe entrega a tarefa de elaborar a Constituição do Império, ao mesmo tempo em que prometia formalmente – pelo Decreto Imperial de 13 de novembro de 1823 – submetê-la às Câmaras Municipais para “fazerem as observações que lhe parecerem justas”.

Apoiado nessa consulta, Dom Pedro I promulgou a Constituição do Império, mediante a Carta de Lei de 25 de março de 1824. É difícil dizer que tal procedimento tenha tido força de um referendo. Mais parece um recurso político de que se valeu o Imperador para minimizar o

desastrado gesto de dissolver a Assembléia Constituinte, com que empanara a fundação do império. De todo modo, vale a pena, a título de curiosidade histórica, registrar que a Câmara Municipal de Recife e a Câmara Municipal de Itú (São Paulo) manifestaram-se contra a aprovação da Constituição que, na essência, nos fora outorgada.

Com o advento da República, o Governo Provisório, por meio do Decreto nº 1, art. 1º, de 15 de novembro de 1889, tornou explícito que a forma de governo proclamada era “provisória”; e em seu artigo 7º condicionou a vigência da República à opinião da cidadania:

“o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação, livremente expressado pelo sufrágio popular”.

A Constituição da República de 1891 não acolheu, em suas normas, o compromisso assumido pelo Governo Provisório, enunciando desde logo a República como forma de governo. Em resumidas contas, o fato é que referendo nunca houve; ressalvada a consulta plebiscitária sobre a forma de governo (república ou monarquia constitucional), realizada a 21 de abril de 1993.

A Constituição de 1934 fez silêncio no que tange a plebiscito e referendo. A de 1937, que instituiu o Estado Novo, em seu artigo 187, dispunha que ela própria seria “submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. Também previa, em seu artigo 174, § 4º, a convocação plebiscitária na hipótese de emenda, modificação ou reforma da Constituição, no caso de ser rejeitado projeto de iniciativa do Presidente da República, ou ainda se o Parlamento aprovasse, apesar da oposição daquele, projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados. Sobra dizer que o plebiscito jamais foi convocado. O regime ditatorial durou o quanto pôde, sem jamais indagar do povo sobre seu destino.

Em pleno torvelinho da crise institucional, resultante da renúncia do Presidente Jânio Quadros, o chamado Ato Adicional (emenda nº 4 à Constituição de 1946) introduziu, em nosso ordenamento jurídico, a figura do plebiscito, mas tão-só para que o povo se definisse sobre a manutenção do sistema parlamentar de governo ou restauração do presidencialismo, devolvendo a João Goulart

¹⁰ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 225.

os poderes que lhe haviam sido usurpados. Realizado o plebiscito a 6 de janeiro de 1963, o instituto converteu-se em letra morta. Como nos demais casos referidos, não se tratava de institucionalizar o plebiscito, mas de simples uso do instituto para resolver determinado impasse político.

A primeira grande inovação nessa matéria deu-se, na verdade, na própria Constituição de 1946, que instituiu o plebiscito – como *conditio sine qua non* – nos casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados. E a Constituição de 1967, em seu artigo 14, limitou-se a prescrever “a consulta prévia às populações”, na hipótese de criação de municípios, a ser regulamentada por lei complementar; texto mantido, literalmente, na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

É pobre, como se vê, a rigor quase nenhuma, a experiência plebiscitária em nossa história política; o mesmo se diga em relação ao referendo; e da iniciativa popular, no âmbito federal, não há exemplo que se evoque na legislação brasileira.

2.2. Doutrina e direito comparado

Na vigência da Constituição de 1988, vários projetos de lei foram apresentados, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, dispondo sobre a regulamentação dos institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (CF, art. 14, incisos I, II e III).

Foi grande a contribuição de eminentes senadores na formulação do texto legislativo, em sucessivas proposições, como destaca o nobre Senador Jarbas Passarinho em seu conciso e bem elaborado parecer. Além dos Projetos de Lei de autoria do Senador Wilson Martins (PLS nº 4/91) e do Senador Marco Maciel (PLS nº 206/91), é de justiça lembrar o Projeto de Lei do Senado nº 5/91, apresentado pelo Senador Nelson Carneiro – que a morte, não faz muito, arrebatou-nos –, cujo articulado e respectiva justificação constituem uma admirável peça de ciência política e abalizado saber jurídico.

Ao projeto do Senado Federal, consubstanciado no Substitutivo do Senador Jarbas Passarinho, foram apensados, na Câmara dos Deputados, os Projetos de Lei nº 4.160/89, nº 1.748/91, nº 3.876/93, nº 4.137/93, nº 1.616/96 e nº 1.578/96 de autoria, respectivamente, dos nobres Deputados Sigmaringa Seixas,

Giovanni Queiroz, Zaire Rezende, Aldo Rebelo, Marconi Perillo e Senador Lúcio Alcântara, subordinados, na forma regimental, ao Projeto de Lei nº 3.589/93.

Nas referidas proposições, analisadas no parecer em detalhe, a conceituação dos institutos do plebiscito e do referendo carece de maior clareza, refletindo a controvérsia doutrinária, inclusive no âmbito nacional, e a diversidade de tratamento dado à matéria no direito constitucional comparado. Por isso, impõe-se maior cuidado na definição dos alcances dos mencionados institutos, de modo a evitar que a prática política seja amanhã turbada, em prejuízo da nascente democracia participativa entre nós.

Gládio Gemma, no *Dicionário de Política* de Norberto Bobbio e outros, depois de assinalar que a “noção de plebiscito é controversa”, indaga-se: “Mas existe realmente uma diferença conceptual rigorosa entre ambos?” Pondera que os “estudiosos defendem, em geral, que existe uma diferença. Mas as definições que dão de plebiscito e que deveriam distinguir do *referendum*, não se coadunam com o uso da linguagem apresentado no curso da história”. Depois de alongar-se numa resenha de conceituações, resultantes da prática histórica, Gládio Gemma conclui: “os dois termos são, a rigor, sinônimos”, cabendo assim optar, em termos normativos, por uma definição que os distinga.¹¹

Nesse contexto, não é de estranhar que nossos constitucionalistas tampouco sejam uniformes ao referirem-se a esses institutos da chamada democracia mista. Araújo Castro, em sua obra *A Constituição de 1937*, assim doutrina:

“Em alguns países, o povo não se satisfaz em escolher os seus representantes: quer ter a iniciativa das leis e o direito de recusá-las ou sancioná-las com o próprio voto. É o processo do *Referendum*”.¹²

Como se vê, para Araújo Castro, há tão-somente o referendo ou, se assim não é, refere-se aos dois institutos com a mesma expressão.

Pinto Ferreira, o consagrado mestre pernambucano, classifica o referendo em diversas modalidades:

¹¹ GEMMA, Gládio. In BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília : UnB, p. 927.

¹² CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938. p. 45.

“ a) *referendum* constituinte, quando se refere à reforma, revisão ou emenda da Constituição, e *referendum* legislativo, atinente às leis ordinárias; b) *referendum* obrigatório ou facultativo, conforme a consulta popular é exigida necessariamente pelas disposições constitucionais ou, no segundo caso, fica subordinada à livre disposição de uma autoridade, ou dependente de uma petição formulada por um certo número de eleitores; c) *referendum* consultivo, quando o povo é previamente solicitado para exprimir a sua manifestação popular sobre a lei já votada pelo Parlamento”.¹³

Diz ainda o ilustre constitucionalista:

“O *referendum* em sentido restrito se aplica a uma decisão do povo sobre uma medida legislativa. O plebiscito é a decisão do povo sobre um ato do Executivo”.¹⁴

José Cretella Jr., em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, assim conceitua: “Em nossos dias, plebiscito é a consulta ao povo para que este, mediante pronunciamento, manifeste livremente sua opinião sobre assunto de interesse relevante”. E, linhas adiante, acrescenta:

“a Constituição do Brasil prevê o instituto do plebiscito, não como instrumento de direito das gentes, mas como meio de direito interno, como trabalho complementar ao do legislador constituinte, mediante sufrágio universal e pelo voto secreto, como igual valor para todos”.

Ao que parece, em sua visão, o plebiscito implica consulta formulada antes que o ato legislativo se configure, dedução essa que se reforça quando o eminente constitucionalista se pronuncia sobre o conceito de *referendum*:

“é medida *a posteriori*, sendo o instituto de direito constitucional, de direito interno, pelo qual as coletividades se pronunciam sobre decisão legislativa, desde que o pronunciamento reúna número de assinatura, fixado em lei”.¹⁵

Darcy Azambuja, em sua *Teoria Geral do Estado*, faz o elogio do *referendum* com enorme entusiasmo:

¹³ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 189.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 1095-1096.

“Dentro da teoria dos governos democráticos, não há como negar as vantagens do *referendum*. Nenhum outro instituto de Direito Constitucional aproxima tanto, quanto ele, o governo da democracia pura. Entre os processos de racionalização do poder, o *referendum* é o mais direto e perfeito”.¹⁶

Ao conceituar o referendo, assim se expressa Darcy Azambuja:

“A aplicação do *referendum* consiste em que todas ou algumas leis, depois de elaboradas pelo Parlamento, somente se tornam obrigatórias quando o corpo eleitoral, expressamente convocado, as aprova”.

E acrescenta, linhas adiante:

“Há o *referendum* consultivo, ou plebiscito, quando o povo é chamado a pronunciar-se sobre a conveniência ou não de uma lei a ser feita pelo Parlamento; e o *referendum* deliberativo, quando a consulta do povo é posterior à elaboração da lei”.¹⁷

Tudo, a rigor, em sua terminologia, é referendo.

José Afonso da Silva, constitucionalista da maior grandeza, é mais abrangente e mais definidor em suas lições a respeito dos institutos sobre os quais nos debruçamos: o *referendum* popular caracteriza-se

“no fato de que os projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado; está previsto no mesmo art. 14, II, sendo da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizá-lo (art. 49, XV), mas a Constituição não estabeleceu as condições de seu exercício; fica livre o Congresso Nacional de autorizá-lo também em matéria constitucional; ele pode mesmo expedir uma lei definindo critérios e requisitos para seu exercício”.¹⁸

No que se refere a plebiscito, o ilustre mestre paulista não é menos claro e direto:

¹⁶ AZAMBUJA, op. cit., p. 225.

¹⁷ *Ibidem*. p. 224.

¹⁸ SILVA, op. cit., p. 126.

“é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida; alguma vez fala-se em *referendo consultivo* no sentido de plebiscito, o que não é correto”.¹⁹

Vale, por fim, lembrar que, no direito constitucional comparado, não se aclara a controvérsia conceitual, cuja resenha se vem fazendo. A Constituição da República Portuguesa (3ª revisão, 1992), em seu art. 118, institui o referendo, não se reportando ao instituto específico do plebiscito. Dir-se-á que ambos os institutos se fundem na designação constitucional: *referendo*, por “decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembléia da República ou do Governo, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei”. Cabe, ainda, destacar que as emendas à Constituição estão excluídas do âmbito do referendo, assim como “as questões e os atos de conteúdo orçamental, tributário ou financeiro” (art. 118, inciso 3º, CRP).

A Constituição da França (1986) prevê o instituto do referendo no caso de reforma constitucional – desde que já tenha sido aprovada pela Assembléia Nacional e pelo Senado, quando, então, o povo poderá ser convocado para confirmá-la ou rejeitá-la. Contudo, trata-se de uma faculdade do Presidente da República, já que lhe cabe submeter o projeto de reforma tão-somente ao Parlamento (reunido em Congresso), se isso lhe parecer politicamente mais adequado.

De igual modo, o Presidente da República – facultativamente – poderá “submeter a *referendum* todo projeto de lei que se refira à organização dos poderes públicos” (art. 11. da CF). Assim sendo, a figura do plebiscito, entendido como consulta prévia, não tem presença institucional na França. Nem se trata de uma questão terminológica: resulta evidente do texto constitucional que o referendo só se convoca pelo Presidente da República, no exercício de sua prerrogativa, como medida mediante a qual

o povo ratifica ou rejeita determinado ato governamental.

A Constituição da Espanha (1986), ao definir as normas que regem a reforma constitucional, dispõe:

“Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação, quando assim o solicitar, nos quinze dias seguintes à sua aprovação, uma décima parte dos membros de qualquer das Câmaras” (art. 167, 3. CE).

O instituto do plebiscito surge com a denominação de referendo consultivo :

“As decisões políticas de especial importância poderão ser submetidas a referendo consultivo de todos os cidadãos” (art. 192, 1, CE).

No Chile, na vigência do regime chefiado pelo General Augusto Pinochet, a eleição de Presidente da República se processava mediante indicação unânime dos Comandantes-em-Chefe das Forças Armadas; e, em caso de não logrã-la, devia ser convocado plebiscito para que a cidadania decidisse, confirmando a designação ou rechaçando-a. O plebiscito tinha, nessas circunstâncias, uma clara função cesarista (arts. 27 e 28 das Disposições Transitórias, CC).

Na Constituição da República de Cuba, em seu art. 75, item *b*, estabelece-se, dentre as atribuições da Assembléia Nacional do Poder Popular, a de

“aprovar, modificar ou derogar as leis e submetê-las previamente a *consulta popular*, quando a considere procedente tendo em vista a índole da legislação de que se trate”.

Nos Estados Unidos, o *referendum* também tem uma larga tradição. Valho-me, uma vez mais, dos ensinamentos de Darcy Azambuja:

“Desde os primeiros anos deste século, em grande número de Estados, principalmente os do Oeste, o *referendum* foi estendido a todas as leis, desde que em cada caso o solicite um certo número de eleitores, que nunca é muito elevado, variando de 5 a 8 por cento do eleitorado. Cerca de 30 Estados praticam o *referendum* geral, para todas as leis, e tudo faz crer que os demais seguirão de perto essa prática”.²⁰

Pelo exposto, a controvérsia em torno dos institutos do plebiscito e do referendo dá-se no

¹⁹ Ibidem. p. 126.

²⁰ AZAMBUJA, op. cit., p. 227.

plano da história e se reflete nos dias de hoje, em termos doutrinários e de direito constitucional. Desde a simples terminologia, a diversidade conceitual, até os alcances de sua aplicação, nada há de consentâneo quando se trata dos institutos do plebiscito e do referendo. Nesse particular, parece que ainda não descemos da Torre de Babel.

2.3. Questões práticas

Tendo em vista a controvérsia, no âmbito da doutrina e da história, sobre a conceituação de plebiscito e referendo, valho-me da lição de Gláudio Gemma (“os dois termos são, a rigor, sinônimos”) e opto por defini-los de maneira direta e objetiva: plebiscito e referendo são consultas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, cabendo diferenciá-los, tão-somente, quanto à ordem da convocação: o plebiscito há de sê-lo com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido; e o referendo, ao revés, com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, requerendo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Reporto-me, uma vez mais, a Gláudio Gemma:

“Sob o aspecto normativo, poder-se-á apresentar uma definição de plebiscito que o distinga do *referendum*; a partir daí, qualificar-se-ão ou não como plebiscitos as votações populares historicamente verificadas, se, por suas conotações, entrarem ou não na definição pré-escolhida. Mas, sob o aspecto descritivo, é de registrar a falta de uma definição unívoca de plebiscito que o diferencie do *referendum*.”²¹

Assim sendo, evoco a conceituação dada pelo eminente Professor José Afonso da Silva, e deixo à norma jurídica o encargo de definir o que a doutrina, ao longo dos séculos, não logrou fazer-lo com precisão.

Os percalços, no entanto, continuam. Não é pacífico que se possa recorrer ao plebiscito ou referendo na hipótese de emenda à Constituição. O argumento básico é o de que a própria Lei Maior estabelece o processo a ser respeitado quando se pretenda alterá-la; procedimento esse que configura uma cláusula pétrea implícita. A contraditar essa tese, cabe, desde logo,

lembrar que a Constituição de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, proclamou: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”. Ora, considerando-se que a soberania popular pode ser exercida mediante plebiscito e referendo (art. 14, incisos I, II, CF) – vale dizer *diretamente pelo povo* –, que razão mais forte há para justificar o argumento de que a Constituição não pode ser emendada por meio desses institutos? Cabe insistir – porque ainda prevalece a cultura do sistema representativo puro – que agora o povo também exerce o poder *diretamente*. Por que é pacífico que o exercita por meio de seus *representantes eleitos* e se refugia que o faça de maneira direta, se o faz nos termos da Constituição mediante plebiscito ou referendo?

A tese da cláusula pétrea implícita também merece reparos. José Afonso da Silva preleciona, a respeito, com a clareza de sempre:

“Quanto às limitações implícitas ou inerentes, a doutrina brasileira as vinha admitindo, em termos que foram expostos por Nelson de Souza Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações naturais expressas que, por certo, tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas. É o caso, por exemplo, da Constituição Portuguesa que arrolou como limites materiais de sua revisão enorme relação de matérias (art. 290). Assim também, quando a Constituição Federal enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, há de se tomar essa postura como inadmitindo hipóteses de limitação implícita”.²²

Nos estudos de teoria geral do Estado, onde a matéria da democracia participativa é tratada em tese, não há objeções, por parte dos autores pátrios, à possibilidade de consulta popular abranger temas constitucionais.

Pode ser citada, em tal sentido, a opinião abalizada de Darcy Azambuja, que assinala, a propósito:

“Pode-se, ainda, distinguir o *referendum* constituinte, *quando versa sobre reforma ou emenda à Constituição*, do *referendum* legislativo, quando se refere a leis ordinárias”.²³

²¹ GEMMA, op. cit., p. 927.

²² SILVA, op. cit. p. 59-60.

²³ AZAMBUJA, op. cit., p. 224.

De igual forma, Dalmo Dallari, com o prestígio de seu magistério, preleciona:

“O *referendum* vem sendo largamente utilizado, atualmente, constituindo-se na consulta à opinião pública *para introdução de uma emenda constitucional* ou mesmo de uma lei ordinária, quando esta afeta um interesse público relevante”.²⁴

Pedro Calmon, dissertando sobre a consulta popular, observa que, nas reformas que significam alteração sensível do Estado:

“Não pode ser posta em dúvida a sua constitucionalidade nos regimes que – a exemplo das Cartas de após-guerra – dizem-se *emanados do povo e em nome deles exercidos*. Nesta declaração há uma ressalva implícita ao princípio da representação. Como todo poder vem do povo e é desempenhado em seu nome, não contrariará o regime, nem lhe infringirá a sistemática, a interferência accidental do povo, nos casos que a requeiram. O *referendum* torna-se aí legítimo e lógico. Assegura equilíbrio oportuno; ou pelo menos o invoca”.²⁵

O eminente Professor Fábio Comparato, analisando a matéria à luz da Constituição vigente, confirma a tese sustentada por tão ilustres mestres:

“Havendo a Constituição de 1988 admitido o exercício direto da soberania popular como princípio, a sua exclusão, para as emendas de revisão, dependeriam de uma norma explícita. Como esta não existe, deve-se concluir que toda e qualquer reforma da Constituição pode ser ratificada – como também iniciada – pelo voto popular. Seria, no entanto, da maior conveniência que este princípio constitucional implícito fosse declarado e regulado por lei complementar”.²⁶

Na XIV Conferência Nacional dos Advogados do Brasil, realizada em Vitória, em setembro de 1992, Fábio Comparato reafirmou seu ponto de vista anteriormente manifestado, em confronto aberto com a tese defendida pelo consagrado jurista português Jorge Miranda:

“Entendemos que a manifestação da soberania popular, quer de modo direto,

quer mediante o mecanismo representativo, é um verdadeiro princípio constitucional substantivo, e não adjetivo, para retomarmos a classificação proposta pelo Professor Jorge Miranda. Ora, ainda que se considere que as manifestações diretas de soberania popular estão em nível igual e não superior ao exercício dessa soberania por intermédio de representantes, *não se pode negar que a equivalência constitucional de ambas impede que se considerem admissíveis o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, unicamente quando previstos de modo expresso e pontual no texto da Constituição*. Seria isto colocar tais mecanismos de democracia direta em posição basicamente inferior à representação popular. A fórmula final do dispositivo contido no art. 1º, parágrafo único – “nos termos desta Constituição” –, significa, pois, simplesmente, que as formas diretas de soberania popular são aquelas três indicadas na Constituição”.²⁷

Cabe ainda relembrar, com riscos de ser repetitivo, que o Professor José Afonso da Silva (com toda a autoridade de um dos mais festejados constitucionalistas do país) tampouco objeta o uso do plebiscito ou do referendo em matéria constitucional, como já deixei claro ao transcrever seus ensinamentos pertinentes, recolhidos de seu consagrado *Curso de Direito Constitucional Positivo*.

A Constituição de Portugal (segunda revisão, 1989) proibiu o emprego do referendo em matéria constitucional, como se lê em seu art. 118, inciso 3:

“São excluídos do âmbito do referendo, designadamente, as alterações à Constituição, as matérias previstas nos artigos 164º e 167º da Constituição e as questões e atos de conteúdo orçamental, tributário ou financeiro”.

De todo modo, antes mesmo da referida Revisão, já era acesa a polêmica sobre a possibilidade de, mediante referendo, alterar-se a Constituição. A combater a tese favorável, destacaram-se sempre dois eminentes juristas – Jorge Miranda e José Joaquim Gomes Canotilho, catedráticos das prestigiosas Universidades de Lisboa e de Coimbra, respectivamente, nos quais se apoiam os que por aqui sustentam tese

²⁴ DALLARI, op. cit., p. 135.

²⁵ CALMON, Pedro. *Curso de teoria do estado*. Freitas Bastos, 1958. p. 286.

²⁶ COMPARATO, Fábio. Emenda e revisão na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 93, p. 128, 1990.

²⁷ COMPARATO, Fábio. In : Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 14, 1992. *Anais*. OAB, 1992. p. 52.

igual. Segundo eles, *exabundantia*, é inadmissível a reforma constitucional, conseqüente de referendo ou plebiscito, *extra constitutione*, vale dizer, quando não expressamente consagrados na Lei Fundamental.

No que se refere à abrangência do plebiscito ou referendo, incidindo sobre matéria legislativa *strictu sensu*, não conheço objeções que lhe tenham sido levantadas; e no tocante a atos administrativos, retomo as ponderações de Gládio Gemma e reitero que tudo dependerá da normatividade que se venha a adotar. Na Suíça, mediante o referendo de ratificação, o povo interfere nas decisões do “Grande Conselho que implicam despesa total de mais de um milhão de francos para um item; nas decisões de empréstimo destinadas a reembolso de dívidas existentes; nos aumentos de impostos além de um certo limite”.²⁸ Não vejo por que não possa o povo, em convocação plebiscitária ou em referendo, aprovar ou rejeitar a venda da Companhia Vale do Rio Doce, que o Governo se apresta a fazer, no exercício dos poderes imperiais que o sistema presidencialista lhe confere.

Definidos os institutos do plebiscito e do referendo, aclarando, inclusive, com precisão seus alcances, cabe esclarecer quem há de ter o poder de iniciativa para convocá-los. A Constituição Federal, em seu art. 49, estabeleceu: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XV – autorizar referendo e convocar plebiscito”. O texto é claro como água: cabe aos parlamentares – Deputados Federais e Senadores – a prerrogativa da convocação, conforme o procedimento pertinente. Ora, para que seja efetiva sua competência exclusiva, o Congresso Nacional precisa valer-se de “decreto legislativo”, exatamente porque – segundo definição de Pontes de Miranda – ele constitui a lei “a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção (promulgação ou veto)”.²⁹

De acordo com os Projetos de Lei nº 3.589/93 e nº 3.876/93, a convocação pode ser proposta, facultativamente, por qualquer dos vários atores políticos, desde o Congresso Nacional, ao Presidente da República, às

Assembléias Legislativas, ao próprio povo, observados determinados requisitos. Essa formulação, entretanto, embora pela sua abrangência seja mais democrática, extrapola o limite rígido do art. 49, XV, já referido.

Com efeito, suponha-se a hipótese do Presidente da República propondo a convocação plebiscitária. Se lhe couber essa iniciativa, é evidente que passa a ser parte desse processo, à semelhança do que se dá na elaboração das leis ordinárias e complementares. O Presidente da República torna-se, no caso em espécie, “colaborador” do Poder Legislativo. Como conciliar o Decreto Legislativo – cuja elaboração nasce e morre no âmbito do Congresso Nacional – com a faculdade do Presidente da República formular proposta plebiscitária?

Pode-se argumentar que, apresentada a proposição por qualquer dos atores políticos (previstos nos PLs nº 3.589/93 e nº 3.876/93), o Congresso Nacional, ao dar-lhe curso, na realidade estaria assumindo a competência que lhe é própria. Mas, a rigor, o sofisma não se sustenta. Não há como recusar: a competência exclusiva se confunde com a iniciativa de propor. Nem é outro o ensinamento de Pedro Calmon:

“Iniciativa é proposta. É faculdade de indicar a proposição, e fazê-la discutida. Traduz-se no primeiro ato da elaboração legislativa: a apresentação do projeto. É por onde começa a colaboração para a feitura das leis”.³⁰

É verdade que, em certos casos, a “competência exclusiva” do Congresso Nacional pressupõe iniciativa do Poder Executivo. Por exemplo: “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais” (CF, art. 84, VIII). Mas, a Constituição Federal também estabelece, como competência privativa do Presidente da República: “celebrar tratado, convenções e atos internacionais” e ainda os sujeita à concordância do Congresso Nacional (art. 84, VIII – CF). São atos que se completam; são competências que se interdependem. Não se encontra nada semelhante em relação à prerrogativa de “autorizar referendo e convocar plebiscito”, própria do Congresso Nacional.

De igual modo, descarto a extensão propositiva dos projetos de lei mencionados, embora me seduza a sua visão democrática, indutiva

²⁸ CINTRA, Antonio Octávio. *Instruções da democracia direta no contexto da democracia representativa*. Brasília : Assessoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 1992. p. 25.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. Revista dos Tribunais, t. 3, p. 142.

³⁰ CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Freitas Bastos, 1947. p. 159.

de uma participação popular mais ampla. Mas como assegurar ao povo, mediante requerimento, a iniciativa de propor convocação de plebiscito? Se o “decreto legislativo” é o instrumento adequado a regular “as matérias da exclusiva competência do Poder Legislativo” (Regimento Interno, art. 109, inciso II), como pode a cidadania intervir na convocatória plebiscitária? Pode fazê-lo como petição, é claro; no exercício da pressão social. Mas isso escapa à normatividade, a que nos dedicamos, buscando regulamentar o art. 14, incisos I, II e III da Constituição Federal.

Ao longo da discussão de meu parecer, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o nobre Deputado Vicente Cacionne fez-me justificada ponderação a respeito do inciso XV do art. 49 da Lei Maior: “autorizar referendo e convocar plebiscito”. A simples interpretação léxica, centrada nos verbos “autorizar” e “convocar”, sugere dinâmicas diferenciadas para os dois institutos. Se o legislador constituinte refere-se a “autorizar referendo”, é legítimo presumir-se que a iniciativa de propor o referendo cabe a outro ator político, cumprindo o Congresso Nacional o papel de autorizá-lo ou não. Confesso que, debruçado sobre o texto constitucional, já havia tentado decifrar esse enigma em vão. Por não conseguir, dei à matéria o tratamento que me parece coerente com o conjunto das normas que, direta ou indiretamente, dizem respeito a ela.

Repiteo o trajeto de minha análise. Se ao Congresso Nacional compete “autorizar”, devo entender que o Presidente da República assume a iniciativa da proposição. Respeitada a sistemática constitucional, há de formular a proposta mediante projeto de lei ordinária, dado que o decreto legislativo – como já ficou visto – é prerrogativa exclusiva do Congresso Nacional. Concluída a tramitação do projeto enviado pelo Poder Executivo, aprovado ou não, ele sobe à sanção presidencial. Como dizer-se que, com esse procedimento, respeitou-se o art. 49 da Constituição, inciso XV, para o qual “autorizar referendo” é da “competência exclusiva do Congresso Nacional”?

Não há voltas a dar. Além da iniciativa (“o primeiro ato da elaboração legislativa”) ter passado a ser, na hipótese que formulo, do Presidente da República, a ele também vai caber o ato final mediante a sanção. Há, por acaso, meio de reduzir o projeto governamental em simples “mensagem”, à maneira de sugestão? Só me imponho a indagação por excesso de zelo

analítico. Pois é evidente que não configuraria processo legislativo. Logo, se “autorizar o referendo” equivale a uma resposta à iniciativa do Presidente da República, a solene afirmação do art. 49 da Constituição perde sentido.

Pode-se ainda supor que a mencionada prerrogativa do Congresso Nacional (“autorizar o referendo”) vincula-se às seguintes atribuições do Presidente da República, previstas no art. 84 da Lei Maior: inciso VIII – “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a *referendo* do Congresso Nacional”; inciso XIX – “declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”; inciso XX – “celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional”. Mas, como é evidente, tudo não passa de esforço analítico: nos casos referidos, as expressões “referendo” ou “referendado” são tão somente sinônimos de “ratificação”, a ser exercida – como está expresso – pelo próprio Congresso Nacional.

A olhos vistos, o “referendo” (mencionado nos incisos acima transcritos) não se confunde com o “referendo” – instituto acolhido pela Constituição de 1988, como uma das modalidades de exercício da soberania popular – do qual só o povo, diretamente, pode ser o agente. Logo, não há de ser o jogo verbal (“autorizar” / “convocar”) do legislador constituinte, seguramente descabido, que anulará a análise sistemática da Constituição Federal: o plebiscito e o referendo são da iniciativa exclusiva do Congresso Nacional.

Ademais, não vejo por que, forçando a interpretação, outorgar-se-ia mais uma prerrogativa ao Poder Executivo, que já legisla por meio das medidas provisórias e que, valendo-se de eventual maioria parlamentar, poderia sufocar o Congresso Nacional recorrendo à prática do referendo popular, a um só tempo anulando-lhe os alcances democráticos e restaurando a prepotência cesarista, da qual a história está cheia de exemplos.

Não obstante os institutos do plebiscito e do referendo, como já ficou assinalado, significarem um grande avanço na organização democrática do país, é importante que não sejam banalizados, a cada instante convocados. Por isso, a meu ver, a iniciativa da proposta de decreto legislativo, formalizando a convocação,

deve ser subscrita, no mínimo, por um terço dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Recorro, assim, ao mesmo critério, constitucionalmente exigido, para a apresentação de emenda à Lei Maior. Contudo, a experiência parlamentar revela que, do mesmo modo que essa cláusula restritiva não impede o acúmulo de projetos de emendas constitucionais, é de receiar-se a prática abusiva de proposições plebiscitárias ou de referendos. Há de caber à Comissão Especial que lhes faça a triagem um papel saneador da maior importância e ao Plenário, a audácia de rechaçar o projeto descabido.

Sem dúvida, com essas mesmas preocupações, em mais de um dos projetos de lei já referidos, foi incluída a norma segundo a qual, para que seja aprovada a proposição convocatória, exige-se o voto da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A meu ver, entretanto, esse requisito não se coaduna com a regra implícita de *quorum simples* para a elaboração legislativa. O *quorum qualificado*, por ser norma de exceção, deve ter previsão constitucional, como resulta evidente nos casos de emenda à Constituição ou de votação de leis complementares.

Nesse sentido é a lição de Pinto Ferreira:

“A norma dominante na Constituição Federal é da maioria simples. A Lei Magna propõe a maioria qualificada em diversos momentos, quais sejam: 1º) rejeição pelas Câmaras Municipais do parecer prévio do Tribunal de Contas – decisão de dois terços (CF, art. 31, § 2º); 2º) aprovação de lei orgânica dos municípios (art.29, *caput*) e do Distrito Federal (art. 32) – dois terços das Câmaras Municipais ou das Câmaras Legislativas; 3º) convocação extraordinária do Congresso Nacional (art. 57) – maioria absoluta; 4º) aprovação da proposta de emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º) – maioria de três quintos; 5º) declaração de procedência de acusação de Presidente da República pela Câmara dos Deputados (CF, art. 85) – maioria de dois terços; 6º) rejeição de veto – maioria de dois terços (CF, art. 66, § 4º); 7º) eleição do Presidente da República no primeiro turno (CF, art. 77, § 2º) – maioria absoluta; 8º) aprovação

dos projetos de leis complementares (CF, art. 69) – maioria absoluta”.³¹

Se o legislador constituinte houvesse querido condicionar a convocação plebiscitária ou de referendo à aprovação por maioria absoluta, teria assim, explicitado, à semelhança dos exemplos citados. Pelo exposto, apesar de reconhecer que seria prudente a adoção do *quorum qualificado*, vejo-me na contingência de sustentar a tese da maioria simples como requisito para aprovação de projeto de decreto legislativo mediante o qual se convoque o plebiscito ou referendo.

2.4. Plebiscito específico

Por outro lado, cabe assinalar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 18, § 3º, prevê a hipótese de os Estados incorporarem-se entre si, subdividirem-se ou desmembrarem-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais. Para tanto exige que se atendam três condicionantes: “aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito”; e aprovação do “Congresso Nacional, por lei complementar”; ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas, nos termos do art. 48, inciso VI, da Constituição Federal.

Cabe acrescentar que, nos casos referentes a Municípios (criação, incorporação, fusão e desmembramento), deve ser preservada a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, tudo em decorrência de lei estadual, “obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual,” e dependendo “de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas” (CF, art. 18, § 4º).

Impõe-se, desde logo, que se qualifiquem as expressões “populações diretamente interessadas”, relativas ao art. 18, § 3º e 4º da Constituição Federal, já que se têm prestado a controvérsias jurídicas. Com efeito, não raro se tem sustentado que a consulta popular – em repartição de município, por exemplo – circunscreva-se à população que propugna pelo desmembramento de determinada área. Os Projetos de Lei nº 4.160/89 e nº 4.137/93, com clareza exemplar, corrigem a mencionada deformação hermenêutica, na mesma linha de

³¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 2, p. 505.

pensamento que o eminente jurista Geraldo Ataliba sustentava:

“A interpretação sistemática também conduz à insuperável necessidade de serem ouvidas as populações, tanto do município desmembrado quanto do futuro, resultante do desmembramento”.

Sem lugar a dúvida, o plebiscito – com a função específica prevista no art. 18 e § 3º da Constituição Federal – é tão-somente autorizativo. A Lei Maior é expressa: além da vontade favorável da população interessada, impõe-se “a aprovação do Congresso Nacional”. Aliás, em tudo semelhante ao que determinava a Constituição de 1946, em seu artigo 2º :

“Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados, mediante voto das respectivas assembléias legislativas, plebiscito das populações diretamente interessadas e aprovação do Congresso Nacional”.

Trata-se, portanto, de um ato complexo, como assinala J. Cretella Jr. Ou seja: o plebiscito é um requisito necessário, mas não suficiente. Na primeira abordagem do tema, parece contraditório: recorrer-se ao povo, em consulta plebiscitária – ao povo que é o poder constituinte originário – e, não obstante, subordinar sua aprovação à decisão conclusiva do Congresso Nacional. Carlos Maximiano, em seus *Comentários à Constituição Brasileira* (1946), referindo-se à questão em análise (art. 2º CF 1946), assim se expressa:

“O estatuto de 1946 adotou o sistema bastante usado nos domínios do Direito Internacional – o do plebiscito, ao qual concorram as populações diretamente interessadas na adoção ou rejeição da medida planejada. Vencedora a inovação, nos meios locais, por um dos processos indicados, o Congresso Nacional dá a *última palavra*, votando depois de amplo debate”.³²

Dando dimensão maior à matéria sobre a qual se está discorrendo, Pontes de Miranda, em uma de suas lições de mestre, assim se pronuncia:

“O plebiscito funciona aí, como democracia direta, sucedâneo da dupla votação por Assembléias consecutivas,

que desapareceu. A aprovação pelo Congresso Nacional é de exigir-se, *de lege ferenda e de lege lata*, porque, sem ela, poderia dar-se que Estados-membros, facciosos e separatistas, vissem na fusão o primeiro passo para supremacia ou secessão, ou que dualidades partidárias ou de governo chegassem a subdivisões como recurso de acordo. Se, nos outros Estados (Estados Unidos da América, República Argentina), é indispensável tal aprovação, e assim se justifica plenamente a regra, na sua parte final, mais ainda no Brasil que, *historicamente*, concedeu às antigas Províncias que se fizessem Estados-membros, em vez de nascer das antigas Províncias”.³³

Ou seja, como justifica o eminente constitucionalista: “A aprovação pelo Congresso Nacional resulta do princípio da federatividade”.³⁴

A Primeira Constituição Republicana, em seu art. 4º, estabelecia:

“Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se, para se anexar a outros ou formar novos Estados, mediante aquiescência das respectivas assembléias legislativas, em duas sessões anuais sucessivas, e aprovação do Congresso Nacional”.

João Barbalho, o grande comentarista da Constituição de 1891, doutrina sobre a questão em análise da seguinte forma:

“A reunião de dois ou mais Estados para constituir um só (incorporação), a divisão de algum deles quer para anexação de uma parte de seu território ao de outro, quer para da porção separada formar-se um novo Estado, são operações políticas, que não só entendem com o direito dos cidadãos dos Estados a que crescerem ou de que se desmembrarem partes ou que se reduzirem a um só, mas também interessam à União, de que eles são membros”.³⁵

Diz ainda o emérito constitucionalista:

“Há, em todos os casos deste artigo, submissão de cidadãos, do povo, a auto-

³³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1950. p. 381.

³⁴ *Ibidem*. p. 380.

³⁵ BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira : comentários*. Rio de Janeiro : Briguiet, 1924. p. 24.

³² MAXIMIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira, 1946*. São Paulo : Freitas Bastos, 1954. v. 1, p. 177.

ridades a que dantes não estavam sujeitos e também perda ou acréscimo de território. E isto envolve ato de soberania; pelo que torna-se necessária manifestação afirmativa da vontade popular. Essa manifestação a Constituição proporcionou fosse feita por intermédio dos corpos legislativos dos Estados interessados, e pelo Congresso Federal.”³⁶

Justifica-se, pelo exposto, a interferência do Congresso Nacional nos casos previstos pelo art. 18, § 3º – da Constituição de 1988: são Estados a alterarem a sua configuração geopolítica, com riscos de uma repercussão direta no próprio pacto federativo. É legítimo, portanto, que o Congresso Nacional diga a última palavra, desde que as populações diretamente interessadas, mediante plebiscito, já tenham dado a sua aprovação e tenham sido ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas.

Afora razões de ordem política, que envolvam a unidade federativa, o surgimento de novos Estados – por qualquer das modalidades previstas na norma constitucional – demanda a análise de vários aspectos de ordem administrativa, social, econômica e financeira, difíceis de serem avaliados na consulta popular e que não podem deixar de sê-lo, sob pena de as populações abrangidas se exporem a uma aventura danosa a seus interesses. Sem dúvida, essa é uma razão de ser a mais da cautela do legislador constituinte ao impor, além da consulta plebiscitária, a aprovação do Congresso Nacional por lei complementar.

Assim sendo, o plebiscito, em nossas instituições jurídicas, assume duas modalidades: a de ordem geral, que abrange questões de relevância e de âmbito nacionais, cuja resposta popular configura decisão que obriga o Poder Legislativo ou o Poder Executivo; e a de ordem específica, que atende às hipóteses previstas no art. 18, § 3º, da Constituição Federal, com função autorizativa.

Nem o Projeto de Lei nº 3.589/93, oriundo do Senado Federal, nem os que lhe foram pensados na Câmara dos Deputados detiveram-se na análise dessa dicotomia do plebiscito, conforme resulta incontornável da Constituição de 1988. Se prevalece a tese que venho de esboçar, a lei que a regulamentar deverá contemplar um procedimento comum – em termos de iniciativa da consulta plebiscitária, mediante decreto legislativo – para ambas as modalidades plebiscitárias; bifurcando-se, uma

vez proclamada a aprovação popular, em ato conclusivo ou em projeto de lei complementar.

3. Iniciativa popular

3.1. Novidade constitucional

Pela primeira vez, o instituto da “iniciativa popular” se insere na Constituição da República. Não obstante sua enorme significação política, não foi objeto dos Projetos de Lei nº 1748/91 e nº 4.137/93, além de ter sido tratada nas demais proposições sem maior criatividade.

O Senador Nelson Carneiro, em seu Projeto de Lei do Senado nº 5/91 – que foi um dos lastros fundamentais do Projeto de Lei nº 3.589/93 –, destaca que a

“iniciativa popular tem sido um mecanismo muito disseminado. Nos Estados Unidos é admitida para leis locais e estaduais e até se formaram organizações especializadas, transformando-a (ou deformando-a) numa espécie de *lobby* profissionalizado. É comum em países capitalistas e socialistas. Tem sólida experiência na Suíça. No Brasil, tinha escassas práticas localizadas e, antes da Constituição de 1988, não fora aplicada no âmbito federal”.

José Afonso da Silva – que propugnou pela adoção da iniciativa popular no âmbito da Comissão Afonso Arinos – lamenta que ela não tenha sido acolhida “em matéria constitucional”. O Senador Nelson Carneiro, na justificativa de sua proposição, dá-nos um testemunho valioso:

“No processo constituinte de 1987/88, entre nós, tornou-se um instrumento de ampla aplicação. Neste processo foram formuladas 122 propostas de iniciativa popular, das quais 83 cumpriram as disposições regimentais (mínimo de 30.000 assinaturas e três entidades responsáveis) e foram, como tais, oficialmente admitidas. Tiveram influência na redação do texto constitucional”.

A Constituição Federal, ao contrário do silêncio que guardou com as instituições do plebiscito e do referendo, traçou as linhas fundamentais da iniciativa popular:

“pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de *projeto de lei* subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo

³⁶ Ibidem. p. 24.

menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

A iniciativa popular não é instrumento hábil a que se recorra para a reforma constitucional. E está contida, como todo o processo legislativo, pelas normas de caráter proibitivo da Lei Maior. No mais, está a serviço da capacidade inovadora da cidadania.

O Deputado Sigmaringa Seixas, preocupado em dar maior espaço ao conceito de iniciativa popular, incorpora à sua proposição normas regulamentadoras dos artigos 37, § 3º ; 58, § 2º, inciso IV e 197 da Constituição Federal, assegurando a cada cidadão “o direito de reclamar contra irregularidades na prestação de serviços públicos”.

A olhos vistos, a matéria escapa do âmbito da iniciativa popular, conforme a conceitua o art. 61, § 2º, da Constituição Federal: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei”. Trata-se, pois, de um instituto da democracia participativa: o povo assumindo a iniciativa do processo legislativo. Ora, isso em nada se confunde com o “direito de reclamar contra irregularidades na prestação de serviços públicos”.

Contudo, da norma constitucional salta uma dúvida: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação de projeto de lei”. De certo modo, soa como uma prescrição exemplificativa: *pode* ser exercida por meio de um projeto de lei. Mas, também, acaso pode mediante outro procedimento? Ou seja: é dado, ao legislador ordinário, criar outras modalidades de iniciativa popular, nos limites do ordenamento constitucional. De todo modo, opto – em nome da técnica legislativa – por não misturar alhos com bugalhos: os artigos da Constituição Federal referentes à prestação de serviços públicos merecem ser disciplinados à parte do projeto em estudo.

Entre as sugestões apresentadas pelo Deputado José Genoíno – em seu voto em separado – que a rigor configuram um Substitutivo, merece acolhida pelo seu caráter prudencial a seguinte:

“projeto de lei de iniciativa popular que atender ao disposto no *caput* deste artigo não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação”.

3.2. Doutrina e direito comparado

Darcy Azambuja, em sua *Teoria Geral do Estado*, destaca que:

“A iniciativa popular aproxima-se ainda mais da democracia direta. Pelo *referendum*, a lei elaborada pelo Parlamento adquire força obrigatória; pela iniciativa popular, o Parlamento é obrigado a elaborar uma determinada lei. Se um certo número de eleitores se manifesta pela necessidade de uma certa lei, o Parlamento fica juridicamente obrigado a discuti-la e votá-la. Geralmente, a lei votada pelo Parlamento em consequência da iniciativa popular é submetida ainda a *referendum*”.³⁷

A iniciativa popular, conforme o nível de sua elaboração, classifica-se em : *articulada* ou *por moção*. Na primeira, o projeto subscrito pelo povo é apresentado, como é de praxe no Legislativo, mediante sucessão de artigos que conformam a proposição; na segunda, isto é *por moção*, equivale a uma petição mediante a qual a cidade pleiteia, junto ao Parlamento, a elaboração de um projeto de lei sobre assunto que vai especificado.

A *iniciativa popular* é usual na Suíça, assim como o *referendum* e o voto popular:

“A Constituição Federal de 1874, pela revisão de 1891, admite a *iniciativa popular* para a sua reforma, mas não a obrigou em matéria de leis ordinárias. Nos cantões, ao contrário, a *iniciativa popular* é largamente aplicada na elaboração das leis ordinárias”.³⁸

Curioso observar que os projetos de lei – de iniciativa popular – podem ser submetidos a *referendum*, como se o legislador quisesse testar até onde a vontade da cidadania respalda determinada proposição. Não disponho de dados atuais, porém recolho o exemplo que figura na mencionada obra de Darcy Azambuja:

“Em 1920, no cantão de Zurique, o povo reprova por enorme maioria a lei do voto feminino, feita na Assembléia por iniciativa popular”.³⁹

Com a mesma ressalva de a referência ao fato reportar-se a décadas, refiro-me a outra aparente resistência a projetos legislativos oriundos do povo:

“Na Alemanha, até 1932, foram 7 os

³⁷ AZAMBUJA, op. cit. p. 224.

³⁸ *Ibidem*. p. 226.

³⁹ *Ibidem*. p. 232.

projetos emanados da *iniciativa popular*, e somente 2 foram aprovados em *referendum*, ao passo que de 36 elaborados pelo Parlamento, 28 mereceram a sanção popular”.⁴⁰

Vale lembrar que a *iniciativa popular* é um projeto que tem a respaldá-lo um determinado número de cidadãos que o subscrevem. Ao ser submetido a *referendum*, uma vez aprovado no Parlamento, está sujeito à análise de um universo muito mais amplo. É compreensível que certos temas, ainda não acolhidos pela grande maioria, logrem brechar as eventuais resistências no Parlamento e ainda não o consigam perante as amplas decisões da sociedade. É o caso, suponho, do rechaço ao direito de voto feminino, ocorrido em Zurique, em 1920.

Como se vê, a *iniciativa popular* pode, exatamente, cumprir o papel vanguardeiro, como instrumento político que vai rompendo as barreiras ou determinados interesses sociais, representativos de privilégios ou de preconceitos.

Nos Estados Unidos, onde a democracia participativa também se desenvolveu amplamente, o instituto da *iniciativa popular* tem a sua presença institucional significativa. Ela pode configurar-se como

“*iniciativa direta*, pela qual o projeto de constituição ou de lei ordinária contendo a assinatura de um número de eleitores deve, obrigatoriamente, ser submetido à deliberação dos eleitores nas próximas eleições; e *iniciativa indireta*, que dá ao Legislativo estadual a possibilidade de discutir e votar o projeto proposto pelos eleitores, antes que ela seja submetida à aprovação popular”.⁴¹

4. Procedimento regimental

4.1. Regimento Comum do Congresso Nacional

A definição dos prazos, a que se devem conter os autores, na iniciativa de consulta plebiscitária e de referendo é de uma relevância que salta aos olhos. No plebiscito, tudo está em que, ao ser formalizado, tenha o condão de sustar a tramitação de projeto legislativo ou de medida administrativa que se relacione diretamente com o objetivo da consulta popular,

aguardando o resultado das urnas, quando mais não seja por uma questão de economia processual. No caso do referendo, que pressupõe ato legislativo ou administrativo, anteriormente assentado, o prazo há de ser de uma brevidade sensata, de modo que se tenham conseqüências, dificilmente contornáveis, se acaso o povo rejeitar as medidas que lhe forem submetidas à consulta.

Todo procedimento, aliás, está a reclamar normas que agilizem a tramitação dos decretos legislativos, dada a natureza dos institutos em análise, inclusive o projeto de *iniciativa popular*. Mas devem ser definidas mediante reforma do Regimento Interno do Congresso Nacional, mediante projeto de resolução. Como bem acentuou o Deputado Aloysio Nunes Ferreira, Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, ao ensejo da discussão de meu Parecer, não tem cabida proceder a alteração regimental por meio do projeto de lei ordinária, ora em curso. Dado que o Regimento Interno é prerrogativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, em cada caso respectivo, a espécie normativa para efetuar a Reforma é o projeto de resolução, que independe de sanção do Presidente da República. Pelo exposto, deixo de incluir no Substitutivo as regras de tramitação, que hão de ser apresentadas, a seu tempo, em competente emenda ao Regimento Interno do Congresso Nacional.

4.2. Substitutivo Almino Affonso

Por tudo quanto se vem de expor, à falta de critérios doutrinários uniformes ou de experiência nacional que nos possa guiar, evocando o conselho de Gládio Gemma, considero legítimo que, livremente, sem peias conceituais, adotemos o que nos pareça mais adequado ao avanço da democracia participativa entre nós.

Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.589/93

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º – A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:

- I) plebiscito;
- II) referendo;
- III) iniciativa popular.

Art. 2º – Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ DALLARI, op. cit., p. 136.

relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º – O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º – O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Art. 3º – Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta lei.

Art. 4º – A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas.

§ 1º – Proclamado o resultado da consulta plebiscitária, sendo favorável à alteração territorial acima prevista, o projeto de lei complementar respectivo será proposto perante qualquer das Casas do Congresso Nacional.

§ 2º – À Casa perante a qual tenha sido apresentado o projeto de lei complementar, referido no parágrafo anterior, compete proceder a audiência das respectivas Assembléias Legislativas.

§ 3º – O Congresso Nacional, ao aprovar a lei complementar, tomará em conta os aspectos administrativos, financeiros, sociais e econômicos dos Estados ou Territórios afetados.

Art. 5º – O plebiscito, em caso de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, será convocado de acordo com os requisitos previstos em lei complementar estadual e aprovado pela população diretamente interessada, preservando-se a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano.

Art. 6º – Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade com a Constituição Estadual ou respectiva Lei Orgânica.

Art. 7º – Nas consultas plebiscitárias previstas nos artigos 4º e 5º entende-se por população diretamente interessada tanto a do território que se pretende desmembrar, quanto a do que sofrerá desmembramento; em caso de fusão ou anexação, tanto a população da área que se quer anexar quanto a da que receberá o acréscimo; e a vontade popular aferir-se-á pelo percentual que se manifestar em relação ao total da população consultada.

Art. 8º – Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição:

a) fixar a data da consulta popular;
b) tornar pública a cédula respectiva;
c) expedir instruções para a realização do plebiscito ou referendo;

d) assegurar gratuidade aos partidos políticos, nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, para a divulgação de seus postulados referentes à matéria em questão.

Art. 9º – Convocado pelo plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não-efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado.

Art. 10 – O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Art. 11 – O referendo pode ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação de lei ou adoção de medida administrativa que se relacione de maneira direta com a consulta popular.

Art. 12 – A tramitação dos projetos de plebiscito e referendo obedecerá às normas do Regimento Comum do Congresso Nacional.

Art. 13 – A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei ordinária à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento

do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º – O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º – O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

§ 3º – É vedada a iniciativa popular nas matérias da competência exclusiva do Presidente da República, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Art. 14 – A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos da presente lei, dará seguimento à iniciativa popular, consoante às normas do Regimento Interno.

Art. 15 – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 16 – Revogam-se as disposições em contrário.

5. Conclusão

Pinto Ferreira, referindo-se às instituições do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, ponderou que a “Constituição Brasileira de 1988 permitiu uma pequena infiltração da democracia direta”.⁴²

Com a devida vênia, o eminente jurista não alongou a visão além do horizonte. Começo assinalando o fato de que a Constituição Federal – como nenhuma outra, de quantas pude compulsar –, ao cimentar os princípios fundamentais em que se apóia, proclamou como enunciado básico: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal). A democracia representativa abre espaço à participação direta do povo, o que significa verdadeira revolução política.

É certo que, na prática de nossos dias, pela inorganicidade social que ainda nos caracteriza, os instrumentos da democracia participativa, recém-incorporados ao ordenamento constitucional, parecem esgotar-se em simples declaração. Prefiro, no entanto, entrevê-los no amanhã quando os homens – sem a prevalência dos privilégios da minoria – “se comunicarem instantaneamente, mediante sistemas integrados que lhes captem a opinião, o próprio voto”.⁴³

Sei que pode parecer utópico. Contudo, eu me pergunto:

“O caráter excludente da tecnologia, pelo elitismo que encarna, não estará em algum tempo mais se transformando em espaço aberto à participação política? Supondo que a tecnologia torne possível o cenário entrevisto, é hora de ir aprimorando as instituições políticas, ao menos para que, no momento oportuno, o descompasso entre técnica e política não seja tão grande”.⁴⁴

⁴² FERREIRA, op cit., p. 188.

⁴³ AFFONSO, Almino. *Parlamentarismo, governo do povo*. São Paulo : Letras e Letras, 1993. p. 182.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 182.

A educação nos 50 anos da Constituição de 1946

EDIVALDO M. BOAVENTURA

SUMÁRIO

1. Avanços e retrocessos nas relações Estado/educação. 2. A ampliação dos dispositivos sobre educação na Constituição de 1946. 3. Políticas educacionais de 1946 a 1988.

Ao longo do processo constitucional, de 1823 a 1988, podem-se identificar certos efeitos para a educação nas Constituições, especialmente a abertura do ciclo das diretrizes e bases da educação nacional. Dos antecedentes e dos conseqüentes, algumas questões são suscitadas.

1. Avanços e retrocessos nas relações Estado /educação

Maria Regina Machado de Campos e Maria Aparecida de Carvalho identificam o relacionamento Estado/educação a partir da Constituição de 1934, deixando de lado as duas primeiras cartas, tanto a Imperial de 1824 como a Federalista de 1891.¹ De fato, somente com o belo edifício erguido em 1934, começou-se a ter algo de sistemático sobre educação e direitos sociais na Constituição; expressamente nomearam-se os sistemas educativos.

Dentro do espírito deste capítulo, cabe ajustadamente a sábia pergunta de Cleiton de Oliveira:

“Por que analisar o “Capítulo Educação” das Constituições brasileiras? Para alguns o estudo deveria limitar-se à Constituição em vigor. Para outros tratar-se-ia de mero exercício de curiosidade histórica. Não concordamos com

Edivaldo M. Boaventura é Ph.D., Professor da Faculdade de Educação da Universidade Federal da Bahia, membro do Conselho Estadual de Educação da Bahia e da Academia Brasileira de Educação.

¹ A EDUCAÇÃO nas Constituições brasileiras : 1934, 1937, 1946, 1969, 1988. São Paulo : Pontes, 1991.

essas posições. Entendemos que esse estudo tem sua razão de ser. Ele é revelador do produto dos embates de diferentes correntes, de posições antagônicas, de concepções que prevaleceram, dos avanços possíveis ou dos retrocessos nas relações Estado/Educação em diferentes períodos de nossa história”.²

A citação ajuda bastante a concretizar os objetivos deste capítulo. A história da educação nacional testemunha, verdadeiramente, “embates de diferentes correntes, de posições antagônicas, de concepções que prevaleceram, dos avanços possíveis ou dos retrocessos nas relações Estado/educação”. É um bom exemplo a gratuidade da educação primária, que surgiu, resplandecentemente, na Carta outorgada por Pedro I e desapareceu na Constituição revisada por Ruy Barbosa. Avanços e recuos, portanto.

A vida constitucional brasileira, de 1823 a 1988, vai como que se aperfeiçoando com a promulgação dos textos constitucionais. Avanços e retrocessos da educação se efetivam em períodos e momentos fortes. Com poucos enunciados, a Carta Imperial de 1824, orleanista, como bem a caracterizou Vamireh Chacon,³ previu a gratuidade da instrução primária para todos os cidadãos e dispôs sobre “colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das Ciências, Belas Artes e Artes”. A Lei Fundamental de 1891 é uma Constituição apenas política. Para José Afonso da Silva,⁴ “construíra-se formoso arcabouço formal”, com clareza e limpidez verbal. Na mudança da forma do Estado, de unitário, bragantinamente concebido e defendido, para federal, este centrou-se no modelo norte-americano, complementado também com a mudança na forma de governo, de monarquia para república e, no regime, de parlamentarista para presidencialista. Competia ao Congresso Nacional legislar sobre o ensino superior, criar instituições deste nível e estabelecimentos secundários nos Estados. E mais, leigo era o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. Os críticos da barbosiana Constituição de 1891 consideraram que o mínimo de Estado parava formalmente sobre o País; enquanto isso, formavam-se, nas bases, blocos de poder com

a política dos governadores.

Considere-se a conclusão de Jamil Cury, ao discutir a reduzida presença da educação no texto marcadamente positivista de 1891: a educação estava embutida no estatuto civil do cidadão.⁵ A educação, aliás, está presente ou latente de várias maneiras em uma Constituição. Arval A. Morris, por exemplo, escreveu uma importante obra sobre a Constituição e a educação à base de casos judiciais,⁶ quando é notório que a Constituição americana não fala, uma vez sequer, em educação.

Tanto a Constituição de 1824, como a sua co-irmã, a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, ambas outorgadas por Dom Pedro I,⁷ e, do mesmo modo, a Carta de 1892 são documentos políticos típicos de século XIX. As Constituições tomaram conteúdo mais real quando os direitos sociais passaram a ser incorporados. No particular, a Constituição de Weimar foi modelo para a Carta de 1934.

Apareceu, então, ao longo do processo constitucional brasileiro, um capítulo encimando educação e cultura, na Constituição de 1934, “em bases renovadoras e descentralizadoras, e prevendo a organização de um Plano Nacional de Educação”, por influência do Movimento dos Pioneiros da Educação Nova e graças à atuação dos Deputados Prado Kelly, Odilon Braga e Medeiros Neto, acrescentou Alberto Venâncio Filho.⁸ Em tudo isso, é destacada a Associação Brasileira de Educação (ABE), fundada em 1924. Católicos e liberais dialeticamente lutaram em planos ideológicos diferentes.

Antes da Constituição weimariana de 1934, a iniciativa de alguns Estados, promovendo reformas inovadoras, torna mais exigente a descentralização do ensino. Somente algumas indicações ilustrativas: no Ceará, Lourenço

⁵ IDEOLOGIA e educação brasileira : católicos e liberais : 1930-1945. São Paulo : Cortez, 1988.

⁶ THE CONSTITUTION and american education. St. Paul : West Publishing, 1974.

⁷ MENEZES, Paulo Braga de. *As Constituições outorgadas ao Império do Brasil e ao Reino de Portugal*. Rio de Janeiro : Arquivo Nacional, 1974. 87 p.; ARQUIVO NACIONAL (Brasil). *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Rio de Janeiro : Departamento de Imprensa Nacional, 1972.

⁸ O MANIFESTO dos pioneiros da Escola Nova : 1932. Rio de Janeiro : Companhia Brasileira de Artes Gráficas, 1989. p. 47.

² Ibidem. p. 9.

³ VIDA e morte das Constituições brasileiras. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 68.

⁴ CURSO de Direito Constitucional Positivo. 8. ed. rev. amp. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 73.

Filho; em Pernambuco, governo Estácio Coimbra, Carneiro Leão;⁹ na Bahia, gestão do governador Góes Calmon, Anísio Teixeira;¹⁰ em Minas Gerais, Francisco de Campos; em São Paulo, Lourenço Filho e Sampaio Dórea;¹¹ e, no Distrito Federal, na cidade do Rio de Janeiro, capital da República, Fernando de Azevedo.¹² Assim, quando a Carta de 1934 falava da competência dos Estados e Distrito Federal para organizar e manter sistemas educativos nos Territórios respectivos, estava em face de experiências concretas e inovadoras, em alguns Estados.

Por consequência, nas relações com as esferas da administração pública, os sistemas de educação marcaram a sua própria evolução a partir de 1934. Tais sistemas cresceram e diversificaram-se, acompanhando a nossa história constitucional, dando, dessa forma, conteúdo educacional à Federação instalada em 1981. Por essa Lei Maior, cabia à União: “organizar e manter, nos Territórios, sistemas educativos apropriados aos mesmos” (art. 150, c). De igual modo,

“Compete aos Estados e ao Distrito Federal organizar e manter sistemas educativos nos Territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União” (art. 151).

Já em 1934, foram vinculados percentuais de impostos à educação, sendo, para a União e Municípios, nunca menos de 10% e, para os Estados e o Distrito Federal, 20%.

A curta existência do Texto Constitucional de 1934 não impediu, porém, que as Constituições estaduais impulsionassem os seus sistemas de ensino. Tem-se, por exemplo, no Estado da Bahia, a criação de Secretaria e Conselho Estadual de Educação, a quem incumbia: “traçar o sistema de educação para ser adotado no Estado, em

⁹ CHACON, Vamireh. *Gilberto Freyre* : uma biografia intelectual. Recife : Massangana; São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1993.

¹⁰ TAVARES, Luís Henrique Dias. *Duas reformas da educação na Bahia* : 1895-1925. Salvador : Centro Regional de Pesquisas Educacionais, 1967. p. 52-63.

¹¹ DÓREA, Sampaio. A Constituição e a legislação de ensino. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 47, p. 364, 1952.

¹² PENNA, Maria Luiza. *Fernando de Azevedo*: educação e transformação. São Paulo : Perspectiva, 1987. p. 32.

harmonia com o plano nacional”.¹³

Pode-se entender o sistema estadual, por essa época, como o conjunto de instituições educacionais existentes na jurisdição das respectivas unidades da Federação, abrangendo precisamente as escolas primárias e as escolas normais de formação de professores. Na Bahia, havia tão-somente um único estabelecimento de ensino médio (Ginásio da Bahia), três Institutos de Educação e um de nível superior (Escola de Agronomia). Ginásio, escola normal e faculdade vinham do Império. Alguns Estados, como São Paulo e o Distrito Federal, criaram universidades, na curta vigência da Carta de 1934.

As condições políticas e ideológicas, internas e externas, terminaram por derrubar o renovador Texto Constitucional e o país recebeu, pela segunda vez, outra Carta outorgada, a de 1937, base do Estado Novo. Atribuiu-se à família a responsabilidade primeira pela educação integral da prole e ao Estado o dever de colaborar para a execução dessa responsabilidade.¹⁴ Essa Constituição destinava o ensino profissional às classes menos favorecidas. São os avanços e retrocessos nas relações Estado/educação.

A Constituição outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 1937, não se refere a qualquer sistema de ensino, nem federal, nem, muito menos, estadual. Simbolicamente, bandeiras e brasões dos Estados foram incinerados em praça pública. A sanfona do centralismo voltou a soar e a apertar.

Tem-se a sensação que, do Império à República, a educação, na sua quase totalidade, constituía-se em um monopólio do poder central que, só aos poucos, delegava esses poderes às Províncias e, depois, aos Estados.

2. A ampliação dos dispositivos sobre educação na Constituição de 1946

O Texto Constitucional de 1946 é um documento político sem maiores inovações educacionais. Volta-se, de certa forma, a 1934. Talvez seja um passaporte para o reingresso na vida democrática. Caracterizou-se como instru-

¹³ Constituição do Estado da Bahia de 1935, art. 95, parágrafo 2º, I.

¹⁴ RAMA, Leslie M. J. S. *Legislação do ensino*: uma introdução ao seu estudo. São Paulo : EPU, EDUSP, 1987. p. 31.

mento para uma nova redemocratização que garantiu uma curta viagem liberal de 1946 a 1964, onde se percebe a influência da Carta Brasileira da Educação Democrática, organizada pela ABE e aprovada na Conferência Brasileira de Educação.

Um capítulo sobre educação ficou consagrado e chantado em bases constitucionais, o que irá se registrar, sucessivamente, em todas as Constituições e até na conflitante e detalhista Constituição de 1988, porque dirigente.

A Carta assaz liberal de 1946, no que tange aos sistemas de ensino, trouxe normas programáticas para possibilitar a descentralização dos encargos educacionais da esfera da União para os Estados e Distrito Federal, pelo reconhecimento explícito dos sistemas estaduais de ensino. Surgiu o sistema federal de educação em caráter supletivo, entenda-se, nos estritos limites das deficiências locais. A supletividade do sistema federal do ensino, para Pontes de Miranda:

“[supletivo] está aí em sentido de hábil ao preenchimento de falta ou deficiência dos sistemas locais, de modo que não se reservam à União o ensino secundário e o superior”.¹⁵

Na Constituição de 1946, inverte-se a situação dos sistemas de ensino, conforme registra A. Sampaio Dórea:

“Até 1946 o sistema federal de ensino era preferencial, e supletivo, para si mesmo, o de cada Estado. Pela Constituição, porém, de 1946, o sistema federal passou a ser supletivo, nos estritos limites das deficiências locais”.

E mais adiante insiste:

“Organize São Paulo seu sistema de ensino, em todos os graus: superior, secundário, primário, normal, profissional. É o seu dever constitucional. (...) Para cada Estado, o preferencial passou a ser o sistema de ensino, que houver organizado, servindo o sistema federal apenas supletivamente, em suas estritas deficiências. Eis a primeira verdade”.¹⁶

Na vigência da Constituição de 1946, expressamente descentralizadora pela revisão dos sistemas estaduais de ensino, as atribuições

¹⁵ COMENTÁRIOS à Constituição de 1946. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. t. 4, p. 220.

¹⁶ DÓREA, op. cit., p. 372-374.

deslocaram-se, paulatinamente, da esfera federal para a estadual, *ex vi* a primeira lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961). É a descentralização pela qual tanto se bateram educadores e juristas, como Sampaio Dória, Anísio Teixeira, Pontes de Miranda, apoiados no princípio federativo pela autonomia estadual.

As normas educacionais de 1961, dentro dessa política de descentralização, empregaram a expressão ‘sistema’ em várias acepções nos seus dispositivos: sistema federal, sistema estadual, sistema de ensino médio, sistema público de ensino *et alii*. O vocabulário “sistema de ensino” é definitivamente consagrado na acepção de legal, jurídico (sistematização) e administrativo, ingressando com esse sentido no mundo pedagógico, isto é, como conjunto de serviços escolares que se desenvolvem por meio de estabelecimentos de ensino de natureza e graus diversos.¹⁷

Até a Constituição de 1946, a União concentrava o ensino secundário e superior, restando ao Estado-membro apenas o ensino primário e a formação de professor. A modificação mais profunda foi a possibilidade de os Estados organizarem, eles próprios, os seus sistemas, podendo ir do pré-escolar às instâncias superiores da pós-graduação. Os três níveis de ensino puderam se expandir dentro do sistema estadual com autonomia pedagógica. A situação evoluiu bastante de 1961 a 1988, de maneira que quase todo o ensino fundamental e médio integrou-se nos sistemas estaduais.

Apesar do seu cunho municipalista, a Constituição do período pós-Segunda Guerra Mundial não possibilitou maior atenção à educação municipal. As diretrizes e bases emanadas dessa Carta silenciaram quanto à educação local.

Os comentadores da Carta de 1946, Temistócles Brandão Cavalcante,¹⁸ Sampaio Dória e Pontes de Miranda, reservaram espaço para a educação; principalmente este último definiu-a, pioneiramente, como direito público subjetivo. Pontes de Miranda, com sua larga e profunda cultura filosófica e jurídica, avançou

¹⁷ Conselho Federal de Educação, parecer 319/71, apud Soares. *Dicionário de legislação do ensino*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1981. p. 184.

¹⁸ A CONSTITUIÇÃO Federal comentada. Rio de Janeiro : Konfino, 1949.

tanto ou mais do que os educadores na defesa dos direitos educacionais de natureza constitucional ao comentar a Carta de 1946:

“Não confundamos o direito à educação com as bolsas sob os Antoninos, em Roma, ou sob Carlos Magno, ou nos séculos do poder católico. Não se trata de ato voluntário, deixado ao arbítrio do Estado ou da Igreja, mas de direito perante o Estado, direito público subjetivo, ou, no Estado puramente socialista e igualitário, situação necessariamente criada no plano objetivo, pela estrutura mesma do Estado”.¹⁹

É nesse cenário que se engastam os resultados das investigações de Romualdo Luiz Portela de Oliveira sobre educação e sociedade na Assembléia Constituinte de 1946.²⁰ Inicialmente, traça um panorama: “o contexto, o texto e o debate sobre educação”, para entrar mais a fundo nas relações entre Constituinte e sociedade, identificando os congressistas que mais se distinguiram e participaram dos debates sobre educação, como Ferreira de Souza, Ataliba Nogueira, Hermes Lima, Gustavo Capanema, Aliomar Baleeiro, Caires de Brito, bem assim, partidos e instituições em disputa pela opinião pública. Ocupou-se ainda da educação e desenvolvimento. Para terminar, quicá a questão mais debatida, na Constituição de 1946, tenha sido o ensino religioso nas escolas públicas. Além de muitas outras conclusões, dada a quantidade de problemas levantados, alinham-se algumas indagações sobre a religião. Certamente, herança dos debates nas Constituintes de 1891 e 1934, como demonstrou Jamil Cury. A discussão sobre Estado e religião alcançou 1946 com as colocações matizadas pelo positivismo de Aliomar Baleeiro.

Romualdo Oliveira estabeleceu uma agenda dos principais problemas educacionais vinculados à religião: ensino religioso nas escolas públicas, casamento religioso, relações Estado/

Igreja/família, liberdade de ensino. De igual modo, abordou questões como os subsídios, obrigatoriedade e gratuidade, financiamento e responsabilidades das diferentes esferas de poder público com a educação.

Levando em consideração o ensino religioso, como uma controvérsia permanente, pelo menos até a Constituinte de 1946, pode-se indagar: não seria o ensino plurirreligioso, como descreve Pontes de Miranda, o existente no texto constitucional? Afirma esse jurisconsulto:

“É o sistema do ensino religioso incluso nos horários escolares que é o Estado de tipo alemão de 1919, plurirreligioso”.²¹

Em 1988, o problema tornou-se mais complexo com a variedade de denominações evangélicas, carismáticas e cultos afro-brasileiros.

Outro problema relacionado com a religião é o da família. Romualdo Oliveira reproduz a discussão entre Hermes Lima, que defendia uma posição mais a favor do Estado, contra o ponto de vista de Ataliba Nogueira, que advogava não somente o direito, mas também o dever de a família educar os filhos. Em face dessas colocações, pareceu em jogo o princípio *in loco parentis*. A educação “será dada no lar e na escola” forneceu as bases para a compreensão da escola como extensão da família. Oliveira, sem usar o brocardo latino, recria a bela discussão constitucional sobre a atuação dos educadores como se fossem pais dos alunos. Avançando um pouco, a Constituição de 1988 colocou o vocábulo “Estado” antes da palavra “família” quando determinou cogentemente que a educação é direito de todos e dever do Estado, conforme o *caput* do art. 205. E, mais ainda, deslocou a família, juntamente com a criança, o adolescente e o idoso, para outro capítulo.

3. Políticas educacionais de 1946 a 1988

Há alguns desdobramentos da Carta de 1946 que merecem registro. Realmente, com ela começou o ciclo das leis de diretrizes e bases. A Lei nº 4.024, de 1961, a primeira lei geral de educação,²² permitiu a descentralização da

¹⁹ MIRANDA, op. cit., t. 4, p. 187.

²⁰ EDUCAÇÃO e sociedade na Assembléia Constituinte de 1946. São Paulo : Universidade de São Paulo, 1990. 2 v. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 1990. A EDUCAÇÃO na Assembléia Constituinte de 1946 : comunicação apresentada ao seminário “A relação Educação/Sociedade/Estado pela mediação jurídico-constitucional”, Rio de Janeiro, IESAE/FGV, 2-4 dez. 1992 (mimeo).

²¹ MIRANDA, op. cit., t. 4, p. 217.

²² HARRELL, William A. *Educational reform in Brazil: the law of 1961*. Washington : U.S. Department of Health, Education and Welfare, 1968.

educação da esfera federal para a estadual, com a institucionalização dos sistemas de educação e recriação dos Conselhos de Educação com funções normativas. Ainda na vigência desta LDB, foram instituídos o salário-educação e a pós-graduação.

No âmbito de atuação da Lei Fundamental de 1946, a autonomia chegou até à soleira do Município. Pois bem, perfeitamente dentro da idéia do aperfeiçoamento do processo educacional, *step by step*, via Constituição, a vigente (1988) deu autonomia pedagógica à esfera municipal.

A Constituição surgida da “mais melancólica das Assembléias Constituintes, que já se reuniram no Brasil”, segundo Aliomar Baleeiro, foi finalmente revogada em 1967.

A Constituição de 1946 e a sua lei materialmente complementar de 1961 vão permitir o pleno desenvolvimento dos sistemas estaduais, possibilitando-lhes que cresçam em todos os níveis – primário, médio e superior. Quanto ao ensino médio, permitiram que os estabelecimentos fizessem a opção de continuar no sistema federal ou passar para o estadual. Essa alternativa perdurou até 1971, quando todos os estabelecimentos de segundo grau, públicos e particulares, concentram-se na esfera do Estado-membro, exceção legal do Colégio Pedro II e dos estabelecimentos de ensino médio mantidos pela União, quer dizer, escola técnicas federais e agrícolas, estabelecimentos de ensino vinculados às universidades federais. Realmente, com a Constituição de 1946 começou a fase da educação estadualista. Nesse processo de descentralização, vamos assistir ao pleno desenvolvimento da educação média a cargo dos Estados. Até 1946, eram poucos os estabelecimentos desse nível vinculados à administração estadual. Para atenuar a falta de flexibilidade usava-se a figura da extensão, criando-se estabelecimentos de ensino médio públicos, em bairros ou em cidades, vinculados a um estabelecimento inspecionado pelo Ministério da Educação. O rígido controle da União impediu o nascimento da educação secundária estadual por muito tempo.

As disposições sobre sistema de ensino, na Carta de 1967, foram mantidas na de 1969, confirmando a dualidade dos tipos de sistemas – um federal, supletivo em face das deficiências locais, um outro para cada Estado e o Distrito Federal.

A vinculação de recursos, retirada das

Constituições de 1967 e de 1969, retornou anos depois com a Emenda João Calmon (Emenda Constitucional nº 24, de dezembro de 1983).

As diretrizes e bases derivadas desses Textos Constitucionais precisam cada vez mais a expressão “sistemas de ensino” e direcionam para os Estados a educação de grau médio, pública e particular, chamada de segundo grau.²³

Até a Constituição da República de 1988, a estrutura educacional brasileira é essencialmente estadualista, com exceção do sistema federal. É uma organização binária, montada em dois tipos de sistemas. Expressivos números de alunos pertencem às administrações estaduais, e os contingentes matriculados nas redes municipais e particulares do ensino fundamental e médio estão regidos pelas normas dos respectivos conselhos estaduais. O sistema federal, tradicionalmente, reservou-se uma parcela da educação superior, quer a mantida pela União, quer a fiscalizada pelo MEC, isto é, as instituições de ensino superior particulares, quer ainda as instituições de educação superior estaduais que não obtiveram autonomia, conforme prevê o artigo 15 da LDB de 1961.

Com a Constituição de 1988, a organização da educação em sistemas passa de dual para tríplice – federal, estadual e municipal – em regime de colaboração:

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”.

O sistema federal deixa de ser supletivo para constituir-se em permanente. Os sistemas estaduais são confirmados. A maior inovação, no particular, é o sistema municipal, encarregado, prioritariamente, da educação pré-escolar e fundamental. A Constituição reconhece, jurídica e pedagogicamente, os serviços educacionais mantidos pelos Municípios, uma situação de fato, administrativamente, existente. A educação municipal, tendo alcançado razoável dimensão, sobretudo, em algumas municipalidades, como nas capitais estaduais, recebeu autonomia pela Carta de 1988. São os sistemas municipais de ensino.

A política educacional que, de 1946 a 1988, explicitou o federalismo, concretizando a educação como uma função do Estado-membro, a partir de 1988, deverá ensinar e combinar a

²³ Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 4.024/61, 5.540/68, 5.692/71 e 7.044/82.

descentralização estadual com as políticas municipais de autonomia local para a educação.

A Federação, como uma planta transplantada, formalmente, em 1891, vai aos poucos criando aderências, firmando-se e integrando-se à realidade social, política, econômica e sobretudo educacional, a ponto de realçar a existência da instância municipal, que, vindo do período colonial, recebeu certa ênfase no começo do Império, reapareceu em 1946 e firmou-se em 1988.

Pode-se concluir esse breve esforço da evolução dos sistemas de ensino, de 1934 a 1988, no descompassado processo de descentralização, pela passagem de dois para três sistemas de ensino.

Finalmente, uma observação quanto à metodologia, entendida como busca sistemática. Se ao jurista interessa tão-somente a Constituição vigente, para o pesquisador das relações múltiplas entre sociedade, educação e Estado, constituinte e Constituições revogadas são fontes primárias.

Bibliografia

- ARQUIVO NACIONAL (Brasil). *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Rio de Janeiro : Departamento de Imprensa Nacional, 1972.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília : Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CAMPOS, Maria Regina Machado de, CARVALHO, Maria Aparecida de. *A educação nas Constituições brasileiras* : 1934, 1937, 1946, 1969, 1988. São Paulo : Pontes, 1991.
- CAVALCANTE, Temístocles B. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro : Konfino, 1949.
- CHACON, Vamireh. *Vida e morte das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- _____. *Gilberto Freyre* : uma biografia intelectual. Recife : Massangana; São Paulo : Ed. Nacional, 1993. (Brasiliana, v. 387).
- CURY, Carlos Roberto Jamil. *Ideologia e educação brasileira* : católicos e liberais : 1930-1945. São Paulo : Cortez, 1988.
- DI DIO, Renato Alberto Teodoro. *Contribuição à sistematização do Direito Educacional*. Taubaté : Ed. Universitária, 1982.
- DÓRIA, A. de Sampaio. A Constituição e a legislação de ensino. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 47, p. 357-375, 1952.
- HARRELL, William A. *Educational reform in Brazil* : the law of 1961. Washington : U.S. Department of Health, Education and Welfare, 1968.
- MENEZES, Paulo Braga de. *As Constituições outorgadas ao Império do Brasil e ao Reino de Portugal*. Rio de Janeiro : Arquivo Nacional, 1974. 87 p.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. 4 t., art. 157-218.
- MORRIS, Arval A. *The Constitution and american education*. St. Paul : West Publishing, 1974.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *Educação e sociedade na Assembléia Constituinte de 1946*. São Paulo : Universidade de São Paulo, 1990. 2v. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 1990.
- _____. *A educação na Assembléia Constituinte de 1946* : Comunicação apresentada ao seminário “A relação Educação/Sociedade/Estado pela mediação jurídico-constitucional”, Rio de Janeiro, IESAE/FGV, 2-4 dez. 1992. (mimeo).
- PENNA, Maria Luiza. *Fernando de Azevedo* : educação e transformação. São Paulo : Perspectiva, 1987.
- RAMA, Leslie M. J. S. *Legislação do ensino* : uma introdução ao seu estudo. São Paulo : EPU, EDUSP, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. rev. amp. São Paulo : Malheiros, 1992.
- SOARES, Moacir Bretas. *Dicionário de legislação do ensino*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1981.
- TAVARES, Luís Henrique Dias. *Duas reformas da educação na Bahia* : 1895-1925. Salvador : Centro Regional de Pesquisas Educacionais, 1967.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *O manifesto dos pioneiros da Escola Nova, 1932*. Rio de Janeiro : Companhia Brasileira de Artes Gráficas, 1989. 51 p. Discurso de posse no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, em 19 de julho de 1989.

Um pouco de Antígona e de direito natural

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Sófocles elegeu a dor por sua companheira, pois ela se faz universal e inevitável. Nada é mais humano do que a dor. Está em Édipo. Está em Antígona. Está no próprio Creonte. Talvez seja esse traço bem humano de seus personagens que faz com que suas peças, mais do que as de Ésquilo e Eurípedes, ainda hoje, sejam encenadas com relativa freqüência.

Na *Antígona*, estreada provavelmente no ano de 441 antes de Cristo, deparamos mil e um ângulos para estudos e reflexões: religioso, moral, político, psicológico, jurídico, cênico, literário, sexológico, criminológico e assim por diante. No próprio campo político-jurídico, podemos tomar visadas diferentes. Assim, Creonte não estaria com razão quando negou sepultura a um traidor do Estado? Ou o contrário, não seria a própria personificação do tirano, pois punha *sua lei* acima de tudo que era costume e sagrado? Por outro lado, aí não estaria bem viva a diferença entre o “legal” e o “legítimo”?

Mas, sem dúvida, na *Antígona* vamos encontrar um primeiro esboço do denominado “direito natural”, que tanta divergência ainda traz entre os juspositivistas e os jusnaturalistas. A revolta de *Antígona*, por sua vez, assinala o “direito de resistência”, a “desobediência civil”, que hoje figura até no catálogo dos direitos fundamentais de alguns povos, e foi a chama que alimentou teóricos da limitação do poder como John Locke e ativistas como John Brown e Henry David Thoreau.

Com a morte de Édipo, seus filhos incestuosos Etéocles e Polinices, irmãos de Antígona, passaram a lutar pelo poder político. Em combate, um irmão matou o outro. Creonte, tio materno dos dois mortos e de Antígona,

assume o governo de Tebas. Seu primeiro decreto foi proibir, sob pena de morte, que se desse sepultura a Polínicos, considerado traidor da pátria. Antígona se rebela contra as leis do Estado – as leis escritas – dizendo que sobre elas prevaleciam leis imemoriais, não-escritas:

“E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las” (as leis não-escritas).

Resolve, então, dar sepultura ao irmão, mesmo pondo em perigo sua própria vida.

Pouco mais de meio século depois, Aristóteles, na Arte Retórica, ao escrever sobre justiça e equidade, procura interpretar as palavras de Antígona:

“Digo que, de um lado, há a lei particular e, do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não-escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polínicos: era esse seu direito natural: *Não é de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos que estas leis existem e ninguém sabe qual a origem delas*” (Arte Retórica e Arte Poética, Difusão Européia do Livro, 1959, p. 86).

Muitos doutrinadores que versam sobre o tema *Direito natural* invocam o episódio de Antígona. Além do Estagirita, podemos lembrar, dentre outros, Hegel, Commelin, Del Vecchio, Jaeger, Groppali, Legaz e Duverger.

Qual a importância do denominado direito natural, nome que se mostra equívoco e tem

servido a senhores tão diferentes, como Tomás de Aquino e Hobbes?

Como retrata Sófocles, desde tempos que já se perderam na perspectiva da história, os homens são guiados por certos princípios morais e religiosos, que não se explicam e não se acham densificados em normas escritas. Esses princípios devem servir de estalão para o legislador do Estado e podem ser invocados quando a vida política se tornar insuportável. Foi o que Antígona fez num ato de desespero. Foi o que os demolidores do *Ancien Régime* de 1789 fizeram, quando colocaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis dos homens”. Foi o que, no pós-Segunda Guerra Mundial, os constituintes de Bonn fizeram depois de constatadas as experiências traumatizantes das atrocidades do regime nazista:

“A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público” (art. 1º - 1).

Sob o aspecto histórico, o denominado *direito natural* foi engendrado como meio de resistência ao poder político, embora tenha, paradoxalmente, também, servido para reforçá-lo. Desde Antígona, passando pelos estoicos e Cícero até Tomás de Aquino, procurou-se sustentar a dualidade de um superdireito e do direito positivo. O primeiro, por ser comum a todo homem, tinha caráter transcendental. Por isso, pairaria acima do *jus positum* de cada Estado. O segundo, o direito positivo, por lhe ser inferior, devia com ele se conformar. Mas, a doutrina do *direito natural* também serviu para justificar e manter autocracias laicas e teocráticas, pois tudo que o ditador ou o “homem de Deus” fazia era em obediência a princípios superiores, que se achavam acima dos homens e se destinavam ao bem comum. Daí Kant ter procurado harmonizar o direito natural e o direito positivo, numa relação de integração e não de antítese.

A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. O conceito de controle acionário. 2. Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado e do agente da administração pública.

As dificuldades financeiras que atingiram bancos particulares e públicos, nos últimos anos, e que foram agravadas pelos efeitos indiretos do Plano Real e da conseqüente redução substancial da inflação ensejaram, para o Ministério Público, a função de caracterizar adequadamente o controlador das instituições financeiras para que pudesse ser responsabilizado.

O problema, que já apresenta dificuldades no caso das instituições privadas, torna-se mais complexo quando, nas entidades públicas do sistema financeiro, o verdadeiro controlador é o Estado.

Em recente processo, em curso na Justiça paulista, foi suscitada, pelo Ministério Público Estadual, a tese de acordo com a qual deveria ser considerado como controlador, nos casos de aplicação do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), aos quais se aplica, no que couber, a Lei nº 6.024/74, não o próprio Estado, mas as autoridades que o representam, ou seja, o Governador e, eventualmente, o Secretário da Fazenda.

É em torno dessa questão que apresentamos algumas reflexões que nos parecem oportunas, a fim de não confundir a justa punição, que deve incidir sobre os administradores e diretores culpados pela insolvência da instituição financeira, com uma sanção objetiva que viria a recair sobre autoridades estaduais, cuja

responsabilidade se fundamenta, não no direito bancário, mas na Constituição e na legislação administrativa.

1. O conceito de controle acionário

A figura do acionista controlador passou a ser encarada com maior realce a partir das transformações de natureza societária, nascidas com a chamada revolução industrial, que provocou o aparecimento da sociedade anônima de grande porte, no seio da qual se agrupavam duas espécies de participantes: o *empreendedor*, ou empresário, com o poder de comando dos negócios sociais, e o *investidor*, especulador que agrega o seu capital à sociedade, com vistas ao seu retorno, em lucros.

Torna-se, pois, necessário fazer a distinção entre o acionista controlador, os acionistas minoritários (com direito de voto mas sem exercício do controle) e os acionistas sem direito de voto, também qualificados pela doutrina como “acionistas rendeiros”.¹

Afigurava-se, no âmbito doutrinário e legal, a dificuldade de qualificar esse poder de controle empresarial, perfeitamente distinto da participação social e da direção da sociedade, de tal modo que diversas doutrinas foram construídas na tentativa de delinear a natureza jurídica do controle da sociedade.

Para Berle e Means, o controle se caracteriza como bem social ou empresarial, daí por que o seu valor pertenceria à companhia e não aos seus acionistas.²

Guido Rossi diferencia o controle sobre a empresa do controle sobre a sociedade, ficando a cargo dos acionistas a deliberação de escolha dos administradores da sociedade, aos quais competiria exercer o controle empresarial, assemelhando, assim, a noção de controle ao poder de direção e administração.³

Na sua obra clássica, Claude Champaud tratou da noção de controle como um poder sobre bens alheios, decorrente da administração

dos bens empresariais, considerando o controle como sendo um poder de dominação da sociedade, e que se exerce por intermédio dos mecanismos das instituições societárias, com o fim de dirigir a atividade econômica da empresa.⁴

Analisando os aspectos jurídicos da macroempresa, a doutrina considera que o modelo democrático do parlamentarismo revelou-se, no caso da sociedade anônima, uma “piedosa ficção”. Com efeito, ao crescente absentismo dos acionistas, particularmente dos minoritários, adicionou-se a transferência de poderes da assembléia geral para a diretoria, hoje o verdadeiro fulcro do poder na grande empresa, dado o crescente processo de especialização das funções executivas.⁵

Na disciplina das sociedades por ações, a figura do acionista controlador está definida no art. 116 da Lei nº 6.404:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) *é titular de direitos de sócio* que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.” (grifamos)

O critério adotado perquire a forma interna de manifestação do controle, decorrente da titularidade dos direitos políticos de sócio, aliado ou não a determinados expedientes legais, de tal forma que o seu titular participe de maneira decisiva na formação da vontade social.

A fórmula legal abrange as três principais modalidades de exercício do controle interno: controle totalitário, controle majoritário e controle minoritário.

A ordem classificatória supra-aludida advém da tradicional sistematização procedida

¹ WALD, Arnoldo. Considerações sobre a aquisição e alienação de controle societário: o estudo da jurisprudência. *Revista Forense*, v. 321, p. 3-12.

² BERLE JR. Adolf A., MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. Traduzido para a língua portuguesa por Olavo Miranda. Rio de Janeiro : Ipanema, 1957.

³ ROSSI, Guido. *Persona giuridica, proprietá e rischio d'impresa*. Milão, 1967. p. 115 e segs.

⁴ CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentrations de la société par actions*. Paris : Librairie Sirey, 1962. p. 105.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro empresa*. Revista dos Tribunais, 1970. p. 13 e segs.

por Berle e Means, levando em conta o grau de divórcio entre a propriedade e o controle, tema central de sua tese.

A legislação brasileira também contempla, no já aludido preceito societário, o controle exercido em conjunto, na referência a um “grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum”, bastante freqüente nas sociedades abertas e fechadas, e ainda nas chamadas *joint ventures*, objeto de reconhecimento expresso do legislador pátrio no vigente diploma legal das sociedades por ações.

Cabe distinguir, ainda, o controle interno direto do indireto, conforme esteja sendo exercido via participação direta do seu titular ou por meio de outras pessoas jurídicas.

A Lei das Sociedades por Ações refere-se claramente às modalidades direta e indireta do controle nos artigos 243, § 2º, e 236, parágrafo único:

“Art. 243...

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, *diretamente ou por meio de outras controladas*, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.” (grifamos)

“Art. 236...

Parágrafo único. Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já se achava *sob o controle, direto ou indireto*, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessão de serviço público.” (grifos nossos)

Ainda na lei societária, a doutrina observa, no âmbito dos grupos econômicos, dois níveis de controle: o primeiro é o do controle da sociedade controlada pela controladora e o segundo é o do controle da sociedade dominante, que pode pertencer tanto a pessoas físicas quanto jurídicas. Os artigos 265, § 1º, e 269, VII, tratam respectivamente dos dois níveis de controle da seguinte forma:

“Art. 265. ...

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e *exercer, direta ou indiretamente*, e de modo permanente, o *controle das sociedades filiadas*, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.”

“Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

...

VII – a declaração da nacionalidade *do controle do grupo;*” (grifamos)

Destaque-se do contexto a regra inscrita no parágrafo único do art. 269, que tem por efeito levantar o véu da personalidade jurídica para desvendar a nacionalidade dos titulares do controle da sociedade controladora do grupo, esclarecendo, em função deste elemento, quando o grupo de sociedades será considerado sob controle brasileiro, nos seguintes termos:

“Art. 269. ...

Parágrafo único. Para os efeitos do nº VII, o grupo de sociedades *considera-se sob controle brasileiro* se a sua sociedade de comando está sob o controle de:

a) pessoas naturais residentes e domiciliadas no Brasil;

b) pessoas jurídicas de direito público interno; ou

c) sociedade ou sociedades brasileiras que, *direta ou indiretamente*, estejam sob controle das pessoas referidas nas alíneas a e b.” (grifamos)

No bojo da disciplina do “Regime de Administração Especial Temporária”, a referência ao controlador da instituição financeira abarca tanto o controle exercido por pessoa física quanto o exercido por pessoa jurídica, tanto o controle direto quanto o indireto, ou seja, o que se exerce por meio de outra sociedade.

Dispõem o art. 15 e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 2.321/87:

“Art. 15. Decretado o regime de administração especial temporária, *respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição, pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle,*

independentemente da apuração de dolo ou culpa.

§ 1º *Há vínculo de controle quando, alternativa ou cumulativamente, a instituição e as pessoas jurídicas mencionadas neste artigo estão sob controle comum; quando sejam, entre si, controladoras ou controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da instituição.*

§ 2º. *A responsabilidade solidária decorrente do vínculo de controle se circunscreve ao montante do passivo a descoberto da instituição, apurado em balanço que terá por data base o dia da decretação do regime de que trata este Decreto-lei.*” (grifos nossos)

Posteriormente, a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.182, de 17-11-95, do Ministro da Fazenda Pedro Malan ao Presidente da República, afirmou que, dentre os bens “do acionista controlador” alcançados pela indisponibilidade, *constituem exceção os bens dos Estados controladores de instituições financeiras, que não serão alcançados, porque definidos por lei como inalienáveis ou impenhoráveis, numa evidente demonstração de que o legislador (da medida provisória) não confunde o “Estado – acionista controlador” com “os agentes políticos que o representavam num determinado momento”* e não submete os bancos estaduais ao regime jurídico ditado para as instituições financeiras controladas por capitais privados no tocante à responsabilidade do controlador.⁶

Na ação civil pública que move contra os administradores e controladores do Banespa, o próprio Ministério Público Estadual (de São Paulo) *reconhece essa situação quando afirma* que:

“Entretanto, não se pode esquecer que o *acionista controlador, conceituado como sendo aquele que, direta ou indiretamente, é titular de direitos de sócio* que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas delibe-

rações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores...”⁷.

Observa-se da redação dos dispositivos normativos acima referidos que a política legislativa foi a de fortalecer as garantias patrimoniais da execução das obrigações assumidas pela instituição financeira, estabelecendo responsabilidade solidária entre ex-administradores e controladores (pessoas físicas ou jurídicas), pelo montante do passivo a descoberto, apurado no balanço levantado quando da decretação do regime especial de administração temporária.

Para tanto, utilizou-se o Decreto-Lei nº 2.321 dos conceitos previstos na disciplina das sociedades por ações – Lei nº 6.404/76 – de acionista controlador e de sociedade controladora, que devem ser transpostos pelo aplicador da norma especial, de forma harmônica, guardando a devida correlação com a disposição geral da lei societária, numa interpretação sistemática do direito, que se impõe, no caso, como critério de hermenêutica jurídica.

Deixando de lado, por ora, a questão relativa à responsabilidade solidária, cabe perquirir, no caso de instituição financeira controlada por pessoa jurídica de direito público, quem estaria na posição de acionista controlador para os efeitos de responsabilização civil no contexto do art. 15 do decreto-lei regulador do Regime de Administração Especial Temporária (RAET).

Sabe-se que o Estado, atuando como empresário, pode exercer determinada atividade econômica, por meio de sociedade de economia mista integrante da administração indireta, criada por lei com uma finalidade de interesse público, própria e específica, ou, simplesmente, pode participar de outras sociedades com vínculo de controle ou de coligação.

No caso do pedido de arresto, requerido na Justiça paulista, o acionista controlador do Banco do Estado de São Paulo S.A – Banespa, sociedade de economia mista estadual, é evidentemente o Estado de São Paulo.

O conceito legal da sociedade de economia mista já é encontrado no Decreto-Lei federal nº 200, de 25-2-67, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 900, de 29-9-69, que assim a define:

⁶ Hoje, a matéria é objeto da Medida Provisória nº 1.470, de 7-6-96 e das suas eventuais prorrogações.

⁷ Nota 160 a fls. 63 da inicial, referindo-se ao art. 116 da Lei nº 6.404/76.

“entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito de voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta.” (grifamos)

Por sua vez, a legislação estadual paulista incorporou o conceito da lei federal, não havendo dúvida quanto ao controle da sociedade de economia mista, que é exercido pelo Estado e não pelos seus representantes.

Por sua vez, o art. 238 da Lei nº 6.404 esclarece que:

“Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.” (grifos nossos)

Na qualidade de Chefe do Poder Executivo, o Governador do Estado é o representante e mandatário do acionista controlador, na forma da Constituição Estadual, mas com ele não se confunde. Da mesma forma que se afirma que a pessoa física do Governador não pode ser responsabilizada pessoalmente pelos débitos do Estado, é inadmissível considerá-la acionista controladora das sociedades de economia mista, sendo incabível, portanto, a sua responsabilização pelos prejuízos causados à instituição financeira que ostenta essa condição, com base na legislação bancária e societária.

Com efeito, o art. 47 da Constituição do Estado de São Paulo atribui ao Governador competência para “indicar diretores de sociedade de economia mista e empresas públicas”. Essa atribuição não o transforma, contudo, em acionista controlador da companhia, já que *não é, pessoalmente, detentor dos direitos de sócio da sociedade de economia mista*, que pertencem ao Estado de São Paulo. O Governador do Estado é tão-somente seu representante legal, enquanto servidor público do mais alto escalão da administração direta, mas não o seu substituto processual, nem devedor solidário com a instituição financeira.

Também o Secretário da Fazenda, sendo pessoa estranha ao corpo acionário e à diretoria e administração da sociedade, não pode juridicamente assumir a qualificação jurídica de acionista controlador da companhia, pois as

ações de comando da sociedade não lhe pertencem.

A transposição do papel de acionista controlador à pessoa física do executivo, que o representa, a partir da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, ou sob qualquer outro fundamento, não encontra nenhum respaldo jurídico.

A alegação da petição inicial da ação civil pública, de acordo com a qual o Governador e os Secretários da Fazenda teriam um “domínio pessoal sobre o banco” em virtude dos cargos por eles ocupados, não encontra fundamento nem na lei, nem na prática administrativa. De qualquer modo, a exegese da Lei nº 6.024/74 e do Decreto-Lei nº 2.321/87, pela sua própria natureza e pelas limitações patrimoniais que ambos impõem, deve ser restrita, não se admitindo interpretações extensivas e, muito menos, analógicas. O simples poder de indicar os diretores, por si só, não basta para caracterizar o exercício do controle, especialmente quando tal indicação é feita em nome e por conta do Estado.

Acresce que a inicial do arresto considera que, na forma da lei, pode ser responsabilizada

“qualquer pessoa física ou jurídica que mantenha vínculo de controle com a sociedade bancária em regime especial de intervenção.” (grifos nossos)

Ora, o que falta para justificar o pedido do Ministério Público é justamente a prova da existência do vínculo de controle entre as pessoas físicas que exercem as suas funções no Estado (Governador e Secretário) e a sociedade de economia mista, cujas ações pertencem à pessoa jurídica de direito público, e não ao Chefe do Executivo Estadual e aos seus auxiliares mais próximos, aos quais se atribui unicamente a função de traçar a política geral do Estado. A gestão do banco, sociedade anônima, é exclusivamente da responsabilidade dos seus administradores e do seu controlador (o Estado), conforme se verifica pela Lei nº 6.404 e pelas disposições constitucionais aplicáveis ao caso.

Aliás, a responsabilidade do Estado pelo passivo da companhia de economia mista, no caso, independe do disposto no Decreto-Lei nº 2.321/87 e na Lei nº 6.024/74 e está consagrada na própria lei societária, pois o art. 242 da Lei nº 6.404 determina, na sua parte final, após ter excluído a possibilidade de ser decretada a falência da sociedade, que:

“...a pessoa jurídica que a controla (a sociedade de economia mista) responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.” (grifamos)

Conclui-se, assim, que inexistente fundamento legal para que, em qualquer interpretação construtiva mais coerente, sejam equiparados o Governador e os Secretários de Estado ao controlador, pois tal entendimento contraria a letra e o espírito da lei, assim como a sistemática legal vigente na matéria, constituindo uma verdadeira heresia jurídica.

Veremos, em seguida, que também não se justifica tal equiparação em virtude da aplicação, ao caso, da teoria da desconsideração.

2. Da inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

É verdade que, em determinados casos, especialmente quando ocorrem fraudes, a sociedade anônima está sendo equiparada à sociedade em comandita por ações, com fundamento na doutrina da penetração, da transparência ou da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*) importada do direito anglo-saxão. De acordo com a mencionada teoria, em algumas hipóteses, é preciso “levantar o véu” que encobre a realidade e, afastando o biombo que constitui a estrutura jurídica da empresa, procurar aqueles que realmente a comandam, ou a utilizam, para responsabilizá-los pessoalmente quando se servem da empresa como meio de afastar a sua responsabilidade pessoal.

A doutrina da transparência tem sido estudada em nosso país na obra clássica de Lamartine Correa de Oliveira⁸, assim como por Rubens Requião, em excelente artigo intitulado *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)* e republicado na sua conhecida obra *Aspectos Modernos de Direito Comercial*,⁹ e por Fábio Konder Comparato, na sua tese de concurso, para a cátedra, na Faculdade de Direito da USP,

⁸ OLIVEIRA, J. M. Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1979.

⁹ REQUIÃO, Rubens. Artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12 e *Aspectos modernos de direito comercial*. Saraiva, 1977. v. 1, p. 67.

no qual tivemos o prazer de examiná-lo.¹⁰

No direito estrangeiro, Rolf Serick teve o ensejo de salientar que a doutrina da desconsideração se aplica quando

“a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva.”¹¹

Por sua vez, o ilustre jurista português Ferrer Correia afirma que:

“A desconsideração se impõe quando a separação entre sociedade e sócio seja invocada para legitimar soluções que sejam contrárias quer ao fim da disposição concreta da lei, quer a uma vontade contratual expressa ou tácita, quer ainda aos princípios gerais da boa-fé, do abuso de direito e de fraude.”¹²

Para a doutrina norte-americana, o privilégio de utilizar a personalidade da sociedade jurídica cessa quando utilizado para que os seus sócios possam furta-se ao cumprimento de contratos, ou ainda para justificar o erro, proteger a fraude ou defender o crime.¹³

É evidente que, no caso concreto, jamais houve confusão patrimonial entre os bens do Banespa e os do Governador e dos Secretários da Fazenda, que, inclusive, não têm competência para praticar qualquer ato de disposição ou de oneração, direta ou indireta, dos haveres do banco. Não houve, no particular, descumprimento das obrigações do banco nem interferência no seu patrimônio por parte das autoridades governamentais. Assim sendo, não há como pretender aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do Estado para justificar o arresto dos bens das pessoas físicas do ex-Governador e dos ex-Secretários da Fazenda.

Na realidade, em virtude do arresto e da ação ordinária, o Ministério Público paulista

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975. p. 349.

¹¹ SERICK, Rolf. *Aparencia e realidade em las sociedades mercantiles* : el abuso de derecho por medio de la persona juridica. Tradução espanhola. Barcelos : Ariel, 1958. p. 241-242.

¹² CORREIA, Antonio de Arruda Ferrer. *Sociedades fictícias e unipessoais*. Coimbra : Atlantida, 1942. p. 198.

¹³ FLETCHER, William Meade. *Cyclopedia of the law of private corporation*. Chicago : Callaghan, v. 1, § 41, p. 166.

pretende substituir-se ao Estado para cobrar dos seus mandatários e funcionários alegados prejuízos que decorreram do não-pagamento oportuno das dívidas do Estado ao banco.¹⁴ E essa cobrança, no caso, fundamenta-se na legislação referente à liquidação extrajudicial das instituições financeiras, que só se aplica aos banqueiros e bancários e não deve incidir sobre os funcionários públicos. E muito menos, ainda, explica-se a sua incidência quando os alegados débitos incobráveis são dívidas do Estado, cuja solvência é presumida de fato e de direito, inclusive pela regulamentação bancária.

Deve, ainda, ser ponderado que a *disregard doctrine* atinge não os diretores, mas sim o acionista controlador, que os franceses chamam *maitre de l'affaire* e os americanos denominam *active shareholder*. Donde se conclui que a teoria da desconsideração ou da transparência não deve ser aplicada ao diretor assalariado ou empregado que não participa do controle acionário e é, na realidade, um executivo, um profissional a serviço da empresa. Do mesmo modo, a teoria da desconsideração não se deve aplicar à autoridade pública que se limita a fixar a política financeira do Estado e não participa da gestão do banco estadual.

Como já salientado, no caso específico das sociedades de economia mista, também não encontra o menor respaldo o levantamento do véu da personalidade jurídica para tentar responsabilizar a pessoa física, que representa a entidade de direito público, controladora da sociedade. Na hipótese, responsável é o Estado, sem prejuízo da ação regressiva, que somente lhe cabe nos casos de dolo ou culpa do funcionário, nos termos da Constituição e da legislação administrativa própria.

Acresce, finalmente, que a *disregard doctrine*, mesmo quando recai sobre o acionista controlador, pressupõe sempre que tenha ocorrido a utilização fraudulenta da companhia pelos seus controladores, como se deduz da legislação inglesa e da jurisprudência norte-americana. Assim, na Inglaterra, essa responsabilidade pessoal só surge nos casos de dolo e de negligência e imprudência graves na conduta dos negócios (*reckless trading*).¹⁵

¹⁴ É o que afirma em recente entrevista o Governador Mário Covas: "o fato é que o único problema do Banespa é a dívida de cerca de R\$ 17,5 bilhões que o Governo do Estado tem junto ao Banco." (Gazeta Mercantil, 7 a 9-6-96).

¹⁵ TUNC, V. André. *Le droit anglais des sociétés anonymes*. Paris : Dalloz, 1971. n. 45, p. 46.

Aliás, a lei inglesa só admite a propositura de ação contra o administrador (*officer*) nos casos de culpa grave (*misfeasance e breach of trust*) e tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos, por ele, contra ela praticados; e a doutrina reconhece que a jurisprudência britânica tem sido ainda mais tímida do que o legislador na aplicação da teoria da desconsideração.¹⁶

Nos Estados Unidos, do mesmo modo, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento (*mere instrumentality*) ou *alter ego* ou agente do acionista controlador. Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido excepcionalmente levantar o véu para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores.¹⁷

Quanto aos perigos da incidência generalizada da teoria da desconsideração, Rubens Requião assinalou, oportunamente, que:

"Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. *Que nos sirva de exemplo, oportuno e edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da disregard doctrine, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais.*

É preciso, para a invocação exata e adequada da doutrina, repelir a idéia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a

¹⁶ GOWER, L. C. B. *Principles of modern corporation*. 4. ed. Londres : Stevens & Sons, 1979. p. 133.

¹⁷ O comentário intitulado "Should shareholders be personally liable for the torts of their corporations" *Yale Law Journal*, v. 76, n. 6, p. 1190-1192, maio/1967, e ainda HENN, Harry G., ALEXANDER, John R., *Laws of corporations*. 3. ed. St. Paul : West Publishing, 1983. p. 344-352.

desconsideração da pessoa jurídica se tornem instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados, em cuja galeria sempre há de ser iluminada a imagem genial de Teixeira de Freitas, que, no século passado, precedendo a muitos, fixou em nosso direito a doutrina da personalidade jurídica”.¹⁸ (grifamos)

Na realidade, quer se aplique ou não a teoria da desconsideração, ela só pode atingir o controlador definido pelo artigo 116 da lei societária, jamais os seus representantes legais ou estatutários, pessoas físicas que não são acionistas. A condição de titular das ações – que asseguram preponderância nas deliberações sociais – é, pois, premissa inafastável para que se possa aplicar a teoria da desconsideração.

Assim, no campo da aplicação da lei bancária e, em particular, da incidência do Decreto-Lei nº 2321/87, é evidente que o *Governador do Estado não é controlador da sociedade de economia mista*, do mesmo modo que o Presidente da *holding* ou sociedade dominante – quando não é o seu principal acionista – não pode ser considerado controlador, em nome pessoal, da empresa subsidiária.

Quanto ao Secretário de Estado da Fazenda, ao qual também foi imputada responsabilidade, na qualidade de acionista controlador, cabe ressaltar que nenhuma representatividade tem este no Banespa, nem na relação societária do Estado de São Paulo com o banco. Enquanto auxiliar direto e da confiança do Governador, é responsável, nos termos do art. 52 da Constituição Estadual, pelos atos que praticar ou referendar no exercício do cargo. Trata-se, aqui, sem nenhuma dúvida, de eventual caso de responsabilidade civil subjetiva do agente da administração pública, que só pode ser perquirida em ação própria intentada pelo Estado na qual aplicar-se-á o direito administrativo, como será exposto no tópico seguinte.

Assim, admitida a possibilidade de responsabilização solidária do acionista controlador do Banespa – o Estado de São Paulo –, estar-se-ia no campo da responsabilidade civil do Estado, que deve respeitar o regime instituído no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, o

que significa afirmar que *os agentes públicos respondem apenas regressivamente por indenização suportada pela administração pública, desde que comprovada a sua culpa ou dolo* na ocorrência dos eventos danosos causadores da responsabilização do Estado.

3. Do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado e do agente da administração pública

Até o fim do Estado Novo e a volta do país ao regime constitucional, havia divergências sobre o alcance do preceito contido no art. 15 do Código Civil, cujo sistema se baseava na culpa. Com a Constituição de 1946 (art. 194), ficou clara a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na teoria do risco administrativo. Trata-se de princípio que permaneceu nas posteriores Constituições de 1967, com a Emenda de 1969 (art. 107), e de 1988 (art. 37, § 6º), sem prejuízo da responsabilidade pessoal do funcionário, baseada no dolo ou na culpa.

Salienta a melhor doutrina que a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica da noção do Estado de Direito, pressupondo a submissão do Poder Público à ordem jurídica constituída. Daí porque

“a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas”.¹⁹

Para o Professor José Cretella Júnior, o Estado deve ser responsabilizado, havendo dano e nexa causal, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica de direito público, fonte da descompensação ocorrida.²⁰

Não obstante, a responsabilidade objetiva da administração pública não decorre apenas do risco, que se dá, por exemplo, nas atividades perigosas e nocivas, mas também pode ser suscitada a partir de atividades em que não se tenha revelado qualquer culpa do serviço.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. p. 125.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *O estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 105.

¹⁸ REQUIÃO, op. cit., p. 84.

Trata-se de consequência da chamada teoria da igualdade dos encargos, inspirada na doutrina francesa. Assim, para Léon Duguit, como a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade, os ônus que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se da intervenção do Estado resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado, de um certo modo, é o segurador daquilo que se denomina, freqüentemente, de risco social, ou seja, do risco resultante da atividade social e econômica traduzida pela intervenção estatal.²¹

Cumpra aduzir, sobre o tratamento jurisprudencial da matéria, que, para os efeitos de atribuição da responsabilidade civil do Estado, não se faz distinção entre os atos dos prepostos e os de funcionários superiores, como ilustram os julgados abaixo transcritos:

“Para efeito da responsabilidade civil do Estado, não há distinguir entre atos de funcionários superiores e atos de simples prepostos, uns e outros representantes seus na esfera de suas atribuições peculiares.”²²

“Responde o Município, objetivamente, pelos atos culposos de seus prepostos, que o obrigam, inclusive, à reparação dos danos causados a terceiros.”²³

“As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros, porém sob a condição subordinativa de que seus agentes pratiquem o ato lesivo no exercício da função, ou seja, na *qualidade de funcionário*.”²⁴

“Se o funcionário público causa danos a outrem, com violação de direito, cabe à Fazenda do Estado reparar a lesão patrimonial, na esfera da responsabilidade civil, regida pelo princípio da

responsabilidade objetiva, que independe da prova de culpa.”²⁵

A doutrina também é pacífica em reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, defendida, há longos anos, por Amaro Cavalcanti, Francisco Campos, Aguiar Dias, Hely Lopes Meirelles e Caio Tácito.²⁶

Por outro lado, como esclarece Weida Zancaner Brunini, com base na Constituição Federal, a teoria subjetiva permanece, ainda, nas relações entre o Estado e o funcionário. Nessa relação, o direito de regresso do Estado contra o funcionário condiciona-se à culpabilidade desse último.²⁷

Saliente-se, nesse passo, conforme unanimemente admitido na doutrina, que a responsabilidade objetiva não pode alcançar o funcionário público, que só responde civilmente na medida em que praticou o ato culposo ou doloso que causou o prejuízo.

Transpondo o preceito constitucional e a lição da jurisprudência e da doutrina para o problema da responsabilidade do controlador, tem-se que os antigos Governadores do Estado de São Paulo e Secretários da Fazenda não podem ter declarada a indisponibilidade do seu patrimônio pessoal, na forma do regime jurídico instituído para as situações de intervenção, liquidação extrajudicial e do Regime de Administração Especial Temporária (RAET), com base na responsabilidade objetiva assumida pelo Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador do Banespa.

Somente após ter sido chamado o Estado de São Paulo a arcar com os prejuízos do Banespa, poderá, em tese, agindo regressivamente contra os respectivos administradores, responsabilizá-los pelas indenizações correspondentes aos atos que individual e pessoalmente tenham praticado, culposa ou dolosamente, em relação ao patrimônio do banco, nos limites em que nele praticaram atos de administração, gestão ou disposição.

O que não é possível é aplicar a legislação bancária às pessoas que nenhuma função

²¹ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho publico*. Tradução espanhola. 2. ed. Madrid, p. 306 e segs.

²² TJSP - 2ª C. - Ap. - Rel. Mário Guimarães - j. 12.2.40 - RT 124/634.

²³ TJPR - 1ª C. - Ap. - Rel. Des. Nunes do Nascimento - j. 14.6.83 - RT 579/164.

²⁴ TJPR - 2ª C. - Ap. - Rel. Des. Abrahão Miguel - J. 31.8.83 - RT 581/166.

²⁵ TJSP - 5ª C. - Ap. - Rel. Des. Márcio Bonilha - j. 4.10.84 - RT 601/107.

²⁶ WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 117, p. 19-22.

²⁷ BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. p. 32.

exerceram no sistema bancário, não tendo sido, em tempo algum, controladores, administradores ou empregados da instituição financeira. Tratando-se de direito especial, com área própria de aplicação, não é concebível aplicá-lo fora da esfera na qual o legislador entendeu que devia ter a sua incidência, especialmente quando as suas disposições têm caráter especial e até singular, em relação ao resto do sistema jurídico vigente.

O direito bancário se aplica aos bancos, seus controladores, administradores e prepostos. Ao Governador e aos Secretários, que não participaram, nem podiam participar, nem do controle, nem da gestão do banco, aplica-se o sistema de responsabilidade consagrado, para autoridades e funcionários públicos, pelo direito constitucional e administrativo que, em relação a eles, só admite a responsabilidade regressiva, que só pode ser baseada na culpa ou no dolo devidamente comprovados, sem qualquer presunção de sua ocorrência.

Conclui-se, assim, que as autoridades administrativas alheias aos bancos não podem ser qualificadas como controladores, aplicando-se-lhes necessariamente as normas de direito público.

Não se admite, outrossim, a superposição ou a simbiose, total ou parcial, das normas de direito bancário e de direito constitucional e administrativo para o fim de consagrar uma responsabilidade administrativa individual ou coletiva desvinculada da culpa ou do dolo.

Por outro lado e finalmente, a indisponibilidade dos bens do controlador à qual se referem o Decreto nº 2.321 e as recentes medidas provisórias não se aplicam aos bancos estaduais pois:

a) o controlador sendo o Estado, os seus bens são indisponíveis e impenhoráveis;

b) os representantes legais do Estado (Governadores) e seus auxiliares não podem sofrer as sanções de direito bancário – indisponibilidade e arresto – na qualidade de controladores.

Assim sendo, no momento em que se cogita de reformar a lei bancária, parece oportuno reexaminar a legislação específica aplicável aos bancos estaduais insolventes para que o direito bancário não mais colida com o direito constitucional vigente.

Enquanto mantidos os atuais textos legais, cabe ao intérprete dar-lhes um sentido compatível com a sistemática jurídica vigente e conforme à Constituição.

Inconstitucionalidade da Justiça privada na nova lei de arbitragem

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

Revogando os artigos 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil Brasileiro), e os artigos 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com alterações conseqüentes de alguns dispositivos do referido Código Processual, vem a lume, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, após a data de sua publicação (*DOU* de 24-9-96 – Seção 1), a Lei nº 9.307, de 23-9-96, que trata do *juízo arbitral*.

Dominada pelos apelos cênicos da *globalização econômica*, que rompe o monopólio estatal de distribuição de justiça, por meio de técnicas de mediações e de arbitragens privadas, já encontráveis em países “avançados”, na recepção do terceiro milênio, a nova lei de arbitragem se apresenta visceralmente enfraquecedora do Poder Judiciário, instituindo, aqui, no Brasil, a *privatização da Justiça*, no raio de sua competência funcional.

Repetindo velhas disposições do Código Civil de 1916 e do CPC de 1973, apesar de expressa e paradoxalmente revogá-las, a lei instituidora do juízo arbitral de natureza privada fere direitos e garantias fundamentais da *Constituição cidadã*, de 5-10-88, em vigor, tais como a do *princípio da jurisdição única* ou da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV), a da *essencialidade do juiz natural*, com banimento do juízo ou tribunal de exceção (CF, arts. 5º, XXXVII, e 92, I a VII) e a da *ampla defesa*, formalmente asseguradora do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV e LV) ao determinar que “o árbitro é juiz de fato e de

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal e Professor Titular da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF.

direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18), adquirindo essa sentença força e autoridade de *coisa julgada material* (art. 31), passível de execução, como título executivo de natureza judicial (art. 41).

Ainda que o Código Civil tenha afirmado, impropriamente, com seu discurso privatista, que “os árbitros são juízes de fato e de direito, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes” (art. 1.041), submetera, contudo, a eficácia da sentença arbitral à homologação do *juiz natural* (art. 1.045), assegurando à parte insumissa o direito fundamental à *ampla defesa* (art. 1.046), no que foi seguido pelos artigos 1.078, 1.096 a 1.102 do Código de Processo Civil, agora, ambos, pretensamente revogados, no ponto, pelo legislador ordinário.

Lei inconstitucional, porém, nada revoga, porque não é lei, mas um ato nulo, de pleno direito.

O *juiz privado* ou *juiz de aluguel* (*rent-a-judge*), desgarrado do *juiz natural*, como já se inaugura, na recente lei de arbitragem, nesta onda eufórica do capitalismo neoliberal, onde os valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana cedem espaço aos sofisticados mecanismos do lucro rápido e fácil, em busca da estabilidade das economias mundiais, vem de constituir-se grave atentado aos postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito e de Justiça, que a República Federativa do Brasil assegura em nossa Constituição escrita.

Juiz arbitral é, apenas, juiz de fato e nada mais. O juiz de direito está na Constituição (art. 92, I a VII).

A imparcialidade do árbitro, a que se refere a Lei nº 9.307/96, nunca será alcançada na atividade do *juiz de aluguel*, que decidirá sempre a favor de quem lhe der mais.

Para o reconhecimento e a defesa dos direitos e interesses privados (disponíveis e indisponíveis), coletivos e difusos, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à

propriedade, quando contestados ou violados, só existe um caminho, que é o do exercício do direito de petição ao Poder Judiciário, o qual tem o poder-dever de manifestar-se, efetivamente, na fala do *juiz natural* (LICC, art. 4º e CPC, art. 126) por meio da instrumentalidade do devido processo legal.

A nossa Constituição federal apregoa como garantia fundamental do cidadão, na esfera individual, coletiva ou difusa, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII), e que tais garantias se constituem *cláusulas pétreas ou de eternidade*, imunes até mesmo à ação legiferante do Poder reformador (art. 60, § 4º, IV).

Parecem-me oportunas, nesse contexto, as clássicas lições do Mestre Frederico Marques, na observação de que

“para Calamandrei, a garantia do Juiz natural é inseparável do sistema de legalidade. Os princípios de *l’astrattezza delle legge*, que asseguram ao cidadão a certeza do direito e a possibilidade de conhecer, em qualquer momento, os limites da própria liberdade, não teriam praticamente qualquer sentido, se não fossem acompanhados ‘da questa parallela *astrattezza dell’ordinamento giudiziario*’, que impede a escolha dos juízes seja feita *ad personam*, de forma a lhes anular antecipadamente a independência e imparcialidade. Juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente se contrapõe, assim, não a juízo especial, mas a juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares, “per giudicare persone o fatti particolari”, como o disse a Cassação de Roma. (...) Em nosso sistema normativo, o que existe, de maneira concludente e clara, é o princípio de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar deriva de fontes constitucionais.

Vigora, aqui, a lição de Clariá Olmedo, de que a lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e Tribunais. Autoridade competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria delineou. (...) Só é possível, como salienta Seabra Fagundes, ‘admitir função jurisdicional exercida pelos órgãos aos quais tenha sido delegada constitucionalmente’. (...) Se fosse dado à lei ordinária criar órgãos judiciários especiais que a Constituição não haja previsto, praticamente, ela estaria subtraindo da apreciação do Judiciário as causas atribuídas ao mencionado órgão. É por isso que surge, como corolário do princípio do juiz natural, nos moldes amplos com que nosso regime o consagrou, a norma de que toda a jurisdição pertence à justiça ordinária, salvo nos casos em que a própria Constituição a delega a órgãos de justiça especial. As atribuições das justiças especiais são de direito estrito. Fora do que vem previsto na Constituição, nenhuma competência nova pode ser dada a essas justiças, porque então estaria sendo violado o princípio do juiz natural.”¹

A oficialização da justiça privada, por meio da Lei ordinária nº 9.307, de 23-9-96, não tem amparo constitucional.

A Constituição federal prevê a existência de justiças especiais (CF, art. 98, I e II), mas proíbe, expressamente, os juízos ou tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), como na hipótese legal em tela.

O juízo arbitral, desde que atrelado à atividade legítima do juiz natural, para homologação e eficácia de suas sentenças, adquire legitimidade constitucional. Como agora se apresenta na nova lei de arbitragem, é juiz marginal ou de exceção, sem respaldo popular. A Constituição não o prevê, nem o autoriza, mas expressamente o condena.

¹ MARQUES, José Frederico. Juiz Natural. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. 1980. v. 46, p. 446-448.

Resta concluir este raciocínio na inteligência do grande Rui que, apregoando a invalidez da ação dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais, afirma o dogma cardeal do constitucionalismo moderno, na fala do *Chief-Justice* John Marshall, nestas letras:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então, o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo. Esta doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade*”.²

E o ilustre Rui Barbosa, com Black, assim, conclui:

“O princípio é que leis inconstitucionais *não são leis*. ‘O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. Se o ato legislativo o contradiz, írrito será: *não é lei*’. Um ato inconstitucional do

² BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 1932. v. 1, p. 9-12.

congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, *não é lei (is not law)*: não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, *como se nunca tivesse existido*.³

Isso não é apenas retórica, mas é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consagrado em nossa Constituição federal, na determinação de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta

Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

A Lei nº 9.307/96 que pretende instituir a justiça privada do Tribunal arbitral é visceralmente nula, porque atenta contra garantias fundamentais que a nossa Constituição federal consagrou, como cláusulas pétreas.

Não devemos permitir que o Congresso Nacional ignore a Constituição, a pretexto de servir, não ao povo que o legitima como poder, mas a ideologias do neoliberalismo capitalista, sem rumos referenciais à *pessoa humana dos cidadãos*.

³ Ibidem.

Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária

JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA

SUMÁRIO

1. *O sentido e a abrangência de um direito comunitário em abstrato.* 2. *A tipologia das normas comunitárias.* 3. *Características de um direito comunitário.*

1. O sentido e a abrangência de um direito comunitário em abstrato

A integração econômica da América do Sul, fortemente emulada pela boa *performance* do Mercosul, impõe aos quadros jurídicos, não só dos países signatários do Concerto de Assunção, inadiável reflexão sobre a necessidade de uma disciplina jurídica que dê suporte às *démarches* político-econômicas que o projeto encerra.

A correção política e as mútuas vantagens comerciais da integração, unindo todas as tendências políticas não-extremadas, determinam a inexistência de opositores de alguma importância ou credibilidade, o que, indubitavelmente, fortalece e, mesmo, acelera o processo. A propósito, a recente votação na Câmara de Deputados do Chile, em 17 de agosto de 1996, que aprovou a ratificação do Acordo de Livre Comércio Parcial com o Mercosul, parece indicar, com clareza meridiana, o que será o adesismo coalescente que se prenuncia ao porvir de um efetivo Mercosul Americano: 83 votos favoráveis, 23 contrários e 3 abstenções.

Em tal quadro, não se trata de prodígio de lucidez antever a necessidade da criação de quadros e instâncias jurídicas *pari passu* à superação das fases do processo de integração previsto programaticamente para o Mercosul. Se o nível de institucionalização intergover-

Jorge Luiz Fontoura Nogueira é doutor em Direito Internacional Público, Membro Consultor da Comissão de Relações Exteriores do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Conferência proferida no Instituto dos Advogados de Minas Gerais, em sessão do dia 23 de setembro de 1996, sob a presidência do Professor Raul Machado Horta.

namental do atual momento de transição, de zona de livre comércio (ainda por fazer), à união aduaneira (parcial), em que refulge uma inusitada “tarifa externa incomum”, não requer, a rigor, profundas inovações jurídicas, o mesmo não se pode dizer com relação ao colimado mercado comum. Com efeito, na hipótese da implantação das quatro liberdades que lhe são características (circulação de bens, serviços, pessoas e capitais), conforme preconiza o art. 1º do Tratado de Assunção, sem esquecer a “quinta liberdade”, qual seja, a liberdade de concorrência que virá como corolário das demais, o suporte jurídico específico de um direito de integração será indispensável.

O exemplo do direito comunitário europeu é, neste momento de perplexidade e surpresas, de altíssima valia. A começar pelo formidável desacerto entre os direitos internos dos países do Mercosul e o Tratado de Assunção e seus Protocolos, como da mesma forma o foram, a seu tempo, o direito interno de muitos Estados europeus e o Tratado de Roma. A questão nodal, a reavaliação do conceito de soberania e o realinhamento doutrinário sobre a validade e eficácia do direito supranacional, é, por conseguinte, incontinenti nas pautas jurídicas comprometidas com a integração.

Usufruindo da experiência europeia, podemos abeberar-nos em uma conspícua e sólida doutrina, que hoje embasa a desde há muito consagrada e corriqueira disciplina jurídica “direito comunitário”, presente em todos os programas de formação universitária da Europa dos 15, já desde a graduação.

Ao examinarmos os aspectos jurídicos do fenômeno comunitário, surge, de chofre, a questão basilar de precisar-se o sentido e a abrangência da disciplina jurídica “direito comunitário” ou “direito de integração”. Não seria, como poderíamos imaginar, em princípio, direito novo, uma matéria dotada de autonomia científica, nem direito internacional, nem direito interno, mas *tertium genus*, homogêneo e diferenciado de todo o conhecimento jurídico preexistente. Para que se proceda a um primeiro reconhecimento da disciplina, urge que se individuem os tipos de normas passíveis de compor a cogitada disciplina jurídica comunitária, a partir de suas necessárias fontes. Também, nesse exercício exordial, devem ser elencadas as características de um direito comunitário em abstrato, sem, no entanto, deixar de considerar as pregressas experiências da União Europeia.

2. A tipologia das normas comunitárias

Tomando por referencial o modelo europeu, que poderia, *grosso modo*, ser seguido em análogos processos de integração, todo o universo referente a fenômenos comunitários subdividir-se-ia, essencialmente, em três grupos de normas jurídicas, diferenciadas a partir de suas fontes:

a) O primeiro grupo, dito direito comunitário originário, seria composto pelas normas previstas nos tratados de integração, incluindo seus eventuais protocolos modificativos ou complementares. Trata-se, a toda evidência, de normas que, enquanto inseridas em tratados geradores de obrigações recíprocas entre Estados soberanos, diriam respeito claramente ao direito internacional público *tout court*, em cujo âmbito podem receber o específico tratamento e valoração. Não é sem mais razão que os primeiros estudiosos de direito comunitário provêm da área do direito público externo, sendo a percepção para o primeiro *approche* com as questões jurídicas comunitárias eminentemente de “direito das gentes”. Trata-se, porém, de mero início, logo superado pelo turbilhão de demandas que se vão formulando; veja-se, por exemplo, o caso do corriqueiro particularismo dos direitos comerciais de países comunitários: o que fazer diante de títulos de crédito específicos de um único direito comercial, na emergência de um mercado onde circulam livremente bens, serviços, pessoas e capitais?

Cumprir assinalar que, nesse sentido, um dos fatores complicadores para o entendimento jurídico da integração reside, em nosso País, no pouco estudo que temos dedicado ao direito internacional público, considerado por significativa parte da comunidade jurídica como “perfumaria”, de pouca ou nenhuma utilidade. Celso de Albuquerque Mello registra, com muita propriedade e picardia, no prefácio da 8ª edição de seu *Curso de Direito Internacional Público*, o surrealismo da propalada abertura do Brasil para o mundo, em oposição à carência quase que absoluta de conhecimentos jurídicos para a empreitada. Em verdade, ainda é possível o bacharelado jurídico em prestigiosas faculdades brasileiras sem cursar-se a cadeira de direito internacional público, disciplina meramente facultativa ou mesmo “não-oferecida”;

b) No segundo grupo de normas jurídicas atinentes a um proposto direito comunitário, agora de natureza derivada, teríamos aquelas que se referem ao ordenamento jurídico interno

dos organismos comunitários comuns. Se algumas dessas normas podem derivar do texto dos tratados, é claro que outras tantas promanam dos próprios organismos comunitários, no sentido de disciplinarem suas atividades internas e seu funcionamento geral. Do ponto de vista formal, tal normatividade representa um sistema claramente distinto daquele derivado dos tratados, destinando-se ao âmbito restrito do organismo institucional comunitário. O estudo deste segundo grupo apresenta, virtualmente, maior complexidade, não propriamente pelo seu ineditismo e atipia, mas pelo fato de tais normas exprimirem-se por meio de regras *interna corporis* e não em relação a direitos e deveres recíprocos de prosaicos sujeitos de direito internacional público. Com toda a cautela que deve derivar das comparações fáceis, poderíamos aqui entrever o nítido delinear de um incipiente direito administrativo intracomunitário;

c) No terceiro grupo, teríamos as normas legisladas pelos próprios organismos e autoridades comunitárias, nos limites de suas competências de elaboração normativa previstas pacticiamente pelos tratados institutivos e eventuais protocolos complementares, destinadas a serem aplicadas nos territórios dos Estados comunitários, em cujos espaços jurisdicionáveis se devem concretizar.

No modelo da União Européia, seriam exemplos de normas de tal espécie os regulamentos e as diretivas comunitárias, provenientes do Conselho e da Comissão Européia, nos termos do art. 189 do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957.

No âmbito do Mercosul, abstraindo-se a natureza apenas intergovernamental do bloco – “os limites do possível” –, o que traz grandes consequências no plano da eficácia e efetividade da normatividade comunitária, poderíamos, no entanto, antever normas comunitárias derivadas de aplicação interna, quer nas decisões do Conselho do Mercosul, quer nas resoluções do Grupo Mercado Comum e mesmo, eventualmente, nas diretrizes e propostas de iniciativa da Comissão de Comércio, normas essas contempladas respectivamente nos artigos 9, 15 e 20 do Tratado de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994.

Temos, portanto, no âmbito desse espectro legal, contendo normas absolutamente heterogêneas e mesmo com espaços de incidência e eficácia totalmente distintos, o complexo

conformante do que se deve designar “direito comunitário”.

Claro que inúmeras questões de grande relevância jurídica irão paulatinamente se formular, paralelamente à sedimentação de tal tipologia. As relações entre as normas jurídicas comunitárias e os ordenamentos jurídicos nacionais é, por exemplo, tema sempre presente nos recorrentes debates jurídicos que ocorrem na implantação de estruturas comunitárias. O tema ganha especial *insight* quando superpomos a hipótese do conflito entre as normas comunitárias e normas nacionais posteriores e antitéticas, constitucionais ou infraconstitucionais. A recepção e a coordenação do direito comunitário *vis-à-vis* dos direitos internos suscitou, aliás, na construção européia, grande embate doutrinário, conducente a formidável esforço de elaboração jurisprudencial.

Com referência ao específico tema da constitucionalidade dos tratados institutivos das Comunidades Européias, considerando a variedade dos sistemas constitucionais dos Estados envolvidos, houve um processo diversificado de adaptação e acomodação, com alguns deles introduzindo emendas idôneas a prevenir a verificação de conflitos e, outros, buscando simplesmente interpretações constitucionais benignas à supremacia do direito europeu.

Em nosso caso específico, podemos desde logo detectar uma série de conflitos potenciais entre os próprios Tratados de Assunção e Ouro Preto e a Constituição de 5 de outubro de 1988. Tomando em conta que, no seu *iter* para a ratificação, os referidos Tratados foram exaustivamente analisados pelo Poder Legislativo, tendo inclusive passado incólumes pelo crivo de duas Comissões de Constituição e Justiça, da Câmara e do Senado, é de crer-se não estamos diante de mero desleixo na apreciação da matéria, mas, em verdade, diante de uma consciente e deliberada intenção legislativa, ou, no mínimo, de um plausível ânimo de *lege ferenda*.

3. Características de um direito comunitário

O direito comunitário não é um direito *sui generis*, revolucionário ou gratuitamente subvertedor de convicções jurídicas seculares. Corresponde, ao contrário, à hegemonia das idéias diante de necessidades absolutamente

novas, impondo-se a partir de um querer livre e coordenado de Estados que decididamente se propõem à integração.

São as seguintes as características que se vêm identificando na neodisciplina:

a) *Autonomia* – As comunidades econômicas constituem uma inusitada ordem de relações político-econômicas entre Estados soberanos, necessitando, para a realização de suas finalidades, de um aparato jurídico da mesma forma inusitado. Tal aparato não pode ser vislumbrado como direito exclusivamente interno, tampouco como direito estrangeiro a ser aplicado internamente. Diante do aparecimento do novo referencial, território comunitário, sem que se tenha um direito novo, mas apenas um espaço jurisdicional múltiplo e diferenciado de todo inovador, o direito comunitário irá conformar-se autonomamente, porém sem nenhuma fundamental modificação metodológica conducente a reformulações ou releituras substanciais da Ciência do Direito.

Já é possível afirmar, a partir da prática e do grau de desenvolvimento do direito europeu, que o direito comunitário constitui aparato jurídico particular, distinto dos ordenamentos jurídicos nacionais e bastante em si quanto aos requisitos de eficácia e desenvolvimento.

b) *Efeito impositivo* – As normas comunitárias possuem um caráter obrigatório e devem estar instrumentalizadas de forma a poderem-se fazer impor a todos os jurisdicionáveis, dentre os quais se incluem, além dos Estados aderentes à comunidade, todas as demais pessoas físicas e jurídicas submetidas à jurisdição estatal. O caráter acaciano da assertiva “efeito impositivo” justifica-se pelo grande equívoco doutrinário que se tem disseminado sobre um propalado caráter não-obrigatório do direito internacional público, que, desprovido de aparato sancional contra os violadores de suas normas, seria disciplina pretensamente jurídica. Apesar de o direito comunitário não se confundir com o direito internacional público, passando por ele, é verdade, porém vindo muito mais aquém, não há como se negar a proximidade das disciplinas e, muita vez, sua circunstancial coabitação. Resta patente que este apregoado caráter construtivo representa a única segurança político-jurídica da dinâmica comunitária, garantidora de sua eficiência política e segurança econômica e, por conseguinte, do contingente sucesso histórico do processo.

Na experiência européia, constatou-se que

em nenhum momento se argüiu o caráter restritivo das normas comunitárias, com seu efeito impositivo conformando-se em convicção pacífica, assentada em reiterada jurisprudência da Corte do Luxemburgo, jamais contrariada ou questionada nas jurisdições locais.

c) *Efeito direto* – A presente característica decorre da automática integração do direito comunitário às ordens jurídicas internas, sem os mecanismos de incorporação aplicáveis aos tratados, dispensando-se as técnicas de outorga legislativa tradicionais. Tal dispensa não se refere, obviamente, ao direito comunitário originário, no que concerne aos tratados institutivos do bloco, que devem passar pelos mecanismos ordinários de incorporação. O sucesso de um processo de integração não dispensa a convicção social de que a vida comunitária não é algo de estrangeiro, mesmo às administrações locais. É eloqüente, *per se*, o fato de cerca de 60% das leis que atualmente compõem o ordenamento jurídico europeu serem de natureza comunitária, em detrimento dos outros 40%, diluídos entre as diversas instâncias político-administrativas nacionais. O fato de uma violação de direito comunitário poder ser argüida por qualquer jurisdicionável, já perante seus juízes nacionais e não só pelos Estados, nas instâncias européias, é ainda importante corolário do efeito direto das normas comunitárias.

Na história do direito europeu, a convicção do efeito direto não foi de fácil construção, não estando prevista expressamente no bojo do Tratado de Roma. Houve, de fato, fortes resistências à idéia, tendo em vista a tradição jurídica dos países, bem como o arraigado espírito de soberania, cujo berço político foi o próprio velho continente.

Fruto de lenta elaboração jurisprudencial da Corte do Luxemburgo, o efeito direto confirmou-se a partir do julgamento do histórico caso Van Gend en Loos, em 5 de fevereiro de 1963, pelo qual se entendeu que, não obstante o silêncio dos Tratados CEE, não se poderia conceber a existência de um mercado comum sem este requisito. A decisão foi sendo assimilada gradualmente pelos Estados comunitários, inclusive pela Grã-Bretanha, que sempre praticou um dualismo extremado, fundado no princípio da supremacia absoluta do Parlamento – “... *Parliament cannot bind itself or its successor...*” –, com o requisito sendo revogado pelo *European Communities Act*, de 17 de outubro de 1972, que criou uma

sofística forma de autorização de incorporação antecipada, sem precedentes na lógica jurídica, mas que de toda hábil a permitir a adesão britânica à Europa.

d) *Primazia* – A característica mais sacrílega de um direito comunitário ideal, sob o ponto de vista da concepção “estatolatra” do direito, é indubitavelmente a que aponta para a sua primazia em relação ao direito interno. A tradicional doutrina que abordou o análogo tema do choque entre o direito internacional e direito interno, desenvolvida a partir dos estudos de Tripel e Anzziloti, ao final do século passado, parece não mais estar apta a fazer face às questões engendradas pela nova realidade dos blocos econômicos.

Na França, em especial, verificou-se grande reação à primazia do direito comunitário, motivada seguramente pela arraigada concepção cartesiana da soberania. Acabou, no entanto, prevalecendo esse entendimento, sob o respaldo de uma interpretação benigna do art. 55 da Constituição da V República, que estipula:

“Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’ autre partie.”

Também merece atenção o caso da Itália, onde reiterados arestos da Corte de Cassação consagraram o primado do direito comunitário, apoiados na interpretação extensiva do art. 11 da Constituição de 1946, historicamente destinado a permitir a inclusão da República nas Nações Unidas, no delicado contexto do pós-guerra:

“Art. 11 – L’ Italia repudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con le altre stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicure la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”.

Com relação ao Mercosul, não há que se cogitar, diante de sua natureza eminentemente intergovernamental (artigo 16 do Tratado de Assunção e artigo 37 do Tratado de Ouro Preto), em primazia como categoria jurídica, até porque o direito brasileiro ainda não resolveu

a questão *a priori*, qual seja a questão da hierarquia do tratado no ordenamento jurídico interno. Vale salientar ter a Argentina, após reiterada elaboração jurisprudencial favorável ao monismo com prevalência da norma internacional, no qual destacou-se o julgamento do caso Cafés La Virginia, constitucionalizado o princípio da supremacia do tratado, na revisão constitucional de 1994, nos termos do art. 75, inciso 24.

Em se verificando, no entanto, a implantação das liberdades típicas do mercado comum, a delegação estatal à autoridade comunitária será inevitável para o que se vem designando, no modelo europeu, de soberania compartilhada ou complementar. Claro que este tem sido o mais polêmico e discutido aspecto do direito comunitário europeu, de certa forma retomado nos recentes debates sobre o Tratado de Maastricht, onde veio à lume o dilema que aflige principalmente “eurocéticos”: como continuar soberanos e unidos?

e) *Uniformidade de interpretação e aplicação* – Um direito comunitário deve possuir uniformidade formal e material, sendo, para tanto, indispensável um aparato ordenador e harmonizador de sua interpretação e aplicação. Também, no atual estágio do Mercosul, a questão não chega a ser suscitada. O considerado nível *light* de institucionalização, com o mínimo de órgãos e com o modo consensual e unânime de deliberação, determina a existência de aparato de solução de controvérsias dos mais singelos. O Protocolo de Brasília de Solução de Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991, estabelece três fases procedimentais: conciliação, consulta e arbitragem, moldadas de forma perceptivelmente política. Claro que isso não poderá perdurar na hipótese de uma evolução ao mercado comum ou mesmo quando se verificar o aperfeiçoamento do livre comércio, com o fim ou a redução drástica das salvaguardas, bem como diante da convergência da tarifa externa comum. Nessa hipótese, haverá o adensamento das controvérsias, obrigando à adoção de um aparato jurídico bem mais sofisticado, aliás como preconiza o próprio Tratado de Ouro Preto, ainda que de forma indireta, em seu art. 44. A questão resta em aberto e muitas poderão ser as soluções a partir do heurismo e da fecundidade do pensamento jurídico dos “quatro amigos” e dos vizinhos transandinos.

O modelo seguido pelo direito europeu

é, a propósito, surpreendente e instigante: valendo-se de um instituto considerado a chave-mestra, ou a válvula estabilizadora de todo o direito comunitário, os juízes nacionais, que são, em última análise, os efetivos aplicadores do direito comunitário, podem, sempre que a matéria objeto do litígio lhe for pertinente, consultar por via prejudicial a Corte de Justiça Européia, no Luxemburgo, para que pronuncie a correta interpretação da norma comunitária que deve incidir sobre o caso em concreto. O ineditismo do julgamento por via prejudicial nos sistemas judiciais dos países-Mercosul, bem como os princípios da independência e livre convicção da magistratura que adotamos, seguramente nos distanciam em muito de tal solução. O julgamento por via prejudicial, com a consulta prévia feita pelo juiz singular ou colegiado, em busca de um *prius logico* que deve conformar a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já é aplicado corriqueiramente na União Européia, conforme ordena o art. 177 do Tratado de Roma, assim redigido em sua versão oficial para a língua portuguesa :

“O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:

a) sobre a interpretação do presente Tratado;

b) sobre a validade e interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade;

c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.”

Certamente a parte final do dispositivo, que constringe à via prejudicial em casos de julgamentos nacionais de última instância (“... *tale giurisdizione é tenuta a...*”, no texto original do Tratado de Roma), é a que mais estupefaz e intriga a nossa visão latino-americana e, logo, iberogênica de exercício da jurisdição.

A definição das características de um direito comunitário em abstrato e da tipologia de suas normas, sem pretender exaurir o estudo preliminar da matéria, propõe-se a fazer ver a abrangência do tema, bem como as ingentes dificuldades que fatalmente suscita.

De toda forma, os imensos obstáculos a se superar em processos de integração demonstram, com clareza didática, que tais projetos destinam-se a sociedades que, amadurecendo, estão dispostas a ingentes desafios.

Existem duas clássicas lições de sociologia jurídica que me parecem, nesse instante, dizer respeito ao direito comunitário com muita propriedade.

A primeira é a que leciona nascer todo o direito sempre velho, já superado pelas necessidades e demandas sociais de seu tempo. Permito-me observar, como o fez a Doutora Maria de Los Angeles Benitez, em recente seminário em Buenos Aires, que o direito comunitário é, ao contrário, um direito que nasce totalmente permeável e aberto aos desafios do influxo social, fadado, por conseguinte, a permanecer indefinidamente jovem.

A segunda dessas lições ensina que, se de uma civilização nos remanescesse apenas seu ordenamento jurídico, seria possível fazer saber ao pesquisador do futuro quais foram os seus valores essenciais. Pois bem, se por um exercício de imaginação desaparecesse ainda hoje o processo de integração e dele ficasse apenas seu ordenamento jurídico, seguramente seus valores fadados à posteridade não seriam meramente os farisaicos valores do lucro e das vantagens materiais, mas, com certeza, os valores de solidariedade, paz, compreensão, equilíbrio, igualdade e equidade.

Para finalizar, gostaria de assinalar que a comunidade econômica não é super-estado, federação de estados ou algo que o valha. Suas forças armadas serão exclusivamente a força do direito que puder e ousar criar.

Categorias objetais

Localização ôntica do objeto jurídico

JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO

“No me gusta discutir términos, o palabras, o conceptos, porque lo importante son las teorías y sus relaciones con los problemas que las mismas buscan resolver. Los términos, o los conceptos, son meramente unos instrumentos de que nos servimos en la exposición de nuestras teorías.”

(POPPER, Karl. La filosofía y los problemas actuales. Tradução de Agustín Gil Lasierra. Madri: Editorial Fundamentos, 1981. p. 80: Falsabilidad y libertad: debate com Sir John Eccles.)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Abordagem primeira. 3. Noções sobre a Teoria dos Objetos. 3.1. Objetos reais. 3.2. Objetos ideais. 3.3. Objetos cujo ser consiste em um valor. 4. Posições doutrinárias sobre a localização ôntica do objeto jurídico. 4.1. A doutrina de Hans Kelsen. 4.2. A doutrina de Miguel Reale. 4.3. A doutrina de Carlos Cossio. 5. A crítica de Hans Kelsen à Teoria Ecológica.

1. Introdução

Preciso, de logo, um ponto importante: não sou kelseniano, apesar de ter estudado com um dos mais importantes conhecedores da obra de Hans Kelsen – o professor Lourival Vilanova, da grande Faculdade de Direito do Recife (hoje Universidade Federal de Pernambuco).

Entretanto, algo me perturba no modo como alguns pretensos cientistas do direito tratam a contribuição kelseniana. Não raro encontram-se afirmações inexatas que nunca foram feitas por Kelsen: o direito se reduz à lei, por exemplo.

José Wilson Ferreira Sobrinho é Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora – MG, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Qualquer modelo teórico pode ser contestado, mas não deverá ser deturpado. E, tirante equívoco de minha parte, muitos deturpam o pensamento desse autor sem ao menos o conhecerem.

Incluí no trabalho a crítica feita por Hans Kelsen à Teoria Ecológica em razão de Carlos Cossio ter atribuído a Kelsen palavras que talvez ele não tenha pronunciado, mormente porque o diálogo que tiveram foi travado em língua que não era a materna de nenhum dos dois: o francês.

Procurei trazer a lume o pensamento do próprio Kelsen que, naturalmente, contraria as afirmações cossianas. Talvez esteja na hora de alguns egologistas, que se pretendem representantes da quinta-essência do conhecimento filosófico-jurídico, refletirem antes de sustentarem apressadamente, às vezes com incompreensível acidez verbal, a superioridade da Teoria Ecológica sobre a Teoria Pura do Direito.

2. Abordagem primeira

O direito, enquanto categoria objetual, está localizado em alguma região daquilo que se conhece com o nome de Universo. Por universo se entende, com Luis Recaséns Siches, “al conjunto de todas las cosas” (*Tratado general de filosofía del derecho*. Mexico: Porrúa, 1959. p. 47). O universo se apresenta como aquele conjunto em que coexistem coisas multiformes e heterogêneas (por exemplo, montanhas, rios, livros de ciência etc).

Mas essas coisas são *algos* que se encontram no universo. São elementos ou seres que *são*. Pelo fato de *serem* é que se pode falar sobre elas, posto que, de contrário, isto não seria possível, salvo a hipótese lembrada por Siches: “Cuando trato de pensar la nada, ésta se transforma en un algo lo menos en pensamiento mío”.

Daí se segue que a coisa integrante do universo é. O próprio *nada*, ao ser pensado, transmuda-se em algo que é, ainda que o seja para quem o pensa.

Não obstante, o *ser* das coisas que estão no universo não tem o mesmo sentido, isto é, o fato de tais coisas serem *algo* resulta em que são *algo* diferente. É, na verdade, uma diferença que não é constituída pela diversidade de qualidade, de gênero ou de espécie. É originada das múltiplas acepções que a palavra *ser* possui.

O vocábulo *ser*, em primeiro lugar, pode ser entendido como *substância*, ou seja, algo que se apresenta dotado de existência própria quanto ao ser. Quer-se dizer: é com existência própria (o exemplo vulgarizado é o da coluna, que é uma substância).

O *ser* pode ser havido, em segundo lugar, como designando qualidade ou modo de ser de outra coisa (aqui é utilizado o exemplo da cor que não é independente de outro *algo*. Necessita do apoio de outra coisa para *ser*, por exemplo, a cor de uma coluna).

A palavra *ser* pode significar ainda uma relação. Aqui toma-se o exemplo fornecido pela igualdade existente entre duas colunas. Essa igualdade não é independente (como a coluna) nem necessita apoiar-se em outra coisa para *ser* (como a cor). Essa igualdade existe entre as duas colunas no momento em que a mente as compara.

Diz Siches que essas três acepções do vocábulo *ser* foram descobertas por Aristóteles e que se constituem naquilo denominado de *categorias*. Estas, ao que parece, são insuficientes para que se faça a descrição de todas as coisas existentes no universo, posto dizerem respeito somente às coisas reais exteriores. Ocorre que o universo não é composto apenas dessas coisas reais e exteriores a mim (montanhas, oceanos etc), mas também de outras coisas que existem. Essas coisas restantes são os chamados *atos reais subjetivos*, os entes ideais, seres cujo ser específico e peculiar consiste em um sentido.

Entende Siches, quanto aos primeiros, que existem coisas que só são em mim (meus desejos não satisfeitos e minhas alucinações). Os seres ideais, como um triângulo, não estão nas coisas exteriores nem estão somente dentro de mim. Quanto aos seres cujo ser específico e peculiar consiste em um sentido humano que se agrega a eles, como uma projeção humana que neles se expressa, tem-se as estátuas, as pinturas, as melodias e os utensílios que, embora tenham uma realidade externa (vê-se que a estátua é de pedra, as pinturas na tela do pintor são observadas, divisando-se as cores etc), necessitam desse sentido humano (estético, utilitário etc) para serem de modo específico e peculiar. (Consulte-se SICHES, op. cit. p. 48-49).

Essas coisas constitutivas do universo, apesar de múltiplas, podem ser identificadas. Falar-se-á, então, em objetos que pertencem a esse universo.

3. Noções sobre a Teoria dos Objetos

A primeira dificuldade que surge, quando se intenta um estudo sobre a chamada Teoria dos Objetos, é a relativa à não-univocidade do termo objeto. A exemplo do termo *ser*, ele também pode ser entendido em várias acepções.

Objeto significa, em um primeiro sentido, aquilo que está contraposto a um sujeito. Em um segundo sentido, significa o que é pensado, o que forma o conteúdo de um ato de representação independentemente de sua existência real (tal acepção é devida principalmente aos escolásticos). Em um terceiro sentido, objeto significa o que resulta da síntese transcendental realizada por meio de categorias (esta significação é devida à filosofia moderna, mais especificamente desde Kant). Modernamente se entende como objeto aquilo que está fora do sujeito, ou seja, o objeto é uma *realidade objetiva* oposta a uma *realidade subjetiva* (o sujeito cognoscente).

A fenomenologia de Husserl transformou o conceito de objeto. Passou ele a significar tudo que pode ser sujeito de um juízo. Nessa acepção, o objeto se transforma no que gramaticalmente se chama de sujeito, isto é, objeto é tudo que possa receber uma determinação. É tudo que é ou que *vale* de alguma forma. Existe uma equivalência entre o termo objeto e o denominado *conteúdo intencional*, de forma geral. Assim, não se tem como objetivo algo que tenha uma existência real de modo inexorável, mas sim algo que pode ser real, ideal, que pode ser ou valer. Esse algo é exatamente o objeto.

Aceitando-se a noção fenomenológica de objeto, entra-se propriamente na Teoria dos Objetos enquanto investigação formal das classes objetivas existentes. Transforma-se a Teoria dos Objetos, nesse momento, em uma parte da chamada ontologia, que pode ser entendida de modo geral e de modo regional. A ontologia geral procura responder às determinações do ser e, nessa condição, faz parte da metafísica enquanto investigação do *ser em si*. A ontologia regional tem como objetivo a investigação das notas gerais a que correspondem os diversos tipos do *ser*. O que resulta claro é que a Teoria dos Objetos se vincula à ontologia regional.

Não se infira, porém, que estou sustentando a equivalência entre ambas. Apenas sublinho a vinculação que há entre elas na medida em que a citada equivalência não é matéria tranqüila no campo filosófico.

Há quem aceite essa equivalência entre a Teoria dos Objetos e a ontologia regional. Miguel Reale, por exemplo, sustenta que

“A parte nuclear da ontologia, estrito senso, é a Teoria dos Objetos, à qual se acrescentam outras indagações, como, por exemplo, as referentes aos nexos ou relações entre as diversas regiões de objetos.” (Filosofia do direito. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 1978. v. 1, p. 175.)

Sucedem que essas *outras indagações* a que alude o autor citado não são feitas pela Teoria dos Objetos. Elas pertencem à ontologia regional. Repare-se, porém, que, se se aceita a equivalência entre elas, os campos distintos de investigação desaparecem, o mesmo acontecendo se se entende que a ontologia é formada somente por uma parte geral e pela Teoria dos Objetos em razão do desaparecimento da ontologia regional.

A Teoria dos Objetos, conquanto tenha detectado a existência de quatro tipos de objetos, agrupando-os com base em suas determinações, reconhece que o número deles é ilimitado. Apesar disso, admite-se que esses objetos conhecidos são a totalidade da realidade.

Naturalmente, essa aceitação é provisória, como acontece com o próprio conhecimento. O homem, em razão de sua falsa consciência do absoluto da vida, pensa ingenuamente que sua obra consegue atingir um nível insusceptível de questionamento. Nada mais falso porque o conhecimento evolui à medida que o tempo passa. Não existem verdades eternas e imutáveis.

Hoje se afirma a existência de quatro objetos: os objetos reais, os objetos ideais, os objetos cujo *ser* consiste em um *valer* e os objetos metafísicos.

3.1. Objetos reais

Entende-se por objetos reais aqueles que têm uma realidade em sentido restrito. Tais objetos se bipartem em objetos físicos e objetos psíquicos. Os objetos físicos têm como características a espacialidade e a temporalidade. Tais objetos somente podem ser concebidos a partir dessa referência ao espaço e ao tempo.

Pense-se em uma mesa, por exemplo. Ao examiná-la, posso fazer abstração do seu peso, da sua cor, do material que é feita e assim por diante. Isso é possível porque as qualidades abstraídas podem ser separadas da mesa, o que

as qualifica como secundárias. Entretanto, o mesmo não ocorre com relação à sua extensão. Essa qualidade não pode ser abstraída por ocasião da análise em razão de não ser separável da mesa. Trata-se de uma qualidade primária (REALE, op. cit. p. 177-178).

Os objetos psíquicos apresentam como características a temporalidade e a inespacialidade. De fato, a psicologia é a ciência que se preocupa com a investigação desses objetos enquanto podem ser transmutados em instintos, sensações, desejos, emoções etc. O homem é o lugar onde esse tipo objetual se desenvolve. Apesar disso, uma emoção não está no espaço como, por exemplo, um corpo físico. Quem está no espaço é o homem e não a emoção. Ela será apenas enquanto durar.

Esses objetos têm uma nota comum: o princípio de causalidade, que tem como conteúdo a afirmação de que “toda mudança, todo o processo tem uma causa” (HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1980. p. 182).

Para a parte relativa à introdução da Teoria dos Objetos e dos objetos reais, veja-se: MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. 2. ed. Mexico : Atlante, 1994. p. 509-510. verbete objeto.

3.2. Objetos ideais

Esses objetos são tidos como atemporais e a-espaciais, ou seja, são concebidos independentemente de qualquer referência ao tempo e ao espaço. Deles se ocupa a lógica e a matemática. Afirma Miguel Reale que “são seres que existem enquanto pensados (...). Existem na mente humana” (op. cit. p. 183).

A posição de Reale suscita o problema da existência dos objetos ideais como entidades ontológicas, isto é, existência independentemente de serem pensados e independentemente do pensamento que os pensa. Para ele, a doutrina da existência dos objetos ideais como entidades ontológicas é insustentável:

“Tais objetos são chamados ideais enquanto devem ser considerados distintos do pensamento como processo empírico determinado, mas não existentes em si, independentemente do ato de pensar em sua universalidade” (op. cit. p. 184).

Luis Recaséns Siches defende posição contrária ao afirmar que a mente humana

tropeça com o ser ideal da mesma forma que tropeça com um ser objetivo, apesar de não ocupar lugar no espaço e de não estar no tempo. Quando, por exemplo, pensa-se em determinado número, “la idea pensada tiene una consistencia propia e independiente del acto de pensarla” (op. cit. p. 57).

É possível fazer uma distinção entre a idéia pensada e o ato de pensá-la, ou seja, “el ser de la idea no se confunde con el proceso efímero de pensarla”. Pode-se sustentar, portanto, que as entidades ideais existem de modo ontológico, uma vez que um número ou uma relação lógica existe muito antes de o primeiro matemático ou o primeiro lógico os descobrir (SICHES, op. cit. p. 57-58).

Parece-me que o pensamento de Miguel Reale, quanto ao ponto citado, não é tão claro quanto faz supor a cita precedente, uma vez que, ao mesmo tempo em que refuta a tese da existência dos objetos ideais como entidades ontológicas, admite que tais objetos têm “uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares”.

Acredito haver ofensa ao princípio de não-contradição pelo qual uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. De fato, é o que se constata quando Reale entende que os objetos ideais têm e não têm, concomitantemente, existência absoluta.

Mais preciso é Siches, que apela para o que chama de *validez* (ou ser objetivo dos objetos ideais) para sustentar a existência desses objetos independentemente de serem pensados e do próprio ato de pensá-los (op. cit. p. 58).

3.3. Objetos cujo ser consiste em um valor

Segundo Ferrater Mora, “a este grupo pertenecen los valores que pudieron ser considerados también como objetos en virtud de la definición general” (op.cit. p. 510).

Repare-se: a existência desse tipo de objeto depende do conceito que se tenha dele. O autor citado toma como ponto de partida para sua classificação a dimensão fenomenológica de objeto. Cumpre, ainda, registrar a vinculação, ou não, dos denominados *valores* aos objetos ideais, uma vez que, havendo a inclusão deles na esfera ôntica das idealidades, não se pode admitir a existência dessa terceira categoria objetual.

Anota Reale que a concepção relativa à não-inclusão dos valores na categoria dos objetos

ideais é de sua autoria e que isso constitui “relevante alteração na tradicional Teoria dos Objetos” (op. cit. p. 187). Que essa não-inclusão constitui alteração na tradicional classificação dos objetos não há dúvida, em virtude das várias acepções que o termo objeto pode ter. Ademais, essa multivocidade conceitual pode gerar outras classificações dos objetos e não apenas a que ora se examina.

O estranho é que a primeira edição do livro *Filosofia do Direito* data do ano de 1953 e a Teoria dos Objetos não encontra desenvolvimento satisfatório nessa obra. Por outro lado, José Ferrater Mora, em obra cuja segunda edição data do ano de 1944, já havia classificado os objetos de modo que os valores constituíssem uma categoria distinta.

Fala-se, ainda, em objetos metafísicos. Tais objetos, segundo José Ferrater Mora, parecem ter a função de unificar os outros grupos,

“pues el objeto metafísico en cuanto ser en sí y por sí o absoluto contiene necesariamente como elementos immanentes todos los objetos tratados por la ontología regional” (op. cit. p. 510).

Carlos Cossio, de seu turno, afirma que eles “son reales; tienen existencia; no están en la experiencia y son valiosos” (*Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1964. p. 56).

4. Posições doutrinárias sobre a localização ontica do objeto jurídico

Existe, naturalmente, um número considerável de opiniões nesse campo. Entretanto, sou forçado a reduzir esse número para apenas três: Hans Kelsen, Carlos Cossio e Miguel Reale.

4.1. A doutrina de Hans Kelsen

Não se pode negar que Hans Kelsen operou uma espécie de revolução científica com sua Teoria Pura do Direito. Entendia que o direito se encontrava preso em uma verdadeira *babel terminológica*, por assim dizer, onde se misturavam o jurídico e o metajurídico. Urgia, pois, encontrar um critério que separasse tais dados. Surgiu, assim, a *pureza metodológica* como meio capaz de

“garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste

conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como direito” (*Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1979. p. 17).

Necessário, ainda, distinguir entre ciência da natureza e ciência social. Para isso, Kelsen examinou a natureza para se certificar de que os fatos são explicáveis à luz do princípio da causalidade (a cada causa corresponde um efeito ou, em linguagem formalizada: dado A, será B).

Sucedem que os homens tinham uma ordem diferente que não se explicaria por tal princípio somente. Isso fez com que Kelsen lançasse mão de outro princípio: a imputação que, em linguagem formal, significa: quando A é, B deve ser.

Repare-se que a distinção entre ciência da natureza e ciência social somente é possível se a sociedade for “entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si”. Somente assim ela pode “ser entendida como um objeto diferente da ordem causal da natureza” (op. cit. p. 119).

Tem-se aqui a famosa diferença entre o SEIN e o SOLEN. O primeiro é explicável com base no princípio da causalidade, uma vez que, na natureza, as coisas obedecem a ele. Diante de determinada causa, haverá um efeito ou, se se preferir, a um antecedente corresponde um consequente.

A sociedade, em termos kelsenianos, explica-se pela imputação, embora os dois princípios apresentem pontos de contato entre si. Todavia, existem também diferenças imprescindíveis à caracterização da separação entre ciência da natureza e ciência social, assim apresentadas:

4.1.1. embora os dois princípios sejam apresentados com a mesma forma verbal – um juízo hipotético onde um determinado pressuposto liga-se a uma determinada consequência –, o sentido que assume essa ligação se apresenta diferente em cada princípio.

Já se disse que o princípio da causalidade, em linguagem formal, significa que, dado A, será B e que o princípio da imputação, também em linguagem formal, afirma que, dado A, deve ser dado B. Tomando-se os exemplos fornecidos por Kelsen, tem-se que “se um corpo metálico for aquecido, dilatar-se-á” (op. cit. p.134). Trata-se de uma aplicação do princípio da causalidade a uma lei natural. Pode-se, também,

fazer aplicação do princípio da imputação, como no caso presente: “quando alguém comete um crime, deve ser punido” (op. cit. p. 137).

O que distingue o princípio da causalidade do princípio da imputação é o fato consistente em que “a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie” (op. cit. p. 137-138).

Pode-se dizer que na natureza existe uma relação causal, uma vez que o ato que produz a relação entre o pressuposto e a consequência pertence à ordem do ser, enquanto na sociedade (em visão kelseniana) há uma relação normativa, posto que o ato que produz a relação entre o pressuposto e a consequência é uma norma. A imputação é essa relação normativa, “expressa na palavra *dever-ser*, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.” (op. cit. p. 138).

4.1.2. No princípio da causalidade, a cadeia de causa e efeito é interminável em dois sentidos: no sentido de que “a causa concreta pressupõe como efeito uma outra causa” e no sentido de que “todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito”.

A consequência disso é “que todo o evento concreto seja o ponto de intercepção de um número em princípio ilimitado de séries causais”. No caso do princípio de imputação, isso não ocorre porque existe um termo para os elos que formam uma série imputativa.

Isso ocorre em razão de “o pressuposto a que é imputada a consequência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o acto generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória do morto, o reconhecimento, a penitência e a pena, todos esses pressupostos não são necessariamente consequências que tenham de ser atribuídas a outros pressupostos”

Igualmente, “as consequências, como, por exemplo, a veneração da memória, o reconhecimento, a penitência, a pena, que são imputadas, respectivamente, à morte pela pátria, ao acto generoso, ao pecado e ao crime, não têm necessariamente de ser também pressupostos a que sejam de atribuir novas consequências” (op. cit. p. 138).

Kelsen, porém, não poderia parar por aqui.

Não bastava que a ciência da natureza fosse contraposta à ciência social. Era necessário fixar o objeto da ciência jurídica.

A partir da concepção do direito como sistema normativo destinado a regular o comportamento humano, Kelsen estabelece que “são normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas” (op. cit. p. 110). De notar que o termo norma significa que algo deve ser ou deve acontecer.

Sendo a Teoria Pura do Direito uma Teoria Geral do Direito, como diz o próprio Kelsen, ela não pode se ocupar com determinado ordenamento jurídico particularizado sob pena de o qualificativo geral não mais poder lhe ser aplicado, exceto se ele for utilizado em sentido estrito para significar Teoria Geral do Ordenamento jurídico-positivo brasileiro, por exemplo. Entretanto, não é nesse sentido que Kelsen utiliza a nomenclatura dada à sua teoria, mas, sim, em um sentido lato que objetiva abarcar o direito positivo em geral.

Se o direito é um sistema de normas que regulam a conduta humana, o conteúdo dessas normas não poderia interessar à perspectiva kelseniana em razão de sua variação (de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico). Isso, *per se*, obstacularizaria qualquer esforço metodológico no sentido de se pesquisar todos os ordenamentos jurídicos existentes a fim de determinar seu conteúdo normativo. Restaria, portanto, o estudo da norma sem considerar seu conteúdo. É esta norma que a ciência do direito tem como objeto. Tal norma é um *dever-ser* lógico, posto que explicável pelo princípio da imputação (dado A, deve ser B).

Creio poder dizer que, para Kelsen, o objeto jurídico se situa na esfera ôntica dos objetos ideais em razão de a norma ser considerada em sua estrutura lógica com abstração do seu conteúdo (o *dever-ser* lógico).

A doutrina de Kelsen provocou forte reação. No Brasil, Machado Neto criticou a Teoria Pura do Direito em razão de ela considerar que “as normas são objetos ideais como puros juízos lógicos de *dever-ser*” (*Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1975. p. 24). Isso, para um egologista, é inadmissível por se ignorarem as conquistas feitas pela filosofia jurídica moderna,

“toda ela de conteúdo culturalista, porque solidária dos últimos descobrimentos filosóficos devidos, especialmente, à fenomenologia, à filosofia dos valores, ao existencialismo e à filosofia da razão vital de Ortega y Gasset” (Ibidem).

Entende Machado Neto, apoiado nessa pretensa ignorância kelseniana, por assim dizer, que a ontologia de Kelsen é insuficiente porque pré-temática. Isso se explicaria pelo fato de Kelsen utilizar a denominada concepção lógica da ciência (onde a atitude metodológica constitui o objeto jurídico).

Daí que a Teoria Pura do Direito, por força de sua ontologia insuficiente e, portanto, à falta de uma rigorosa Teoria dos Objetos, é forçada a

“aceitar, como o lugar do universo em que se situa o direito, o conjunto de fatos, valores e normas que, de maneira *impura*, a jurisprudência tradicional vem tratando como a *realidade jurídica*” (op. cit. p. 138).

Existe uma espécie de *lacuna ontológica*, na teoria de Hans Kelsen, que deriva do fato de ele não saber, com “garantia de intuição, onde se encontra o direito”. Mais: faz com que ele tropece “com as evidências de que o direito se situa no mundo cultural, num mundo humano e não num mundo espectral e esqualido do puro dever-ser lógico (objeto ideal)” (MACHADO NETO, op. cit.).

O gabarito intelectual de Machado Neto não foi suficiente para livrá-lo de confusão grosseira envolvendo a doutrina de Kelsen. De fato, não existe a propalada lacuna ontológica. O que há é a clara opção metodológica de Kelsen na direção de um momento epistemológico do direito: o momento lógico.

Trata-se, na verdade, de mero aparato metodológico na medida em que Kelsen sabe que a conduta tem sua importância. É equivocada, por isso mesmo, a afirmação de que ele não sabe onde o direito se situa.

Kelsen apenas separou conduta de norma jurídica, o que lhe permitiu assentar a conduta no mundo humano e a norma jurídica no mundo deontico (dever-ser).

Conclusão: o direito, enquanto norma jurídica abstraída de seu conteúdo comportamental, sempre esteve ligado ao campo dos objetos ideais. Onde, portanto, a lacuna ontológica?

A concepção lógica de Kelsen pode ser

criticada à luz de sua inadequação para a explicação cultural do direito. Mas isso não significa lacuna ontológica, senão que, quando muito, *insuficiência ontológica*.

4.2. A doutrina de Miguel Reale

O ilustre filósofo do direito entende que os valores devem compor uma terceira esfera ôntica e não devem ser incluídos no campo dos objetos ideais. E assim é porque, se existem pontos de contacto e de convergência entre valores e objetos ideais, existem também diferenças.

Os valores são a-espaciais e atemporais no sentido de que sua existência não está vinculada ao tempo e ao espaço, como os objetos ideais. A partir daí, Reale começa a apontar as diferenças existentes.

Diz ele que

“Enquanto os objetos ideais valem, independentemente do que ocorre no espaço e no tempo, os valores só se concebem em função de algo existente, ou seja, das coisas valiosas. Além disso, os objetos ideais são quantificáveis; os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação.” (op. cit. p. 187).

Os valores apresentam várias características, quando concebidos de forma autônoma, por assim dizer:

- O valor é bipolar – a bipolaridade do valor é entendida como algo que possibilita a um valor se contrapor a um desvalor, ao bom se contrapor ao mal etc. Ocorre que “valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético”.

- Os valores se implicam reciprocamente – essa implicação significa que os valores não podem se realizar de forma isolada senão que de modo solidário. Ao se realizar, um valor influi direta ou indiretamente na realização dos demais valores.

- O valor necessita ter um sentido ou referibilidade – essa referibilidade diz respeito à consciência e à realização do espírito humano. Este, para tomar consciência de si mesmo e para se realizar, necessita inclinar-se ou objetivar “a ser como deve ser”.

- O valor tem uma preferibilidade

que decorre do fato de ele envolver uma orientação no sentido de que sempre indica um determinado caminho para se chegar a um fim. Assim, o valor “prefere” sempre um determinado sentido entre outros sentidos possíveis.

- O valor tem possibilidade de ser graduado hierarquicamente. Significa isso que, dependendo da forma como determinada sociedade, em determinado tempo, ordene seus valores, ter-se-á uma espécie de retrato, por assim dizer, dessa época no que diz com sua tábua de valores.

Resumirei, para evitar citas fastidiosas, as características faltantes do valor: incomensurabilidade, objetividade, historicidade e inexauribilidade.

A incomensurabilidade é a característica do valor que o impede de ser numerado ou de ser quantificado. A objetividade explica porque os valores se impõem objetivamente à experiência subjetiva, ou seja, eles são postos “antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razão dessa conduta”. O que se pretende dizer com isso, nas pegadas de Scheler e de Nicolai Hartmann, é que “os valores representam um ideal em si e de per si”. O homem os descobre mas não os constrói.

A historicidade do valor consiste em que, não sendo o valor uma mera projeção da consciência individual, empírica e isolada, ele é uma projeção “do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora como consciência histórica, no processo dialógico da história”.

A inexauribilidade do valor significa que ele não pode se realizar de forma integral ou definitiva sob pena de se converter em “dado” e perder a “sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota”. (op. cit. p. 189-207).

O homem, na concepção de Reale, é apresentado como um ente que, simultaneamente, *é e deve ser*, transformando-se, assim, em ponto de partida para o estudo do valor. Daí resulta que, ao se estudar a problemática relativa ao homem, “toda Ontologia se resolve em Axiologia, abrindo-se as perspectivas da Metafísica”.

O portador da capacidade de síntese é o homem, quer instaurando novos objetos do conhecimento, quer constituindo novas formas de vida. Disso resulta que o homem é um ser

que inova, no sentido de que transforma os conhecimentos obtidos no campo do ser. Essa capacidade de inovação (ou capacidade de síntese) é que possibilita ao homem poder valorar. Reale, então, sustenta que o problema do valor é reduzido à própria espiritualidade humana:

“Há possibilidade de valores porque quem diz homem diz liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens (...)”.

Mas o homem, no afã de dominar a natureza para estabelecer novas formas de convivência, acaba projetando para fora de si alguns valores. Isso forma a denominada cultura. Tem-se, como conseqüência, que o valor se encontra em estreita conexão com a cultura. Eis a razão pela qual Reale não concebe uma teoria do valor como algo lógico e esquemático, mas sim como algo que se insere no processo histórico, como algo que traduz “o ser mesmo do homem em toda a sua imprevisível atualidade criadora”. O homem é, então, o valor-fonte de todos os valores. Ele construiu o mundo da cultura. Portanto, “todo bem cultural só é enquanto deve ser”. (op.cit. p. 211-213).

Para Reale, é necessário caracterizar os chamados bens culturais. Entretanto, como preliminar metodológica, convém lembrar que a cultura é o conjunto desses bens.

O bem cultural é formado por dois elementos: um suporte e um significado. O suporte é o sustentáculo do significado. Usando o próprio exemplo de Reale (uma estátua), é possível dizer que a matéria de que é feita essa estátua é o suporte (bronze, mármore etc) e a sua forma, entendendo-se esta como uma expressão de beleza da estátua, é o significado. Embora haja uma adequação entre o suporte e o significado, diz o mestre que “em última análise é o significado que sobreleva e marca a razão de ser de um bem cultural”.

Relativamente à experiência jurídica, é imprescindível reconhecer que existem bens culturais dotados de suporte ideal, além, obviamente, de suportes físicos ou psíquicos, uma vez que esta experiência não pode existir sem regras jurídicas, ou seja, “sem enlances lógicos servindo de suporte a valores ou sentidos de comportamento social reputados necessários à comunidade”.

Sustentando que uma relação lógico-normativa possa ser suporte de algo que tenha significação além do campo meramente lógico, Reale chega à sua conhecida concepção:

“O mundo jurídico se constitui a partir de três espécies de bens jurídicos que são distintos uns dos outros em função da natureza dos suportes que servem como meios de manifestação e de comunicação dos valores que neles estão consagrados. Tais bens jurídicos são o fato, o valor e a norma” (op. cit. p. 223-227).

Creio não haver dúvida de que, para Miguel Reale, o direito se localiza na esfera ôntica dos objetos culturais. Não obstante, penso que duas peculiaridades de seu pensamento devem ser realçadas:

a) a primeira peculiaridade diz com sua concepção tridimensional do direito que, na sua globalidade, é produto do fato, do valor e da norma, em razão de não ser possível conceber o direito apenas em uma dessas perspectivas. O direito, portanto, está localizado na seara ôntica dos objetos culturais, de forma tridimensional;

b) a segunda peculiaridade está ligada à sua concepção de cultura, que não é concebida como valor, mas sim “como elemento integrante, inconcebível sem a correlação dialética entre ser e dever-ser”.

Sem a cultura concebida nesses termos, “a natureza não teria significado e os valores mesmos não seriam possíveis” (op. cit. p. 189).

Entende-se, assim, porque os objetos culturais são tidos, por Reale, como complexos, verdadeira forma de integração entre ser e dever-ser.

4.3. A doutrina de Carlos Cósio

Cósio, autor da célebre *Teoria Ecológica do Direito*, é hoje uma das figuras de proa da filosofia jurídica na Argentina. Seu pensamento, entretanto, logrou extrapolar os limites territoriais desse país para se estender pelo continente sul-americano e, em menor escala, por outros países.

A partir da consideração de que a doutrina de Kelsen era insuficiente para explicar o direito, Cósio intentou desenvolver sua teoria a fim de resolver definitivamente as incorreções ou as omissões da doutrina kelseniana que, para Cósio, nada mais era que uma lógica jurídica formal.

Diz Cósio que o direito é cultura. Para caracterizar tal premissa, ele se apóia na tese

de Husserl relativamente às ontologias regionais, aceitando que o objeto é “cualquier cosa que pueda ser motivo de una predicación verdadera mediante un juicio; es decir, todo lo que pueda actuar como sujeto lógico en una proposición” (op. cit. p. 54).

A teoria ecológica considera a existência de quatro objetos: objetos ideais, objetos naturais, objetos culturais e objetos metafísicos. Os objetos ideais são irrealis, não estão na experiência nem possuem valor, no sentido de serem neutros a qualquer valor. Os objetos naturais são reais, têm existência, estão na experiência e são valiosos positiva ou negativamente. Os objetos metafísicos têm existência, não estão na experiência e são valiosos, positiva ou negativamente.

Cada categoria objetual reclama um método capaz de viabilizar a obtenção de suas verdades. Assim, Cósio entende que, nos objetos ideais, essas verdades que lhe são relativas somente podem ser apreendidas por meio do método *racional-dedutivo*. A utilização desse método permite que se parta de verdades gerais para que se chegue a uma verdade particular.

A valência metodológica desse procedimento encontra-se no fato de que ele “se funda en la razón como una conformidad con la razón; y por eso no puede ser que la conclusión contraríe a las premisas”. Tal método, enquanto instrumento para obter verdades, somente é válido quando aplicado a verdades da razão. Quadra, portanto, a distinção feita por Leibniz entre *verdades da razão* e *verdades de fato*. As primeiras, por serem apodícticas, não apenas são como são, mas na verdade não podem ser de outra maneira. As segundas, ao revés, são assertóricas e, portanto, são como são apenas porque assim as coisas se sucedem, não havendo, porém, contradição no fato de se pensar que poderiam ter sido diferentes.

Na verdade de fato, fala a experiência e, na verdade da razão, fala o pensamento. Exemplificando: ao dizer que os metais se dilatam por ação do calor, digo uma verdade de fato porque a experiência confirma que assim é. Se, porém, digo que 1+1 é igual a 2, isso é uma verdade da razão, porque não necessito da experiência para confirmar tal fato. Necessito apenas do pensamento.

O método racional-dedutivo é um instrumento hábil para apreender as verdades dos objetos ideais porque ele reclama, em sua origem, uma verdade da razão (axiomas para a

matemática e princípios lógicos supremos para a lógica).

Tal método é constituído pelo ato da consciência ou ato gnoseológico a que se dá o nome de *intelecção* ou *intuição intelectual*, definida como sendo

“un ver con la inteligencia sin poner nada más que el ver. Y al ver con la inteligencia captamos ahora no la existencia, sino la esencia de los objetos”.

Este *não-por-nada-além-do-ver* significa uma atitude passiva do sujeito cognoscente com relação ao objeto conhecido, isto é, o sujeito cognoscente se limita a receber do objeto o que ele lhe der, sem se introduzir no dado para tomar posição dentro dele, objetivando construir o dado como objeto. É, portanto, um ato de mera apreensão do sujeito cognoscente com relação ao objeto.

Os objetos naturais possuem uma metodologia diferente. Seu método é o empírico-indutivo, no qual se vai do particular para o geral e do concreto para o conceitual. A valência desse método é explicada por Cóssio nos termos seguintes:

“Vale porque se funda en la experiencia natural como una conformidad con la experiencia misma, la cual es algo dado y creado de una vez para siempre, pues todas las variaciones y transformaciones que observamos en los fenómenos son las apariencias de aquella identidad y se conocen en función de ella en una constancia causal invariable”.

A conclusão se apresenta como verdade assertórica posto que seu ponto de partida são os fatos, ou seja, o método empírico-indutivo reclama em sua origem uma verdade de fato e não uma verdade da razão como o método racional-dedutivo. Torna-se, *ipso facto*, um instrumento idôneo à apreensão das verdades relativas aos objetos naturais.

O método empírico-indutivo é constituído, também, por um ato da consciência ou ato gnoseológico a que se chama de explicação, entendida, por Cóssio, como sendo a referência de algo como efeito a outra coisa como causa. É o velho princípio da causalidade.

A explicação, como a intelecção, é um ato neutro, isto é, implica uma atitude passiva do sujeito cognoscente diante do objeto, nele não se introduzindo para tomar determinada posição. Entretanto, com a explicação não se descreve o objeto conhecido. Isso se deve ao

fato de que “salimos de su intuición hacia otra intuición y lo conocemos en función de esto otro”.

Procurando aclarar essa não-descrição do objeto por meio da explicação, Cóssio exemplifica: por ocasião do nascimento de uma criança, pode-se destacar dois conhecimentos: o da mãe, que é meramente intuitivo, e o do médico, que é conceitual (op. cit. p. 54-60).

Os objetos culturais têm como método o *empírico-dialético* em razão de tais objetos poderem ser conhecidos somente de forma dialética, ou seja, passa-se “de la materialidad del substrato a la vivencia de su sentido espiritual, y viceversa” (op. cit. p. 79).

Mas o que é um objeto cultural? Para Cóssio, o objeto cultural é formado por um substrato perceptível e por um sentido espiritual que se encontram entrelaçados, formando uma unidade dialética. Quer-se dizer: “comprendemos o substrato pelo seu sentido e comprendemos o sentido em seu substrato” (CÓSSIO, Carlos. Teoria egológica e teoria pura do direito. Tradução de Paulo Dourado de Gusmão. *Revista Forense*, p. 41. maio, 1950).

Na teoria egológica, não se sustenta a possibilidade de haver distinção entre substrato e sentido, de forma que cada qual tenha uma existência autônoma. A egologia entende que “seu ser (dos objetos culturais) é ser um sentido, ou seja, seu ser consiste em existir” (Ibidem).

O método empírico-dialético é constituído por um ato da consciência ou ato gnoseológico intuitivo que se chama de *compreensão*. Compreender, para Cóssio, é conhecer o sentido de algo. Essa compreensão se assenta nos dois membros do objeto cultural (substrato e sentido), podendo iniciar-se do primeiro para o segundo, e vice-versa. (*La teoría egológica...*, p. 72 e seg.).

Para sustentar a tese de que direito é cultura, parte Cóssio daquilo que denomina *fenomenologia existencial da cultura*. O termo passa a significar “tudo que o homem faz em função de valores”, englobando não apenas aquilo que o homem fabrica, mas também a sua própria atividade, desde que se entenda o homem como algo que é mais do que um animal. Aqui a diferença entre a vida biológica e vida humana. A partir dessa oposição entre uma e outra, cultura significa “vida humana plenária, desde que seja vida existencial”. Essa diferenciação entre vida biológica e vida plenária somente é possível por meio da fenomenologia existencial

da cultura, uma vez que somente ela possibilita a compreensão de que o homem, enquanto natureza, é vida biológica e, enquanto ligado a valores, é vida plenária.

Sabe-se que um objeto cultural tem dois membros: substrato e sentido. Entretanto, o direito, enquanto cultura, não dispensa a consideração de que existem produtos feitos pelo homem que têm autonomia em relação ao seu fabricante e objetos que são inseparáveis do seu fabricante. Nasce, assim, a divisão da cultura em duas partes: *objetos mundanos e objetos egológicos*. Os primeiros têm como substrato uma porção da natureza e os segundos, “a própria vida do homem fora da sua significação biológica”. A conseqüência disso é que o objeto egológico é tido como sinônimo de conduta enquanto objeto de conhecimento.

O objeto mundano não pode abrigar o direito pelo fato de seu substrato ser formado por uma porção da natureza, sendo claro, portanto, que o direito não está na natureza, posto ser conduta. Se assim é, ele somente pode ser um objeto egológico, pois este objeto é sinônimo de conduta (CÓSSIO. *La teoría*. p. 40-41).

5. A crítica de Hans Kelsen à Teoria Ecológica

A crítica citada, para o que interessa no momento, dirá respeito apenas à localização do objeto jurídico na teoria ecológica, isto é, direito é cultura, portanto, o direito é um objeto egológico.

Hans Kelsen, no ano de 1949, esteve na Argentina a convite da Universidade de Buenos Aires a fim de participar de um seminário que tinha como objetivo tratar de alguns pontos da Teoria Pura do Direito sob o título *Problèmes Choisis de la Théorie Pure du Droit*.

Carlos Cossio, que manteve conversas particulares com Kelsen, deliberou publicar um artigo depois da visita desse autor em que fez sérias afirmações quanto à concordância do professor de Viena com alguns pontos da Teoria Ecológica. Como era natural, Kelsen respondeu a esse artigo de Cossio. A crítica que será exposta é fragmento dessa resposta kelseniana.

A crítica feita por Kelsen à teoria de Cossio parte de um ponto central: a divisão da cultura em vida plenária vivente e em vida plenária objetivada, divisão essa feita por Cossio com

base na sua fenomenologia existencial da cultura e que redundava na existência de dois objetos: objeto mundanal e objeto egológico.

Esses dois objetos, como visto, formam os chamados objetos culturais. Aqui se localiza a primeira objeção de Kelsen: se a cultura é formada tanto pela vida plenária vivente como pela vida plenária objetivada, ou seja, por objetos mundanais e por objetos egológicos, há de se reconhecer “que el objeto egológico no puede entenderse sin la referencia al otro, al objeto mundanal” sob pena de não se entender como “sería posible comprender la actividad del escultor, el objeto egológico (...) sin referencia a la estatua creada por el escultor, al objeto mundanal...?”.

Aponta Kelsen, em desdobramento, a contradição da Teoria Ecológica ao considerar que o direito deve ser buscado na metade correspondente à vida plenária vivente (objeto egológico), baseado no fato de que Cossio havia afirmado: “*las dos mitades de la cultura, el obrar humano y su producto, constituyen una unidad*”. Se é assim, o direito não pode pertencer a uma metade somente, mas sim às duas metades da cultura, isto é, aos objetos mundanais e aos objetos egológicos.

Sucedem assim não é na Teoria Ecológica. E não é porque, ante a consideração de que o direito é conduta humana, a ecologia é forçada a ignorar “que el derecho positivo es un producto del obrar humano dirigido a la realización de valores”. Com isso, diz Kelsen, a própria concepção de cultura da Teoria Ecológica é negada a partir do momento em que sustenta ser o direito apenas um objeto egológico e não também um objeto mundanal.

Expõe Kelsen, finalmente, outra contradição da Teoria Ecológica: inicialmente Cossio havia estabelecido a diferença entre as duas metades da cultura, com base no fato de que o objeto egológico representava a atividade humana e o objeto mundanal, a própria atividade humana. Posteriormente, Cossio faz a distinção entre objeto egológico e objeto mundanal com base no substrato perceptível do objeto cultural, ou seja, quando o substrato do objeto cultural é uma porção da natureza, tem-se o objeto mundanal; de contrário, quando for a própria vida do homem plenária e não apenas o seu organismo biológico, tem-se o objeto egológico.

Ora, se a vida plenária (que é constituída pelas duas metades) ou cultura se acha contraposta à vida biológica enquanto natureza, resulta que o objeto mundanal não pode ter por

substrato uma porção da natureza. Ocorre que a Teoria Ecológica sustenta exatamente o contrário: quando o objeto cultural tem como substrato uma porção da natureza, surge o objeto mundanal.

Se assim é (o que Kelsen nega com base na teoria da cultura adotada por Cossio), “también es una porción de naturaleza el substrato perceptible del objeto ecológico, el obrar visible del hombre”. Mais: se o objeto cultural é um sentido espiritual, como afirma Cossio, como pode ser uma porção da natureza o substrato do objeto mundanal, se ele é um sentido espiritual?

Parece que as críticas kelsenianas não foram respondidas satisfatoriamente. De fato, não se

consegue entender como Cossio conseguiu decompor a cultura em dois objetos e depois sustentar que o direito é apenas objeto ecológico e não também objeto mundanal.

Se o direito é um objeto cultural e se a cultura é composta por dois tipos objetivos (ecológicos e mundanais), fica difícil aceitar a tese de Cossio de que o direito está apenas em uma dessas partes culturais (ou objetoecológico). (KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho y teoría ecológica*. COSSIO, Carlos. *Teoría ecológica y teoría pura del derecho*. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 71, p. 11-16, 1953. Balance provisional de la visita de kelsen a la Argentina.

Inserção dos tratados no direito brasileiro

LUIZ OLAVO BAPTISTA

SUMÁRIO

1. A inserção dos tratados no sistema jurídico brasileiro. 2. Efeitos dos tratados na ordem interna brasileira. 3. Hierarquia entre lei e tratado. 4. Revogação da lei pelo tratado. 5. As normas derivadas do Mercosul.

O processo de globalização da economia, os movimentos de integração econômica e o desenvolvimento do direito internacional daí decorrente trazem à baila a necessidade de se estudar a interação do direito internacional com o direito interno, especialmente no Brasil. Como todos países de grandes dimensões, o nosso tende a um certo isolacionismo e auto-suficiência que os fatos sempre se encarregam de confrontar. Isso tem ocasionado inúmeros problemas nos foros internacionais, a maioria deles decorrente tão-só do desconhecimento da existência de obrigações do país para com os demais Estados e dos efeitos e alcance destas. Tais obrigações, na maior parte, decorrem de tratados.

Por outro lado, muitas pessoas não sabem quando os tratados se tornam obrigatórios – se é que se tornaram – e quais os passos para se chegar a esse resultado. Isso também tem sido fonte de confusão. Por isso é útil uma revisão da legislação e da doutrina, a esse propósito, o que se pretende com este texto.

As normas internacionais¹ produzem efeitos

¹ As fontes do direito internacional público, tradicionalmente, são as referidas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e incluem o costume, os princípios gerais de direito reconhecidos pelos principais sistemas jurídicos, a jurisprudência internacional e os acordos passados entre pessoas jurídicas de direito internacional público.

internacionais² obrigando tão-só Estados³ ou organizações internacionais⁴ para com os demais Estados ou organizações internacionais se decorrerem de tratado e, como os contratos, apenas para os respectivos signatários, salvo o consentimento expresso dos terceiros⁵. As normas de direito interno, por sua vez, só por exceção produzem efeitos extraterritoriais (daí se falar em extensão territorial da soberania, o poder de legislar sendo emanção desta).

Isso torna necessária a interação entre esses dois tipos de regras, visando a sua operacionalidade e coerência.

Entre as normas internacionais, só examinaremos aqui a categoria dos tratados. A expressão tem vários sinônimos: acordo, convenção, protocolo, etc., todos designando a mesma coisa. Os tratados são contratos entre pessoas de direito público internacional⁶.

Cumpridos determinados requisitos, podem ser incorporados aos sistemas jurídicos nacionais e passam a integrá-los, produzindo efeitos no interior destes. Isso ocorre porque as obrigações que geram podem vir a afetar, de algum modo, a legislação do Estado signatário, seja modificando-a diretamente, ou criando certos limites para o exercício da competência legislativa.

Isso, entretanto, faz-se mediante procedimentos, previstos pelo sistema jurídico a que se incorporarão, para a inserção das novas regras no direito interno. Vejamos como o direito brasileiro trata da matéria.

1. A inserção dos tratados no sistema jurídico brasileiro

A Constituição Federal prevê a aprovação pelo Legislativo (art. 49, I) e, posteriormente, a promulgação pelo Executivo, que também

² Como dizia Anzilotti, elas “não podem influir sobre o valor obrigatório das normas internas, e vice-versa”. *Cours de Droit International*. Tradução francesa segundo a 3ª edição italiana. Paris : Sirey, 1929. 3v. p. 50.

³ ICJ Reports, 1952, p. 112. (Caso da Anglo Iranian Oil, Grã Bretanha vs. Irã).

⁴ ICJ Reports, 1962, p. 330. (Caso do Mandato sobre a África do Sul Ocidental, outorgado pela Liga das Nações).

⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 35.

⁶ Para uma definição mais precisa, v. Reuter, op. cit. Nota e Rezek, op. cit. Nota.

ratificará o tratado. A ratificação é ato dirigido aos demais signatários e à comunidade de Estados, confirmando o compromisso condicional que foi a assinatura da convenção ou tratado.

Ao ser levado à aprovação, o tratado já foi objeto de negociações e, após estas, assinado. É remetido ao Poder Legislativo com o pedido de aprovação. A submissão ao controle legislativo desse ato do Executivo é antiga tradição no direito brasileiro⁷.

A razão desta tradição é explicada pelo Professor Vicente Marotta Rangel:

“com a audição dos poderes Executivo e Legislativo, atende-se à consideração de que o tratado possui a natureza de lei e se respeita, por outro lado, o princípio da distinção dos poderes governamentais”⁸.

A aprovação na Câmara dos Deputados deve ser por maioria absoluta de votos⁹. Segue-se um projeto de decreto legislativo, que será enviado ao Senado, que o aprovará ou rejeitará. Se a aprovação for sem emendas, o Presidente do Senado promulga o decreto legislativo¹⁰. Se houver emendas, volta à Câmara, cabendo a esta decidir se as aceita. O Presidente do Senado, em qualquer caso, promulgará o decreto legislativo.

Com a edição do decreto legislativo, formaliza-se a *aprovação* do acordo. Seguem-se a *promulgação*¹¹ e a *ratificação*¹², a primeira por decreto, que incorpora o tratado ao direito brasileiro, atos esses privativos do Presidente da República¹³.

⁷ VALLADÃO, Haroldo. Conceito moderno de ratificação de tratados e convenções. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 35-36, p. 53 e seg.

⁸ Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Boletim da Soc. Brasileira de Direito Internacional*, nº 45-46, jan./dez. 1967. p. 29 e seg.

⁹ CF, art. 47.

¹⁰ RIS, Título IX, Cap. IV, art. 48, item 28.

¹¹ Celso de A. Mello classifica a ratificação como “a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados”. *Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. v. 1, p. 142-3.

¹² Como disse Jules Basdevant em um voto na CIJ (*Raports*, 1952, p. 69) “...a redação e assinatura de um acordo internacional são os atos por meio dos quais se expressa a vontade dos Estados contratantes; a ratificação é o ato pelo qual a vontade assim expressa é confirmada pela autoridade competente, com o propósito de dar-lhe força obrigatória” (trad. livre).

¹³ CF, art. 84, VIII.

Isso porque – como bem explica Cachapuz de Medeiros na sua obra, definitiva, sobre a matéria – “pertence ao executivo a competência para declarar internacionalmente a vontade do Estado”¹⁴.

A necessidade da promulgação é ressaltada por João Hermes Pereira de Araújo¹⁵. Opina no mesmo sentido o Ministro Francisco Rezek¹⁶ e o Professor João Grandino Rodas¹⁷, para quem “a promulgação atesta a adoção da lei pelo Legislativo, certifica a sua existência e o seu texto, e afirma, finalmente o seu valor imperativo e executório”.

Assim, a promulgação é que faz culminar a inserção dos tratados no direito brasileiro. A partir daí, passam a integrar o sistema jurídico do país, e a ter força de lei, desde que, no plano internacional, tenham entrado em vigor¹⁸.

Cabe indagar, agora, quais os seus efeitos, uma vez introduzidos na ordem jurídica nacional.

2. Efeitos dos tratados na ordem interna brasileira

A interação do direito internacional com o direito interno transcende o procedimento da incorporação dos tratados, pois passa, também, pelo estabelecimento do relacionamento e da hierarquia entre estes e as normas internas, assim como pela possibilidade de revogação ou modificação recíproca.

O tratado, enquanto contrato, é ato jurídico, mas tem também caráter normativo.

Prescrevendo o tratado normas de conduta para os seus súditos, os Estados signatários têm duas vias para cumprir a sua obrigação. Uma é a inserção do tratado tal e qual (mediante o

mecanismo já descrito), que se torna, então, regra interna. Outra é – após a promulgação – a edição de norma (lei, decreto, regulamento, etc.), que dá cumprimento à obrigação internacional, incorporando o comando da convenção. Esta última fórmula é usada quando o tratado determina ao Estado signatário que “se esforce para”, ou “tome as medidas necessárias para” atingir tal ou qual resultado¹⁹ ou quando se pretende consolidar a nova regra com outras preexistentes.

No sistema brasileiro, temos um exemplo no caso da Convenção de Genebra ou Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias²⁰, cujo teor foi incorporado diretamente pela via do tratado, que era complementado pela legislação nacional onde esta não havia sido revogada e, em seguida, as normas de ambos foram consolidadas na Lei do Cheque²¹.

A diferença de conteúdo – normativo-contratual ou puramente contratual – faz com que o direito subjetivo de exigir o cumprimento do tratado seja só da contraparte ou também dos cidadãos de um ou outro.

É o problema dos efeitos quanto a terceiros, que foge ao âmbito deste estudo.

Mas – indagar-se-á –, os cidadãos dos Estados signatários do tratado não são terceiros em face deste ato jurídico? Paul Reuter²² dizia que uma organização internacional criada por um tratado, embora não fosse parte neste, não poderia ser considerada como terceiro em relação a essa convenção.

Parece lógico, também, dizer que, quando o tratado estabelece direitos ou deveres para os súditos de um Estado, estes não podem ser havidos como terceiros em face do mesmo. É por isso que a Constituição Federal impõe que os tratados sejam aprovados pelo Congresso²³ para ingressar na ordem jurídica brasileira, como anteriormente se disse.

Uma vez ingressados na ordem interna, passam a produzir efeitos que variam de acordo com o seu conteúdo.

¹⁴ *O poder de celebrar tratados* : competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre : Fabris, 1995. p 476.

¹⁵ *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro : MRE, 1958. p. 251

¹⁶ *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 385.

¹⁷ *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo : RT, 1980. p. 200.

¹⁸ Em geral a entrada em vigor dos tratados depende da ratificação por ambos os signatários, se bilaterais, ou por um número mínimo de partes, se multilaterais. O depósito dos instrumentos de ratificação serve apenas para dar publicidade e preservar a memória das convenções, não para dar-lhes vigência. V., a propósito, Rezek, op. cit.

¹⁹ V., nesse sentido, a obra de Rezek, op. cit. p. 398, em que o autor lembra o caso dos tratados em matéria penal, nos quais se cria a obrigação do Estado de legislar.

²⁰ Convenção de Genebra, promulgada pelo Dec. nº 57.663/66.

²¹ Lei 7.357 de 2-9-85.

²² *Introduction au droit des traités*. Paris : Armand Colin, 1944. p. 121-122.

²³ Art. 49, I.

No Brasil, desde a Constituição de 1988, temos algumas regras de direito internacional que, introduzidas no direito brasileiro, não mais podem ser revogadas, pois estão sob o império da chamada cláusula pétrea. São as que nascem dos tratados sobre direitos e garantias individuais e que, por isso, geram direitos subjetivos dos cidadãos. Assim, os direitos daí decorrentes (e não os tratados que os declararam) não podem mais ser abolidos ou revogados.

As demais normas de direito internacional têm a mesma hierarquia das leis e, por isso, obedecem às mesmas regras que estas em matéria de vigência. É preciso sempre, por isso, indagar qual o conteúdo e a quem se dirige o comando emanado do acordo, para saber se dele decorrem ou não direitos subjetivos e para quem.

Quando o comando for endereçado ao Executivo e este obrigou-se a tomar determinada providência que gera direito para os residentes no Brasil, estes, cidadãos ou não, terão direito subjetivo a exigir que se cumpra o mandamento.

Ao contrário, se o Poder Executivo obrigou-se a determinado ato – por exemplo, uma norma do Mercosul que determina que os Estados-membros criem equipes plurinacionais nas respectivas fronteiras –, os cidadãos não podem exigir, em juízo, o cumprimento dessa providência; só a pode reclamar qualquer dos Estados-membros ou a organização internacional Mercosul. Assim ocorreu, em outro âmbito, um bom exemplo com o tratado que criou a Organização Internacional do Café que, até esta data,²⁴ não havia sido promulgado pelo Presidente da República – e por isso ainda não entrou em vigor. Contém dispositivo pelo qual *os membros esforçar-se-ão por proibir a venda e a propaganda, sob o nome de café, de produtos que contenham menos do equivalente a 90 por cento de café verde como matéria-prima básica*. Essa regra estabelece uma obrigação de meios, e não de resultados, para os Estados-membros e não gera direito subjetivo para os súditos deste tratado, que são, para os efeitos desta cláusula, terceiros. O comando, nesse caso, é endereçado tão-só aos Estados, e a estes cabe editar as normas ou tomar as providências necessárias para que ele se cumpra. Só os demais Estados signatários têm o direito de reclamar o cumprimento do tratado, e isso mesmo nos limites da possibilidade jurídica (e, creio, política) do Estado.

²⁴ Agosto de 1996.

Há também tratados que contêm duplo endereçamento: aos Estados e aos súditos destes, pois a uns atribuem deveres e a outros direitos. É o caso da Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas²⁵, na qual os signatários se obrigam a respeitar certas regras relativas ao asilo e que redundam em benefícios para os asilados, os quais terão o direito de se socorrer do tratado em relação a estas últimas regras.

Finalmente, exemplificando tratado que regula a conduta das pessoas residentes nos territórios dos Estados signatários (e, por isso, referente a direitos subjetivos), temos o vetusto Código Bustamante²⁶, cujas regras endereçam-se diretamente às pessoas, que desse modo podem exigir a sua execução.

Realmente, como ensina o Ministro Francisco Rezek²⁷:

“Custa-se entender, dessarte, a tão repetida dúvida sobre produzirem, ou não, os tratados efeitos sobre os indivíduos e sobre as pessoas jurídicas de direito privado.”

Com efeito, basta buscar, no teor do tratado devidamente introduzido na ordem interna, o endereçamento de seu conteúdo, para saber se está ou não endereçado às pessoas ou tão-só ao Estado. Os tratados, assim, integram a ordem interna, com diversas funções. Cabe indagar se têm a mesma hierarquia das leis.

3. Hierarquia entre lei e tratado

Os tratados, uma vez inseridos no direito brasileiro, passam a ser considerados como leis e a produzir os efeitos destas sobre as demais leis²⁸. Sem dúvida, no sistema brasileiro, como é cediço, e bem explicou o Professor Vicente Marotta Rangel²⁹, estão em nível hierárquico inferior ao da Constituição e, portanto, sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Com efeito, se a norma de direito internacional foi introduzida no direito interno para

²⁵ X Conferência Interamericana, 28 de março de 1954, aprovada pelo Dec. Legislativo 34, de 12-8-64, ratificada a 14-1-65, promulgada pelo Decreto 55.929, de 14 de abril de 1965.

²⁶ Código Interamericano de Direito Privado, firmado em Havana e promulgado pelo Decreto 18.871 de 13 de agosto de 1929.

²⁷ *Direito dos Tratados*, p. 394.

²⁸ Há outros sistemas jurídicos que dão prevalência aos tratados não só sobre as leis, mas até mesmo sobre a Constituição.

²⁹ cf. nota 8.

nele operar como se fora lei, não haveria por que dar-lhe hierarquia superior. A hierarquia é a mesma, exceto no caso, muito especial, das leis complementares. Efetivamente, o sistema brasileiro estabelece uma distinção entre as chamadas leis complementares – que dependem de *quorum* especial para sua aprovação – e as leis ordinárias. Aquelas primam sobre estas. Por isso mesmo, como já dito no caso da Convenção 158 da OIT³⁰, o tratado, ainda que verse matéria típica de lei complementar, não passa do nível da lei ordinária, até porque o *quorum* para sua aprovação não é alcançado. Para que faça efeito – ainda que promulgado –, far-se-á mister a edição de lei complementar³¹ que incorpore seus preceitos no direito brasileiro.

Dessarte, como os tratados têm a mesma hierarquia das leis ordinárias, cabe verificar como são derogados por estas e se elas são derogadas pelos primeiros.

4. Revogação da lei pelo tratado

Desde o Direito Romano, aplica-se o princípio *lex superior derogat inferiori*, isto é, uma norma de hierarquia superior (quanto ao seu conteúdo ou quanto a sua origem) revoga as normas inferiores.

A lei mais nova revoga a mais antiga se tiverem ambas a mesma hierarquia; a que tem um conteúdo geral, quando cria um novo regime, revoga a especial anterior; e a especial derroga (isto é, revoga parcialmente) a geral anterior. Com efeito, entre os artigos da LICC, encontramos o 2º, que dispõe:

“Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior.

³⁰ cf. Maristela Basso e Luiz Olavo Baptista, *Revista de Direito do Trabalho Genesis*, n. 44. Curitiba, p. 217 e seg. n. 44, ago. 1996.

³¹ A afirmação é do autor, que não encontrou precedente judicial para apoiá-la.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

Essas são as regras que, no direito brasileiro, regulam a matéria da vigência e eficácia das leis no tempo.

Encontramos, na doutrina, opiniões abalizadas em favor dessa sistemática, começando por Clóvis Beviláqua³² e passando por muitos outros, como Paulo de Lacerda³³, Vicente Rao³⁴, a Professora Maria Helena Diniz, atual Titular

³² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. São Paulo : Ed. Paulo de Azevedo, 1959. v. 1, p. 82.: “Também, se as leis especiais regulam um instituto ou uma relação particular, é princípio de direito que a lei geral posterior lhe permite a continuação, *quando não a revoga, explicita ou implicitamente*, porque a regra divergente já existia e, se devesse desaparecer, ditó-la, claramente, a lei nova, ou *disporia de modo a contrariá-la, regulando o mesmo assunto*.” Diz mais, que “o código refere-se à revogação e à derrogação. O primeiro desses vocábulos tem uma significação geral, compreendendo os casos em que a lei nova faz cessar, por completo, a eficácia da lei anterior, ou apenas lhe suprime algum dispositivo. Quando a revogação abrange toda a lei, toma o nome de ‘ab-rogação’ e quando é parcial se diz ‘derrogação’. *Digesto*. 50, 16, fr. 102: *Derogatur legi aut abrogatur. Derogatur legi, cum pars de trahitur; abrogatur legi cum prosus detrahitur (Modestino)*. Estabelecendo o código antítese entre ‘revogação’ e ‘derrogação’, tornou aquela sinônima de ‘ab-rogação’, isto é, tomou a palavra na sua significação mais ampla”.

³³ LACERDA, Paulo de. *Manual*. v.1, p. 319-21. Para quem trata-se “de um empreendimento legislativo muito mais vasto, que abrange toda a matéria relativa a todas as disposições gerais e especiais e em que não se cogita, pois, de meras alterações, senão de reforma integral da disciplina jurídica que afeta a matéria no seu conjunto. Assim o ânimo do legislador não é conservar o sistema antigo, mas, pelo contrário, substituí-lo por outro novo, que estabelece. Em conseqüência, o legislador entende aniquilar totalmente as leis reguladoras da matéria, sem distinguir entre gerais e especiais, como condição inelutável para a implantação de um regime jurídico integral diferente”. Observa, ainda, a esse respeito, o mesmo Paulo de Lacerda, que: “Quando a nova norma vier a regular diversa e inteiramente a matéria regida pela anterior, esta poderá ser tida como revogada, seja geral ou especial, pois *haverá aniquilamento total das leis reguladoras da matéria, sem distinguir entre gerais e especiais, como condição inelutável para a implantação de um regime jurídico integral diferente*” (grifei).

³⁴ Art. 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e art. 2º, § 2º, da Lei atual, que reciprocamente se completam.

de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica, o Professor Caio Mário da Silva Pereira³⁵, para lembrar apenas alguns nomes.

A norma revogadora pode ser manifesta ou implícita. Ela é manifesta quando nela a autoridade explicita a norma revogada; é a revogação expressa. É implícita a revogação – também chamada de tácita ou global – quando há uma nova disposição da matéria que conflita com a anterior, ou, sem a necessidade de incompatibilidade, quando a nova norma disciplina integralmente a matéria, mesmo repetindo certas disciplinas da norma antiga.

A revogação ocorre para resolver as

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 87 e seg. No direito brasileiro, como no novo Código italiano (art. 15), não ficou ao arbítrio do intérprete pesquisar quando ocorre a revogação tácita. É bem de ver que sempre estará em jogo uma questão de hermenêutica, na apuração das circunstâncias que envolvem os dispositivos das leis em conflito, como na indagação da sua amplitude. Mas, afora essa pesquisa, que sem dúvida se situa no plano da interpretação, entendeu o legislador fixar sob forma normativa e obrigatória regras que norteiam o próprio intérprete quando se lhe defronta o problema da investigação se a lei nova, sem mencioná-lo expressamente, trouxe revogação à lei antiga, isto é, quando tem de averiguar, em face de nova manifestação da vontade da lei, se houve o propósito de abolir disposição legal anterior, ou se existe a intenção de conservá-las coexistentes.

O princípio cardeal em torno da revogação tácita é o da incompatibilidade. Não é admissível que o legislador, sufragando uma contradição material de seus próprios comandos, adote uma atitude insustentável (simul esse et non esse) e disponha diferentemente sobre um mesmo assunto. O indivíduo a cuja volição a norma se dirige não poderá atender à determinação, se se depara com proibições ou imposições que mutuamente se destroem. Na impossibilidade da existência simultânea de normas incompatíveis, toda a matéria da revogação tácita sujeita-se a um princípio genérico, segundo o qual prevalece a mais recente quando o legislador tenha manifestado vontades contraditórias.

(omissis) ... quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga. Assim, se toda uma província do direito é submetida a nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se colocam as disposições da mais recente, como ocorreu com o Código Penal de 1940, promulgado para disciplinar inteiramente a matéria contida no de 1890...

antinomias jurídicas³⁶.

Para que essas ocorram, é preciso que os comandos dirigidos ao mesmo sujeito emanem de autoridades competentes no mesmo âmbito normativo (o que explica a possibilidade de antinomias no plano do direito internacional, no qual as normas pertencem a domínios diferentes, mas são aplicáveis, simultaneamente, aos mesmos casos). Ou seja, que as normas tenham a mesma hierarquia.

Em segundo lugar, é preciso que as instruções dadas ao sujeito se contradigam, pois, para obedecer a uma, ele deve ao mesmo tempo desobedecer a outra. Esta condição, dizia o autor acima citado,

“... é lógica. É preciso, pois, determinar-se quando duas normas ‘formalmente’ se contradizem”³⁷.

O comportamento pode ser um *ato ou omissão*. A antinomia ocorre quando as duas normas têm *operadores opostos* (uma permite, a outra proíbe) e os *seus conteúdos* (*atos e omissões*) são a *negação interna um do outro* e colocam o sujeito numa posição insustentável.

Numa decisão, proferida em ação direta de inconstitucionalidade³⁸, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirmou:

“As leis constituem espécies normativas essencialmente revogáveis. Não possuem o atributo da inalterabilidade. O legislador que as edita não pode consignar em seu texto a proibição de modificá-las. A função legislativa é de índole constitucional. Radica-se a competência para exercê-la na própria

O que o legislador não incluiu nos princípios que assentou sobre a revogação das leis, mas é uma imposição da lógica mais elementar, é que a abrogação não afeta apenas o dispositivo diretamente compreendido na norma revogadora, porém abrange todas as disposições dependentes ou acessórias, resultantes da lei revogada.

³⁶ “... oposição que ocorre entre *duas normas contraditórias* (total ou parcialment), *emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado existirem antinomias reais e aparentes, próprias e impróprias*”, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* : técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 189-90.

³⁷ Idem, p.188.

³⁸ RN n. 74, RTJ 143/355).

Constituição. Por isso mesmo, não pode o legislador ordinário interditar-se o direito de ab-rogar os atos legislativos que editou, imobilizando, dessa forma, as legislaturas seguintes.”

O problema para nós, entretanto, é saber se no conflito temporal, entre as normas oriundas de tratados (incorporados ao sistema jurídico) e as normas internas, ocorre a revogação de uns por outras, e vice-versa.

A resposta varia de um sistema jurídico para outro na medida em que, tendo o tratado, no Brasil, a mesma hierarquia das leis, os princípios relativos à revogação serão os mesmos.

Como recorda a Professora Maria Helena Diniz:

“Nos conflitos entre norma de direito internacional e norma de direito interno, que ocorrem quando uma lei interna contraria um tratado internacional, a jurisprudência consagrará a superioridade da norma internacional sobre a interna, se esses conflitos forem submetidos a um juízo internacional. Mas, se forem levados à apreciação do juízo interno, poderá reconhecer:

A) a autoridade relativa do tratado e de outras fontes jurídicas na ordem interna, entendendo-se que o legislador interno não pretendeu violar o tratado, exceto os casos em que o fizer claramente, hipótese em que a lei interna prevalecerá;

B) a superioridade do tratado sobre a lei mais recente em data, como fez, por exemplo, o Tribunal de Luxemburgo ao decidir que: a) “en cas de conflit entre les dispositions d’un traité international et celles d’une loi interne postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale” (Cour Supérieure, cas, criminelle, 8 juin 1950, Pas. Luxembourgeoise, 15:41), e b) “en cas de conflit entre les dispositions d’un traité international et celles d’une loi interne, même postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi interne” (Cour Supérieure, appel. correctionnel, 21 juil. 1951, Pas. Luxembourgeoise, 15:235);

C) a superioridade do tratado sobre

a norma interna, ligando-a, porém, a um controle jurisdicional da constitucionalidade da lei.”³⁹

Ocorre que há uma obrigação de direito internacional que persiste para o Estado perante os demais signatários do tratado. A edição da nova norma de direito interno então poderia ser vista como uma determinação para que se denuncie o tratado, podendo-se mesmo falar em denúncia implícita e violação das obrigações assumidas.

O Ministro Rezek nos fala da certeza da revogação ou ab-rogação da norma interna anterior pelo tratado posterior⁴⁰. É o mesmo raciocínio, segundo ele, que fez com que o STF entendesse que a lei posterior revoga o tratado anterior⁴¹ “sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional”. O caso a que se refere é o célebre RE 80.004, decidido entre setembro de 1975 e junho de 1977⁴².

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, a que já se referiu anteriormente, cristalizou-se o entendimento de que a lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição, e nesta não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um tratado. Do contrário, disse o relator Ministro Cunha Peixoto, *teríamos, então – e isto, sim, seria inconstitucional – uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado*. Portanto, ou o tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou, então, poderá ser revogado ou modificado pelo Congresso, como qualquer outra lei.

Nessa mesma linha de orientação, ainda nesse caso, o Ministro Cordeiro Guerra, após observar que no próprio direito americano, onde se reconhece ao tratado o caráter de “*supreme law of the land*”, não se veda a posterior elaboração legislativa a ele contrária, concluiu:

“argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não, porém, no campo do

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 63 e seg.

⁴⁰ REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 104.

⁴¹ *Ibid.* p. 106.

⁴² RTJ 83/809-848.

direito interno. Quando muito poderiam, em face da derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno. Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o STF negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade”.

O Professor Jacob Dolinger, comentando este acórdão, diz, com a habitual percuciência, que:

“Excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre a lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a mudança na opinião da Suprema Corte. *A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se a dar o mesmo tratamento à lei e ao tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior*, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que por sua natureza contratual exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.”⁴³

Os autores criticados pelo ilustre internacionalista fundavam sua opinião no Recurso Extraordinário nº 71.154-Paraná, publicado no *Diário Oficial* da União de 25-8-71, cujo relator foi o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro. Ali julgou-se a revogação da lei interna por tratado superveniente, tendo o relator citado três precedentes no sentido do primado do tratado em face da lei anterior. Recordou o julgamento da Apelação Cível nº 9.587, de 21-8-51, na qual o STF decidiu que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores: não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem. Disse que o mesmo ponto de vista foi adotado na Apelação Cível nº 7.872, julgada em 11-10-73, assim como no Recurso Extraordinário nº 58.713, publicado em 19-12-66.

Deixou claro, entretanto, o Ministro Trigueiro, ao concluir o seu voto acima citado, que,

⁴³ *Direito Internacional privado* (Parte Geral) Rio de Janeiro : Renovar, 1993. p. 102. O mesmo autor, na obra citada, p. 93, lembra uma série de outros acórdãos no mesmo sentido do RE 80.004.

“em virtude dos preceitos constitucionais citados, a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária”.

Dessa forma, os princípios relativos à revogação de normas de igual hierarquia aplicam-se tanto aos tratados como às leis. Ou seja, o tratado posterior revoga a lei anterior, nos mesmos casos em que esta seria revogada por uma outra lei.

5. As normas derivadas do Mercosul

O advento da legislação decorrente dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto, que instituíram o Mercosul, teve o efeito de gerar um novo regime aplicável na produção e comercialização de mercadorias, imprescindível a uma zona aduaneira comum.

Como se sabe, esses tratados criaram uma organização internacional – o Mercosul. Submeteram à *livre circulação de mercadorias*⁴⁴ a zona de livre comércio formada pelos quatro países signatários, tendo instituído a *tarifa externa comum* para as mercadorias de fora da região.

Mas essa inserção se faz de modo cooperativo. A reciprocidade⁴⁵, em decorrência do Tratado de Assunção, deve-se *aplicar na ordem interna*, enquanto nesta se implementam, efetivamente, os mecanismos integracionistas.

As instituições de integração, de caráter cooperativo, possuem mecanismos próprios que exigem que as condutas dos Estados se adaptem ao objetivo comum, no caso, de criação do Mercosul⁴⁶.

Esse processo de integração fez com que as normas de cada país, em certos casos, tivessem de ser afastadas em favor das normas básicas do direito da integração, relacionadas com a livre circulação de mercadorias. Com efeito, uma zona aduaneira comum implica livre circulação de mercadorias e ausência de barreiras tarifárias e não-tarifárias.

Realmente, não existiria uma zona de livre

⁴⁴ Tratado de Assunção, art. 1º.

⁴⁵ A propósito VIRALLY, Michel. La réciprocité en droit international. *RCADI*, v. 3, n. 122, 1967. p. 28.

⁴⁶ A propósito, do autor no livro *Mercosul e suas Instituições*, pendente de publicação pela Editora Maltese.

comércio e tampouco uma zona aduaneira comum se houvesse impedimentos à circulação de mercadorias, se fossem criadas distinções entre os nacionais de um Estado ou outros, já que para os efeitos de mercado – ou seja, de comércio de mercadorias – há uma unidade na região. Os tratados que criaram o Mercosul e o compõem, dessarte, revogaram as normas internas que com eles conflitam.

O Protocolo de Ouro Preto tornou obrigatórias as decisões do CMC – Conselho do Mercado Comum⁴⁷, as resoluções do GMC – Grupo do Mercado Comum e as diretrizes da CCM – Comissão de Comércio do Mercado-Comum, nos limites das respectivas competências. Destas, as de maior hierarquia são as decisões.

Entretanto, o Decreto Legislativo nº 188 contém restrição expressa à forma de sua introdução no direito brasileiro:

“Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido protocolo, assim como quaisquer agentes complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

Esta fórmula⁴⁸ pode parecer inútil ou redundante. Porém, como o legislador nunca fala sem necessidade – como ensinam os hermeneutas clássicos – sua inclusão deveu-se à necessidade de ressaltar que a regra do artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, no Brasil, será aplicável na forma usual. Ou, como diz Pedro Dallari:

“Na estrutura atual do Mercosul, as deliberações emanadas de suas instâncias não se constituem, por si só, em normas jurídicas em sentido estrito, mas sim em determinações políticas que vinculam os Estados-Partes à promoção de adequações nos respectivos ordenamentos jurídicos internos”.

Então, as normas advindas do Mercosul, de caráter subordinado, isto é, as decisões e as resoluções, são emanadas de órgãos da própria organização internacional. As primeiras, isto é, as decisões, nos termos do artigo 41, III, do Protocolo de Ouro Preto, são obrigatórias para os países signatários. O que quer dizer isso?

⁴⁷ Artigos 41, III e 42.

⁴⁸ Ver o lúcido comentário e a história de sua origem na obra citada de Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros.

Isso quer dizer que estas normas fazem parte da estrutura do Mercosul e estão suportadas por um tratado internacional.

Existem duas maneiras de ver o efeito de tais decisões.

A primeira delas equipara as decisões do Conselho do Mercosul aos protocolos da OIT. Então, seria sempre necessária a introdução dessas normas no país, mediante sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Outro modo de ver, que me parece mais acertado, classifica as decisões em duas categorias.

Aquelas que, por tratarem de matéria de natureza e hierarquia de lei, precisam ser introduzidas após os trâmites previstos no direito interno e as outras, de natureza meramente regulamentar, incluídas dentro das atribuições e competência do Poder Executivo, as quais são introduzidas na normativa brasileira pela via dos decretos e portarias, em cumprimento de uma obrigação internacional incorporada ao nosso direito.

Com efeito, o tratado dá a essas decisões um caráter obrigatório, mas estabelece, também, que a implementação se fará da forma prevista pela legislação dos Estados-membros. A obrigatoriedade para todos é a sua implementação. Trata-se, como vimos atrás, de obrigação de meios: em preexistindo os instrumentos legislativos que o permitam, a sua aplicação é imediata. O Poder Executivo tem o dever legal⁴⁹ e obrigacional⁵⁰ decorrentes do tratado, de implementá-las imediatamente, mediante decretos.

Se, ao contrário, a sua hierarquia for de lei, terá o dever de submetê-las à aprovação do Congresso Nacional. No tocante a essas regras, é exato o pensamento de Deisy de Freitas Lima Ventura:

“Restou descartado qualquer tipo de aplicabilidade direta das regras comunitárias, assim como a sua primazia sobre as regras nacionais. Não há dúvidas a respeito do predomínio da posição brasileira, que traçou o quadro institucional definitivo à imagem e semelhança de suas propostas.”

⁴⁹ Tal como se decorreria de lei, à qual o tratado promulgado se assemelha, e sob pena de responsabilidade.

⁵⁰ Porque o tratado é também contrato.

Portanto, o direito derivado no Mercosul confunde-se com as próprias ordens jurídicas nacionais, naquilo que os Estados entenderem por bem incorporar, entre as decisões dos órgãos comuns.⁵¹

Vamos, então, encontrar também o caso das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, que eram originárias de decisões do

Conselho do Mercosul, que, depois, foram incorporadas ao Protocolo de Ouro Preto e que agora integram a nossa legislação. Foi esse, também, o caso de decisões originadas de resoluções das reuniões dos Ministros da Justiça, que depois vieram a se tornar protocolos sobre a jurisdição em matéria contratual, ou sobre a cooperação judicial.

⁵¹ *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre : Liv. dos Advogados, 1996. p. 60.

A atividade policial em face da lei de combate ao crime organizado

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO

1. A razão de ser da Lei nº 9.034/95. 2. O texto legal. 2.1. A clientela mirada pela Lei nº 9.034/95. 2.2. Sobre a ação controladora. 2.3. O acesso a dados, documentos e informações. 2.4. A especialização da polícia. 2.5. Identificação criminal versus identificação civil? 2.6. Colaboração espontânea e eficaz. 2.7. Vedação da liberdade provisória, com ou sem fiança. 2.8. Prisão processual – Prazo máximo. 3. Em conclusão...

1. A razão de ser da Lei nº 9.034/95

Pressagiando uma vida curta e ineficaz para a Lei nº 9.034/95, a chamada “Lei de Combate ao Crime Organizado” (LCCO), Guilherme Fontes Neto, taxando o diploma de “pseudo-lei”, explica o seu ceticismo e dá a sua impressão quanto à *ratio essendi* da providência legislativa:

“Como resposta aos anseios da sociedade, a criminalidade de Chicago de 1920 teve a firme atuação das *federal authorities*; a máfia italiana, a ‘operação mãos limpas’ e o implacável Promotor de Justiça (ou magistrado requerente) Falconi; o crime organizado brasileiro, a pseudolei nº 9.034/95.”¹

A florescente criminalidade urbana, apanhando, não raro, exemplos organizacionais dos segmentos empresariais para aplicá-los às sociedades de delinquentes e de delinqüência, tem impulsionado o Estado brasileiro a sair em busca de soluções para o enfrentamento da crise de segurança pública experimentada com

Ivan Lira de Carvalho é Juiz Federal e Professor de Direito da UFRN.

Excertos da palestra proferida em 17-5-96 ao ensejo das comemorações do aniversário da criação do Sindicato dos Servidores da Polícia Federal do Rio Grande do Norte, em Natal-RN.

¹ A PSEUDO Lei 9.034/95. *Correio Braziliense*, Brasília, 3 jul. 1995. Caderno Direito & Justiça, p. 4.

invulgar destaque neste final de século. Acuado pela macrocriminalidade, só tem o Governo federal procurado o caminho das leis severas, mirando aplacar a inteligência e a superioridade material dos operadores do mundo do crime. E não raro se dá mal...

Ainda que detecte a doença que esgarça o seu tecido social, o Estado não tem sido um cirurgião eficiente para recompô-lo. Aliás, numa linguagem hipocrática (eu disse *hipocrática*, referente ao grande médico grego, e não hipócrita, como bem poderia ter dito), o Estado brasileiro posta-se como charlatão, perdido em remédios cuja eficácia desconhece ou faz questão de não ver.

O crime é um fato social; histórico, portanto. É impossível revertê-lo com uma penada do legislador, ainda que seja correto o Estado procurar minorar-lhe os efeitos e lutar pela sua diminuição, qualitativa e quantitativa. A acurada observação de Luiz Vicente Cernichiaro² respalda o que ora se afirma:

“A delinqüência vivida, hoje, nas grandes cidades do Brasil, ontem manifestava-se nos centros urbanos americanos que apresentavam as mesmas características. Hoje, repetem as autoridades, a polícia está sem recursos materiais para enfrentar os delinqüentes mais audaciosos. Pois bem. A história da delinqüência nos Estados Unidos registra que Al Capone dispunha de veículos dotados de motores mais potentes do que os carros da polícia. Com isso, obtinha êxito nas fugas. O famoso delinqüente, é ainda registro da História, foi condenado por sonegação fiscal! (...) Quando o juízo de valor chega a provocar inquietação social, o Estado vale-se da pena, sanção jurídica mais severa. (...) A solução do problema não está no punir. Punir é enfrentar os efeitos do problema. A erradicação, ou a diminuição, colocando-o em nível aceitável, ou de convivência social, reclama afrontar as causas da delinqüência. Sem isso a criminalidade (ainda que combatida) continuará a manifestar-se, ou quem sabe, aumentando.”

Assim, ainda que o remédio não seja plenamente eficaz, é o que temos. E, por não

² LEI nº 9.034/95. *Correio Braziliense*, Brasília, 5 jun. 1995. Caderno Direito & Justiça, p. 4.

podermos negar-lhe vigência, temos de aplicá-lo, ainda que sob protesto e sem descurar da perseguição do seu aprimoramento.

2. O texto legal

Buscou o legislador, por meio do diploma em apreço, armar os segmentos estatais comprometidos funcionalmente com o combate ao crime organizado. Assim, procurou instrumentalizar juridicamente o aparelho policial e o Poder Judiciário para que estes possam enfrentar, *modus in rebus*, a superioridade das empresas delinqüenciais. Nos limites impostos a um ensaio singelo como o presente, serão abordados os temas mais destacados da Lei nº 9.034, notadamente no que interessa à atividade policial, quer de forma direta, quer de maneira reflexa ou indireta.

2.1. A clientela mirada pela Lei nº 9.034/95

Logo no art. 1º, anuncia a Lei nº 9.034/95 que entra no mercado jurídico para definir e regular “meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou de bando”. Num primeiro olhar, estaria cuidando a lei especial apenas de impor regras procedimentais (e por vezes de índole material) aos crimes de *bando* ou *quadrilha*, já tratados no Código Penal, art. 288. Tanto é assim que Élio Wanderlei de Siqueira Filho dedicou um capítulo inteiro do seu excelente artigo “Quadrilha ou Bando – Crimes praticados por organizações criminosas – Inovações da Lei nº 9.034/95” ao comentário do perfil do delito do art. 288 do Código Penal³. Palavras do professor pernambucano, ao abordar o art. 1º da LCCO:

“Entendo que, considerando que a interpretação da legislação penal e processual penal reclama o emprego de institutos de conceituação bem delineada, reportando-se o primeiro dispositivo, explicitamente, aos termos quadrilha e bando, complementando a idéia com a expressão ‘crime’, e não contravenções, muito menos as acepções genéricas de infração e ilícito penal, não se pode eleger outro posicionamento que não seja o de visualizar, aqui, quadrilha, bando ou organização criminosa, exatamente como aquela associação mencionada no multi-aludido art. 288. (...) Portanto, por

³ *Ciência Jurídica*, v. 64, p. 35-37.

uma injunção lógica, as regras emanadas da Lei nº 9.034/95 se aplicarão, tão-somente, quando verificada a prática de delitos em concurso material como o crime de quadrilha ou bando...”⁴.

Em outra orientação, Adhemar Maciel assegura que a Lei nº 9.034

“não define, no que faz bem, o que seja uma ‘organização criminosa’, afinal não se trata de figura típica. O conceito de ‘organização criminosa’ deve ficar, assim, por conta da doutrina e jurisprudência”.

E após distribuir indagações sobre o que o legislador quis dizer com a expressão “organização criminosa”, inclusive sobre o englobamento dos tipos antevistos no art. 288 do Código Penal e nos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos, diz o experiente magistrado:

“Embora a lei não esclareça, seu objetivo é a grande criminalidade, e não as ‘quadrilhas de bagatela’. O número de associados me parece indiferente, não obstante o próprio artigo 1º falar em ‘ações de quadrilha ou bando’”.⁵

Pensando como Adhemar Maciel e forte também em Geraldo Prado e William Douglas⁶, acho que o objeto do diploma legal em análise é o rebate ao crime de concerto, ainda que não obrigatoriamente com um mínimo de três partícipes, como exige o tipo do art. 288 do Código Penal. Reforço ainda mais o meu entendimento, quando analiso a nova dicção do § 4º do art. 159 do Código Penal, imposta pela Lei nº 9.269, de 2-4-96, que, substituindo a originária expressão “quadrilha e bando” por crime “cometido em concurso”, conferiu a benesse de redução da pena em caso da delação eficaz de um dos co-partícipes do crime de extorsão mediante seqüestro.

Sem dúvida, o sistema penal não permite interpretações isoladas para temas tão interpenetrados como os que agora são analisados. Por isso, imperiosa é a leitura do art. 1º da Lei nº 9.034, à luz da nova redação do § 4º do art. 159 do diploma penal básico. E, sobre a

⁴ Ibidem. p. 37.

⁵ Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. n. 12, p. 97, 1995.

⁶ *Comentários à lei sobre o crime organizado*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 41-43.

mudança agora destacada, vale o comentário de Damásio E. de Jesus:

“No § 4º previa uma causa de diminuição de pena: ‘Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços’. A disposição tratava da ‘delação premiada’, pela qual, na extorsão mediante seqüestro cometida por quadrilha ou bando, o delator, desde que com suas informações a autoridade pudesse libertar a vítima pessoal, tinha reduzida a pena. Exigia-se que o delito tivesse sido cometido por quadrilha ou bando (Código Penal, art. 288). Diante disso, ainda que eficaz, a informação desleal não aproveitava na hipótese de crime cometido por dois ou três seqüestradores. Assim, se um, dentre dois ou três, denunciasse seus comparsas, não podia ser favorecido pela redução da pena. Empregando a norma a expressão ‘quadrilha ou bando’, indicava a necessidade de, pelo menos, quatro seqüestradores. Além disso, o termo ‘co-autor’ estava mal empregado, uma vez que, no delito realizado em concurso de pessoas, podemos ter co-autores e partícipes. A disposição, beneficiando o co-autor, excluía o partícipe. Daí por que dizíamos que o legislador havia pretendido referir-se ao participante (gênero), abrangendo o co-autor e o partícipe (espécies).”⁷

2.2. Sobre a ação controladora

Ao dispor, no art. 2º, II, sobre a possibilidade de o agente policial retardar a interdição do que supõe ser a ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento, postergando a medida para momento futuro, mais propício à eficaz arrecadação de provas e informação, nada mais fez a Lei nº 9.034 do que dar roupagem jurídica à prática de acampar delinquentes, tão ao gosto dos órgãos policiais brasileiros. Assim, mesmo tendo sob a sua vista a concretização de um crime, escolhe o policial, ao leme da sua sensibilidade, o lugar e o momento mais oportuno para formalizar a

⁷ Alteração do art. 159 do Código Penal. Trabalho veiculado através da INTERNET, na *home page* TravelNet, editada por Fernanda Pernambuco Moron, <http://www.travelnet.juridi.com.br>.

abordagem do praticante do crime, mirando com isso arrecadar provas mais robustas do delito perpetrado e indícios mais fortes de outros ilícitos que guardem liame com aquele.

À luz da dicção do mencionado inciso II do art. 2º, é discutida a agressão ao *princípio da obrigatoriedade*, encartado no art. 301 do CPP, segundo o qual “as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Para Vicente Cernicchiaro⁸, o preceptivo especial ora comentado “no tocante a ações praticadas por organizações criminosas ou a ela vinculadas, derrogou o art. 301 do Código de Processo Penal”. Destaque-se, para evitar interpretações distorcidas, que o renomado penalista deixa bastante claro entender o fim da vigência do art. 301 do CPP e, obviamente, da prevalência do *princípio da obrigatoriedade*, apenas nos casos de macrocriminalidade.

Outra implicação proveniente do texto do supra-referido inciso II do art. 2º é a increpação de inconstitucionalidade a este dirigida por ponderável parcela da doutrina, já que a Constituição Federal, art. 5º, inciso LXI, assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária...”. Só que, no especialíssimo caso de crime organizado, sob a regência do inciso II do art. 2º, mesmo depois da situação fática do que convencionalmente se chamaria de flagrante, o policial ainda poderá prender o criminoso, desde que esteja acompanhando as ações deste.

Acho que não existe incompatibilidade vertical entre o mandamento constitucional e o inciso da norma inferior, pois o inciso II do premencionado art. 2º cuidou de estabelecer, tecnicamente, o que é situação de flagrância em termos de macrocriminalidade, a exemplo do que já havia sido feito pelo CPP, art. 302, III e IV.

Ademais, se não bastasse a vontade do legislador extravagante, é pacífico que o crime de quadrilha ou bando e até mesmo o novel *associação criminosa* são delitos *permanentes*, ensejando a configuração do flagrante protraído, (cf. Geraldo Prado e William Douglas⁹).

2.3. O acesso a dados, documentos e informações

A Lei nº 9.034, em seu art. 2º, inciso III, permite, em caso de crime organizado, o aces-

⁸ Cit., p. 5.

⁹ Cit., p. 51.

so a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Em tese, o apanhamento das referidas provas pode ser da iniciativa exclusiva do policial, *desde que não haja o risco de choque com as garantias constitucionais do sigilo*, como por exemplo na hipótese em que os dados, documentos e informações sejam franqueados pelo próprio investigado (o que não é fácil de acontecer, diga-se de passagem). No mais, os praxistas, em maioria, recomendam que o policial proceda nos moldes do art. 3º, comunicando o fato ao juiz, que realizará a diligência *pessoalmente*.

Sobre a última providência acima comentada, é valioso ser lembrado que Élio Wanderley de Siqueira Filho¹⁰, equilibradamente e decerto mirando não sobrecarregar o juiz de atividades tipicamente investigatórias, sugere que o policial solicite uma prévia autorização judicial para realizar as diligências que envolvam os dados, documentos e informações previstos no art. 2º, III, aduzindo que

“ainda que o feito se encontre na fase do inquérito policial, será imprescindível uma prévia autorização judicial, cercada dos necessários cuidados, para evitar vazamento que prejudique o êxito da diligência, por envolver dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, que reclamam, intrinsecamente, a proteção da intimidade dos indivíduos a que se referem”.

Lamentavelmente, ao enfrentar novamente o tema, em livro publicado pela Juruá Editora, Curitiba, 1995, sob o título *Repressão ao crime organizado*, o Professor Élio W. de Siqueira Filho não abordou esse particularíssimo aspecto da missão policial no combate à macrocriminalidade.

Comungando da idéia original do Professor Élio Siqueira Filho, penso que a solução de o policial pedir autorização ao juiz para empreender a diligência em análise está consentânea com o que diz o Código de Processo Penal, art. 234, e caberá ao magistrado, comprometido com o *princípio da verdade real*, aquilatar se pode dar a ordem ao policial ou se deve chamar para si a atividade (art. 3º da Lei nº 9.034).

2.4. A especialização da Polícia

Ordena a Lei nº 9.034, em seu art. 4º, que os órgãos de polícia judiciária “estruturarão

¹⁰ SIQUEIRA FILHO, op. cit., p. 38.

setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas”. Cuida-se, como é visto, de mais uma norma programática, daquelas que em verdade só servem para dar corpo e tamanho aos diplomas legislativos, fadadas que são à inércia, postas à mercê da vontade (nem sempre boa) dos administradores públicos.

O agora mencionado artigo é a própria autoflagelação da lei. É o mesmo que dizer: esta lei só será eficiente no combate à macro-criminalidade quando o poder executivo *quiser* aparelhar adequadamente o seu aparato policial.

Destaque-se que somente a modernização da polícia, quer no campo material quer na seara pessoal, não será bastante, *de per se*, para debelar o crime organizado, conforme voltaremos a comentar adiante.

2.5. Identificação criminal *versus* identificação civil?

À época da elaboração da Carta Política atualmente em vigor, foi esboçada a redação de um dos tópicos do artigo que versaria sobre as garantias fundamentais da pessoa humana, excluindo da identificação criminal quem já dispusesse de identificação civil. Entretanto, o texto da *Lex Legum* foi promulgado com uma curiosa exceção, passível de virar regra ao talante do legislador infraconstitucional. Assim, diz o art. 5º, inciso LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei*”.

E a Lei nº 9.034 é a exceção! Basta consultar o seu art. 5º, onde é dito que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas “será realizada independentemente da identificação civil”.

Não é demais lembrar que o art. 6º, inciso VIII, do CPP não foi recepcionado pela ordem constitucional inaugurada em 1988, por ser diploma genérico, e as “hipóteses previstas em lei” às quais se refere o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal são de índole *especial*. Veja-se, a respeito, o comentário de Julio Fabbrini Mirabete:

“Assim, somente aquele que não tiver sido identificado civilmente está obrigado à identificação criminal. O dispositivo constitucional proibitivo é norma de aplicabilidade imediata e eficácia contida,

tendo eficácia plena até que o legislador ordinário edite lei restritiva”¹¹.

Reforçando: somente os casos previstos em lei específica desafiam identificação criminal cumulativa com identificação civil.

E por ser a identificação criminal uma providência geralmente tomada ainda na fase do inquérito, é conveniente lembrar que a condução coercitiva do identificando não configura constrangimento ilegal, a teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Não constitui constrangimento ilegal a condução para a realização de identificação datiloscópica regular em caso de recusa imotivada do indiciado”(RT 554/460).

2.6. Colaboração espontânea e eficaz

Diz o art. 6º da Lei nº 9.034 que, nos crimes praticados em organização criminosa, “a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Trata-se do ineficaz e surrado instituto da *colaboração espontânea e eficaz*, também conhecido em doutrina por *delação premiada*, ensejando a redução da pena do co-partícipe que colaborar para o esclarecimento da infração penal e da autoria desta. Já estava prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos e no artigo 159, § 4º, do Código Penal (extorsão mediante seqüestro).

Penso que o benefício da redução da pena é aplicável somente à condenação *in concreto* imposta ao delator em razão da prática daquele crime específico. Não se confunde com a transação manejada inclusive no Direito norte-americano, mediante a qual a Polícia e o Judiciário celebram uma espécie de “pacto” com o delator, isentando-o das penas de *outros crimes* ou concedendo-lhe benesses nos cumprimentos das demais penas deambulatorias, desde que a delação seja mesmo eficaz.

Na Itália, em sede de crime de terrorismo, é privilegiada a figura do “colaborador”, que, segundo a Professora Ada Pellegrini Grinover, é o concorrente que, antes da sentença condenatória,

“ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita das provas decisivas para a individuação e captura de um ou

¹¹ Código de processo penal interpretado. São Paulo : Atlas, 1994. p. 46.

mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores: redução da pena até a metade (ou até um terço se a colaboração é de excepcional relevância) – não podendo superar os dez anos – ou substituição da pena de prisão perpétua para de reclusão de dez a doze anos.”¹²

Só que, na Itália, se construiu todo um sistema de combate ao crime organizado, notadamente em quatro frentes: o antiterrorismo, a legislação anti-sequestro, as medidas de proteção aos colaboradores da Justiça e a legislação antimáfia. O referido arcabouço não fica restrito aos sítios do Judiciário ou da Polícia. Transcende a uma atuação multiministerial, consistente na

“adoção de medidas aptas a assegurar a incolumidade e, se necessário, a assistência de pessoas presas, expostas a perigo grave e atual, em consequência de sua colaboração. (...) Tais medidas também podem ser dispostas em favor dos parentes próximos, dos conviventes e de quem esteja exposto a perigo grave e iminente, por força das relações mantidas com o preso.”¹³

A distância cultural que separa o nosso País da realidade italiana aliada à timidez e ao afogadilho que têm norteado as providências do Estado brasileiro com relação ao combate ao crime organizado são elementos que decerto podem ser apontados como os principais responsáveis pelo insucesso, aqui, das medidas *cover* apresentadas, geralmente apenas no âmbito legislativo. Assim, não raro são constatadas críticas como a veiculada por Tales Castelo Branco, pouco antes da entrada em vigor da Lei nº 9.034:

“Premiar a delação do co-réu complicaria, ainda mais, a investigação policial. No dia-a-dia da criminalidade, os delatores – falsos ou verdadeiros – e mesmo os co-autores confessos são ‘gratificados’, ‘aliviados’ e ‘perdoados’, ilegalmente, no curso das investigações criminais. Com o amparo da lei, esses expedientes iriam multiplicar-se, sem que a ‘prova apurada’ transmitisse maior

credibilidade aos órgãos julgadores.”(...) “E os tráfugas? Seriam agraciados com ‘emprego novo, nova identidade, mudança para o exterior etc.’, como querem alguns ‘colaboradores da Justiça’, conforme denunciou o Magistrado Luiz Flávio Gomes? Receberiam, neste país de fome e de miséria, o que a maioria trabalhadora de sua população não tem? Ou seriam abandonados à sua própria sorte: depois de usados e descartados, acabariam condenados, sumariamente, à pena de morte, executada pelos tráfidos e ressentidos, dentro ou fora dos presídios? Ou o Estado, financeiramente destruído, deveria construir ‘prisões especiais’ para alcoviteiros da criminalidade?”¹⁴

Na mesma linha, ou seja, sem acreditar nos efeitos práticos da delação premiada, é o pensamento de Damásio de Jesus, que acidentalmente prega a ineficácia do instituto:

“A alteração da lei, na prática, destina-se ao nada. A delação premiada, introduzida no art. 159 do Código Penal pela Lei dos Crimes Hediondos (art. 7º da Lei nº 8.072/90), teve rara aplicação em quase seis anos de vida legal. Não é difícil de ser encontrada a razão. Na Polícia, quando presos, os seqüestradores sempre afirmam que jamais irão trair os comparsas: ‘ficaríamos com fama de alcagüetas e não teríamos vida longa na cadeia’ (depoimento do Delegado Maurício Soares, Chefe da Delegacia Anti-Sequestro da Polícia Civil de São Paulo, sobre a ineficácia da delação premiada, Folha de S. Paulo, 4 de abril de 1996, Cidades, C7). Os delinqüentes sabem que o prêmio para a traição é a certeza da morte e não a eventual redução da pena.”¹⁵

Não são, pois, muito alvissareiros os horizontes da delação premiada no contexto penal brasileiro, a menos que o Estado busque soluções mais plurais para o problema do que a simples inserção legislativa da medida. Ter o modelo italiano como referência é recomendável; o errado é a tentativa de transplantá-lo integralmente para cá, onde as peculiaridades do crime e dos criminosos são diferentes.

¹² O crime organizado no sistema italiano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 12, p. 78, 1995.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Delação e cumplicidade criminosas. *Folha de São Paulo*. 4 dez. 1994. Caderno 4, p. 2.

¹⁵ *Ibidem*.

2.7. Vedação da liberdade provisória, com ou sem fiança

No art. 7º da Lei de Combate ao Crime Organizado (LCCO) está assentada a vedação à concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham intensa e efetiva participação na organização criminosa. Mais uma vez é chamada a atenção, principalmente dos integrantes do segmento policial do Estado, para o fato de que a lei especial não revogou o Código de Processo Penal, que continua a disciplinar a matéria, de forma genérica, nos artigos 321 e seguintes. É requerida (e deve ser redobrada) a cautela da autoridade policial para evitar de enquadrar como inafiançável todo e qualquer delito praticado em *concurso de pessoas*. Como foi visto acima, as associações criminosas miradas pela Lei nº 9.034 são aquelas que cuidam de *macrocriminalidade* (crime organizado de porte relevante), não sendo aplicável em casos de “quadrilhas de bagatela”.

E, mesmo que o agente tenha participado de crime organizado, é necessário que a sua atuação criminosa tenha sido de grande relevância no evento, para que o Estado lhe negue o direito à liberdade provisória, inclusive à fiança. É esse o mandamento-mor veiculado pelo art. 7º da LCCO, em plena consonância com o art. 29 do Código Penal, que afirma ser dado igual tratamento penal a todo aquele que participa do crime, mas “na medida da sua culpabilidade”.

2.8. Prisão processual – Prazo máximo

Sobre a prisão processual, nos casos de crime organizado, a Lei nº 9.034 é taxativa, em seu art. 8º: terá esta a duração máxima de cento e oitenta dias. Segundo Élio Wanderley de Siqueira Filho, o prazo em comento é uma contrapartida à restrição imposta ao delinqüente, no que concerne à liberdade provisória, barreira esta erguida no artigo 7º acima comentado¹⁶.

Objeta-se que, ao demarcar o prazo máximo da prisão processual em cento e oitenta dias, a LCCO estaria dando ao integrante de grupo criminoso organizado um tratamento mais benéfico do que aquele que é dispensado aos delinqüentes – digamos – convencionais. Rememore-se que o Código de Processo Penal não fixa o tempo máximo da prisão processual.

¹⁶ Repressão ao crime organizado, cit., p. 95.

A jurisprudência é que tem acolhido o método Dante Busana, do somatório dos prazos processuais, nos feitos em que o acusado está preso, em oitenta e um dias.

Se a lei especial é realmente benfeitora para com o praticante de macrocriminalidade, só o tempo e a experiência dos tribunais dirão. Entretanto, é bom que se tenha em mente a recomendação de Adhemar Ferreira Maciel, que, ao analisar o precitado art. 8º, diz:

“O prazo, ainda que máximo, pode encorajar muito juiz a largar o indiciado mofando na cadeia por meio ano. Tal autorização legal não deixa, no fundo, de contrariar as regras do processo penal rápido, já incorporadas ao nosso direito positivo por meio de tratados internacionais.”¹⁷.

Some-se à preocupação do experiente Ministro do STJ, externando a sua inquietação com os processos criminais modorrentos, a lição que há mais de dois séculos já era bradada pelo Marquês de Beccaria, em seu célebre “Dos Delitos e das Penas”, rogando celeridade e segurança no processo penal, até mesmo como forma de aproximar, no tempo, o crime e o castigo, emprestando a este maior eficácia¹⁸.

Por último, registre-se que, tendo a lei silenciado sobre *qual a espécie de prisão processual*, devem ser abrangidos pela norma todos os tipos de prisão: em flagrante, preventiva, temporária, decorrente de pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível. Quanto a esta última espécie (advinda de condenação), é mister lembrar que “o réu não poderá apelar em liberdade nos casos previstos nesta lei” (art. 9º), em perfeita sintonia com a Súmula 09 do STJ (“A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”)¹⁹.

3. Em conclusão...

Para o combate ao crime organizado, temos lei. Capenga e malfeita. Cumpre a quem for manejá-la acercar-se das cautelas razoáveis que bastem a escoimar do texto especial as inconstitucionalidades flagrantes e procurar colocá-lo à

¹⁷ MACIEL, op. cit., p. 100.

¹⁸ SÉRIE Clássicos de Bolso. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro : Ediouro, 1995. p. 54.

¹⁹ Conferir Élio Wanderley de Siqueira Filho, *Repressão...*, p. 95.

serviço da luta pela reversão do insuportável quadro de domínio da criminalidade organizada.

Reclama-se, pois, criatividade e prudência por parte do policial que, a exemplo de outros segmentos representativos da sociedade brasileira – aqui não sendo excluído sequer o Poder Judiciário –, é “freqüente-

mente mal-informado e, por vezes, deslumbrado pelos modelos alienígenas, o que tem ocasionado, entre nós, movimentos confusos e contraditórios, a pretexto de inspirar-se no sistema italiano”, conforme observa, argutamente, a Professora Ada Pellegrini Grinover.

Da 'globalização' arcaica ao socialismo moderno

ROBERTO AMARAL

É compreensível que essa ideologia difunda-se a partir dos Estados Unidos, pois ela lhes favorece a hegemonia: soa mais elegante dizer que a Coca-cola, a CNN ou a Microsoft são empresas globais antes de serem norte-americanas, o que entretanto elas não deixam de ser. Menos compreensível é que o resto do mundo aceite tal descrição ideológica.

*Alain Touraine.
FSP, 17.7.96.*

Talvez ainda seja necessário falar da impecabilidade do socialismo – pelo menos enquanto não for realizado em plenitude –, o que, convimos, vai provavelmente suscitar muitas lutas, não necessariamente bélicas ou parabélicas, mas cruentas, ainda quando ilusoriamente pacíficas: é que, com o monopólio social da *pax americana*, vários sintomas da exploração do homem pelo homem recrudesceram.

Recrudescer o desemprego em escala universal, tanto no chamado mundo desenvolvido quanto no mundo reconhecidamente subdesenvolvido, a ponto de se estimar seu índice em 30% da força do trabalho engajado, o que está constituindo – e em crescendo – uma hecatombe permanente de trabalhadores, previamente miserabilizados.

Recrudescer o desemprego graças à convergência das políticas econômicas dominantes (recessivas) e do estágio do desenvolvimento (monopolista) capitalista, com a ideologia da 'globalização' (servidora da dominação); mas cresce também propulsionado pela ideologia da 'modernidade' que, afirmando o triunfo da sociedade de mercado, também afirma que o Estado (os países, as nações, os povos, a humanidade) deve ser administrado como um mercado, um espaço econômico e, assim, o emprego é reduzido a uma mera resultante das

Roberto Amaral é jornalista, escritor, professor universitário e vice-presidente do Diretório Nacional do Partido Socialista Brasileiro, PSB.

decisões sobre competitividade, ainda quando o resultado da ‘modernidade’/competitividade (numa economia que transita do oligopólio para o monopólio...) seja o desemprego: “Não importam os custos sociais e ecológicos. A palavra de ordem é a competitividade a qualquer preço.”¹

As explicações para esse (dito) neodarwinismo – que pode nos colocar em face de uma ‘neobarbárie’ da qual a práxis neoliberal e a impotência crítico-propositiva são mero intróito² –, tomado como necessidade/fatalidade histórica, reduzem-se a um quadro de desespero: a humanidade, solta à mercê do lucro, gera, para os lucros que busca, um enorme contingente dos sem: sem-trabalho, sem-teto, sem-saúde, sem-instrução, *sans-papiers*, sem-dignidade, sem-cidadania, sem-descanso, sem-alimento, sem-vida, sem-sem, e como isso, na lógica do auge da burguesia, é algo natural, é algo de que ela não tem culpa, é lógico que apele para um pseudodarwinismo a fim de coonestar a exclusão de um terço da humanidade, que, entretanto, continua crescendo e multiplicando-se: é o que faz, porque, no eixo da produção de bens, só uma fração é dele beneficiária, a que reúne capacidade de atender a todos (fazendo-os “naturalmente” preservarem-se), e exclui cada vez mais crianças, jovens, adultos, velhos, protegendo concomitantemente minorias que são usufrutuárias de quantidades e qualidades hiperbólicas da produção global. Os dois pólos da tragédia burguesa – a falta de instrução e a concentração das riquezas –, construindo a exclusão dos seres humanos nos processos de viver e conviver.

Na nova humanidade globalizada, 358 milionários têm o mesmo patrimônio que 2,3 milhões de seres humanos espalhados pelos territórios subdesenvolvidos, é o que relata o PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em seu Informe Anual sobre Desenvolvimento Humano. Segundo o mesmo documento, a diferença de renda *per capita* entre países industrializados e países em desenvolvimento triplicou entre 1960 e 1993, passando de US\$ 5.700 para US\$ 15.400. Pelo menos cem países são vítimas do declive ou do estancamento econômico. Assim, nos últimos

30 anos, o volume de renda de 20% das pessoas mais pobres do mundo caiu de 2% para 1,4% da renda mundial. Paralelamente, a porção dos 20% mais ricos aumentou, passando de 70% para 85% da riqueza mundial:

“Entre 1965 e 1980, duzentos milhões de pessoas viram sua renda diminuir. Entre 1980 e 1993, esse contingente aumentou para um bilhão. Em 70 países cuja economia estancou ou diminuiu, a renda média atual é inferior à dos anos 80. Em 43 casos o nível é menor do que em 1970. No período de 1990 a 1993, a renda média caiu para menos de um quinto em 21 países, essencialmente na Europa Oriental e na antiga União Soviética. Até mesmo no interior de muitos países em desenvolvimento, a diferença de renda se acentua. Na Guatemala, Panamá ou no Brasil, os ricos ganham 30 vezes mais que os pobres. (...) Nos países industrializados, as diferenças entre as maiores riquezas são observadas no Reino Unido e na Austrália, enquanto entre Japão e Canadá essas diferenças diminuem. Em termos de patrimônio, o fosso aumenta: nos Estados Unidos, o patrimônio nas mãos dos 1% mais ricos passou de 20% para 36% da riqueza nacional entre 1975-1990. (...) Se nada for feito, a extrapolação das tendências atuais levará a um mundo onde, no ano 2000, a renda dos mais pobres não superará os 325 US\$ *per capita*, enquanto a dos países industrializados aumentará para 40.000 US\$”³.

O otimismo mercadológico não tem como esconder os riscos derivados de eventuais e prováveis desarranjos da economia internacional, seja a japonesa, que está perdendo dinamismo, seja a Comunidade Européia, jungida pelas estipulações antiinflacionárias e recessivas de Maastricht, seja a escassez geral de capital e as altas taxas de juros.

É inteligente ficar, passivamente, esperando por uma nova crise mundial do capitalismo, por um novo choque como o *crack* da Bolsa de Nova York (1930), para concluir que o *boom* tonitruado pelos meios de comunicação de massa está assentado sobre uma bomba-relógio com hora certa para explodir?

¹ SACHS, Ignacy. Desordem mundial. *IstoÉ*, 21.8.96

² BRAGA, José Carlos de Souza. O espectro que ronda o capitalismo. *FSP/ Mais!*, 1 set. 1996.

³ Cf. ONU : ricos cada vez mais ricos e os pobres mais pobres. *Tribuna da Imprensa*, 12 jul. 1996.

Para alguns autores, porém, não é mais necessário esperar por um colapso como o dos anos 30:

“A perversidade da instabilidade contemporânea tem sido justamente a de, por mais de 25 anos – desde pelo menos 1971, quando o dólar deixou de ser conversível em ouro –, combinar alta especulação financeira com crescimento mínimo, coisa capaz de evitar o colapso, garantir em geral – com o apoio dos tesouros nacionais e dos bancos centrais – os lucros de todo tipo e arrebentar com a maior parte das periferias sociais e geográficas. É o espectro da globalização: nem colapso, nem desenvolvimento”⁴.

O desenvolvimento, o apelo ao desenvolvimento, as políticas de desenvolvimento, tudo isso virou *démodé* e foi arrancado do dicionário da modernidade. O consenso de Washington não fala em desenvolvimento, como não falam os teóricos de Harvard, como jamais falaram os economistas de Chicano, ou os monetaristas de Friedman, em cujas lições foram se alimentar os ‘gênios’ da Fundação Getúlio Vargas. O discurso da ‘modernidade’ é monocórdio, equilíbrio orçamentário, liquidez, reajuste. O mundo foi reduzido a contas públicas, e dele foi expulso, como penetra indesejado, o ser humano.

A nova ‘catástrofe’, anunciando uma gravíssima crise financeira, porém, já pode ser vista em alguns de seus aspectos mais notáveis: 1) a estagnação, em crescendo desde os anos 70 e lavrando entre os países desenvolvidos, estabelecendo trágico balanço em face dos ‘anos dourados’ dos anos 50-60; 2) o declínio relativo das forças monetária, industrial, comercial e fiscal dos Estados Unidos, “cujos assalariados empobreceram e deserdados se sentem do ‘sonho americano’”; 3) o desemprego estrutural na Europa e a crise da Comunidade; 4) a expectativa de desorganização em meio à recessão pós-especulação do antes organizado e exemplar capitalismo japonês; 5) a desorganização e selvageria econômica da Rússia; 6) a desindustrialização da América Latina e, finalmente, 7) a exclusão definitiva da África dos conflitos tribais de quaisquer planos civilizatórios⁵, com os riscos para a humanidade que essa aventura pode trazer em seu bojo.

⁴ BRAGA, op. cit.

⁵ Seguimos a exposição de Braga, idem.

O Brasil, segundo o BIRD, conquistou, em 1996, pelo segundo ano consecutivo, o troféu de campeão mundial da desigualdade social, disputado com Botswana, jovem país africano. De acordo com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), do Ministério do Planejamento, os 50% dos brasileiros mais pobres detinham 11,6% da renda nacional. Em 1994, os mesmos 50% detinham 10,4% da renda nacional. Apesar da pequena melhora, a situação de 1995 é pior do que em 1991, quando os 50% mais pobres detinham 13,6% da renda nacional. Também em 1995 os 20% mais ricos ficaram com 63,3% da renda nacional⁶. Em 1996, Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD), realizada pelo IBGE entre os dias 24 e 30 de setembro de 1995, revela que os 10% da população que ganham os menores salários participam com 1% da renda nacional, enquanto os 10% mais ricos participam com 47,1%; esses mesmos mais ricos elevaram seus rendimentos médios, no mesmo período, de R\$ 1.648 para R\$ 2.044. Contra a Constituição, 3,3 milhões de crianças entre 10 e 14 anos já trabalham, a grande maioria em condições desumanas, e todos sem escola. As mulheres percebem a metade dos salários dos homens, no exercício das mesmas funções⁷, e, só em São Paulo, o mais rico Estado da Federação, os desempregados oficiais somam 1,6 milhão⁸.

Somos igualmente o segundo país do mundo em concentração de terra: de acordo com dados do INCRA, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, dois mil latifúndios ocupam uma área de cinquenta e seis milhões de hectares, equivalente a duas vezes e meia o território de São Paulo⁹.

Esses números, por óbvio, expressam-se na tragédia e na desorganização do espaço urbano, com todas as mazelas a elas inerentes.

O ‘novo’ desenvolvimento, decorrente do modelo neoliberal/globalizante, ‘moderno’,

⁶ Cf. Brasil é campeão de desigualdade social. *FSP*, 9 jul. 1996.

⁷ Cf. *Jornal do Brasil*, 06 set. 1996.

⁸ Em conferência para industriais no Estado de São Paulo, comenta Delfim Neto, ex-Ministro do ‘milagre’: “De que adiantou a abertura no setor automotivo, por exemplo, que aumentou a produção em 6% e encolheu em 20% o emprego?”. *JB*, 20 ago. 1996.

⁹ ARS, Dom Paulo Evaristo. Reforma agrária e justiça social. *Cultura Vozes*, ano 90, n.3, p. 13, maio/jun. 1996.

social-democrata, conservador – eis uma evidência –, não tem servido para melhorar as miseráveis condições de vida dos povos da América Latina. Ao contrário, verifica-se que esse ‘desenvolvimento’ não só não trouxe a melhoria das condições de vida de nossas populações, como, inclusive, tem agravado a desigualdade, no mesmo passo em que a frágil rede de proteção social que havia no Continente – construída penosamente entre os anos 30-60 – começa a ser desbaratada pelas reformas econômicas implantadas de maneira praticamente uniforme em todos os países. Concomitantemente ao desbaratamento dos serviços públicos de saúde e de seguridade social, o dismantelamento da escola pública, afastando os pobres de qualquer possibilidade de futura disputa de mercado profissional.

“As instituições equalizadoras da AL, exíguas e pobres como eram, estão sendo pouco a pouco abolidas. Assim vai-se pouco a pouco ressegregando nossas sociedades”¹⁰.

Trata-se, mesmo, de um assumido darwinismo, um neodarwinismo econômico e político, segundo o qual a disputa de mercado pelos países (e dentro de cada país pelos seus nacionais entre si) é um processo de seleção do mais forte, e por isso o capitalismo de hoje é o capitalismo de quem tem a melhor capacidade de sobreviver. A neo-semântica não fala mais nem em lei da selva, nem em imperialismo: o discurso dominante varia entre ‘modernidade’ e ‘globalização’. E para assegurar essa mercantilização da vida, para que as regras do mercado imperem da forma a mais livre possível, o Estado deve desaparecer (daí, as novas teorias que variam do Estado-mínimo ao Estado-nenhum, que variam da desregulamentação a regulamentação nenhuma): somos só um só espaço físico regido pelas leis cegas do mercado cego.

O Estado forte deve desaparecer, não pelos seus defeitos – que sempre foram manipulados contra as massas –, mas porque o Estado que pode controlar o trabalho também pode controlar o capital... Por isso o Estado social (burguês) do pós-guerra deve ser substituído pelo Estado liberal que havia sido sepultado pelas cinzas da Primeira Guerra Mundial.

Como se a história se repetisse..., o

capitalismo, vitorioso, alimentado pela ‘modernidade’, pela revolução tecnológica, pela ‘globalização’, refaz a noite dos horrores de seu nascimento...

Porque isso tudo é feito dentro da maior ‘ética’ ou ‘moral’. A imprensa qualificada já superou a ética da imprensa de denúncia, superou mas não abala a imoralidade do jogo, dos jogos, da droga, da prostituição infantil, juvenil, adulta, senil, dos expedientes, do roubo, do furto, da chantagem, das negociatas, das sonegações, das malandragens de alto e baixo coturno, porque o capital desprovido de orientação humanamente significativa, ou de um mínimo de coerção, função do Estado que o neoliberalismo forceja por destruir, é dominado pela sua lógica interna que é essencialmente destrutiva. Nela, o valor de ‘uso’ das coisas é subordinado ao seu valor de ‘troca’.

A lei da selva leva, tão-só, à violência.

O sistema capitalista, entregue às suas próprias regras, não pode reproduzir-se senão mediante crises, essa é a sua ‘ordem natural’.

Na América Latina, o reino das regras cegas do mercado (associado ao esvaziamento do Estado) deve ser lido como maior concentração – de capital, de renda, de riqueza, de informação e poder – e níveis ainda mais acentuados de pobreza e exclusão política.

É evidente que na base de tudo isso radica um processo de consolidação capitalista em escala mundial – nada obstante as crescentes desigualdades de desenvolvimento entre regiões e países – fundado, de um lado, (i) no monopólio e na concentração do capital, da produção, do consumo e do lucro, associado a um processo tecnológico que reforça a concentração e, de outro, (ii) no esvaziamento da esfera pública, compreendendo a crise da soberania popular do sistema representativo, donde o deslocamento do processo político da esfera pública para a civil e privada, para além dos Estados, para além da soberania estatal e muitas vezes para além da territorialidade.

A boa lógica diz que o mundo da globalização/mundialização, que freqüentemente põe no mesmo sítio a galinha e a raposa, estaria a exigir um Estado nacional forte, aparelhado politicamente para exercer a função essencial de regulador de mercados. No mundo, e particularmente na América Latina, porém, a globalização está sendo tecida por um sistema econômico que se universaliza a partir de suas centrais (ou núcleos), estabelecendo em todo o

¹⁰ CASTAÑEDA, Jorge. As duas faces de uma América injusta. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 31 ago. 1996. Caderno Idéias.

mundo os ideais do livre mercado, que jamais foi livre, porque contrapõe na mesma teia ricos e pobres, tecnologias avançadas e processos obsoletos, informação e desinformação, uma 'livre-concorrência' matizada pelo oligopólio, pelo monopólio, pelo *dumping*, pelos cartéis, pela política de juros, pela concentração de renda, pelas políticas governamentais, pelas políticas internacionais, pelo controle cambial, pelas taxas e sobretaxas alfandegárias, pelo protecionismo das grandes nações, pelo *marketing*, por tudo aquilo que impede um mínimo de concorrência, competitividade e disputa de iguais. Como não é possível uma sociedade 'aberta' (conquanto jamais igualitária) governando-se sem leis, a 'competição' e a 'livre-concorrência' transformam-se em metáforas de barbárie.

A globalização é, pois, antes de tudo, mais uma rotação Norte-Sul, fortalecendo o domínio dos mais ricos sobre os mais pobres, dos mais informados sobre os menos informados.

O processo de concentração/exclusão – que da economia transborda para a política, nela atingindo os meios de comunicação de massa – tem fundamentos ideológicos e está na lógica de um processo refinado de dominação centro-periferia. Mas não é tudo. A concentração é já um imperativo da essência do próprio desenvolvimento capitalista e do caráter da apropriação/acumulação condicionante/condicionada pela globalização/monopolização. Esse mesmo processo é, por seu turno, estimulado pelo desenvolvimento tecnológico, caracterizado, também ele, pela concentração e alto emprego de capital, determinante da permanente e crescente substituição de mão-de-obra. Dessa conjunção deriva uma apropriação assimétrica dos bens econômicos e, daí, culturais e políticos. O esvaziamento da política e do Estado se dá tanto no âmbito interno/nacional, quanto no âmbito internacional, na relação política nacional/política internacional, Estado periférico/Estado metropolitano, donde, nos planos nacionais internos e internacional, uma economia subalternizada, uma cultura subalternizada, uma informação subalternizada e uma política (cidadania) subalternizada.

Exatamente quando o acesso a procedimentos simbólicos (e informação) sofisticados é (seria) um imperativo atual para trabalhar e consumir, a distonia material/econômica, cultural e política entre e interclasses, intrapaíses, sociedades e nações é reforçada pelo controle metropolitano das novas tecnologias,

alienando as sociedades nacionais do processo produtivo, no primeiro plano, e do consumo, de bens materiais, de bens políticos e do exercício da cidadania, desviada da *pólis* para a sociedade civil¹¹, onde as formas de integração se operam menos por princípios ou direitos da cidadania e mais pela inserção, frágil e periférica, desnivelada e desigual no consumo.

As novas formas de organização social têm como substrato e projeto o esgotamento da política.

Como 'crise da política', no geral, tem-se identificado o esvaziamento da vida pública e da vida política, mediante o gradual processo de privatização do público e do Estado. É a outra face da falência das instituições clássicas, quando organismos extra-estatais – o grande empresariado, as grandes corporações, as multinacionais, os conglomerados dos meios de comunicação de massa, os bancos e as agências internacionais, os FMI's, os BID's etc. – passam a exercer funções públicas, desempenhando, sem limites de fronteiras, papéis antes reservados ao Estado e à política. Assim, uma das características das velhas e modernas democracias representativas, fundadas nominalmente na soberania do voto popular, passa a ser o governo de instituições constituídas à margem do sufrágio¹²...

Esse clima, por mais que se queira negá-lo, é, não o subproduto, mas o produto principal da miséria humana, aquela que é vedada à educação, à instrução, à ética, à moral, ao amor de iguais, ao intercâmbio honesto, ao desarmamento grosso e portátil, ao trato igual.

Mas tal é a miséria da filosofia, isto é, da política real, que não se trata mais de denunciar o denunciado. Trata-se ainda da defesa do socialismo, uma vez mais. Até porque o socialismo nasce dessa miséria. Por muitos decênios, o capitalismo da revolução industrial é simplesmente devastador, de homens, de mulheres, de

¹¹ Capítulo à parte, exigindo um ensaio autônomo, é a imposição, pelos Estados centrais ao mundo periférico, de leis de patentes assecuratórias de seu controle sobre tecnologia, aprofundando, ainda mais, o domínio Norte-Sul. Ver, a propósito, Saber e progresso : patentes e dominação. In : HOU-AISS, Antônio & AMARAL, Roberto. *A modernidade no Brasil*. Rio de Janeiro. Vozes, 1995.

¹² AMARAL, Robert & RONDELLI, Elizabeth. Meios de comunicação de massa e poder na América Latina : um pequeno ensaio sobre a modernidade arcaica. *Telos*, Madri, Outono de 1996.

crianças, de velhos, de recursos naturais, da natureza, do meio ambiente, da humanidade. Ele aglutina as massas cada vez mais densas e miserabilizadas em torno das fábricas; ele paga salários cada vez mais baixos, rebaixados pela lei da oferta e da procura, rebaixados pela pressão dos exércitos de reserva alimentados pelo êxodo rural e pela explosão urbana. Engels ou Dickens na Inglaterra, Villermé ou Zola na França e dezenas de tantos outros autores espalhados numa Europa em vias de industrialização descreveram aquele inferno como pioneiros de uma literatura que seria dominante em todos os países, velhos e novos, cruzados pelas tropas pioneiras do capitalismo. O socialismo nasce dessa miséria¹³.

Qual é, porém, a proposta do capitalismo para a crise do capitalismo? Reforçar as causas da crise: o liberalismo, neo ou *tout court*, qualquer que seja a palavra com que o neo-semanticismo ideológico batize as práticas político-econômicas dominantes neste final de século/milênio.

O discurso ideológico *up to date*, sob o rótulo da ‘modernidade’ (e da ‘globalização’, e da sociedade de mercado, e do livre-mercado, e da livre iniciativa, e de mais isso e mais aquilo) sequer é novo. Novedoso, é velho. Retoma as práticas e as falas do livre-cambismo do início do século, mediante o qual as grandes nações colonialistas (Inglaterra à frente) reforçaram seu domínio sobre as nações protetoradas (v.g. Portugal) e as nações-colônias de seus protetorados (v.g. Brasil).

Antiga é a internacionalização dos mercados domésticos, simplesmente hoje metamorfoseada em globalização¹⁴. No século XIX, a ‘globalização’ chamava-se livre-cambismo e a ideologia dominante era o liberalismo garantido pelas belonaves britânicas. Vítima da preeminência inglesa desde os tempos de colônia portuguesa, o Brasil se conforma em mercado consumidor dos produtos ingleses; aberto por inteiro o mercado brasileiro ao capitalismo inglês, renunciávamos por cem anos a qualquer projeto industrialista. Ao invés do protecionismo alfandegário que animou a independência norte-americana, adotávamos o ‘livre’-comércio com o império britânico protegido com tarifas privilegiadas

¹³ FOSSAERT, Robert. *L’avenir du socialisme*. Paris Stock, 1996.

¹⁴ BRAGA, op. cit.

que tornam impossível qualquer concorrência...¹⁵

Na Colônia e na Independência, os portos livres para a livre entrada dos produtos ingleses; no Império, o livre-cambismo que impossibilitaria a industrialização. Aí estão as bases da construção de uma economia capitalista dependente, na qual se descobriria o Brasil no anoitecer do século XX.

As ‘novas’ teses da ‘modernidade’ liberal, globalizada, globalizante, aceita pelas elites, tonitruada unanimemente pelas classes dominantes como novidade, sequer são novas. Déficit público, enxugamento do Estado e verdade cambial são os temas que, tomados de empréstimo ao Império, dominariam as discussões da República infante.

Desde o final do século passado que o equilíbrio orçamentário tornou-se mais importante do que um programa de geração de empregos. Mas isso é o que há de mais moderno na doutrina thatchereaganiana... Mas isso é que nos receita o catecismo do FMI, há décadas...

Ministro da Fazenda do primeiro governo republicano, Rui Barbosa receita o corte enérgico das despesas¹⁶, a eliminação das repartições inúteis, o enxugamento do funcionalismo público. O fracasso de sua reforma fiscal, o fracasso do projeto industrialista e os conflitos dentro do governo fazem-no saltar cedo do ministério. No governo Campos Sales (1898/1902), Joaquim Murinho, Ministro da Fazenda, terá melhor sorte. Após concertar com os ingleses da Casa Rothschild (o FMI ainda esperaria muitos anos e duas guerras para ser criado e reinar) um acordo para a dívida externa brasileira (moratória de três anos, 10 milhões de libras esterlinas durante o período para formar um *funding-loan* a ser amortizado em dez anos, sob a garantia, dada pelo governo brasileiro, de toda a renda da alfândega do Rio de Janeiro, mais o serviço de abastecimento d’água da Capital, mais as receitas da Central do Brasil, além da queima de papel-moeda na

¹⁵ AMARAL, Roberto & BONAVIDES, Paulo. *Textos políticos da história do Brasil*. Brasília : Edições Técnicas do Senado Federal, 1996.

¹⁶ Na abertura de seu famoso *Relatório* como Ministro da Fazenda, escreve: “O desequilíbrio entre a receita e a despesa é a enfermidade crônica da nossa existência nacional”. *Relatório do Ministério da Fazenda*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, 1949. p.17. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 18, t. 2, 1891)

quantidade equivalente aos títulos da dívida depositados em Londres), pôde pôr em prática seu plano de saneamento financeiro, que consistia em aumentar os impostos e as taxas com vistas a reduzir o déficit público, paralisar os investimentos em obras públicas, reduzir as despesas, desestimular o consumo, congelar os salários e “desaquecer” a indústria. Com a recessão e o desemprego e o empobrecimento do país, consolidava-se a república oligárquica¹⁷. Qualquer semelhança com outra qualquer política econômico-financeira, em nome de um liberalismo darwinista modernizado, não será mera coincidência.

O neoliberalismo nada tem de novo. O livre-cambismo aplicado contra o Brasil já na primeira metade do século passado é o mesmo que retorna à ordem do dia, como sempre ditado como verdade universal pelas potências para exercício por todo o mundo; são ambos a mesma cartilha de procedimentos com os quais a Inglaterra desindustrializou a Índia e se enriqueceu. Até agora a nova economia aplicada ao México só tem beneficiado suas elites. O ‘milagre econômico’ mexicano – por tanto tempo apresentado por modelo a ser seguido – pode ser considerado um sucesso para os investidores estrangeiros, para o capital internacional volátil, para seus idealizadores, mas está se constituindo uma verdadeira catástrofe para seu povo, o único a pagar a conta cobrada pelo colapso do sistema. Quando os ingleses, a partir de 1793, impuseram sua colonização permanente na Índia, o experimento ‘benfeitor’ foi anunciado com uma promessa de revolução social. Com o fracasso, os investidores ingleses deixaram o país, levando porém consigo o lucro de seus investimentos; a pobreza ficou com o povo de Bengala. Tem sido assim em todo o mundo em todos os tempos. Os capitais norte-americanos que haviam construído o ‘milagre’ brasileiro dos anos 70 se retiraram do país quando a fantasia não pôde mais ser sustentada e o modelo por eles instalado passou a ser criticado, como se fôra mais um experimento de ‘socialismo de Estado’, e é o Estado social que passa a ser responsabilizado por todos os fracassos do capitalismo. O livre-cambismo, assim, não é novo nem é sincero:

“Os EUA se encaminharam para abrir seu mercado e reduzir as tarifas em

1945, pela mesma razão que os britânicos o fizeram em 1845. Mas os britânicos o fizeram apenas depois de 150 anos de protecionismo, quando eles já estavam tão à frente de todo mundo que supuseram já ser seguro abrir a economia. Mesmo então, eles exportavam 40% de seus produtos para as colônias. Por volta de 1945, os EUA já eram quase totalmente dominantes e achavam que abrir o mercado poderia ser vantajoso, então se sentiram perfeitamente à vontade para reduzir as tarifas. Em toda a sua história, os EUA sempre foram extremamente protecionistas. Mas, em 1945, parecia uma boa jogada diminuir as tarifas. Ao mesmo tempo, eles trataram de debilitar o mercado livre radicalmente ao instituir o sistema do Pentágono, que é simplesmente um sistema que joga as verbas públicas (do Estado) na indústria de alta tecnologia. E isso é uma violação radical do mercado livre. Então, tá. Nós vamos reduzir as tarifas porque esse jogo nós já ganhamos. E, enquanto isso, vamos garantir que o público continue a financiar vários setores da indústria, porque não queremos mercados livres. Bem, por volta da década de 70, os EUA já não estavam indo tão bem no comércio, então o que aconteceu? Reagan dobrou as tarifas. O governo Reagan foi mais protecionista que todos os outros governos do pós-guerra juntos. Mas, para os outros, continuava a retórica do mercado livre”¹⁸.

O socialismo está na ordem do dia há pelo menos dois mil e quinhentos anos de guerras civis, de rebeldias, de levantes, de guerrilhas, de lutas camponesas, de rebeliões escravas, de missionarismos, de malogros, de esperanças e de vitórias parciais.

No panorama atual, o socialismo invade, na prática, sob formas mais ou menos diversificadas, regiões imensas da Ásia e partes da África, buscando recuperar sociedades inteiras desmanteladas pelo capitalismo colonialista, ao mesmo tempo em que se manifesta de modo imbatível nas estruturas sociais de dominância capitalista do próprio Ocidente, em concessões que estavam sendo compelidas

¹⁷ PENNA, Lincoln de Abreu. *Uma história da República*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1989. p.83.

¹⁸ CHOMSKY, Noam. Crítica da cumplicidade entre mídia e o poder. Entrevista ao *Jornal do Brasil*, 7 set. 1996. Caderno Idéias.

a fazer – no regime do trabalho, da saúde, da previdência, da alimentação, do lazer –, conquistas que mesmo os Estados mais reacionários são (ou eram?) compelidos a obedecer. Viu-se, a partir da Revolução Francesa e em especial da soviética, um mundo permanente de pressões e contrapressões que sustenta uma humanidade angustiada, progressivamente explorada, a principiar pela contradição ‘técnica *versus* desemprego’.

Essa contradição se exhibe de várias formas: primeiro, aceitando a premissa de que, no capitalismo, o avanço técnico substitui o trabalho humano, mas agora inevitavelmente de modo neodarwinista, isto é, expulsando os menos aptos; noutros termos, esmagando por ora um terço da força humana do trabalho como parasitária, inutilmente onerosa na formação dos custos, em suma, dispensável como trabalho e como vida. Segundo, essa contradição se concretiza pelo chamado *star system*, sistema constelar que em cada categoria profissional busca a estrela da constelação, a quem cabe 50, 100, 200 vezes mais do que aos integrantes numerosos de cada sistema enquanto não são dele alijados, de tal modo que a luta pelo grande bom êxito é o prêmio de um número cada vez menor de premiados com prêmios cada vez maiores e cada vez mais duráveis. Terceiro, o aguçamento da segunda premissa busca contrariar o avanço científico, que se transforma no que tem de mais avançado, em mais monopolizado, a fim de que sua transformação em processo técnico, em lugar de beneficiar a humanidade, atenda apenas às frações ricas, riquíssimas, criando um segundo sistema constelar, o *star custom*, a constelação do único: pela exclusividade dos criadores, dos modelos, dos produtos, os preços e produtos unitários são cada vez mais inacessíveis às mariposas e aos mariposos dessa ciranda, que, entretanto, passa a constituir o chamariz ideal do padrão de qualidade de vida da altíssima e alta burguesia, cuja contrapartida é a corrida desvairada para o comércio feminino ou masculino ou de ambos os sexos, das drogas, da prevaricação, da marginalidade alta e baixa.

As frações humanas que preenchem os quadros técnicos, avançados e estelares, exercem um domínio siderante, quando necessitam de tê-los perto de si, sobre as massas de empregadas urbanas, fontes do subemprego, do *lumpen*, da prostituição, das seguranças, dos acompanhantes, dos seres humanos substituídos, da pequena intermediação, das drogas, dos

vícios, dos expedientes e de um universo que não busca a abjeção, mas é por esta atraído sem remissão.

Estamos, no mundo, ainda longe do auge do capitalismo, que será figurado por um pan-neoliberalismo. Isto, por sua natureza, é seletivo, restritivo, expulsivo – é de sua ética: não sem razão são os G-7, e os restantes, num outro grupo, seriam G-178 a G-185, segundo o cômputo. Sem esquecer que os G-7 produzem cerca de 60% e consomem cerca de 70% dos bens e da qualidade de vida. Se os povos pobres pudessem ascender a um tal consumo, a humanidade simplesmente desapareceria da face da Terra. Aspirante a neoliberal está apto, *intra muros seus*, a realizar, entre frações suas (10, 20, 30%?), o sonhado neoliberalismo, responsabilizando-se diretamente pela opressão nacional dos restantes 90, 80, 70% excluídos.

Essa lógica destrutiva faz com que regiões inteiras sejam, de pouco em pouco, eliminadas do cenário industrial, derrotadas na corrida da produtividade presente na concorrência mundial (Robert Kurz), com notável redução do proletariado fabril, estável, e o correspondente crescimento do ‘subproletariado’ fabril e de serviços, que a nova semântica chama de ‘trabalho precarizado’, os terceirizados, subcontratados, subpagos, ‘*part-time*’, informais, camelôs... “Depois de desestruturar o Terceiro Mundo e de eliminar do mapa os países pós-capitalistas do Leste Europeu, a crise chega ao coração do sistema, produtor de mercadorias”¹⁹, gerando os conflitos interpaíses e intrapaíses, separando os países entre pobres e ricos e, dentro dos países, sejam ricos, sejam pobres, entre seus nacionais ricos cada vez mais ricos e seus nacionais pobres cada vez mais pobres e mais numerosos. O domínio, antes só derivado da guerra clássica, é modernamente alcançado, a custos baixíssimos, pela ‘globalização’, e os conflitos internacionais cedem lugar aos conflitos entre perdedores econômicos e ganhadores econômicos dentro de cada país, inclusive dentro dos países do Norte.

No plano internacional, há os que podem aproveitar-se da ‘globalização’, o Grupo dos 7 e alguns países asiáticos – enquanto todos os demais perdem, como perdem os países latino-americanos e africanos. A ‘globalização’ – e por que ela é inevitável? – favorece um certo crescimento da produção, enquanto é negativa

¹⁹ ANTUNES, Ricardo. A lógica destrutiva. *FSP*, 14 jul. 1996.

do ponto-de-vista do emprego, obrigando a busca da competitividade mediante a substituição da força de trabalho por novas tecnologias, pela associação da informática e da robótica, pela tendência ao oligopólio e ao monopólio, reduzindo o número de empresas e em cada uma aumentando a produção que, enquanto se regionaliza (no Norte), universaliza o consumo (no Sul), redividindo os países entre ricos e pobres, industrializados e agrícolas, exportadores de manufaturados e importadores de manufaturados; essa ‘globalização’ também só pode ser favorável àqueles países que dispõem de capital e podem aproveitar-se da especulação do mercado financeiro internacional; estimula o lucro e discrimina o salário; beneficia o capital e penaliza o trabalho; favorece quem tem qualificação – educacional, cultural, tecnológica, científica – e penaliza quem não a tem; ganham os credores, perdem os devedores, ganham as grandes empresas, perdem as pequenas empresas; ganham as empresas internacionais, as multinacionais, os trustes, perdem as empresas nacionais, as médias empresas, as pequenas empresas. A ‘globalização’ é concentradora e excludente, aumentando a riqueza dos países industrializados e controladores da alta tecnologia e excluindo os demais²⁰. Sem capital, sem mecanismos de proteção contra *dumping*, escorchados pela política de juros altos e câmbio engessado, a indústria nacional fica à mercê de uma concorrência predatória. Assim, por exemplo, a indústria têxtil brasileira demitiu cerca de 40 mil trabalhadores no primeiro semestre de 1996; nos últimos seis anos, 500 empresas cerraram as portas e 724 mil trabalhadores perderam o emprego no setor²¹. É a nossa versão de ‘modernidade’...

E enquanto somos submetidos a uma intensa campanha ideológica – que conta com a unanimidade da grande imprensa, a pressão dos grandes organismos, a adesão oficial dos governos –, convencendo as populações dos

²⁰ Esse crescimento está assentado, entre outros fatores, nas exportações facilitadas pela política de livre-comércio, que deixou abertos ao primeiro mundo os mercados dos países emergentes, como Índia, Rússia, Brasil, México, Turquia. Qualquer retrocesso significativo no tocante a essa política poderá transformar-se num desastre econômico e de política externa para os Estados Unidos. GARTEN, Jeffrey E. Uma política externa pró-reformas. *Gazeta Mercantil*, 9 jul. 1996.

²¹ Cf. *JB*, 20 ago. 1996.

países subdesenvolvidos da necessidade de nosso ingresso na ‘sociedade global’ (também ela uma criação ideológica) – posto que o mundo que já foi uma ‘aldeia global’ tornar-se-á, inexoravelmente, uma imensa zona de livre comércio... –, as grandes nações se guardam em práticas protecionistas, ou consagradoras de um mercado endogâmico, dos ricos entre os ricos. Concentra em favor da minoria e exclui a maioria²².

A expansão da ‘globalização’ cria mais perdedores do que ganhadores.

O que o Brasil está fazendo pedindo ingresso nessa onda?

Os países latino-americanos – México, Brasil, Argentina, Chile – estão fazendo com que suas populações paguem um preço altíssimo pela adesão de suas elites, alienadas, à fascinação pelo livre-cambismo da ‘globalização’. Ignoram essas elites, descomprometidas com o futuro de seus países – pois seus interesses são crescentemente internacionalizados –, que será impensável o futuro de qualquer de nossos países sem um projeto político de desenvolvimento econômico-tecnológico autônomo e sustentado. Ignoram essas elites que só terão condições de bom êxito aqueles países que construírem estratégias autônomas de desenvolvimento e de política industrial, cuja pedra angular é a expansão do mercado nacional. Ignoram essas elites que somente os países capazes de aliar uma atividade econômica, um projeto político e uma cultura estarão aptos a tornarem-se atores do desenvolvimento²³.

E países como o Brasil em nada podem pensar enquanto não redefinirem a miséria de sua política fundiária. Não haverá desenvolvimento

²² SACHS, Inacy. A globalização favorece o capital. *JB*, 12 ago. 1996. Na já referenciada entrevista a IstoÉ, o conhecido economista francês observa: “Por detrás deste discurso (o discurso sobre o livre-comércio), diferentes países praticam formas de protecionismo dissimulado. Embora da boca para fora estejam sempre dizendo que a intenção é abrir, os blocos econômicos se fecham ao mundo exterior. A União Européia faz o grosso do seu comércio no seu interior. Além disso é preciso lembrar que três quartos do fluxo de capitais, mercadorias e tecnologias da economia internacional se passam na tríade composta pelos Estados Unidos, Europa e Japão. Todo o resto do mundo é apenas um apêndice dessa tríade”.

²³ TOURAINE, Alain. O canto de sereia da globalização. *FSP*, 14 jul. 1996.

nem futuro enquanto a questão agrária não for resolvida entre nós.

Ao contrário do que apregoam os corifeus dessa ‘modernidade’ arcaica, país nenhum é um mercado, ou um só espaço físico. O Brasil (todo país) é uma sociedade humana e como tal algo mais que uma simples equação de custo/benefício. Só uma ordem social apartada da lógica do capital e comprometida com os grandes valores da luta pela igualdade e a justiça pode salvar a humanidade. Esses são os valores do socialismo, do socialismo científico e do socialismo utópico, do socialismo possível e do socialismo necessário, do socialismo urgente. O socialismo revolucionário – porque pretende mudar radicalmente os processos produtivos – que, retomado doutrinariamente, será construído na prática diária, combinando a sua luta por valores com objetivos concretos do embate social objetivo, cotidiano, num enfrentamento político diuturno e permanente do capitalismo, aprofundando o processo democrático, aprofundando a organização social, aprofundando e politizando a luta social, resistindo ideologicamente, resistindo politicamente, resistindo em todas as frentes do embate.

A estratégia, como sempre, envolve tática.

A *débâcle* nos ensinou a todos a necessidade

de, mantida a estratégia – e aí está a necessidade de recolocar nossos paradigmas –, rever as táticas e as políticas de aliança. Identificado o grande adversário, é preciso igualmente identificar as vítimas comuns e os aliados potenciais, procurando principalmente aqueles que não estão sob nossa bandeira e na mesma trincheira, e rompendo os preconceitos raciais e culturais e religiosos. É preciso ter coragem para entender que nossos aliados não estão no Primeiro Mundo, mas nas massas dos excluídos de todo o mundo, principalmente na América Latina, na África e na Ásia. A história no quadro atual da luta social está a exigir a organização de uma nova Internacional Socialista, que nada tem que ver com os projetos da social-democracia européia.

O desafio presente do socialismo revolucionário não é mais, tão-só, apontar para o futuro do mundo socialista, prometendo para um amanhã fugaz como a imagem do horizonte o regime da igualdade social. O cenário da luta revolucionária contemporânea é o próprio interior do sistema capitalista; sua luta se efetivará na resistência política, ideológica e objetiva ao neoliberalismo e será construída pela soma dos avanços das grandes e pequenas lutas travadas no dia-a-dia.

Limites impostos pela legislação autoral aos cortes publicitários realizados durante a retransmissão de obras audiovisuais pela televisão

ERICKSON GAVAZZA MARQUES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Limites impostos pela legislação brasileira de direitos autorais. 3. Restrições previstas nas legislações de alguns países estrangeiros. 4. Os contornos impostos pela Convenção de Berna em matéria de proteção de obras literárias e artísticas. 5. Conclusão.

1. Introdução

Obra audiovisual é aquela em que há difusão de uma ou várias seqüências de imagens animadas, com ou sem sonorização¹. Também o tratado sobre o registro internacional de obras audiovisuais, concluído em Genebra em 18-4-89², em seu artigo 2º, procurou dar uma definição para a obra audiovisual:

“para efeitos deste Tratado, entende-se por ‘obra audiovisual’ toda obra que consista em uma série de imagens fixas

¹ Essa definição foi emprestada da lei francesa nº 92-597, de 1-7-92, modificada pela lei 92-1336 de 16-12-92, que instituiu um Código da Propriedade Intelectual. Este dá a seguinte definição de obra audiovisual:

“Art. L. 112-2. *Sont considérés notamment comme oeuvres de l’esprit au sens du présent code:(...)*

6º Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans les séquences animées d’images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles...”.

² Entrou em vigor, no âmbito internacional, em 27-12-91 e, para o Brasil, em 26-6-93, pois o artigo 12 do mesmo tratado determina que a entrada em vigor dar-se-á três meses após o depósito do instrumento de ratificação, que operou-se em 26-3-93. Cf.: Decreto nº 972, de 4-11-1993.

Erickson Gavazza Marques é Professor na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, Membro do Instituto Interamericano de Direitos de Autor (IIDA), e do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e advogado em São Paulo.

ligadas entre si, acompanhada ou não de sons, passível de tornar-se visível e, caso seja acompanhada de sons, passível de tornar-se audível”.

São espécies do gênero obras audiovisuais as obras cinematográficas, bem como os filmes em geral, inclusive aqueles produzidos especialmente para a televisão, as telenovelas, as minisséries, e outras obras realizadas por processo análogo ao da cinematografia.

Nos últimos tempos, tornou-se freqüente a interrupção da retransmissão de tais obras audiovisuais com o objetivo de veicular publicidade. E essa freqüência tem alcançado, nos dias de hoje, índices jamais vistos, o que tem provocado reações por parte do público telespectador.

A freqüência na veiculação de comerciais está diretamente ligada ao regime jurídico dos veículos. Com efeito, na maior parte dos países de economia de mercado, a intensidade na veiculação dos comerciais parece ser sensivelmente menor nas redes de televisão controladas pelo Estado do que naquelas cujo controle acionário esteja nas mãos de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. E a razão disso é que, enquanto no primeiro caso o financiamento do custo da retransmissão dos programas é indireto, pois se faz com subvenções do tesouro público às estatais de televisão, subvenções essas sustentadas pela arrecadação de impostos junto ao contribuinte, no segundo caso, a arrecadação é feita sem a intervenção do erário, diretamente junto ao público telespectador, no caso dos sistemas de televisão por assinatura, e junto aos anunciantes, no caso da televisão comercial comum.

No entanto, em que pese o lado altamente criativo e artístico dos *spots* publicitários veiculados na televisão, constata-se que a grande maioria dos telespectadores se voltam contra a massificação de sua veiculação. Mas não são apenas os telespectadores que ficam transtornados com a quantidade de cortes durante a retransmissão de obras audiovisuais pela televisão: também os criadores das obras mostram-se descontentes com tais práticas.

Esse descontentamento dá-se em razão do fundado receio desses criadores em ver as suas criações transformadas em meros suportes publicitários, afinal, segundo eles, tais práticas poderiam gerar um certo desgaste para a criação audiovisual³.

³ CHAVES, A., é da opinião que “... as interrupções são tão freqüentes que causam enfado, que

Porém, as empresas de televisão se acham no direito de poderem realizar tais cortes na retransmissão das obras audiovisuais a fim de que se possa veicular comerciais durante as interrupções. E isso na quantidade e freqüência que julgarem conveniente, graças a sua qualidade de legítimas detentoras dos direitos de exploração comercial da obra⁴.

Ora, diante de tais fatos, pergunta-se se o autor de uma obra audiovisual que tenha consentido na sua retransmissão pela televisão poderia insurgir-se contra os cortes realizados para a difusão de publicidade durante a retransmissão de sua obra?

Sem sombra de dúvidas, a resposta é positiva, pois, conforme veremos, isso representa, no Brasil e no exterior⁵, uma incontestável violação dos princípios que regem a proteção dos direitos do autor da obra audiovisual.

2. Limites impostos pela legislação brasileira de direitos autorais

De início, convém distinguir, no presente caso, duas sortes de prerrogativas inerentes à condição de autor de uma obra audiovisual, condição essa prevista nos artigos 15 e 16 da Lei de Direitos Autorais – Lei nº 5.988 de 14-12-73 –, doravante designada apenas por LDA.

A primeira é de ordem patrimonial, consubstanciada, em suma, no direito de exploração econômica da obra. Esse direito de exploração econômica, do qual as emissoras são detentoras em razão do mencionado artigo 15 da LDA, pode refletir-se de várias formas, como por exemplo mediante a representação pública da obra, que é o caso das retransmissões em geral.

A segunda dessas prerrogativas é de caráter extrapatrimonial, também conhecida como direito moral do autor. Está prevista no artigo 21 da LDA, cujos desdobramentos vêm enumerados no artigo 25 da mencionada lei. Assim é que o artigo 21 proclama que “o autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu”. E, mais

chega freqüentemente ao ponto do desinteresse pela continuidade.” (Cinema, TV, publicidade cinematográfica. Leud, 1987, p. 251).

⁴ TROLLER, A. *Immaterialgüterrecht, Band II*. 1985, p. 778.

⁵ LIPSZYC, D. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris : Unesco, 1993. p. 142.

adiante, no artigo 25, o legislador enumera quais são esses direitos morais, dentre os quais destaca-se, nesse particular, aquele assinalado no inciso IV do mesmo artigo e que consiste na prerrogativa atribuída ao autor em salvar a integridade da sua obra, “opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-lo, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”.

A propósito, é importante ressaltar que, de acordo com o artigo 26 da LDA, os direitos morais sobre a obra cinematográfica serão exercidos exclusivamente pelo diretor do filme. E, considerando-se que as telenovelas e as minisséries produzidas para a televisão são, a exemplo dos filmes, espécies do gênero obras audiovisuais, aplicar-se-lhe-ão, por analogia, as disposições do mencionado artigo 26⁶.

Ora, no caso de interrupções na difusão de filmes para efeitos de veiculação de propaganda, Antonio Chaves pergunta se “não estaria caracterizada, em caso de abuso, uma ofensa ao direito moral do produtor e dos demais copartícipes na feitura do filme?”⁷ Pensamos que sim. Com efeito, não há dúvida de que a obra audiovisual sofre de um processo de mutilação ao ser interrompida a sua retransmissão. Dá-se uma ruptura – corte – no desenvolvimento da retransmissão e da seqüência lógica do trabalho levado à tela. O que provoca, invariavelmente, um certo desinteresse por parte do telespectador, sobretudo se tais veiculações forem feitas em número e freqüência considerados abusivos, de modo a romper a seqüência narrativa e a trama da obra⁸.

⁶ É da mesma opinião o insigne jurista Carlos Alberto Bittar: “As obras de televisão (radiovisuais) obedecem – em face da ampliação do conceito de imagem em movimento para outras formas, além do cinema – ao mesmo regime da obra cinematográfica, aliás, em consonância com a regra da analogia entre meios técnicos semelhantes...” (Direito de autor. Forense Universitária, 1992).

⁷ CHAVES, op. cit.

⁸ Nesse particular, vale a pena transcrever um trecho onde Antonio Chaves faz menção da sentença do Tribunal de Roma proferida em 30-5-84: “Encarecendo ser necessário, caso por caso, verificar se das interrupções ‘decorrem realmente os efeitos prejudiciais previstos’ pelo art. 20 da LDA, deduziu o juiz, dos dados colhidos, ‘um quadro de conjunto à luz do qual é plenamente justificado considerar que o número, a freqüência e a colocação das interrupções publicitárias determinaram a

Délia Lipszyc também é da opinião que “la intercalación de anuncios publicitarios, común durante la difusión por televisión, ha provocado, justamente, airadas protestas; se trata de una lesión mayúscula a la integridad de la obra”⁹.

Por um lado, o direito de opor-se a qualquer modificação na obra, cujo exercício cabe exclusivamente à pessoa mencionada no artigo 26 da LDA, com as limitações ali previstas, não pode ser passível de transferência ou alienação, ainda que o seu titular tenha concordado com isso. Afinal, conforme assinala o artigo 28 da lei autoral, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, “não podendo, pois, ingressar legitimamente no comércio jurídico, mesmo se o quiser o criador, pois deles não pode dispor”¹⁰.

Por outro lado, acrescente-se que a prática que consiste em inserir cortes na difusão de filmes na televisão com o objetivo de veicular publicidade não está no elenco daquelas enumeradas no artigo 49 da LDA. Com efeito, esse dispositivo legal prevê as circunstâncias em que determinada prática não constitui ofensa aos direitos do titular da obra audiovisual. Efetivamente, essa anistia legal não atinge o objeto de nosso estudo, qual seja a realização de cortes na retransmissão das obras audiovisuais na televisão para a inserção de *spots* publicitários.

Mas, tentando evitar possíveis confrontos, as emissoras de televisão têm inserido, nos contratos firmados com os produtores de filmes, telenovelas, minisséries e outras obras retransmitidas pela televisão, cláusula autorizando a inserção de *spots* publicitários durante a retransmissão.

Assim, procurou-se um equilíbrio entre as prerrogativas envolvidas. Nada mais justo do que proporcionar àquele a quem a lei atribui o poder de opor-se às modificações na obra audiovisual mais esta contrapartida por permitir a interrupção da retransmissão. Afinal a obra, que foi concebida por diversas pessoas, não destinava-se a servir de suporte publicitário. E, se assim o querem as empresas de televisão, nada

radical fragmentação do ritmo narrativo do filme, a desagregação da seqüência que garante a sua identidade artística e a indubitosa degradação do conteúdo ideológico e estético; em resumo, o filme foi reduzido ‘à categoria de mero veículo publicitário’. Daí, proibição provisória.” (Ibidem. p. 252).

⁹ LIPSYC, op. cit.

¹⁰ BITTAR, op. cit., p. 45.

mais justo do que dar-se uma contrapartida pela utilização da obra nessas condições.

E nenhum obstáculo de ordem legal existiria nesse tipo de avença, pois o titular dos direitos morais sobre a obra pode, perfeitamente, em nome do princípio da liberdade de contratar, firmar compromisso no sentido de permitir que as empresas de televisão realizem tais cortes, sem que isso represente qualquer forma de renúncia ao direito moral de opor-se às modificações ou mutilações na obra, tendo em vista que cabe exclusivamente à pessoa prevista no artigo 26 dizer se esta ou aquela prática representa uma modificação ou mutilação na obra audiovisual suscetível de prejudicar a exploração da mesma, ou “atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”.

No entanto, em razão da peculiaridade dos direitos que envolvem a criação intelectual, e como medida de cautela, mister se faz inserir, na cláusula permitindo a difusão de *spots* publicitários, todas as condições em que se dará a inserção dos comerciais, como por exemplo a sua duração máxima, o número de inserções, a duração de cada inserção e, até, se possível, a identidade dos anunciantes, pois a obra audiovisual, ou os seus co-autores, pode não se identificar com este ou aquele produto objeto da publicidade veiculada durante a retransmissão.

Chamando a atenção para a necessidade de autorização para a realização dos cortes na produção audiovisual, Délia Lipszyc afirma que

“la lesión del derecho moral resulta evidente cuando se realizan cortes sin la conformidad de los colaboradores; algunas legislaciones prevén expresamente que cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante agregados, supresión o cambio de cualquier elemento de esta, requerirá la autorización previa de las personas cuya conformidad sea necesaria para establecer dicha versión (Francia, art. 16, § 3º; España, art. 92, § 2º)”¹¹.

Portanto, em havendo aquiescência de quem de direito, e observadas as devidas cautelas, não existirá ofensa aos direitos morais dos co-autores da obra. Na falta daqueles elementos, não haverá como abrigar-se, sob o manto de nossa legislação autoral, a difusão maciça de publicidade durante a retransmissão de obras audiovisuais na televisão.

¹¹ LIPSZYC, op. cit.

No mais, é importante deixar bem claro que o direito, atribuído aos titulares da obra audiovisual, de se oporem à massificação de cortes na sua produção não se aplica no caso de obras audiovisuais criadas especialmente para televisão. Afinal,

“en estos supuestos es dable presumir, salvo pacto en contrario, que los autores han tenido en cuenta y autorizado que la emisión se realice con las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio, siempre que no importem perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”¹².

3. Restrições previstas nas legislações de alguns países estrangeiros

Observe-se que os problemas apontados na introdução deste trabalho ocorrem, sobretudo, nos países de concepção dualista em matéria de direitos autorais, como é o caso, além do Brasil, da Espanha, França e Itália, entre outros. Nesses países, o legislador reconheceu, ao lado das prerrogativas de ordem patrimonial que permitem ao autor tirar proveito econômico da obra que realizou, também prerrogativas de ordem extrapatrimonial, que possibilitam ao criador manter intacta determinada faceta de sua personalidade expressa na obra que concebeu.

Já nos países da *common law*, como os Estados Unidos da América, de concepção monista, muito embora o problema seja o mesmo¹³, a solução dada apresenta-se de maneira diferente. Aqui, as prerrogativas de

¹² Ibidem, p. 143.

¹³ De acordo com Fabiani, “*la multiplication des formes d’utilisation de l’oeuvre cinématographique, grâce aux nouvelles techniques, a rendu plus complexe la coexistence des droits moraux et des droits d’utilisation économique et il y a eu des problèmes aussi bien dans les pays qui appliquent le critère moniste du droit d’auteur que dans les dans ceux où a prévalu la conception dualiste qui distingue les facultés personnelles (droit moral) de celles d’utilisation économique de l’oeuvre*” (“L’introduction des spots publicitaires durant la projection télévisée d’oeuvres cinématographiques par rapport à la protection du droit moral de l’auteur”. Relatório apresentado durante as jornadas de estudos da “Association Littéraire et Artistique Internationale”, realizadas em Sorrento nos dias 1 e 2 de junho de 1987, p. 2).

ordem moral gozam de um amparo relativamente frágil na jurisprudência, o que dificulta sobremaneira a ação dos criadores de obras audiovisuais nesses países.

Na Espanha, no decorrer do ano legislativo de 1994, o Parlamento Nacional aprovou um projeto de lei que limita o tempo de veiculação de publicidade na televisão. De acordo com essa lei, não poderá haver intervalo comercial por ocasião da retransmissão de filmes. Os intervalos comerciais só são permitidos após decorridos quarenta e cinco minutos de retransmissão.

De um modo geral, a lei nova limita a veiculação de publicidade a apenas doze minutos, num espaço de tempo de uma hora. O que significa deixar 20% do espaço na televisão para as agências de publicidade e seus clientes¹⁴.

Também na França existe regulamentação. A questão é tratada no artigo 73 da Lei de 30 de setembro de 1986, que disciplina o regime da comunicação audiovisual. Esse dispositivo dispunha que, salvo autorização da CNCL¹⁵

“la diffusion d’une oeuvre cinématographique par un service de communication audiovisuelle ne peut faire l’objet de plus d’une interruption publicitaire”.

Conforme se pode verificar pela leitura do dispositivo legal *supra*, a proibição restringia-se às obras cinematográficas, quer sejam objeto de projeção nas salas de cinema, quer de retransmissão na televisão. Daí a conclusão de que excluídos estavam os telefilmes e as minisséries concebidas para a televisão, ou ainda todo e qualquer gênero de obra audiovisual que não pertencesse à espécie obra cinematográfica.

Felizmente esse lapso da legislação francesa durou pouco tempo. Com o advento da lei de 17 de janeiro de 1989 versando sobre o mesmo tema da anterior, estendeu-se a todas as obras audiovisuais a proibição contida naquela *lex*. Assim, a restrição quanto ao número de cortes publicitários durante as retransmissões pela televisão passou a ser aplicada inclusive aos filmes produzidos para televisão.

Entretanto, alguns autores franceses vão até mais longe na interpretação do citado artigo 73. Por exemplo, Andre Françon afirma que,

¹⁴ Gazeta Mercantil, 29-31 jul. de 1994.

¹⁵ A sigla significa “Commission Nationale des Communication et des Libertés”.

com base no artigo 73, um autor ou um co-autor de um filme poderiam ter *gain de cause* caso quisessem opor-se ao único corte permitido¹⁶.

Mas o limite quanto à quantidade de interrupções não é a única imposição feita pela legislação francesa às empresas de televisão nas suas retransmissões. A alínea 2 do artigo 73 estabelece que

“l’interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l’exclusion de tout autre document, donnée ou message de toute nature, notamment bande-annonce, bande d’auto-promotion”.

Também

“le sous-titrage des oeuvres cinématographiques est interdit”

de acordo com o mesmo artigo 73.

Por fim, tratando-se de televisão por assinatura (é a empresa de televisão que faz apelo ao usuário para o financiamento de suas atividades), é total a proibição de realização de cortes publicitários durante a retransmissão televisiva de obras audiovisuais.

Já na Itália, observa-se uma participação menor do legislador no assunto. Aos tribunais é reservada a tarefa de solucionar os problemas na maior parte dos casos. Conforme comenta Mario Fabiani, a lei italiana de direitos autorais, em seu artigo 20, permite ao autor se insurgir contra deformações, mutilações e outras modificações da obra, bem como contra todo ato que implique prejuízo à honra e à reputação do autor¹⁷.

Quanto à jurisprudência, o mesmo Mario Fabiani revela que, no caso das retransmissões, pela televisão, dos filmes “Scandalo”, de Samperi, e “Serafino”, de Germi, os tribunais italianos acolheram parcialmente os pedidos dos produtores¹⁸.

No caso do filme “Scandalo”, o Tribunal de Roma entendeu que as interrupções frequentes na retransmissão da obra, para fins de divulgação de comerciais, causam prejuízo à obra em si, na medida em que a mutilação da obra provoca repercussões negativas junto ao público telespectador¹⁹.

¹⁶ RTDC 1989/236.

¹⁷ FABIANI, op. cit.

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Tribunal de Primeira Instância de Roma, decisão de 30-12-82.

E não foi diferente a decisão dos magistrados romanos quando, dois anos depois, foram levados a pronunciarem-se sobre questão semelhante. Na sentença do caso “Serafino”, o mesmo Tribunal de Roma entendeu que as interrupções excessivas na difusão do filme na televisão contribuem para que o público tenha uma imagem alterada a respeito da personalidade do autor, além de diminuir a força narrativa do filme, impedindo que o telespectador se concentre a ponto de envolver-se imaginariamente com a situação representada²⁰.

Por ocasião da decisão sobre a difusão de comerciais na retransmissão do filme “Giulietta e Romeo”, de Zeffirelli, Mario Fabiani relata que o Tribunal de Milão se pronunciou no sentido de que nem toda interrupção publicitária na televisão é prejudicial à obra e a seu autor, devendo ser entendida como tal aquela que não permite ao telespectador ter uma visão global da obra²¹.

Nos Estados Unidos da América, a lei de 1976 sobre direitos autorais ignorou, durante muito tempo, a existência de um direito moral distinto dos direitos patrimoniais²².

Entretanto, na ausência de uma proteção efetiva dos direitos morais do autor, Jane Ginsburg afirma²³ que a jurisprudência norte-americana²⁴ utilizava-se das prerrogativas de ordem econômica com o objetivo de, por vias

obliquas, alcançar a tutela daquelas. Assim é que, no caso de modificações na obra sem o consentimento do autor, a eminente jurista norte-americana estima ter havido a criação de outra obra, distinta da criação originária. A obra alterada assumiria as feições de uma criação derivada, cuja elaboração e exploração dependeria do consentimento do titular da obra originária²⁵.

Assim, o direito exclusivo de autorizar a confecção e a exploração de uma obra derivada, previsto expressamente no artigo 106, alínea 2, da lei federal sobre direitos autorais, serviria, segundo Jane Ginsburg, para que o autor pudesse impedir a veiculação e exploração da obra derivada sem o seu consentimento²⁶.

No entanto, essa solução do direito norte-americano não está isenta de críticas. A primeira crítica vem da própria Jane Ginsburg, que entende que os participantes na elaboração da obra não poderiam opor-se às modificações utilizando-se do conceito de obra derivada²⁷, pois, segundo a regra do *works made for hire*²⁸, o direito de voltar-se contra a exploração de uma obra audiovisual não pertence aos participantes do filme, mas a uma única pessoa: o produtor. A segunda observação é de autoria de André Kerever, que sustenta ser “um pouco perigoso conferir a uma obra deformada pela inserção de publicidade o caráter de uma obra derivada ou adaptada”²⁹. Isso porque a adoção dessa prática³⁰ pelo direito norte-americano implicaria, segundo o jurista francês, o reconhecimento da qualidade de autor de uma obra

²⁰ Decisão do Juizado de Instrução de Roma, de 30-5-84.

²¹ FABIANI, op. cit., p. 4.

²² Exceto em alguns Estados da Federação como Massachusetts, Califórnia e New York, cujas legislações sobre direitos autorais contêm previsão específica a respeito do direito moral. Mas, na realidade, é somente a lei do Estado de Massachusetts que deve ser levada em consideração para efeitos de proteção dos autores de obras audiovisuais contra os cortes publicitários não-autorizados. Pois a prerrogativa de ordem moral inserida na lei daquele Estado é de natureza geral, compreendendo todos os tipos de obras, ao contrário das leis dos Estados da Califórnia e de New York onde o direito moral só é previsto para os autores de obras de artes plásticas.

²³ The right of integrity in audiovisual works in the United States, RIDA, n. 135, p. 4 e seg.

²⁴ Uma amostra da maneira como procederam os tribunais norte-americanos pode ser vista a partir das decisões nos casos “Gillian vs. American Broadcasting Companies”, 538 F 2d 14 (2d Cir. 1976); “Preminger vs. Columbia Pictures Corp.”, 49 Misc. 2d 363, 267 NYS 2d 594 (Sup. Ct.); “Autry vs. Republic Prods.”, 213 F 2d 667, 669 (9th Cir.).

²⁵ Cf.: “Gillian vs. American Broadcasting Companies”, 538 F 2d 14 (2d Cir. 1976).

²⁶ GINSBURG, op. cit. 6 e seg.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Segundo o artigo 101 da lei federal dos Estados Unidos, pertencem à categoria das obras “made for hire” as compilações, as traduções, os mapas e atlas geográficos, as obras coletivas, os filmes cinematográficos e, em geral, as obras audiovisuais.

²⁹ L’intervention de la publicité dans les films télédiffusés *Bulletin du droit d’auteur*, v. 22, n. 3, p. 14.

³⁰ Kerever chama de “derivation” a utilização do conceito de obra derivada para coibir violações ao direito do autor em manter íntegra a sua criação. (op. cit., p. 14).

derivada àquele que age em violação de direitos, o que é justamente o caso das empresas de televisão que realizam cortes na veiculação da obra audiovisual para inserção de publicidade sem autorização de quem de direito³¹. Enfim, em sua crítica mais contundente, André Kerever diz que seria paradoxal que uma deformação, freqüentemente associada às mutilações em decorrência dos cortes, possa ser assimilada a um ato de criação, dando origem a uma nova obra com existência autônoma³².

Infelizmente, mesmo considerando as inúmeras modificações introduzidas à lei de 1976 e, sobretudo, a ratificação da Convenção de Berna pelos Estados Unidos³³, o panorama da proteção jurídica das obras audiovisuais não sofreu mudanças sensíveis. E, em que pese a inserção, na mencionada lei, de um artigo 106A, que contempla os direitos à paternidade e à integridade da obra³⁴, o fato é que esses direitos são atribuídos somente aos autores de obras de arte visuais³⁵, obras essas enumeradas no artigo 101, que, por sua vez, exclui os filmes e as obras audiovisuais da categoria de obras de arte visuais³⁶. Daí a constatação natural de que o *lobby* das empresas de televisão, nos Estados Unidos, provou, mais uma vez, ser muito eficiente. Aos autores queixosos só restam as incertezas das soluções jurisprudenciais.

³¹ Idem, p. 14.

³² Ibidem, p. 15.

³³ Lei nº 100-568, de 31-10-88, relativa à aplicação da Convenção de Berna.

³⁴ Lei nº 101-650, de 1-12-90, sobre os direitos dos artistas no setor das artes visuais.

³⁵ Art. 106A. “Sob reserva das disposições do artigo 107, e independentemente dos direitos exclusivos previstos no artigo 106, o autor de uma obra de arte visual

...

“3) tem o direito, sob reserva das limitações enunciadas no artigo 113d), (...)

“B) de impedir toda deformação, mutilação, ou outra modificação intencional desta obra que seria prejudicial a sua honra ou a sua reputação, sendo que toda deformação, mutilação ou modificação intencional da obra constitui violação deste direito...”

³⁶ Art. 101. “Não constitui obra de arte visual:

A) i) cartazes, mapas e globos geográficos, os gráficos, os desenhos técnicos, os diagramas, as maquetes, as obras de arte aplicada, os filmes cinematográficos ou outras obras audiovisuais...”

4. Os contornos impostos pela Convenção de Berna em matéria de proteção de obras literárias e artísticas

Edificada no final do século passado³⁷, a Convenção de Berna foi concebida com o objetivo de conferir uma proteção às obras literárias e artísticas no plano internacional, bem como de uniformizar os direitos internos dos países signatários que, naquela data, passaram a constituir a chamada “União de Berna”.

Se por um lado é verdade que a Convenção de Berna não contém casuísmos a ponto de contemplar uma solução específica para o problema de interrupção na difusão de filmes e similares, por outro lado ela indica claramente, mediante seus princípios gerais, como a questão deve ser resolvida.

Por ocasião da revisão feita em Roma em 1928, os países signatários da Convenção de Berna decidiram conceder aos autores de obras literárias e artísticas a possibilidade de voltarem-se contra possíveis violações às suas prerrogativas de caráter personalíssimo. Assim, acrescentou-se uma alínea 1ª ao artigo 6 bis de forma a contemplar dois dos direitos morais do autor: o direito de reivindicar a paternidade da obra e o direito de opor-se a toda deformação, mutilação ou outra modificação da obra que seria prejudicial a sua honra e reputação, o que não seria suficiente para abranger todo tipo de desrespeito à integridade da obra³⁸.

Assim, quando da revisão da Convenção de Berna realizada pela Conferência de Bruxelas em 1948, acrescentou-se ao artigo 6 bis a expressão “à toute autre violation”, de modo a abrigar não só as deformações, mutilações ou modificações, mas também toda e qualquer violação prejudicial à reputação e à honra do autor.

³⁷ Firmada em 9 de setembro de 1886, na cidade de Berna, a Convenção para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas contava, em janeiro de 1992, com noventa Estados signatários, o que demonstra, por si só, a importância desse compromisso internacional.

³⁸ Mario Fabiani afirma que “*la première rédaction originelle de l'article 6 bis, dans l'Acte de Rome, semblait inadéquate puisqu'elle ne protégeait pas suffisamment certaines lésions possibles des intérêts moraux de l'auteur sur son oeuvre: par exemple, le cas d'une oeuvre représentée d'une façon différente de celle que pouvait vouloir l'auteur*”. Op. cit., p. 5.

Dissertando a respeito do artigo 6 bis, Desbois, Françon e Kerever lembram que não é qualquer deformação ou mutilação que pode ensejar uma ação dos autores com fulcro na violação do direito moral, mas tão-somente as deformações e mutilações que acarretem prejuízo a sua reputação de autor, ou de sua honra³⁹. De fato, na sua versão atual, o artigo 6 bis da Convenção de Berna prevê que,

“independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão destes direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação desta obra, ou qualquer outra violação a esta mesma obra, prejudiciais a sua honra ou a sua reputação”.

Mas o que se deve entender por ofensa à honra e à reputação do autor ?

Segundo André Kerever, existem duas concepções que procuram explicar no que consiste uma ofensa à honra e à reputação do autor: uma subjetiva e outra objetiva⁴⁰.

A de ordem subjetiva seria aquela “*selon laquelle l’auteur a le pouvoir discrétionnaire d’estimer que la modification porte atteinte à sa réputation*”⁴¹ e depende, exclusivamente, do autor. De acordo com o seu próprio juízo de valor, o autor verificará se este ou aquele ato implica ofensa a sua honra ou reputação. Assim, segundo esse mesmo ponto de vista, um cessionário dos direitos patrimoniais sobre a obra cinematográfica poderá, lamentavelmente, modificar ou alterar a obra sem que isso lhe acarrete qualquer sanção, desde que as transformações sejam de agrado do público, pois, nesse caso, o autor não poderia queixar-se de ofensa a sua reputação ou honra na medida em que o público tenha gostado da obra no estado em que ela se encontrar.

Já a concepção de caráter objetivo exige, de acordo com André Kerever, que “*la réalité de l’atteinte à la réputation soit vérifiée par la*

³⁹ “*Celui-ci – l’auteur – ne peut attaquer celles qu’il considère comme de nature à altérer l’intégrité de son oeuvre et qui l’altereraient effectivement, car les juges sont invités à rechercher si, dans l’opinion publique, elles lui causent de tels torts.*” Les Conventions Internationales du droit d’auteur et des droits voisins. Dalloz, 1976. p. 41.

⁴⁰ KEREVER, op. cit., p. 10.

⁴¹ Ibidem. p. 12.

société, et donc par le juge, en cas de litige”⁴², o que significa dizer que a ofensa à reputação do autor será verificada do ponto de vista da coletividade, como um todo. Em outras palavras, determinada atitude poderá ser considerada, pelo autor, como lesiva a sua reputação, sem que a mesma atitude implique qualquer reprovação social e, portanto, legal, de acordo com essa mesma concepção⁴³.

Destarte, melhor revela-se a concepção objetiva, que deixa para o autor, no uso de seu poder discricionário, a faculdade de decidir quando uma modificação representa um desrespeito a sua honra e a sua reputação. Afinal, ninguém melhor do que ele mesmo para avaliar algo de tão pessoal a seu respeito.

Mas, enfim, é bom que se tenha em mente que os autores não poderão, a esmo, estimar qualquer interrupção publicitária como prejudicial a sua honra e reputação, de modo a inviabilizar a exploração comercial da obra que, conforme sabemos, vive da publicidade.

Para conter eventuais abusos, desta vez por parte dos autores, basta que se demonstre que estes estariam utilizando-se de suas prerrogativas de ordem moral para finalidade diversa daquela para a qual elas foram criadas, que é a salvaguarda da integridade da obra, da honra e da reputação do autor.

5. Conclusão

Portanto, tanto na nossa LDA, quanto no direito de vários países estrangeiros, como também na Convenção de Berna, indiscutível é a possibilidade, para os criadores, de se voltarem contra a difusão maciça de publicidade durante a retransmissão de suas obras pela televisão. Mas esse direito não deve ser exercido de forma ilimitada e abusiva, encontrando seus limites no direito das empresas de televisão de obterem um financiamento adequado para as difusões, sem que isso implique uma fragmentação da obra.

⁴² Ibidem. p. 12.

⁴³ Desbois, Françon e Kerever dão o seguinte exemplo: “*un contre-sens commis par un cinéaste peut complaire au mauvais goût du public, malgré qu’il dénature l’esprit de l’oeuvre adaptée. Pour remplir sa mission, le droit au respect devrait tendre à assurer la sauvegarde de l’intégrité de l’oeuvre considérée en elle-même, abstraction faite des réactions du public...*” (op. cit., p.41).

Os irracionais de nossa democracia II

A. MACHADO PAUPERIO

SUMÁRIO

1. As oligarquias e as elites no governo democrático. 2. Os privilégios e o Estado de direito. 3. A regra da maioria como a regra fundamental da democracia. Seus irracionais. 4. O mandato livre como essência do governo democrático. 5. O ideal da tolerância e da não-violência. 6. Os focos sociais de poder e a falta de decoro público. 7. O ideal pluralista e seus percalços. 8. O ideal da transparência das decisões democráticas. 9. A democracia, o socialismo e o liberalismo. 10. O primado da lei e o princípio do “neminem laedere”. 11. O democratismo e a Universidade. 12. O livro didático e seus aspectos antidemocráticos.

Em artigo anterior, subordinado ao mesmo título, abordamos o assunto em termos gerais, para fixar os irracionais de nossa democracia. Agora, visto panoramicamente o problema, merece o mesmo um desenvolvimento maior, de modo a abarcar facetas importantíssimas de nossa vida política.

1. As oligarquias e as elites no governo democrático

Está fora de discussão o fato de os ideais democráticos não comportarem um governo das oligarquias ou das elites privilegiadas, que em geral operam em seu próprio benefício. É preciso não esquecer que o homem não deixa de perseguir o próprio interesse, tanto no mercado econômico como no político. Praticamente, o governo oligárquico será sempre antidemocrático, no sentido de gerir a coisa pública em exclusiva vantagem de seus próprios membros.

Com relação às elites, o mesmo não se pode dizer sempre, já que há elites altamente

interessadas hoje no governo em direção do bem de todos, do bem comum. Aliás, se a democracia, como vimos, exige um mínimo não só de bem-estar econômico como de cultura intelectual e moral para bem funcionar, está claro que ela tende a transformar a própria plebe ou a própria massa em uma incipiente elite. Aliás também, certos órgãos da sociedade e do Estado não deixam, por sua própria natureza, de marcar sua posição elitista, mas nem por isso espúrea, como é o caso dos conselhos universitários, que veremos a seu tempo, quando estudarmos a aplicação do método eleitoral democrático no seio das universidades. Razão teve Joseph Schumpeter quando sustentou que o caráter de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites, concorrendo entre si para conquistar o voto do próprio povo. Em livro ainda recente, *A vida e os tempos da democracia liberal*, Macpherson, professor da Universidade de Oxford, reconhece que a fase atual da democracia pode ser definida como democracia de equilíbrio, que é, sem dúvida, a focalizada por Schumpeter. Para alcançar esse estágio, impõe-se a educação para a cidadania, tema importantíssimo da ciência política, tratado sob a denominação de cultura política e já focalizado em nosso primeiro artigo.

2. Os privilégios e o Estado de direito

O que importa enfatizar aqui, entretanto, é que a democracia não pode aceitar, por exemplo, os privilégios que em seu próprio benefício instituiu a maioria dos membros do Legislativo, seja ele federal, estadual ou municipal, aumentando, desproporcionalmente, para as nossas possibilidades, a sua remuneração, de um modo geral. Não é que em si sejam demasiado altos tais vencimentos. Em face, porém, de nossos baixos salários, num país em que só agora se alcançou o salário mínimo de cem reais, é absurdo e esdrúxulo o nível dos vencimentos totais alcançados pelos membros do Legislativo e do Judiciário e por seus servidores, mormente em face também, pela falta de isonomia, dos vencimentos dos funcionários do Poder Executivo.

Mas não só. Em outra esfera muito popular, impera o privilégio para os membros do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. No setor da Previdência, por exemplo, os deputados e senadores aposentam-se com oito anos de contribuição previdenciária, enquanto para os

demais servidores exige-se em geral trinta e cinco anos de contribuição para os homens e trinta anos para as mulheres. Um governador atual, com oito anos de legislatura, recebe, hoje, de aposentadoria, R\$ 5.000,00, o que não deixa de ser um escândalo para a maioria de barnabés da República. Mas não para aí o absurdo. Os juízes classistas, no Judiciário trabalhista, aposentam-se com cinco anos de serviço, nessa terra admirável de desiguais oportunidades e que ainda se considera democrática.

Num Estado de direito, como se considera o nosso, se só o Poder pode outorgar direitos, só o direito pode limitar o Poder, em busca de uma sociedade de bem comum em que todos os cidadãos fazem jus equitativamente às mesmas oportunidades.

3. A regra da maioria como a regra fundamental da democracia

Dentre as regras fundamentais da democracia, regra mais fundamental ainda é a regra da maioria, pela qual a base das decisões coletivas, obrigatórias para todo o grupo, é a decisão aprovada ao menos pela maioria daqueles a quem compete resolver o assunto. Está claro que tais decisões não se cingem a quaisquer questões: seria imbecil, por exemplo, submeter ao sufrágio a discriminação, em termos gerais, do homicídio ou da lesão dos direitos alheios. Em questões, porém, opinativas, só o princípio da maioria pode justificar a escolha da solução.

Nessas condições, o Estado democrático tem por pressuposto, não só histórico como jurídico, o estado liberal. Sendo necessárias certas liberdades para o perfeito exercício do poder democrático, o liberalismo está jungido à democracia. De outro lado, a democracia está jungida ao liberalismo, quando necessário o poder democrático para garantir a permanência das liberdades fundamentais.

Foi da filosofia da Revolução Francesa não dever haver entre o povo soberano e os seus mandatários quaisquer sociedades particulares, anatematizadas por Rousseau e canceladas pela Lei *Le Chapelier* na França. Embora não concordemos com tal pensamento, força é admitir que os Estados democráticos passaram a ter, atual e crescentemente em torno de si, grupos, organizações e associações das mais diversas naturezas, sindicatos das mais

diferentes profissões e partidos das mais variadas ideologias. Os grupos, e não os indivíduos, tornaram-se os protagonistas por excelência da vida política, imprimindo, muitas vezes, pelo número de seus adeptos e pela sua força econômica, direção efetiva às resoluções legislativas. O *lobby* ganhou feição terrivelmente corporativista, que não raras vezes dirigiu o governo no sentido de suas pretensões egoístas e da malversação dos ideais do bem comum. A situação dos nossos portos, por exemplo, é de tal ordem que não se conseguiu até hoje modernizá-los para regularização e racionalização das nossas taxas portuárias, das mais caras do mundo e que perturbam o Estado brasileiro na sua preocupação de uma política altamente orientada para o bem de todos.

Evidentemente, esse é mais um irracional de nossa democracia, como irracionais são todas as intervenções das greves políticas dos grandes sindicatos nacionais que pululam em todos os quadrantes do país.

4. O mandato livre como essência do governo democrático

E nem se diga que certos representantes, ou melhor, mandatários políticos, estão presos aos votos dados pelos componentes desses sindicatos e organizações demasiado fortes. Desde muito, vige a proibição imperativa, que se tornou uma regra constante de todas as constituições democráticas. Na democracia representativa moderna, jamais deixou de imperar o mandato livre, que jamais pode ser substituído pela representação dos interesses. Só quem representa interesses particulares pode fazer jus a um mandato imperativo. Não, porém, o mandatário político, que só representa interesses públicos ligados ao bem comum.

A concepção privatista do mandato passou hoje a uma concepção publicística, já não sendo relação contratual a relação entre eleitor e eleito, pois um e outro estão investidos de uma função pública, recebendo o segundo um poder público que deve, por ser público, ser exercido no estrito interesse público.

Uma coisa é a representação grupal dentro do grupo respectivo. Outra coisa é tal representação levada para fora dos limites que lhe são característicos.

5. O ideal da tolerância e da não-violência

Outra regra fundamental da democracia é o ideal da tolerância e o ideal da não-violência. Contra o primeiro, só o fanatismo ameaça a cidade democrática. Felizmente, entre nós, não há presentemente ameaças desse gênero. Contra o segundo, porém, se não pregamos ou vivemos qualquer violência em nossa democracia, somos obrigados a conviver com ela pelas constantes ameaças do crime organizado que, nas grandes cidades brasileiras, sobretudo Rio de Janeiro e São Paulo, caminha a passos largos nas estradas do seqüestro e do homicídio para defender o tráfico de drogas imperante na maioria das favelas. Chegado o problema a esse ponto, nada resta à democracia senão defender-se e defender os cidadãos da anarquia da violência imposta a todos.

6. Os focos sociais de poder e a falta de decoro público

De qualquer modo, porém, em nossa sociedade continuam certos focos de poder, de caráter descendente e hierárquico, a manter-se à parte do processo de democratização. É o que acontece, por exemplo, com a grande empresa e a administração pública. Apesar das pressões que se exercem a partir de baixo, a transformação democrática está longe de se concluir e de enveredar pela democracia integral.

Na grande empresa, a ganância constante dificulta o equilíbrio de preços, que, por sua vez, sufoca as classes de baixa renda. Nesse particular, a democracia ainda não encontrou, num regime de liberdades, válvula capaz de resolver o problema.

No serviço público, o sistema do mérito fez realmente progressos, exigindo-se o concurso público para admissão aos cargos oficiais. Mas tal processo, se se torna comum para os cargos inferiores, mantém-se ainda exceção para os de mais alta remuneração. A clientela eleitoral é de tal natureza e sofreguidão que se encontram sempre motivos bastantes para evitar o concurso público, às vezes substituído pelo concurso interno, sem requisitos de concorrência. Apesar de ser preceito constitucional, o sistema do mérito ainda engatinha, se não no plano federal, no plano estadual e municipal, onde certos estados e municípios timbram em desconhecê-lo. O mesmo se diga, e com mais forte razão, no que tange às licitações sem concorrência pública.

Enquanto isso, deputados e senadores, embora não constituindo maioria, mas demonstrando falta de condições para o mandato e, em última análise, falta de patriotismo e de decoro público, ameaçam não votar as reformas de que o país necessita para estabilizar o seu plano econômico e marchar em direção do desenvolvimento, caso não lhes dê em troca o Presidente da República os cargos que ainda não foram distribuídos. Entristece-nos profundamente tal situação, de ínfima moralidade, divulgada de modo aberto pelos jornais e incisivamente, ao acaso, focalizada pelo *O Globo*, o maior jornal do Rio de Janeiro, de 8-5-95. Como já dissemos, porém, sem um mínimo de cultura moral não há democracia. Se isso é verdade com relação aos simples cidadãos, com muito mais forte razão será com relação aos governantes, que devem ser exemplos constantes para os próprios governados.

7. O ideal pluralista e seus percalços

A democracia, por sua própria natureza, há de ser pluralista, ou melhor, há de permitir uma visão não única dos problemas, comportando, nos setores econômico, político e ideológico, óticas diversas. Numa economia de mercado, existe pluralismo de várias empresas em concorrência entre si; no setor político, existe pluralismo quando existem vários partidos que disputam entre si a conquista do poder na sociedade; no setor ideológico, existe pluralismo quando não há doutrina única de Estado nas diversas orientações de pensamento que possam ser permitidas pela lei. A democracia representativa, não há dúvida, é tipicamente pluralista.

Numa democracia direta, o Estado pode perfeitamente ser governado por um único centro de poder, que, no caso, seria a assembléia de cidadãos. Nas democracias representativas de hoje, porém, a garantia contra o abuso de poder não pode ser apenas de controle de baixo, que é indireto, mas tem de ser também dos grupos, que representam interesses diversos.

Tais grupos, que aumentaram enormemente com o desenvolvimento da democracia, sejam eles grandes partidos de massa ou organizações para defesa de interesses econômicos da sociedade industrial, gozando de quase poder soberano, ameaçam constantemente o governo, que deveria ser o natural soberano, para impor, em nome do bem comum, a solução que decorre das querelas, à guisa de árbitro.

A atuação desses grupos nem sempre, porém, é lícita e democrática. Alguns, por exemplo, que são capazes de paralisar uma atividade importantíssima para o povo, agem, muitas vezes, em detrimento do bem comum. As greves, mesmo justas, não podem sacrificar os interesses maiores da coletividade. Sobretudo quando a Justiça do Trabalho, por sua instância máxima, julga a greve abusiva; não há por que permitir-lhe a continuação sem aplicar a todos os infratores as sanções legais.

A democracia tende ao consenso real e não fictício, mas a única maneira de verificar se o consenso é real é verificando o dissenso. Mas não há possibilidade de apreciá-lo se não se dá liberdade para tal.

Será democrático, porém, modificar, por maioria, a própria regra da maioria? Pode a democracia extinguir-se por processo democrático? Entendemos que não e que sim, respectivamente, mas, no segundo caso, o resultado já não será uma democracia. O nazismo, por exemplo, renegou a democracia, lançando mão do voto parlamentar democrático. Lamentável paradoxo!

8. O ideal da transparência das decisões democráticas

A democracia requer a transparência de suas decisões. Esse é mais um princípio seu que não admite dúvidas. O povo, soberano, não pode deixar de conhecer todos os passos dos governantes, excetuadas apenas algumas medidas de segurança pública, que assim mesmo devem ser conhecidas *a posteriori*.

Uma operação típica de transparência é, sem dúvida, a denúncia de escândalos. O governo da economia pertence, em grande parte, à esfera do chamado poder invisível, subtraindo-se substancialmente aos controles democrático e jurisdicional. As empresas públicas, por exemplo, escapam freqüentemente ao controle do Parlamento, que deve, entretanto, esmerar-se em controlar democraticamente sua economia, quase sempre divorciada da parcimônia da administração centralizada.

Mesmo informado de todos os atos de governo, o povo não deixa de se escandalizar com certos atos de seus próprios mandatários, que não podem acobertar-se pelas imunidades parlamentares, que o corporativismo das Assembléias às vezes facilita e defende.

Os ainda, de certo modo, recentes escândalos do Orçamento mostram à sociedade que a democracia não pode existir onde não se pune, por exemplo, os peculatos e as malversações. Se se exige dos governados moralidade, com muito mais razão, como já se disse, esta deve ser apanágio dos governantes.

9. A democracia, o socialismo e o liberalismo

A democracia moderna, não podemos negar, é não só caudatária, em termos, das idéias igualitárias dos socialismos como das idéias de liberdade do neoliberalismo, vislumbrado por Sartori e por Friedman, entre outros na escala universal, e por Merquior entre nós.

Apesar dos excessos do liberalismo clássico, o livro fundamental de John Stuart Mill, aceito pela própria esquerda moderada, não deixou de antepor limites ao poder, mesmo no caso de esse poder ser constituído pela maioria e de se pregar a liberdade das opiniões. Para Mill não há fugir-se do grande princípio de justiça que é o do *neminem laedere*. Contra a vontade de quem quer que seja, o objetivo do poder não pode ser senão evitar danos aos outros. No final de sua obra, Mill insiste nesse ponto para, em seguida, acrescentar que o governo deve impor a cada um princípios equitativos de esforços e sacrifícios para defender a sociedade e seus membros de danos e moléstias. Por tais afirmações, sente-se que o próprio Mill não é infenso aos princípios da justiça distributiva.

Em substancial e judiciosa nota, o tradutor do livro de Mill assim se pronuncia:

“O conjunto das idéias deste ensaio não autoriza compreensões antidemocráticas do pensamento de Mill. Põe ele todo o cuidado em esclarecer que o desenvolvimento de um indivíduo não pode ser feito à custa dos outros indivíduos. Mill não está sustentando o direito e a conveniência de ‘alguns’ indivíduos cultivarem e expandirem livremente a própria personalidade, mas defende o de ‘todos’ o fazerem. Revolta-se contra o fato de a opinião pública tyrannizar o indivíduo, mas evidentemente não advoga o inverso – que ao indivíduo seja permitido tyrannizar o público”.

E mais adiante, prossegue:

“Na verdade, as tendências igualitárias

modernas, que tendem ao reforço social na economia, têm sido classificadas por autores, como o jurista e filósofo alemão Gustavo Radbruch, entre formas do individualismo. Nelas, paga-se o preço de uma maior socialização de um aspecto da vida pelo bem de um maior individualismo dos demais. Dentro, afinal, do princípio formulado por Stuart Mill no capítulo seguinte: ‘à individualidade deve pertencer a parte da vida na qual o indivíduo é o principal interessado, à sociedade o que à sociedade primordialmente interessa’”.

E nada mais social que o econômico. E, afinal, conclui:

“A tendência socializadora dos nossos dias não implica, pois, por si, a eliminação do individualismo. Ao contrário, a síntese que ela, como antítese, prepara conservará os bons elementos da tese, e mesmo amplia-los-á. A individualidade ganhará uma base mais larga e terá um desenvolvimento mais livre. Procura-se uma fórmula superior de organização econômica que restaure o individualismo, dando a este também uma fórmula superior” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Editora Nacional, 1942. p. 131-132).

Realmente, há muito que já não é bastante a justiça comutativa, com base na igualdade aritmética, a um bem ou mal correspondendo sempre outro bem ou mal igual e contrário. Qualquer sociedade de hoje requer também critérios de justiça distributiva. Todos nós concordamos: é necessário distribuir. Mas nem sempre é fácil fazê-lo. O princípio fundamental da distribuição de renda está, porém, na valorização crescente do trabalho sobre todos os demais tipos de renda.

Sabemos que o liberalismo, como teoria econômica, defende uma economia de mercado mas, como teoria política, defende um estado mínimo, *juge et gendarme*, juiz e policial, encarregado da justiça e da segurança pública. As necessidades urgentes do bem comum modernizaram hoje, entretanto, o liberalismo, que se apresenta agora altamente interessado na justiça social. Se nos dermos ao trabalho de esmiuçar a doutrina defendida pelos próceres do neoliberalismo, de que é exemplo no Brasil o atual Vice-Presidente da República, Senador

Marco Maciel, vamos verificar que Sua Excelência é um impertérrito defensor da justiça social. Marcha, assim, o sistema político ideal para as formas mais envolvidas da social-democracia.

10. O primado da lei e o princípio do *neminem laedere*

A democracia, implicando um estado de direito, envolve um governo das leis preponderando sobre um governo dos homens. O pensamento grego de Platão e Aristóteles ainda está vivo nas *leis* e na *política*. Se a lei não tem paixões, estas encontram-se naturalmente em cada alma humana.

O primado da lei protege o cidadão do arbítrio do mau governante. É verdade que só o homem pode protegê-lo da aplicação indiscriminada da regra geral, mas isso somente quando o governante é justo. Distingue-se o bom governo do mau governo, se esse existe segundo as leis, divinas ou naturais, costumeiras ou positivas, ou segundo a vontade do governante, fora de qualquer norma preconstituída.

A democracia, dentro do Estado de direito, há de ser um governo das leis, fundamentando-se na lei das leis, a Constituição, da qual depende a validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico e a legalidade de todos os diplomas legais inferiores.

Mas é essencial considerar como verdadeiras leis as normas de comportamento que limitem a ação dos indivíduos somente com o fim de permitir a cada um desfrutar de uma esfera própria de liberdade sem prejudicar o direito de outrem. Desde Thomasius, a distinção entre o direito e a moral está no fato de ser aquele exclusivamente de preceitos negativos, consubstanciados no *neminem laedere*. Um dos maiores juristas liberais, Friedrich von Hayek, retomando esse pensamento, entende que as verdadeiras normas jurídicas são apenas as que dão os meios com que os cidadãos possam alcançar os próprios fins sem impedimento algum, a não ser pelo direito dos outros.

Dentro desse ângulo, as greves atuais, entre nós, dos petroleiros e dos eletricitários, para não falar dos metroviários, rodoviários e ferroviários, com conseqüências danosas para milhões de pessoas, representam um antidireito, que deve ser inclusive punido exemplarmente

para supremacia do bem comum sobre o direito de alguns, por numerosos que sejam. Tal direito de greve, se existente, deve sê-lo com as limitações previstas em lei, rigorosamente cumpridas e sem possibilidade de serem dispensadas. Só assim a democracia deixará de ser um mito para ser realmente um governo da maioria, sob a égide do direito.

11. O democratismo e a Universidade

A resolução pela maioria de um grupo, assim, nem sempre é democrática. Na Universidade, por exemplo, tem sido tendência submeter os problemas escolares a um conselho de professores, servidores administrativos e alunos. Extremando-se a medida, os alunos, por serem mais numerosos, acabariam governando a Universidade. Está claro que, em assuntos de seu exclusivo interesse, devem ser ouvidos e até pesados os votos dos alunos e servidores administrativos. Mas é preciso lembrar que, em problemas técnicos, como são os dos concursos e de escolha do pessoal docente, não pode o corpo eleitoral ser constituído senão de professores, únicos capazes de discernir com conhecimento e sabedoria. Do mesmo modo que o general é escolhido pelo Estado-Maior e não pelos soldados, um diretor ou um reitor não pode ser sufragado por alunos, na maioria dos casos jejunos. Acresce que a Universidade tem um caráter de elite intelectual que é mister não desvirtuar, sob pena de ela própria não cumprir a sua missão. A democratização da Universidade, no sentido de popularizá-la e torná-la cada vez mais ao alcance da baixa cultura, não se constitui um bem para ela, mas um mal semelhante à sua própria prostituição. A Universidade não se pode transformar em um colégio de 2º grau, mas deve fazer esforço para galgar os degraus superiores da inteligência.

Graças a Deus, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, ao terminar 1995, sancionou a lei que regulamenta o processo de escolha dos reitores de universidades federais, passando o voto dos professores a ter peso de 70% em relação ao de alunos e funcionários. O Presidente da República, ao assinar a lei, justificou-a, incisiva e claramente, dizendo que “a hierarquia do saber tem de prevalecer, porque, fora disso, a universidade deixa de contribuir para a sociedade”.

12. O livro didático e seus aspectos antidemocráticos

Em matéria de democracia, pode-se pecar por falta ou por excesso, caindo-se, nesse segundo caso, no que nós chamamos de democratismo. O exemplo que acabamos de dar é de clara deturpação da própria democracia.

Mas a democracia pode pecar também por deficiência e tonalidade autocrática, como muitas vezes acontece. No Ministério da Educação, por exemplo, e nas Secretarias de Educação, costuma-se distribuir, como material didático, livros para todas as escolas de primeiro grau. A distribuição é altamente louvável, tendo em vista a pobreza da população escolar. Acresce que a escolha de poucos autores de

livros para distribuir é também louvável, por diminuir os encargos financeiros de impressão. Mas aqui é que está o lado não-democrático da operação livro didático. Por sua natureza, tal operação não pode ser feita ao exclusivo arbítrio do responsável por esse setor do governo. E só se pode admiti-la mediante concurso público das obras em questão, sob a presidência de bancas nacionais, exemplarmente idôneas. Na democracia, para sua natural ascensão, só o sistema do mérito pode dar vantagem ao cidadão. Isso, evidentemente, se o Estado der possibilidade de educação a todos. Se o Estado não dá a todos iguais oportunidades de educação, saúde e trabalho, já não é democrático o sistema do mérito, que se transforma, assim, em processo natural para a manutenção das elites oligárquicas.

O cinquentenário da Constituição brasileira de 1946 e as liberdades públicas

ARX TOURINHO

SUMÁRIO

1. A Constituinte de 46 e o espírito liberal. 2. O modelo constitucional de 34. 3. O conceito de liberdades públicas. 4. As liberdades públicas na Constituição de 46. 5. A proteção das liberdades públicas na Constituição de 46. 6. Conclusão.

1. A Constituinte de 46 e o espírito liberal

A Constituinte de 46 é fruto de uma gestação anti-autoritária. Abalada a estrutura do nazi-fascismo, a repercussão eclodiu no Brasil, com movimentação dos meios culturais e políticos contra o regime ditatorial de Vargas. Após a célebre entrevista ao *Correio da Manhã* do escritor e político José Américo de Almeida, no limiar de 1945, o próprio governo sentiu, pelas manifestações, que chegava o momento de liberalizar o regime, editando, assim, a Lei Constitucional nº 9 de 28-2-45. Essa Lei, em verdade, acarretou reforma da Constituição de 1937 e, em *consideranda*, dizia o Presidente que “se criaram as condições necessárias para que entre em funcionamento o sistema dos órgãos representativos previstos na Constituição” e que foram observadas as “tendências manifestas da opinião pública brasileira, atentamente consultadas pelo Governo”. Era o primeiro sinal de que o governo acenava com abertura política, pretendendo, obviamente, a manutenção do poder, com o enfraquecimento das oposições. Todas as vezes em que o governo forte inicia um processo de flexibilização é porque tem receio dos movimentos que lhe são contrários.

Em 18-4-45, o Presidente Vargas edita o Decreto-Lei nº 7.474, em que constam as assinaturas dos Ministros Agamenon Magalhães, Henrique Guilhen, Eurico Gaspar Dutra,

Arx Tourinho é Professor-Adjunto de Direito Constitucional da UFBA, Mestre em Direito Econômico, Procurador Regional da República, Conselheiro Federal da OAB, Sócio do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Macedo Soares, Souza Costa, João de Mendonça Lima, Apolônio Sales, Gustavo Capanema, Alexandre Marcondes Filho e Salgado Filho. Nesse ato normativo, era concedida anistia a todos aqueles que tivessem cometido crime político desde 16-7-34; admitia-se a reversão dos militares beneficiados a seus postos e o aproveitamento dos funcionários civis em cargos existentes.

No decorrer do ano de 45, constatando Vargas que as oposições cresciam, editou o Decreto-Lei nº 8.063, de 10 de outubro, estabelecendo duas normas, que geraram insatisfações nas hordas adversárias. A primeira fixava eleições conjuntas entre governadores, deputados estaduais, Presidente da República, deputados federais e senadores (conselheiros federais); a segunda impunha aos governadores e interventores a obrigação de outorgar as cartas constitucionais dos respectivos Estados.

Esse decreto-lei foi, na visão dos historiadores políticos, o estopim, porque as forças oposicionais entendiam que o ditador pretendia tumultuar o processo político em abertura, ensejando o movimento dos militares nas ruas, no dia 29 de outubro, quando o Poder Executivo foi entregue ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares. A partir daí se iniciou o que se denominou “ditadura da toga”, que passou a governar com a edição de decretos-leis.

Em 2-12-45, efetivam-se as eleições e se instala, em 1º-2-46, a primeira sessão preparatória da assembléia constituinte, que foi presidida pelo presidente do Tribunal Superior Eleitoral. O espírito libertário que dominou a Constituinte foi de tal magnitude que houve rejeição ao fato de um magistrado presidir as primeiras sessões, considerado “corpo estranho”, na expressão do Deputado Café Filho. A bancada comunista, por intermédio do Deputado Maurício Grabois, opôs-se às normas regimentais ditadas pelo Decreto-Lei nº 8.708, que deveriam reger os trabalhos da Constituinte, afirmando que, em nome da soberania do poder constituinte, a esse incumbia a tarefa de auto-impor as normas disciplinadoras de sua atividade.

Eleito o presidente da Constituinte, Senador Melo Viana, e constituída a mesa diretora, os discursos que se ouviram, todos eles, apresentavam uma tônica: defesa da liberdade. Melo Viana anatematizou os “inimigos das liberdades individuais”; Luís Carlos Prestes, em nome dos comunistas, declarou que estavam os comunistas “prontos a apoiar o governo do general

Dutra, bem como mobilizar as massas que aceitavam a direção dele e apoiar “os atos honestos e sinceramente democráticos do governo”; o baiano Otávio Mangabeira, em palavras eloqüentes, verberou contra os regimes ditatoriais, pediu a união de todos e almejou a realização de uma “carta política sincera e visceralmente democrática, à altura, por conseguinte, dos dias que vivemos, e que faça honra à cultura, ao civismo e, sobretudo, ao bom senso da atual geração brasileira”.¹

O desejo de exaltarem-se as liberdades públicas estava latente naqueles constituintes, que sofreram as agruras da ditadura getulista. Os adeptos e áulicos do governo autoritário também não se opunham à elaboração de uma carta política que desse sentido e vida à liberdade. Evidente que a maior parte dos constituintes era formada de homens conservadores, mas não se colocavam como óbices à plenitude e à consagração das liberdades.

Nesse clima, a Constituinte passou a tecer as normas da futura Constituição do país. Constituintes como Otávio Mangabeira, Juscelino Kubitschek, Gustavo Capanema, Amaral Peixoto, Luís Carlos Prestes, Milton Cayres de Brito, João Amazonas, Carlos Marighella, Jorge Amado, Arthur Bernardes, Raul Pilla, Gilberto Freyre, Rui Palmeira, Aloysio de Carvalho Filho, Aliomar Baleeiro, Albérico Fraga, Nestor Duarte, Gilberto Valente, Vieira de Melo, Ataliba Nogueira, Mário Mazagão, Afonso Arinos de Melo Franco, José Monteiro de Castro, Hermes Lima, Prado Kelly, Nereu Ramos e tantos outros deram estatura cultural à obra da Constituinte.

2. O modelo constitucional de 34

O ponto de partida dos trabalhos da Constituinte, como se vê da Resolução nº 1 de 12-3-46, que instituiu o Regimento Interno, foi a formação de uma comissão da Constituição, que passou a ser conhecida como Comissão dos 37, sob a presidência de Nereu Ramos, com o objetivo de elaborar o projeto de Constituição. A Comissão foi subdividida em dez subcomissões. Integravam a Comissão o Partido Social Democrático (19 constituintes), a União Democrática Nacional (10 constituintes), o Partido Trabalhista (2 constituintes) e os

¹ BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília, 1989. p. 352-362.

Partidos Comunistas, Republicano, Libertador, Republicano Progressista, Popular Sindicalista e Democrata Cristão, com um constituinte cada. A representação obedecia ao critério de proporcionalidade partidária.

A Subcomissão da Declaração de Direitos – que, aqui, nos interessa – estava formada por Arthur Bernardes, Mário Mazagão, Ivo d’Aquino, Milton Cayres de Brito e Eduardo Duvivier.

Os constituintes da Comissão iniciaram a atividade, baseando-se no Texto Constitucional de 1934.

Esse entendimento foi o mesmo adotado por ocasião da discussão do projeto da Constituição. A Carta ditatorial foi repudiada pela grande maioria constituinte. Significativas as palavras de Otávio Mangabeira:

“nada que signifique qualquer participação, por mais longínqua que seja, com a chamada Constituição de 1937 – e digo – Constituição, mas um insulto ao país (palmas, nas tribunas), nada que signifique qualquer participação, próxima ou remota, com esse documento degradante pode contar com o apoio ou a mínima complacência dos que representam, nesta Casa, a União Democrática Nacional e as correntes partidárias a ela aliadas”.²

A Carta de 1937 foi repudiada e jamais poderia servir de modelo, porque ela própria permaneceu virgem, sem qualquer execução. Ao regime autoritário a Constituição era mero papel para iludir o povo brasileiro e as nações estrangeiras. A Constituição de 34, no entanto, foi a que institucionalizou o denominado estado social, dando enfoque aos direitos e garantias individuais e aos direitos sociais. Avançou extraordinariamente em relação à Constituição de 1891, abrindo caminho para a nova realidade social que se estabeleceu no mundo do pós 1ª Guerra Mundial, com a idéia do estado intervencionista.

Em sua bela *Travessia*, o baiano Hermes Lima, culto constituinte de 1946, revela que, na Constituinte de 46, predominou

“forte sentimento de repulsa a formas autoritárias de direção política e de preocupação pelos direitos e garantias individuais. No pano de fundo das deliberações, a imagem do Estado Novo

advertia dos perigos a conjurar contra a repetição de um estado de coisas que amargurara anos seguidos da política nacional”.³

Apesar de haver predominância de conservadores na Constituinte de 46 e de a Constituição de 34 ter sido avançada para seu tempo, mesmo assim, os constituintes de 46 adotaram aquela Carta Magna como parâmetro para a nova construção de um edifício constitucional.

3. O conceito de liberdades públicas

Para analisarmos as liberdades públicas adotadas, normativamente, na Constituição de 46, é conveniente delimitarmos a matéria, fixando-nos em seu conceito, evitando desvios e alongamentos desnecessários. Entre os diversos entendimentos, precisamos indicar aquele que nos guiará na análise do Texto de 1946.

Para se ter uma idéia sobre a dificuldade conceitual, basta que se indique a diversidade terminológica: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades fundamentais.

A expressão *liberdades públicas* aparece, pela primeira vez, na França, em um texto provindo do príncipe Napoleão Bonaparte, onde se veiculava a declaração do golpe de Estado, e, afinal, quando da feitura da Constituição francesa de 1852, estampou-se, então, na norma, a expressão liberdades públicas. Daí por diante, logrou êxito a expressão, passando a ser utilizada de forma cada vez mais ampla, em todo o mundo, mas, seguramente, na França, foi que o uso se deu com maior intensidade, com redobrada atenção da doutrina francesa.

Entre os vários conceitos, chamemos à colação alguns. Para Marcel Waline, liberdade pública é “toda e qualquer faculdade do cidadão, reconhecida e garantida pela Constituição ou, pelo menos, pela lei”.

Segundo Jean Rivero, a expressão liberdades públicas deve ser usada para denominar alguns direitos fundamentais que, em sua ótica, são “direitos de primeira geração”. Diz, expressamente, que

“ces libertés publiques constituent précisément l’une de ces catégories,

² OLIVEIRA, Yves de. *Otávio Mangabeira*. 2. ed. Rio de Janeiro : Catedra, 1988. p. 200.

³ TRAVESSIA : memórias. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1974. p. 156.

consacrée notamment par l'34 de la Constitution. Elles correspondent à des droits de l'homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l'État ont insérés dans le droit positif".⁴

Jacques Robert define a liberdade pública como

"une liberté accordée à tous d'une façon telle que son exercice par chacun ne conduise en aucun cas à porter atteinte à l'exercice de ces mêmes libertés par autrui".⁵

Gomes Canotilho, em uma de suas mais conhecidas obras, abre um capítulo sobre classificações doutrinárias e históricas, referindo-se, em um dos itens, a liberdades públicas, para dizer que

"As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e por meio delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de direitos de liberdade, liberdades, autonomia e direitos negativos".⁶

Na doutrina pátria, Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê, nas liberdades públicas, objetos mediato e imediato, indicando: liberdade, segurança e propriedade.⁷

Cretella Júnior conceitua as liberdades públicas, dizendo que

"são faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro de limites traçados previamente pelo poder público".⁸

José Afonso da Silva, tecendo análise, diz que a expressão liberdades públicas

"é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos

direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). Considerados na doutrina francesa como direitos do homem despidos de sua concepção jusnaturalista pela positividade estatal, as liberdades públicas não têm o mesmo conteúdo deles, como observa Rivero, não se incluindo no seu conceito os direitos econômicos e sociais. É um conceito ainda pobre de conteúdo, muito ligado à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista".⁹

Diante desses pronunciamentos doutrinários, apesar da fluidez do conceito de liberdades públicas, entendemos que devemos ater-nos ao título III – Da declaração dos direitos – da Constituição de 46, que se desdobra em dois capítulos: o primeiro – Dos direitos políticos; o segundo – Dos direitos e das garantias individuais. Estende-se do título III do art. 129 ao art. 144.

No bojo desse título, estão normas referentes à nacionalidade, à naturalização, à elegibilidade, à inelegibilidade, aos direitos e às garantias individuais.

As liberdades públicas, que são limitações normativas impostas ao poder público, a serem tratadas, aqui na análise da Constituição de 46, dizem respeito àquelas que se desdobram no título III.

4. As liberdades públicas na Constituição de 46.

Assim como a Constituição de 34, a Constituição de 46 inseriu que assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Na Constituição de 34, mencionava-se direito à subsistência; na Constituição enfocada, substituiu-se por direito à vida. Ambos os direitos têm o mesmo conteúdo.

Direitos novos elencados ou com alteração de fórmula na Constituição de 46 foram:

a) na parte de nacionalidade originária, o

⁴ LES LIBERTÉS publiques. 5. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1987. v.1, p. 24.

⁵ LIBERTÉS publiques. Paris : Ed. Montchrestien, 1971. p. 15.

⁶ DIREITO constitucional. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993. p. 519.

⁷ LIBERDADES públicas : parte geral. São Paulo : Saraiva, 1978. p. 8.

⁸ LIBERDADES públicas. São Paulo : José Bushatsky, 1974. p. 45.

⁹ CURSO de direito constitucional positivo. 8. ed. São Paulo : Malheiros, p. 163.

Texto de 46 (art. 129, inc. II), diversamente da Constituição de 34, impôs o prazo de 4 anos para operar-se a opção pela nacionalidade brasileira, no caso de filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro, estando os pais a serviço do Brasil;

b) exigência aos portugueses, para o fim de naturalização brasileira, de residência, no Brasil, por um ano ininterrupto, conjugado tal requisito à idoneidade moral e à sanidade física. Distinguiu-se, assim, o tratamento constitucional dispensado aos portugueses dos demais estrangeiros.

A Constituição de 34 não dispensava esse tratamento diferenciado aos nascidos em Portugal;

c) na parte referente à inelegibilidade, o Texto de 46 (art. 132, inc. I), em vez de referir-se aos que “não sabiam ler e escrever”, menciona, expressamente, analfabetos. O tema é, em verdade, polêmico, porque o dever do Estado é o de, primeiramente, oferecer educação a todos, para erradicar a chaga antidemocrática do analfabetismo. O dia em que o poder público cumprir sua obrigação constitucional no plano educacional, o direito de votar concedido ao analfabeto perderá sua razão de ser;

d) criou o Texto de 46 hipótese nova de inalistabilidade: “os que não saibam exprimir-se na língua nacional”(art. 132, inc. II). Justificou-se essa determinação, porque estrangeiros se naturalizavam; porém, depois, constatava-se que não sabiam exprimir-se na língua portuguesa. Também, o mesmo acontecia com alguns brasileiros natos, nascidos no estrangeiro, que passavam longos anos para ingressar em território pátrio.

Desapartou-se o constituinte da orientação da Constituição de 34, que impunha obrigatoriedade de alistamento e voto para as mulheres, apenas quando essas exercessem função pública remunerada;

e) quanto ao sufrágio, o Texto de 46 (art. 134) o qualificou, explicitamente, como universal e direto. É certo que faltou técnica ao constituinte, ao se referir a sufrágio direto, porque esse tipo de classificação se aplica ao voto, que é a expressão material do sufrágio, sendo esse, apenas, um direito.

Também se faz menção expressa aos partidos políticos nacionais. A Constituição de 34 cuidava de proteger a proporcionalidade do sistema eleitoral, mas não fazia referência, no

art. 181, a esse caráter nacional dos partidos;

f) na reaquisição da nacionalidade (art. 137), o Texto de 46 mencionou, expressamente, sua possibilidade mediante lei, o que fora omitido pela Constituição que serviu de modelo aos constituintes de 46;

g) na matéria relativa à inelegibilidade (artigos 138 e 140), a Constituição de 46, mudando a sistemática expositiva, em relação ao Texto de 34, manteve, no entanto, a preocupação de fundo ético, para que a administração pública, incluindo seu patrimônio, não sofresse os reflexos das pretensões eleitorais de ocupantes de cargos públicos, que, normalmente, fariam seus interesses particulares e eleitorais suplantar os interesses da comunidade;

h) direito de acesso à prestação jurisdicional, formalizado, no § 4º, do art. 141: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Entende Pontes de Miranda, o maior e mais aprofundado comentador de Constituições em nosso país, que essa regra seria desnecessária ou supérflua em 34, porque a interpretação constitucional seria suficiente para aplicar o princípio, mas foi necessária em 46, já que o período autoritário, instaurado em 1937, sufocou a ordem jurídica democrática. Enfático, disse o comentador que

“A regra jurídica constitucional do art. 141, § 4º, em que o legislador constituinte formulou princípio de ubiqüidade da justiça, foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946”.¹⁰

De acordo com essa regra, o Poder Judiciário é legitimado a dizer do direito, e qualquer pessoa que entenda sofrer ou estar sofrendo violação de direito pode usar da faculdade de ter acesso à Justiça. Com isso, o Judiciário é o último a dar palavra sobre a legitimidade que seja questionada. Serve, à evidência, para velar pela ordem jurídica e pela ordem democrática. É o guardião dos direitos.

Analisando e comentando o princípio que Cretella Júnior denomina de “inarredabilidade de controle jurisdicional”, Themístocles Brandão Cavalcanti dá-lhe interpretação restritiva, dizendo que “O preceito em exame, portanto, torna nula e não-executável toda disposição legal que exclua do pronunciamento judicial certas e determinadas situações jurídicas, mas, entenda-se bem, somente aquelas que envolvem a proteção dos direitos

¹⁰ COMENTÁRIOS à Constituição de 1946. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1960. t. 4, p. 412.

individuais”.¹¹ Não há razão para essa interpretação restrita que cerceia o alcance da norma, tornando-se um risco constante em nossa sociedade. O princípio é relevante demais para sofrer diminuição por força de não-autorizada interpretação.

Certo é que a Constituição de 46 fincou, no constitucionalismo brasileiro, um princípio que se tornou de real importância para os cidadãos. Lamentável, no entanto, que o Judiciário, tanto na vigência da Constituição de 46, como sob a égide da atual Lei Maior, não corresponda às expectativas da sociedade, tornando-se, em determinados momentos, autêntica negação de justiça, em flagrante desrespeito à dignidade das pessoas. O Judiciário brasileiro, guardadas as exceções manifestas de magistrados honrados e probos, nem sempre dignifica a toga que lhe é lançada sobre os ombros.

Uma justiça cara, morosa e sem independência de fato é um dos piores males para o regime democrático;

i) em relação à liberdade de exercício de qualquer profissão, a Constituição de 34 determinava que fossem observadas as “condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”(art. 113, § 13). Praticamente, é de se ver, a norma constitucional outorgou ao legislador ordinário a possibilidade de fixar as mais diversas limitações, já que lhe conferiu a faculdade de, em nome do interesse público – conceito altamente manipulável –, agir, impondo restrições. Nem sempre o “interesse público” protege o público. Muitas vezes, nos bastidores do “interesse público”, desenvolvem-se interesses localizados.

A Constituição de 46 mandou que a lei fixasse, apenas, as “condições de capacidade”. Inobservando o legislador essa determinação, haveria incidência de inconstitucionalidade. Por mais que houvesse reclamos de interesse público, o legislador ordinário só poderia disciplinar condições que gravitassem em torno da capacidade. “Outras” condições seriam inaceitáveis;

j) em relação ao privilégio de foro e à excepcionalidade de juízes e tribunais de exceção, a Constituição de 46 (art. 141, § 26) foi mais ampla na proibição. Ultrapassado o regime ditatorial, o receio dos constituintes

justificava a radicalização. A Carta de 34 não se referia a “juízes” de exceção, mas, apenas, a tribunais.

Evitando qualquer dúvida, o constituinte de 46 cortou cerce, evitando que algum intérprete autoritário pudesse, mais adiante, contornar possível alegação de inconstitucionalidade, fundamentando-se em que a vedação referia-se a tribunais, mas não a juízes.

Também, recusou-se o constituinte de 46 a admitir, como o fizera o de 34, “juízos especiais em razão da natureza da causa”. Certamente, com receio, ainda, de que alguma interpretação extensiva encobrisse a excepcionalidade hostilizada;

l) a individualização da pena é princípio processual penal criado pelo constituinte de 46 (art. 141, § 29). Trata-se de princípio que atende a uma necessidade da justiça penal. O homem, quando comete o delito, apresenta circunstâncias e particularidades que vão desde sua personalidade, passando por antecedentes do ilícito, intensidade de dolo ou grau de culpa etc. Daí por que não há crimes a serem reprimidos, há criminosos a serem julgados. Diversos fatos criminosos podem estar tipificados em determinados tipos penais; porém, os infratores, individualmente considerados, deverão ser tratados, pelo ângulo sancionatório, desigualmente, para que o princípio se perfaça em sua plenitude. É óbvio que essa individualização da pena esbarra e se destrói na fase de execução, porque, neste país, não existem presídios, mas depósitos que ofendem à condição humana, dentro de um antro de corrupção, moldado no submundo de administradores desonestos tão criminosos quanto aqueles que receberam uma sentença condenatória e se comprimem em cubículos infectos, convivendo com ratos e baratas;

m) a prisão civil por dívidas, multas ou custas já estava vedada no Texto de 34. A Constituição de 46 (art. 141, § 32), no entanto, ressaltou da proibição as hipóteses de depositário infiel e de inadimplente de obrigação alimentar.

O constituinte de 46 agiu acertadamente ao estabelecer a possibilidade de prisão do depositário infiel e do inadimplente de obrigação alimentar. As duas prisões se revestem de meio de coação a devedores, que estão a prejudicar credores normalmente aflitos. Poder-se-ia questionar o fato de o constituinte ter incluído, na possibilidade de prisão por dívida, o depo-

¹¹ A CONSTITUIÇÃO federal comentada. 2. ed. Rio de Janeiro : Konfino, 1952. v. 3, p. 83.

sitário infiel, ao lado do inadimplente de alimentos, porque mal imponderável causa esse último a alimentandos, que, muitas vezes, sobrevivem graças, exclusivamente, à pensão alimentícia. Acontece, no entanto, que o depositário infiel, quebrando o laço de fidúcia, causa ao credor prejuízos por vezes insuportáveis. É possível que mais acertado fosse restringir a figura do depósito ao de caráter judicial, porque o descumprimento quanto a esse é, sem dúvidas, muito mais grave do que o de natureza convencional;

n) pelo ângulo constitucional, foi o constituinte de 46 que introduziu a norma, estabelecendo o “seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (art. 141, § 31, última parte).

Norma de evidente e elogiável conteúdo ético, Pontes de Miranda a saudou com essas palavras

“é arma excelente contra o maior mal dos países sem a longa educação da responsabilidade administrativa. O fim do século XIX interrompeu a nascente tradição da honestidade dos homens públicos. A ascensão dos homens públicos que não produzem teve a consequência de acirrar o apetite dos desonestos e dos aventureiros”;¹²

o) o direito de propriedade, que, até hoje, persiste como liberdade pública, foi garantido na Constituição de 46, subordinando-o não apenas à necessidade e à utilidade pública, mas também ao interesse social. Esse último pressuposto constitucional da expropriação foi introduzido, em nossa ordem jurídica, pelo inciso 16 do art. 141 do Texto de 46. Esclarece Carlos Maximiliano que a expressão “interesse social” não figurava “no Projeto de estatuto fundamental; provém da Emenda 3.068, elaborada pelo Professor Ferreira de Souza”.¹³

É ainda o mesmo autor quem revela que a Assembléia Constituinte adotou o preceito referente à indenização em dinheiro, alertado

“pelo fato de governos locais imporem indenização em apólices: a própria circunstância de emissões para as despesas com expropriações numerosas

ocasiona a queda da cotação dos títulos, do que resultam prejuízos para os tomadores obrigados”.¹⁴

Em 1962, a Lei nº 4.132 se encarregou de conceituar interesse social, estabelecendo seu objetivo, que é o de “promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social”.

5. A proteção das liberdades públicas na Constituição de 46

Ao mesmo tempo em que a Carta Magna oferta liberdades públicas ao cidadão, dedica-lhe, também, garantias ou remédios para proteção de direitos.

Trouxe o Texto de 46 esses instrumentos:

a) mandado de segurança (art. 141, § 24);

b) *habeas corpus* (art. 141, § 23);

c) ação popular (art. 141, § 38);

d) nota de culpa em prisão em flagrante (art. 141, § 22);

e) fiança (art. 141, § 21);

f) assistência judiciária (art. 141, § 35);

g) representação (art. 141, § 37).

O mandado de segurança, denominação que se deve ao baiano João Mangabeira, ingressou em nossa ordem jurídica pela Constituição de 34, mas a Constituição de 46 o aperfeiçoou. Na norma constitucional de 34, entre os pressupostos da ação mandamental, colocavam-se: a) existência de direito certo e incontestável, protegendo o impetrante; b) ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade. No Texto em comento, substituiu-se a qualificação do direito por *líquido e certo*, afastando-se, pois, a expressão incontestável. Em relação ao ato de autoridade, elidiram-se as expressões *manifestamente e incontestável* e acrescentou-se o *abuso de poder*. Assim, para obter-se a proteção do *writ*, era necessário se demonstrar que um direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus*, foi atingido por ato ilegal ou com abuso de poder praticado por qualquer autoridade.

É inquestionável que a expressão “direito líquido e certo” é inteiramente atécnica, porque não é o direito que possui essas qualificações, até porque inexistente direito ilíquido e incerto; porém, representou um avanço, pois se descartou a expressão *incontestável*, que, em termos jurídicos, é o nada.

¹⁴ *Ibidem*. p. 114.

¹² MIRANDA, op. cit. v. 5, p. 360.

¹³ COMENTÁRIOS à Constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos. v. 2, p. 102.

Em relação ao procedimento do mandado de segurança, a Constituição de 34 ordenava observar o mesmo que servia ao *habeas corpus*. A Constituição de 46, no particular, foi mais cautelosa, deixando de reproduzir essa determinação, o que levou, obrigatoriamente, o legislador ordinário a produzir, em 1951, a Lei nº 1.533, que disciplina o rito procedimental da ação mandamental. Em verdade os ritos não podem ser idênticos, porque, em mandado de segurança, por vezes, no pólo passivo, ao lado da autoridade coatora, podem estar pessoas em litisconsórcio que venham a sofrer as consequências da decisão a ser proferida. Assim, v.g., se há impetração de *mandamus* contra um ato judicial, no curso de uma ação, a decisão a ser proferida, concessiva do *writ*, poderá prejudicar a parte contrária, de modo que essa deverá ser chamada a integrar a lide, no curso da impetração.

Em relação ao *habeas corpus*, o Texto de 46 acrescentou, quanto à norma constitucional de 34, uma explicitação da liberdade, fazendo inserir a expressão “de locomoção”. A segunda Constituição da República previa o *habeas corpus* para proteção da liberdade; o Texto em análise complementou, utilizando a expressão “liberdade de locomoção”. Esse é verdadeiramente o alcance e a proteção do *habeas corpus*: a liberdade de ir, vir e ficar (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*). Não há, pois, dúvida quanto ao bem jurídico tutelado pelo *habeas corpus*.

Sem utilizar o *nomen juris* ação popular, o parágrafo 38 do artigo 141 da Constituição de 46, a acolhe, dando maior extensão à defesa do patrimônio público, que ficou limitado, como aconteceu em 34, ao da União, dos Estados e dos Municípios. Estendeu-se ao das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. O avanço foi significativo e compreensível, porque o patrimônio público se acha, também, em entidades paraestatais.

O relaxamento de prisão, criação do direito constitucional, foi mantido pela Constituição de 46 como autêntica proteção à liberdade de locomoção do indivíduo. Todas as vezes que alguém fosse preso ou detido, na fórmula usada em 46, deveria haver comunicação ao juízo competente. Na hipótese de ilegalidade da restrição à liberdade de locomoção, o juiz deveria relaxar a prisão ou detenção. Certo que esse ato judicial pode ser *ex officio* ou resultar de provocação. Não há formalidade para o ato judicial, nem procedimento específico. No

particular, reproduziu-se a norma de 34, acrescentando-se, no entanto, a necessidade de expedição de *nota de culpa*, formalidade necessária ao aperfeiçoamento do auto prisional.

A fiança é instituto de direito processual que tem *status* constitucional. A Constituição de 34 mencionava “fiança idônea”; a de 46 elidiu a adjetivação. A fiança deve estar prevista e regulada em lei de tal forma que não haja dúvida de interpretação, nem se constitua estorvo ou negação de direito para os menos favorecidos.

Quanto à assistência judiciária aos necessitados, a Constituição de 34 era mais ampla e mais benigna porque, ao contrário do Texto de 46: a) impunha, explicitamente, à União e aos Estados o dever de assistência judiciária; b) determinava a criação de órgãos especiais; c) assegurava a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

A Constituição de 46, apenas, determinava ao poder público o dever de assistência jurídica aos necessitados, sem detalhamentos.

Por fim, o direito de representação. A Constituição de 46 repetiu a fórmula de 34, esclarecendo que a representação é formulada por petição dirigida aos poderes públicos contra abusos de autoridade. Não se tratava de simples direito de petição. Mais do que isso: representação, com objeto específico, qual seja, repressão ao abuso de autoridade.

6. Conclusão

No quadrante das liberdades públicas disciplinadas pela Constituição de 46, podemos afirmar que inexistiu evolução de realce, comparando-se com a Lei Maior de 34. Evidente que a constituinte de 46 assumiu o que se pode chamar de postura democrática contra o regime autoritário, que, em 29-10-45, desmoralizou-se sob o peso de insatisfação generalizada com os métodos de preservação de um sistema contrário às liberdades; porém, em relação ao que se pensava em 34, não houve nada marcante.

Infelizmente, em nosso país, dominado por uma elite cultural, política e econômica insensível, na maioria das vezes, aos problemas do cidadão, que vive o dia-a-dia de amarguras e dificuldades, os avanços se dão de forma lenta em normas constitucionais. Infelizmente, também, essa elite desmoraliza a Constituição, que deve ser o maior referencial jurídico-

político de um povo. Fixam normas constitucionais, mas refreiam sua aplicabilidade, tornando-as ineficazes ou simples ornamentos de uma beleza estéril e perdida. Para isso contribui o Judiciário brasileiro com um componente significativo de magistrados conservadores, morosos, que se deixam seduzir pela força política do Poder Executivo, entregando-lhe, submissos, as garantias constitucionais de independência e de imparcialidade. Transformam as liberdades públicas, proclamadas pelo Texto Constitucional, em instrumentos de manipulação barata, em que o grande sacrificado é o anônimo cidadão brasileiro. O Judiciário nacional foi um dos maiores entraves de uma Constituição que, após dezessete anos

e meio de vida, sucumbiu diante da noite sombria e enganosa do arbítrio de 64, para ser, três anos à frente, finalmente, do ângulo jurídico, sepultada em nossa ordem jurídica, com a formalização do poder constituinte de 67.

Já dizia, com propriedade, o jurista italiano Aristide de Pisa, no limiar deste século, que “todo direito tem a sua tutela normal nas garantias judiciárias”.¹⁵ No Brasil, no entanto, as garantias judiciárias foram – e são – ilusões, que colaboraram – e colaboram – com a indomável, persistente e irresponsável instabilidade política, humilhando a dignidade dos cidadãos e esmagando a grandeza de Textos Constitucionais como o de 1946. Que o exemplo do passado sirva de lição ao presente e ao futuro.

¹⁵ PISA *apud* MAXIMILIANO. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1948. v. 2, p. 137.

O princípio da moralidade da administração pública

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

O princípio da moralidade administrativa não era inusitado no direito brasileiro mesmo antes da Carta Política de 1988, uma vez que tanto a doutrina quanto a lei e a jurisprudência pátrias já o enxergavam como informador do princípio da legalidade quanto aos fins, tendo sido invocado como fundamento do combate ao desvio ou ao abuso de poder tanto em relação ao ato vinculado como ao discricionário.

A referência expressa ao princípio da moralidade apartado do princípio da legalidade por parte do *caput*, do art. 37 da Carta Magna de 1988 demonstra, antes de tudo, a autonomia conferida ao princípio da moralidade para propiciar, como bem preleciona a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 110-111), em conjunto com o princípio da razoabilidade (art. 5º LIV), o exame do objeto ou conteúdo dos atos da administração pública, importando os efeitos imediatos que os atos produzem, e não a intenção subjetiva dos respectivos agentes.

Diante dessa autonomia, o princípio constitucional da moralidade da administração pública foi alçado à dignidade de informador e pressuposto de validade de toda a atividade administrativa e legal, especificamente em relação aos procedimentos da administração.

No que tange à conceituação do princípio da moralidade administrativa, não custa mencionar a concepção dominante, entre os administrativistas daqui e do exterior, de que a moral administrativa não se confunde com a moral comum, embora ganhe influência desta, já que aquela, encontrando-se juridicizada, representa o conjunto de regras de conduta para uma boa administração, tiradas da disciplina

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é Consultor da União, Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial, Sócio do IBDC e Mestrando na UnB.

interior da administração pública, a qual não deixa de espelhar os valores morais prestigiados e amparados pelo ordenamento jurídico, mormente pela Lei Suprema.

A esse respeito, merece destaque a posição assumida pelo abalizado Ministro Moreira Alves, em sua conferência inaugural do XXI Simpósio Nacional de Direito Tributário, promovido pelo Centro de Extensão Universitária (São Paulo, 19 de novembro de 1996), no sentido de que o princípio da moralidade administrativa do art. 37, *caput*, da Carta Magna reclama “a aplicação dos princípios morais dominantes dentro de um certo momento histórico em relação à Administração”.

Desse modo, o preceptivo constitucional do art. 37, *caput*, tem, ao meu ver, a intenção de alargar a abrangência do princípio da moralidade administrativa, permitindo que seja juridicamente possível exigir-se da administração direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios a atuação com a observância da lei e de conformidade com a finalidade pública, mas com a lei aferida quanto a sua moralidade, alcançando, outrossim, o controle se a própria lei, colimado o princípio da razoabilidade, compatibiliza-se ou não com a moralidade administrativa.

Nesse diapasão é o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 71):

“... sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.”

E assim prossegue a Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“ Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral, e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria administração ou pelo Poder Judiciário.”

Esta, também, é a lição do Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça Demócrito

Ramos Reinaldo (*O princípio da moralidade na administração pública*: a liceidade do limite étário para acesso aos cargos públicos):

“O constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: juridicizou a ‘moralidade’, definindo-a como ‘princípio’, para viger, paralelamente, com o da ‘legalidade’. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou do mero ‘reenvio’ da norma legal à norma moral, mas atribui à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. Nessa linha de raciocínio há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade da ordem jurídica positiva que caracteriza a moralidade – ambas compondo a mesma ordem jurídica integral – porque nem tudo que é ‘legal é moral’. Decorre daí que não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da legalidade, devendo a sua atividade ser balizada e informada pelo princípio ético, porquanto a declaração de nulidade constitui sanção constitucional à moralidade administrativa (art. 5º, LXIX). Cabe, pois, ao administrador, ao firmar o ato, atender a ambos os princípios. Não importa, ainda, que o ato administrativo seja ‘vinculado’ (ou regrado) e que tenha preenchido todas as solenidades exigidas na lei. A moralidade alcança os atos da administração de qualquer natureza, sejam ‘regrados ou discricionários’. O ato pode ser legal e, ao mesmo tempo, imoral, incidindo na eiva de inconstitucionalidade.”

“Ouso pensar que, com o advento da nova ordem constitucional, as teorias sobre o ‘abuso de poder’ perderam em substância. O que importa, agora, é que a ação do administrador se componha nos limites da ‘lei’ e da ‘moral’, em cumulação. Não importa indagar, ainda, se o ato é ‘vinculado ou discricionário’, ou se, em relação ao último, existiu ou não desvio de finalidade (ou outros quaisquer vícios). Havendo afronta à morali-

dade, o ato se inquina de ‘nulo’, *ipso facto*, por contrariar princípio constitucional. Não há, aí, de perquirir se houve dano à administração (ou maltrato ao interesse público), porque este é presumido *juris et de jure*. A nulidade independe de verificação do resultado, porque o ato ‘imoral’ é ato ‘inconstitucional’, nulo, ineficaz.

O princípio da moralidade administrativa, na sua dicção ampla (art. 37), tampouco poderia depender de lei que explicitasse o que é ou não moral. A precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata da moralidade, pois, de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando-se ocioso falar-se em moral administrativa. Sob esse critério, têm eficácia desconstitutiva sobre os atos, contratos e atos administrativos complexos praticados com violação da moralidade administrativa os preceitos do art. 5º LXVIII, LXIX e LXXIII e o princípio do art. 37. Serão nulos de pleno direito, ainda que legais, abrangendo a desconstituição todos os efeitos deles esperado.” (RT 711/19)

A consequência da constitucionalização do princípio da moralidade administrativa foi explicitada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Moreira Alves por ocasião da palestra retomencionada, da qual anotei as seguintes lições:

“O princípio da moralidade aplica-se a todos os Poderes da República, quando atuarem como administradores na prática de atos administrativos.”

“O Supremo Tribunal Federal rejeitou, de modo absoluto, a tese de inconstitucionalidade de texto constitucional. Não há princípio constitucional mais elevado que outro princípio constitucional, de modo que o Judiciário não pode declarar a inconstitucionalidade de certo princípio em relação ao outro.”

“A consequência da constitucionalização do princípio da moralidade administrativa é principalmente dizer que, além de a Administração continuar vinculada aos princípios legais, há um *plus*: vincular ao princípio o legislador – impedir que o legislador possa, por exemplo, determinar que a Administração Pública proceda desta ou daquela forma,

sendo esta ou aquela forma imoral... Então o que este princípio acrescentou de novo ao ordenamento jurídico foi a possibilidade do controle judicial com referência às leis, para declará-las inconstitucionais, em casos extremados, observado o princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), em consequência exclusiva da moralidade, podendo ele examinar, inclusive, se o comportamento, determinado à Administração, atenderia ou não o princípio da moralidade.”

A seu turno, merece especial atenção a questão sobre se o Poder Judiciário teria sido autorizado a controlar a valorização dos motivos e a escolha do objeto – consubstanciadores do mérito administrativo, efetuados pela administração, diante da norma constitucional do art. 37, *caput*.

José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, representa bem uma das correntes de idéias a esse respeito (*O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988*):

“A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a administração pública tem o dever de melhor administrar, que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É do seu dever adotar o melhor. Se não o fizer, em face de como está posto na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de ‘melhor administrar’. Esse poder constitucional do juiz é, somente, o de desconstituir o ato administrativo. Não lhe é permitido que substitua a ação administrativa, sob pena de ferir um outro princípio que é o da independência e harmonia dos poderes.” (RT 680/39)

Em campo oposto, nesse caso, encontra-se, entre outros, o Professor Celso Ribeiro Bastos, que, no seu *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.37, opina:

“A inovação de um difuso princípio

de moralidade pode, na verdade, escamotear um ingresso que, até então, não tem sido aceito pelo Poder Judiciário no mérito do ato administrativo. Quer-nos parecer que não tenha sido esta a intenção do texto, nem corresponda ela a uma aspiração doutrinária do nosso direito, que tem sabido sempre acatar as distinções entre administrar e exercer a jurisdição. Nem para o próprio Judiciário, a nosso ver, convém um alargamento desmensurado da sua competência nessa matéria, que o transformará, de aplicador da lei que é, num administrador de segundo grau.”

Tenho para mim, após observar os teores de alguns preceptivos constitucionais, tais como do art. 37, *caput* (expressa o mandamento de respeito ao princípio da moralidade administrativa, em paralelo aos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade), do art. 5º, LXXIII (prevê ação popular – disciplinada pela Lei nº 4.717/65 – para estimular a defesa dos bens e interesses públicos e da moralidade administrativa), do art. 70 (autoriza o controle interno e externo – aquele por meio da própria administração, este por meio do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas – não só da legalidade, mas também da legitimidade e da economicidade dos atos da administração), do art. 5º, LIV (assegura a razoabilidade das leis e dos atos administrativos), e art. 2º (consagra a separação dos poderes), que, em nome do princípio da moralidade administrativa, a qual difere da ilegalidade por desvio ou abuso do poder, o Poder Judiciário, excepcionalmente, tem competência para anular o mérito do ato administrativo quando a valoração dos motivos e a escolha do objeto do ato mostrem-se notória e iniludivelmente ineficientes e contrários à moral dominante em relação às outras hipóteses que o senso comum da sociedade teria adotado.

No entanto, se a valorização dos motivos ou a escolha do objeto do ato enquadram-se, de algum modo, dentro da razoabilidade, mesmo que, eventualmente, possa haver divergência de opinião, o ato deve ser mantido, em homenagem, também, à regra da separação de poderes.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (em sua obra *Direito administrativo*, p. 182), sobre os limites da discricionariedade administrativa e o controle pelo Poder Judiciário, assim arremata: “Não cabe ao magistrado substituir os

valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade.”

Por força do princípio da moralidade, os atos da administração pública e de seus agentes em geral devem conter a maior eficiência possível, pela obrigação de prestarem uma boa administração, observando-se a honestidade, a boa-fé, a lealdade, a moderação, a discricionariedade, a economicidade, a sinceridade, sem que possa existir qualquer inconfessável desejo de prejudicar ou beneficiar este ou aquele administrado.

Merecem destaque as seguintes palavras do jurista luso Antônio José Brandão (espinçado do seu conhecido artigo *Moralidade administrativa*. RDA 25/459):

“... tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional; embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio à sua guarda. Em ambos esses casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem-comum.”

Aliás, nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 61) leciona:

“Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a administração haverá de proceder, em relação aos administrados, com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.”

Insta ser ressaltado que o § 4º do art. 37 da Constituição Federal estatui que os atos de improbidade, nos escalões governamentais e administrativos, importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento

ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Outrossim, por força do art. 85, V, do Estatuto Político, atentar contra a probidade administrativa é uma das hipóteses de crimes de responsabilidade do Presidente da República, conforme definido no art. 9º da Lei nº 1.079/50, fato que enseja o *impeachment*, alcançando, nos termos do art. 52, I, da Lei Maior, com a destituição, os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Em nível infraconstitucional, vale ilustrar que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90) prevê várias disposições concernentes aos deveres dos agentes públicos em geral e às vedações que eles estão sujeitos, com vista a garantir uma conduta compatível com a moralidade administrativa, havendo a previsão da responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor pelo exercício irregular das suas atribuições.

A determinação do valor do crédito por simples cálculo

EDUARDO TALAMINI

SUMÁRIO

I. Introdução. II. A exigência da apresentação do cálculo. III. Impugnação de vícios ao cálculo aritmético. III.1. Execução e contraditório. III.2. Natureza do conteúdo da impugnação. III.3. Desnecessidade de embargos. IV. Correção de vícios relacionados com o cálculo: limites. V. Outros casos em que é necessária a apresentação do cálculo. VI. Nota crítica: condições para a constitucionalidade da “transferência de tarefas”.

I. Introdução

1. A Lei nº 8.898, de 29-6-94, extinguiu a “liquidação” por cálculo do contador. Rigorosamente, o que deixou de existir foi o específico *procedimento* de determinação do valor mediante conta oficial. *Liquidação*, nesse caso, jamais houve.

Afinal, o título é representativo de obrigação *líquida e certa* quando permite, independentemente da prova de outros fatos, a exata definição da natureza e da quantidade de bens devidos. Isso é o que ocorre quando o título traz diretamente indicado o *quantum* objeto do crédito. Mas é também o que se dá toda vez que esse valor final possa ser aritmeticamente apurado mediante critérios constantes do próprio título ou de fontes oficiais pública e objetivamente conhecidas. Em um caso como em outro, nenhum fato alheio à própria existência do título precisa ser comprovado.¹

¹ Sobre a ausência de liquidação nesses casos, vede, por todos, DINAMARCO, *Execução civil*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 491-495, e ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 265. Em jurisprudência, cf. a nota 5 ao art. 618 do CPC e *legisl. proc. em vigor*, de Negrão (27. ed.

De outra parte, o Código de Processo Civil não reservava disciplina homogênea para todas as hipóteses de estabelecimento do montante do débito mediante simples cálculo aritmético. Obtido o título executivo judicial, se necessária tal apuração do valor, impunha-se o procedimento de “liquidação” por cálculo, autônomo e prévio à execução. Agora, se no curso da execução a quantia devida se defasasse monetariamente, sua “atualização” pelo contador (na essência, idêntica à “liquidação” por cálculo) e os incidentes daí decorrentes se efetuavam dentro do próprio processo executivo. Ainda, quando a obrigação dependente de quantificação por mera conta estivesse representada em título executivo extrajudicial, não só inexistia procedimento autônomo para tanto, como também era dispensável, no início do processo, a intervenção do contador judicial: o próprio credor procedia à operação.

A radical distinção entre a “liquidação” por cálculo e as formas de verdadeira liquidação, assim como a identidade entre aquela e as determinações quantitativas já antes operadas no processo de execução, servem para justificar a reforma legal a que se procedeu. Mais que isso, são relevantes para a definição dos limites e características da nova disciplina da matéria.

II. A exigência da apresentação do cálculo

2. Quando a determinação do valor da condenação depender de simples cálculo, o próprio exequente instruirá a inicial da execução com “a memória discriminada e atualizada do cálculo” (CPC, art. 604, red. conf. à Lei nº 8.898/94). Ainda, o art. 614, II, (red. conf. à Lei nº 8.953/94) inclui entre os elementos instrutórios da inicial da execução por quantia certa, “o demonstrativo atualizado até a data da propositura da ação”. Uniformizou-se a disciplina do tema: a exigência impõe-se para os pedidos fundados tanto em título extrajudicial quanto em título judicial.

O credor tem o ônus de apresentar demonstrativo do cálculo que indique, de modo claro e

preciso, todos os passos desenvolvidos; que racionalmente explique como chegou exatamente àquele resultado. Terão de ser especificados: os índices de correção monetária e juros adotados, seus termos iniciais e finais; a forma de incidência dos encargos (se capitalizada, quando excepcionalmente possível, ou não); as bases de cálculo, e assim por diante. Resultando o valor final de diversas parcelas, a imposição se põe para cada uma delas. É o que significam “memória *discriminada*” e “*demonstrativo atualizado*”: um detalhamento tal que objetivamente possibilite a conferência direta e imediata do cálculo pelo juiz e o adversário – inclusive sob pena de ofensa ao direito de defesa.² Aliás, a exigência de especificidade repercute na solução do problema atinente ao regime de impugnação do cálculo (item 3 adiante).

O segundo qualificativo que a lei confere ao cálculo, “atualizado até a data da propositura da ação”, há de ser compreendido nos limites da razoabilidade.³ Nem sempre, no ajuizamento da demanda, dispõe-se do índice de correção monetária dos dias imediatamente antecedentes ou mesmo do mês anterior. Nesses casos, o cálculo abrangerá apenas o período de que já se conheçam os índices – sem que isso signifique renúncia à atualização do crédito no lapso entre o último cálculo e a propositura da demanda: eventual nova atualização tomará por base a data da última conta e não a do ajuizamento da ação.

A apresentação do demonstrativo analítico do débito constitui requisito de regularidade da inicial. Não é, porém, elemento indispensável à aptidão dessa peça: mesmo que desacompanhada da memória de cálculo, a inicial não será inepta.⁴ Só há inépcia se a inicial é ininteligível, quando falta algum dos elementos objetivos da demanda (causa de pedir ou pedido) ou eles são logicamente incompatíveis entre si (art. 295, parágrafo único). Bem por isso, a inépcia é insanável sem que se altere a identidade da demanda (incluindo-se elementos objetivos antes inexistentes ou alterando-os para que se

São Paulo : Saraiva, 1996). Mesmo autores que afirmam haver “liquidação” por mero cálculo, ou que não a negam expressamente, destacam a substancial diferença dessa hipótese em relação àquela “que depende do apuramento de fatos” (REIS, J. A. dos. *Processo de execução*. 3. ed. [reimp.], Coimbra : Coimbra Ed. 1985. v. 1, p. 478; v. também PASSOS, Calmon de. *Inovações no CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 40-41).

² Vede, entre outros, ASSIS, op. cit. p. 289, e Reforma do processo executivo. *Revista do Advogado*, n. 46, p. 54, 1995; BERMUDEZ, *A reforma do CPC*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995. p. 90-91; THEODORO JR. *As inovações no CPC*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 43.

³ op. cit., p. 90.

⁴ PASSOS, op. cit., p. 42; no oposto, SANTOS, E. Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

tornem coerentes uns com os outros).⁵ Inicial de execução sem demonstrativo não carece de causa de pedir: esta faz-se presente mediante a anexação do título executivo e a breve narrativa da exigibilidade e do inadimplemento da obrigação nele representada. Tampouco a falta da memória de cálculo torna, por si só, incompatível a causa de pedir com o pedido mediato: o liame lógico entre um e outro é perfeitamente constatado mediante simples cálculo aritmético. O preceituado no art. 614, II, consiste, isso sim, em um especial requisito de pormenorização de aspecto atinente à causa de pedir. A lei, mais do que a apresentação da causa de pedir – bastante para afastar a inépcia –, exige o detalhamento de determinado tópico dela. Essa constatação tem importância para a definição (a) do regime de sanabilidade, caso descumprida a exigência (item 4 adiante), e (b) do regime de impugnação ao cálculo.

III. Impugnação de vícios atinentes ao cálculo aritmético

3. Tem-se freqüentemente afirmado que defeito na conta apresentada pelo exequente haveria de ser argüido necessariamente em embargos à execução. Quando muito, a afirmação é mitigada com a ressalva de que, se o erro fosse “crasso” ou “material”, poderia ser apontado mesmo no processo executivo.⁶

⁵ Nos *Comentários ao CPC* (6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 3, p. 261-262), Calmon de Passos demonstra que, diferentemente da irregularidade, a inépcia é insanável. Aos argumentos por ele apresentados acresça-se outro: qualquer que seja o motivo da inépcia da inicial (CPC, I a IV do par. ún. do art. 295), não há como eliminá-lo sem que se altere essencialmente a causa de pedir ou o pedido – o que, citado o réu, esbarra na regra da estabilidade da demanda (CPC, art. 264).

⁶ Indicando apenas a possibilidade de alegação em embargos, entre outros: ASSIS, op. cit., p. 54, e p. 289; TEIXEIRA, Sálvio. A efetividade do processo e a reforma processual. *Rev. de Proc.*, n. 78, p. 90, 1995; ALVIM, Carreira. Liquidação de sentença e a Lei nº 8.898/94. *Rev. de Proc.*, n. 77, p. 66, 1995; FORNACIARI JR., C. *A reforma processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 165. Ressalvando a hipótese de erro manifesto: CARMONA. O processo de execução depois da reforma, *Rev. de Proc.*, n. 80, p. 18, 1995. Excetuando o “erro material”: THEODORO JR. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. v. 3, p. 95. Dinamarco sustenta a necessidade dos embargos, mas a seguir ressalva que, se o erro for gritante, é

A resposta ao problema envolve a exata definição dos limites da cognição – e, em decorrência, do contraditório – na execução.

III.1. Execução e contraditório

4. De há muito se afirma que a execução não está alheia à incidência do contraditório.⁷ Mas a constatação, em si, não traz a definição de todos os aspectos do problema. Aliás, nem mesmo a expressa fórmula constitucional do contraditório (CF, art. 5º, LV), isoladamente considerada, soluciona a questão. Até porque se poderia responder que a circunstância de o executado dispor, para a defesa de seus interesses, da demanda incidental de embargos seria o bastante para satisfazer a exigência constitucional.

A inafastabilidade do contraditório interno ao processo de execução resulta da conjugação de vários fatores.

Em primeiro lugar, há a determinação de que a execução se desenvolva do modo menos sacrificante possível para o executado. Trata-se de decorrência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade⁸, que

controlável de ofício pelo juiz (*A reforma do CPC*, 2. ed., São Paulo : Malheiros, 1995. p. 267-268). Fidélis dos Santos afirma que o excesso seria argüível na própria execução, mas em nota de rodapé cita e endossa a opinião de Dinamarco (op. cit. p.63, nota 12).

⁷ Vede, entre outras, as indicações doutrinárias feitas por DINAMARCO, op. cit., p. 165; TARZIA. O contraditório no processo executivo. *Rev. de Proc.*, n. 28, p. 55 e seg., 1982; MELLO, nota 1-A ao item 18 do *Processo de execução*, de Liebman, 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. p. 44-45; SILVA, Ovídio B. da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 23-24.

⁸ O princípio da proporcionalidade é inerente à própria ordem jurídica, em que necessariamente coexistem valores igualmente relevantes em abstrato. Consiste no reconhecimento de que a dirimência do conflito entre esses valores só se pode fazer com sua ponderação no caso concreto: aquele que prevalecer haverá de sacrificar o(s) outro(s) apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades (LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. da 5. ed. alemã, de 1983, por J. Lamego. 2. ed. Lisboa : C. Gulbenkian, 1989. p. 490 e seg.). A razoabilidade afasta a legitimidade constitucional do provimento estatal (legislativo, jurisdicional, administrativo) que, conquanto formalmente reúna todos os elementos para sua validade, tenha se norteado por critérios absurdos, caprichosos, desproporcionados (v., entre

prevaleceria ainda que o artigo 620 do CPC não a especificasse no âmbito da execução. Seria desarrazoado e desproporcional – e portanto incompatível com os fundamentos mesmos da garantia do menor sacrifício – que o executado não pudesse propugnar por sua observância no próprio processo de execução. Imagine-se que o bem penhorado receba avaliação inferior à correta. Exigir-se que o executado aguarde até a arrematação para só então poder argüir o defeito mediante embargos significaria dizimar aquela garantia.

Depois, também o processo de execução tem sua existência jurídica e desenvolvimento válido subordinados a requisitos. Esses requisitos são conhecíveis de ofício e, conseqüentemente, alegáveis pelo executado na própria execução (CPC, arts. 267, §3º, e 301, §4º, c/c art. 598; arts. 583, 586 e 618). Isso não só deriva da inserção da execução na teoria geral do processo, como também se estabelece em termos lógicos. Se o juiz não pudesse conhecer de ofício os pressupostos da ação e do processo executivo, tal equivaleria a fazer do direito à execução um direito absolutamente abstrato e incondicionado: qualquer um e em qualquer caso poderia pleitear a execução e, independentemente de qualquer requisito, obter a constrição de bens do patrimônio do adversário – para que só depois disso fosse viável a apresentação de toda a espécie de defesa em processo incidental de conhecimento. Seria igualmente ilógico dizer-se que o juiz “pode” conhecer dessas matérias na execução, mas a parte não tem o direito de suscitá-las: todo “poder” conferido ao agente público traz consigo o dever de seu exercício (“função”) – e as partes têm o direito de provocar o cumprimento desse dever.

Então, a cognição e o contraditório internos ao processo executivo abrangem a verificação

outros: DANTAS, San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro : Forense, 1953. p. 37-64: Igualdade perante a lei e due process of law.; MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 54). Está insita ao próprio Estado *de Direito*, que, enquanto tal, rejeita o arbítrio em prol da razão. Além disso, embora as formulações conceituais dos dois princípios tenham origens históricas diferentes, ambos se interligam e podem ser extraídos da cláusula constitucional do devido processo legal (cf. entre outros, STUMM, R. D. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 1995. p. 147 e seg.) – no seu duplo aspecto, substancial e processual.

(a) dos pressupostos da atuação jurisdicional (“condições da ação” e “pressupostos processuais”), (b) da validade dos atos processuais e (c) da observância da garantia do menor sacrifício do executado.

5. Isso não significa “admissão de embargos sem penhora”⁹, e sim o reconhecimento de que determinadas matérias são impugnáveis independentemente de embargos. Permanecerá sempre necessária a ação de embargos para a discussão de matérias atinentes aos fatos jurídicos subjacentes à formação do título e aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito nele consubstanciado: havendo título formalmente válido e que retrate obrigação líquida, certa e exigível, o juiz não poderá investigar, na execução, se existe ou não o direito nele representado.¹⁰

6. Também não se está a sustentar que exista “exceção de pré-executividade” – a qual consistiria na argüição da falta de pressupostos da atuação executiva no intervalo entre a citação e a garantia do juízo, com a suspensão da execução até a definição da questão.¹¹ A uma, porquanto o reconhecimento da falta de “pressupostos processuais” e “condições da ação” não se submete à preclusão temporal. A duas, porque a invocação dessas matérias (como a de quaisquer outras conhecíveis na própria execução) não implica a automática suspensão da execução (CPC, arts. 791 e 792) – ainda que a prática de algum ato executivo esteja eventualmente subordinada à prévia definição de questão derivada da argüição.

⁹ Como afirmou, em tom de crítica, LIMA, Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. p. 279-280. Ação executiva : necessidade da penhora para discutir a exigibilidade dos títulos.

¹⁰ A única hipótese concebível de embargos sem penhora ocorre quando inexistir bem para penhorar – o que não pode obstar o direito de defesa do executado. Mas, nesse caso, a questão perde importância: os embargos terão a mesma utilidade para o executado que uma ação impugnativa autônoma, vez que a execução já estará suspensa pela própria falta de bens penhoráveis.

¹¹ A formulação é de MIRANDA, Pontes de. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro : F. Alves, 1975. p. 126 e seg. A ela aderem, discordando apenas da limitação temporal para apresentação da defesa, LACERDA, Galeno. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 167 e seg. Execução de título extrajudicial e segurança do ‘juízo’ e ASSIS, op. cit., p. 425 e seg.).

7. Há quem estabeleça uma condição para que se discutam, na execução, as matérias acima mencionadas: a dispensabilidade de dilação probatória, que desviaria o procedimento executivo de seus rumos normais.¹² A falta de um pressuposto processual, por exemplo, só poderia ser alegada desde que verificável de plano. Mas essa concepção pode gerar resultados incompatíveis com os fundamentos do contraditório na execução. Depois, a argüição de qualquer defeito – mesmo o mais manifesto – sempre interfere no desenvolvimento procedimental da execução: quando menos, é ouvido o exequente. Então, se o parâmetro fosse o de não se afetar o curso da execução, recair-se-ia na antiga idéia de total inviabilidade de contraditório em sede executiva.¹³

III.2 Natureza do conteúdo da impugnação

8. Por outro lado, há de se verificar a natureza de cada um dos possíveis vícios relacionados com o cálculo aritmético.

9. O exequente pode não trazer, com a inicial, o demonstrativo de cálculo ou apresentá-lo sem cumprir a exigência de especificidade e precisão. Nesses casos, tem-se uma demanda irregularmente formulada – o que significa falta de um requisito para o desenvolvimento válido do processo.

Trata-se de defeito verificável de ofício e que, se não suprido quando possível, gera a extinção anormal do processo executivo (CPC, art. 616).

10. Pode ainda haver excesso no resultado da conta feita pelo autor (“excesso no cálculo”, em sentido amplo).

Nessa hipótese, existirá: (a) defeito no cálculo propriamente dito, falha matemática (por exemplo, incorreção no resultado da soma ou multiplicação de valores); ou (b) uso de critérios indevidos na conta (índices de juros ou correção monetária incorretos; erro na forma ou nos termos de incidência desses índices etc.).

Em ambos os casos, o montante excedente significará uma (parcela de) pretensão não amparada em título executivo. Inexiste pressuposto de admissibilidade da atuação executiva relativamente à parte excessiva (arts. 583 e 586 do CPC). Na terminologia tradicional

das “condições da ação”, tem-se impossibilidade jurídica da parte do pedido correspondente ao excesso.

Também aqui o defeito é detectável de ofício (CPC, arts. 267, §3º, e 301, §4º, c/c art. 598). Nem se diga que apenas a falta total de título executivo poderia ser verificada na própria execução, condicionando-se à propositura de embargos o exame da ausência de título quanto a uma parte da pretensão. A valer o raciocínio, chegar-se-ia a resultado absurdo: quem pede \$10 sem amparo em qualquer título teria seu pleito extinto independentemente de embargos; quem pede \$1.000 (ou \$100.000 ou \$100.000.000) apresentando um título de \$10 teria direito a penhorar bens do adversário naquele valor e só ter sua pretensão rechaçada se a matéria fosse suscitada em embargos.

De outro lado, não há pertinência em se relacionar qualquer das duas situações (defeito aritmético e defeito nos critérios) com o conceito de “erro material”.

A construção teórica do “erro material” destina-se a permitir o reexame de questões em princípio já acobertadas pela preclusão ou pela coisa julgada, quando a decisão anterior contém erro objetivamente verificável e que, inequivocamente, não corresponde à intenção do magistrado.¹⁴ Em suma, sua função é estabelecer uma exceção ao veto de reexame da questão já decidida. Ao tempo da “liquidação por cálculo do contador”, considerava-se haver “erro material” no ato do juiz que, sem se aperceber, homologava conta manifestamente incorreta (assim, por exemplo, a decisão que julgava correto cálculo com defeito aritmético).

A categoria do “erro material” perde sua razão de ser quando se está diante de cálculo elaborado pela própria parte – e que ainda não foi objeto de decisão alguma. Se a pretensão excessiva do exequente é intencional ou decorrente de equívoco, é tema juridicamente irrelevante:¹⁵ eventualmente, ele consigna em

¹⁴ ALVIM, Teresa A. Liquidação de sentença em que se fixam alimentos : Necessidade do contraditório. *Rev. de Proc.*, v. 20, n. 78, p. 157, abr./jun. 1995. e Conta de atualização : Erro de cálculo; Despacho que a aprova; Ação anulatória. *Rev. de Proc.* v. 15, n. 59, p. 219-228, jul./set. 1990.

¹⁵ Só terá sentido a invocação do “erro material” depois de julgada alguma questão atinente ao cálculo; ou – como faz FORNACIARI JR., op. cit. p. 168 – para verificar-se quando o credor não fica vinculado ao seu próprio cálculo inferior ao correto.

¹² Por exemplo, JTARS 56/108.

¹³ É o que faz GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada, controle de admissibilidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 156-157.

seu cálculo que “três vezes vinte é oitenta” porque quer e não porque se enganou: ter-se-á então um defeito aritmético que nem por isso é “erro material”. Em qualquer caso, o excesso é indevido e as consequências são as mesmas: rejeição da parte indevida.

De todo modo, da circunstância de haver quem continue a falar de “erro material” atinente ao cálculo – e de sua argüição na execução como exceção à exigência de interposição de embargos – extraem-se considerações relevantes (v. III.3 n° 14, abaixo).

11. Por fim, há defeito reflexamente relacionado com a apresentação do cálculo. Ocorre nos casos em que, a pretexto de apresentar mero cálculo aritmético, o exequente tenta proceder a verdadeira “liquidação” unilateral.

Exemplifique-se. Alguém ajuíza execução pretendendo como título executivo um contrato, ainda que assinado por duas testemunhas, que apenas traz a previsão da possibilidade de as partes, dentro de certos parâmetros, realizarem futuras operações de crédito. Amparado em contas, anotações, correspondências e outros elementos meramente probatórios, desenvolve um “cálculo aritmético” do valor que julga devido. Evidentemente, trata-se de obrigação ilíquida. Por mais robustas que sejam as provas, inexistente um título do qual se extraia, sem qualquer investigação probatória externa, um valor devido.

Há absoluta diversidade entre tal hipótese e aquela em que, tão-só com elementos e critérios constantes do próprio título ou de fontes públicas e oficiais, obtém-se aritmeticamente o valor do crédito. Uma coisa é o título funcionar como ponto de partida suficiente para a determinação do *quantum* – caso em que se aplica a disciplina do “mero cálculo aritmético”. Outra é a construção unilateral de um pretense título. É aspecto imprescindível – sob pena de se tornar constitucionalmente injustificável a supressão da prévia cognição – que o ato alçado à condição de título executivo extrajudicial (e do qual já deverá constar a natureza da obrigação e sua quantidade – ou os exatos critérios para se chegar a esta) tenha sido formado com a participação do devedor (cheque, nota promissória, confissão de dívida...) ou tenha recebido chancela estatal (certidão de dívida ativa, protesto na duplicata sem aceite...). Quando o pretense credor estabelece particularmente e por conta própria o montante devido, descumpra-se tal condição.

Nesse caso, há iliquidez. Novamente, falta pressuposto de admissibilidade do acionamento da máquina executiva (CPC, arts. 586 e 618, I). Mais do que isso, se, como no exemplo, não se apresentou título executivo judicial, haverá também falta de título executivo. Isso porque a liquidez é da essência do título executivo extrajudicial: ou ele é desde logo líquido ou *não é título executivo*. Não existe título executivo extrajudicial ilíquido. Novamente, o defeito é constatável de ofício.

III.3. Desnecessidade de embargos

12. Os defeitos relacionados com o cálculo aritmético poderão ser *sempre* argüidos na própria execução – independentemente de embargos.

A matéria objeto da impugnação, ainda que variável como se demonstrou acima, será em qualquer dos casos cognoscível de ofício – e portanto alegável na própria execução. Há vasta jurisprudência acolhendo o entendimento antes exposto (III.1, n° 4) de que o exame dos pressupostos da atuação executiva, enquanto “questão de ordem pública”, não se subordina à interposição de embargos.¹⁶ Na doutrina, idêntico entendimento é esposado mesmo por autores que têm preconizado a necessidade de embargos para a discussão de excesso na conta.¹⁷

De outra parte, a circunstância de o juiz haver recebido a inicial executiva viciada por algum daqueles defeitos, sem constatá-los, não acarreta nenhuma preclusão – quer para o réu argüi-los, quer para o juiz declará-los.¹⁸ Não existe decisão “implícita” de reconhecimento dos pressupostos da atuação executiva. Até porque ato decisório implícito é inconciliável com a garantia constitucional de motivação (art. 93, IX).

¹⁶ Vejam-se, entre tantas, as decisões compiladas por T. Negrão (CPC cit., notas 2, 3 e 4b ao art. 618, p. 466); TEIXEIRA, S. *CPC anotado*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 373 e ALVIM, Arruda SPC e legislação extravagante : anotações de doutrina e jurisprudência. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 381).

¹⁷ Assim, por exemplo: ASSIS, op. cit., p. 425 e seg.; TEIXEIRA, op. cit., p. 373; THEODORO JR. *Processo de execução*. 15. ed. São Paulo : Leud, 1991. p. 13; DINAMARCO, op. cit., p. 170.

¹⁸ Sobre a ausência de efeito preclusivo no despacho inicial, vede PASSOS, op. cit., p. 284.

13. No nº 7, acima, descartou-se a generalizada limitação do contraditório na execução às questões verificáveis de plano. Todavia, se fosse viável a adoção desse parâmetro, ainda assim os vícios alusivos ao cálculo sempre poderiam ser conhecidos na execução. Nunca um tal defeito deixará de ser “constatável a olho nu”, vez que sua verificação jamais exigirá dilação probatória. Isso é extremamente óbvio para as hipóteses em que se alegue falta de demonstrativo analítico ou iliquidez (nº 9 e 11, acima).

Mas também é o que ocorre nos casos em que a discussão verse sobre “excesso de cálculo”, sob qualquer forma que este se dê (nº 10, *a e b*). Se o “mero cálculo” independe de prova para ser elaborado (item I, acima), por insuprimível lógica não tem como depender de prova a averiguação de um defeito nele. A atividade de constatação do vício envolverá, necessariamente, apenas aritmética e (ou) resolução de questões jurídicas.

Nesse sentido, a incorreção nos critérios jurídicos ou nos aspectos matemáticos será sempre um “erro manifesto”.

E não só a mera falha matemática, como também a indevida utilização de critérios jurídicos na conta submetem-se a esse mesmo regime. Imagine-se que a controvérsia sobre a conta envolva o índice de correção monetária de janeiro de 1989. Ainda aí se terá uma questão alheia à instrução probatória. Para solvê-la, o juiz terá de estabelecer qual o índice adequado ao caso concreto entre os vários oficialmente publicados (com termos iniciais e finais diversos) ou, quando muito, haverá de *aritméticamente* decompor algum desses índices, para evitar sua sobreposição com os de outros meses.

Tampouco a eventual deficiência na formação cultural dos partícipes do processo – acarretadora de dificuldade no exame de cálculos, no desenvolvimento de raciocínios matemáticos – é razão para que a matéria seja discutida em embargos. A correta definição de questões estritamente jurídicas também pode ser tarefa bastante difícil em virtude dos lapsos culturais dos profissionais do foro. Nem por isso, uma simples questão de direito, por mais complexa que seja, torna-se matéria alheia à cognição sumária. Tanto é assim, que foi progressivamente descartada a tese de que o requisito do “direito líquido e certo” no mandado de segurança consistiria na exclusão

do exame de “questão jurídica complexa”. Prevaleceu a corrente que vê no requisito a simples exigência de que a prova possa ser feita unicamente por meio de documentos – nada impedindo que a matéria jurídica seja extremamente intrincada.¹⁹

Além disso, a plena discriminação do demonstrativo torna acessível o controle, por mais complexo que o cálculo seja. Como se viu (item II), a exigência de cálculo analítico não se põe para afastar a inépcia da inicial. Essa seria apta mesmo sem a apresentação de um tal cálculo. A imposição, enquanto requisito especial, *plus* em face dos requisitos básicos da inicial, serve precisamente para possibilitar a direta cognição da matéria pelos próprios partícipes do processo. Se, em termos objetivos, for absolutamente inviável o controle do cálculo em face da sua “complexidade” e inacessibilidade, estar-se-á diante de defeito formal também verificável de plano: o exequente não se terá desincumbido de apresentar conta devidamente especificada (itens II e III.2, nº 9, acima).

Seja como for, mesmo nos casos – *limites* – em que se faça necessária alguma consulta do juiz ao contador, tal não significará “dilação probatória”. A providência se assemelha a outras tantas formas de solicitação de informações que o juiz pode fazer no curso do processo, mesmo executivo. Não haverá, só por isso, maior complicação no procedimento.

14. Tampouco a categoria do “erro material” serve de parâmetro limitador do conhecimento do excesso da conta na própria execução. Como se viu (nº 10), a consideração do “erro material” como critério diferenciador tinha vez quando se estava diante de situação em que o cálculo já havia sido objeto de homologação judicial (note-se que o “erro material” com relevância jurídica não estava na conta, mas na decisão que a homologava).

Extraíam-se da afirmação que então se fazia – de que só quando houvesse “erro material” a conta poderia ser revista na própria execução – todas as premissas nela contidas. Reconhecia-se que: (a) em qualquer caso, a falha no cálculo caracterizava um excesso em relação ao *quantum* autorizado pelo título; (b) em qualquer

¹⁹ Veja-se a análise da evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema em FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo)*: aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 12 e seg.

caso, o defeito era verificável independentemente de “prova”; (c) *em regra*, a coisa julgada obstaria o reexame da questão. Então, quando se dizia que somente o erro “material” poderia ser alegado na execução, queria afirmar-se que só em tal hipótese o excesso não tinha seu reexame obstado pela coisa julgada da sentença liquidatória. Ou seja, as demais espécies de excesso no cálculo – as quais a sentença liquidatória inequivocamente apreciara e chancelara – *apenas não podiam ser alegadas na própria execução porque em relação a elas já havia a coisa julgada*. Não fosse isso, também elas seriam perfeitamente impugnáveis no processo executivo. Enfim, a barreira não residia na estrutura nem na função da execução, mas sim no respeito à coisa julgada.

Ora, tais premissas permanecem válidas. A partir do momento em que o cálculo passou a ser diretamente apresentado pelo exequente, sem qualquer prévia homologação, desapareceu o único obstáculo antes existente para seu conhecimento na própria execução.

15. Aliás, era exatamente o que já se dava em relação aos cálculos de “atualização” do crédito no curso da execução (essencialmente idênticos ao cálculo que se deve apresentar com a inicial). Eram discutidos e resolvidos na própria execução. Por isso, e conforme o entendimento dominante (Súmula 118 do STJ), o ato que resolvía a questão era decisão interlocutória no processo executivo, agravável. É verdade que corrente minoritária sustentava existir “processo” incidental de “liquidação” por cálculo, decidido mediante sentença.²⁰ Mas – seja como for – não consta que alguém afirmasse que o executado só poderia impugnar o cálculo de atualização mediante embargos à execução ou à arrematação (pelo contrário: houve expressa manifestação do STJ apontando o descabimento de embargos em tal caso – REsp 4.775-PR, DJU 29-10-90, p. 12.136).

16. Por fim, a circunstância de o “excesso de execução” estar expressamente previsto como hipótese de cabimento de embargos (CPC, art. 741, V) em nada afeta a solução da questão. É certo que o “excesso na conta” se enquadra

²⁰ Sobre ambos os posicionamentos, vede notas 6 e 6a de Negrão ao art. 605 do CPC, na sua antiga redação (CPC..., 24. ed., Malheiros, 1993). Na nova disciplina, nem há o que se discutir. O ato do juiz que decide questão sobre o cálculo no curso da execução é decisão, agravável. Interposição de apelação será “erro grosseiro”.

nessa hipótese (art. 743, I). Todavia, em inúmeros outros casos o sistema processual concebe a duplicidade de caminhos e formas para a arguição de determinadas matérias.

Assim, por exemplo, embora haja regra disciplinando a exceção instrumental de impedimento (CPC, arts. 304 e ss. e 312 e ss.), pode-se arguí-lo a qualquer tempo, por simples petição. Igualmente a falsidade documental é alegável no prazo e forma do art. 390 e seguintes, e também depois no curso do processo. Nos dois casos, a conclusão se impõe em face dos incisos II e VI do art. 485 do CPC: se tais defeitos afetam a sentença a ponto de torná-la rescindível, hão de ser conhecidos a qualquer tempo antes do fim do processo.²¹

Mais do que isso, diversas das outras hipóteses de cabimento de embargos, dizem respeito a questões também suscetíveis na própria execução, vez que atinentes a pressupostos processuais e condições da ação: a inexigibilidade do título (art. 741, II, e 743, V, c/c 741, III); ilegitimidade de partes (art. 741, III); nulidade da penhora (art. 741, V); incompetência absoluta (art. 741, VII) etc.²²

Em todas essas situações, se a matéria for levantada pela via especial (arguição de falsidade, exceção de impedimento, embargos...), observar-se-á um regime específico, cujo aspecto mais marcante geralmente é a suspensão do procedimento principal até a definição da questão. A não-utilização da via especial apenas acarretará a inaplicabilidade do regime específico.

16-a. Então, e em suma: vez que falta previsão legal nesse sentido, a arguição na própria execução de qualquer dos defeitos ora apontados não gerará a automática suspensão do processo – o que aconteceria se as mesmas matérias fossem alegadas em embargos.

Mas isso também não significa que, sempre e em qualquer caso, a execução prosseguirá. O executado poderá requerer medida cautelar determinando a suspensão da instrução

²¹ Sobre o impedimento, confira-se por todos ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. v. 1, p. 141-309. Quanto à falsidade documental: RT 585/105, 656/166, 690/108, RF 308/187, Lex-JTA 188/88.

²² “Dos fundamentos dos embargos muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução” (DINAMARCO, op. cit., p. 449).

executiva (penhora, depósito, avaliação...) até a definição da questão preliminar. Nessa hipótese, caberá ao juiz decidir se concede ou não a cautela, balanceando os valores e circunstâncias envolvidos (bens jurídicos protegidos e afetados pela execução; relevância das alegações do executado; riscos de danos de difícil ou impossível reparação caso suspenda ou não a instrução executiva etc.). E, evidentemente, esse ato do juiz concedendo ou não a cautela é, como toda decisão interlocutória, passível de controle pelo grau de jurisdição superior, mediante agravo – que, conforme o caso e presentes os pressupostos (art. 558), poderá receber efeito suspensivo propriamente dito ou efeito “ativo”. Ademais, a medida cautelar poderá ser pleiteada dentro do próprio processo executivo. Afinal, se o art. 615, III, do CPC confere tal possibilidade ao exequente, a imposição de tratamento isonômico às partes estende tal via ao executado.^{22a}

4. Correção de vícios relacionados com o cálculo: limites

17. Sendo diversas as hipóteses de vícios relacionados com o cálculo (item III.2, acima), variáveis são os limites da sua possibilidade de correção:

(a) A absoluta ausência da memória da conta ou sua apresentação não suficientemente discriminada acarretarão a irregularidade da inicial – e não a inépcia (item II, acima). O vício é, em princípio, sanável.²³ Aplica-se-lhe

^{22a}* A solução que ora se propõe é diversa, porém simétrica à pretendida por Araken de Assis para as matérias suscetíveis pelo executado na própria execução. Segundo o processualista gaúcho, a apresentação de uma tal defesa geraria necessariamente a suspensão da execução, havendo a possibilidade “de o credor obter medida cautelar repressiva”, quando houvesse “risco de dissipação ou ocultamento de bens” (op. cit., p. 427). Aliás, Araken de Assis também reconhece que não só o exequente pode requerer medidas cautelares dentro do próprio processo executivo, *como também o próprio executado* (Ibidem. p. 283).

²³ Nesse sentido, PASSOS, op. cit., p. 42. Contudo, depois de interpostos os embargos apontando o vício, tal solução deverá esbarrar no entendimento seguidamente acolhido pelos tribunais de que, desse momento em diante, é impossível a correção de defeitos na inicial executiva – impondo-se a extinção da execução (RT 719/165, 1º TACivSP; TAPR, Ac. 3593-1ª C.Cív., j. 23/12/92, DJPR 12/2/93, p. 113; Ac. 3502-1ª C.Cív., j. 6/10/92, DJPR 11/

a regra do art. 616 do CPC: o juiz determinará a correção em dez dias, sob pena de indeferimento da inicial. A simples apresentação do demonstrativo analítico não importará alteração da demanda. Reitere-se que nesse caso não há de se falar em “iliquidez” (item I, acima), que exigiria a imediata extinção do processo. Evidentemente, o não-suprimento da irregularidade no prazo legal implicará, daí sim, o encerramento anormal do processo.

(b) Tampouco a constatação de excesso na conta – decorra de mero defeito matemático ou deva-se à incorreta aplicação dos critérios para cálculo – importará na extinção do processo de execução. Haverá a diminuição do *quantum* estritamente ao valor amparado em título executivo (em outros termos: reconhecer-se-á a “impossibilidade jurídica do pedido” unicamente em relação à parte excessiva). Nem é o caso de o juiz determinar que o exequente emende a inicial a fim de indicar o valor correto. Afinal, a redução pelo juiz de uma “pretensão decomponível” (a que tem por objeto “quantia” de determinado bem – a expressão tem sido usada por Dinamarco em aulas e conferências sobre “os capítulos da sentença”) não afeta o princípio dispositivo.

(c) Solução diversa destina-se à hipótese em que o credor, a pretexto de elaborar mero cálculo aritmético, opera “liquidação” unilateral. Vez que necessária a apuração e avaliação de fatos para a determinação do montante devido – quando não da própria existência do débito –, impõe-se a extinção da execução. Tal atividade liquidatória será desenvolvida em processo de conhecimento – de liquidação (CPC, arts. 606 e 608), se o título executivo apresentado é judicial; condenatório, caso se trate de *pretensão* título extrajudicial (v. III.2, n. 11, acima).

18. Com a procedência dos embargos que apontem qualquer das três espécies de defeito, o exequente será condenado nas verbas de sucumbência.

19. Menção especial merece o terceiro dos vícios acima abordados, quando alegado em embargos do executado. Constatado que o credor buscou unilateralmente “liquidar” a

12/92, p. 28; Ac. 4002-2ª C.Cív., j. 10/6/92, DJPR 19/2/93, p. 42; Ac. 22808, 1ª C.Cív., j. 17/12/85; Ac. 424-1ª C.Cív.; Ac. 1146-3ª C.Cív.; Ac. 1506-3ª C.Cív., j. 27/3/90; Ac. 27429, Ap.Cível 1744/86.

obrigação, não será possível proceder-se à apuração do valor devido no próprio processo de embargos, sob o argumento de que já se trata de processo de conhecimento. Retorne-se ao exemplo dado acima (item III.2), em que o credor, amparado em contrato estabelecido de parâmetros de futuras operações e em meros elementos probatórios unilaterais, pretende “calcular” o valor devido, exigindo-o desde logo em execução.

Não se poderá proceder à “liquidação” do débito nos embargos do executado. Isso subverteria a natureza e os objetivos da demanda e do processo de embargos. Esses têm natureza *constitutiva negativa* ou, para os que concebem tal eficácia, *mandamental*.²⁴ Prestam-se à declaração da inexistência ou à desconstituição do título executivo e (ou) à desconstituição de atos do processo executivo. Já sua carga *mandamental*, para os que a admitem, reside na aptidão para obter “contra-ordem” que desfça a ordem de que proveio a atividade executória”.²⁵ Então, enquanto *ação do executado*, os embargos apenas podem resultar em tutela *para o executado*, quando da ausência dos pressupostos para a execução. É inconcebível uma *tutela para o exequente-embargado*, que *constitua* o título executivo líquido, certo e exigível antes inexistente. Os embargos não são “ação dúplice”. A única tutela que se pode conceber para o embargado – como em regra para todo réu – é declaratória negativa: o reconhecimento da ausência do direito do embargante àquilo que pleiteou. Agora, reconhecida a razão do embargante, verificada a iliquidez da obrigação, o caminho é único: extinção da execução. Em suma: os embargos do executado não se prestam a corrigir

²⁴ Sobre a natureza desconstitutiva, v., por todos: MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1971. p. 246; SANTOS, Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 3, p. 405; FORNACIARI JR., C. Duplicata : Falta de certeza, liquidez e exigibilidade. *Revista dos Tribunais*, n. 594, p. 41, 1985. Sobre o caráter mandamental, confirmam-se: GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*. Trad. da 2. ed. alemã, de 1932, por Prieto Castro. Barcelona : Labor, 1936, p. 619 ; MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. p. 309-310; SILVA, op. cit., p. 113. v. 2.

²⁵ *Ibidem*.

defeitos formais ou substanciais do título executivo, nem tampouco a criá-lo.²⁶

5. Outros casos em que é necessária a apresentação do cálculo

20. A execução por quantia certa não é a única hipótese em que se exige a apresentação do demonstrativo de cálculo por uma das partes.

21. Em outra situação a imposição é também explícita: o devedor que pretender depositar em juízo a quantia objeto da condenação judicial (CPC, art. 570) deverá, se for preciso, proceder ao mero cálculo aritmético (CPC, art. 605).

Nessa hipótese, não tem o que se discutir acerca da via para a impugnação da conta. Conquanto o CPC disponha que, “neste caso, o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exequente”, não é possível perder-se pelas palavras. Não há aí execução, por uma razão *essencial*. Execução é a atuação jurisdicional da sanção pelo *descumprimento* da obrigação. Cumprimento da obrigação, pagamento não só difere da execução, como “representa de certo modo seu oposto”.²⁷ O que o art. 570 regula é uma forma de consignação em pagamento, peculiarizada pela circunstância de que o débito a que se visa extinguir está representado em título judicial.²⁸ Daí que desaparecem todas as premissas que, no processo de execução, justificam que as defesas de mérito se dêem mediante demanda incidental de conhecimento. O credor-réu (“executado”, *sic*) exercerá o contraditório através de simples defesa, em qualquer caso – inclusive quando se tratar de defeito relacionado com o cálculo.²⁹

22. Ademais, os cálculos de simples atualização do crédito no curso do processo devem passar a ser feitos pelo autor. Seria contra-senso que a primeira conta (que potencialmente envolveria maior número de

²⁶ Sobre o tema, v. FORNACIARI JR., op. cit., *passim*, e RSTJ 47/287.

²⁷ LIEBMAN, op. cit., p. 5.

²⁸ Conferir, por todos, DINAMARCO, op. cit., p. 432-433, com ampla argumentação e referências doutrinárias.

²⁹ Carreira Alvim, não declinando exatamente a razão, diz que o novo art. 605 “confirma a tese” de que o art. 570 prevê espécie de execução e que, por isso, caberia ao credor defender-se em embargos, inclusive quanto a defeito na conta (op. cit., p. 66-67).

pontos controvertíveis) se fizesse pela própria parte e as subsequentes, durante o processo (quando boa parcela das questões já estaria definida pelo juiz), exigissem participação do contador.

23. Ainda, em certas condições, também sobre o executado-embargante recairá o ônus de especificar conta.³⁰ Mas essa afirmativa tem de ser entendida com ressalvas e limitações.

Em primeiro lugar, o ônus de apresentar cálculo discriminado é originariamente do exequente. Se ele não apresenta a conta ou traz aos autos cômputo não adequadamente especificado, esse ônus não se transfere ao executado. A esse caberá apenas apontar a falta ou a deficiência. Nessa hipótese e mesmo que, em atenção ao princípio da eventualidade, o executado desde logo impugne o valor pleiteado, não lhe incumbirá a exposição em juízo de cálculo discriminado – sob pena de lhe ser imputado o ônus de que o exequente não se desincumbiu.

A situação é distinta quando o exequente apresenta a devida memória da conta. Daí sim, se o executado sustenta excesso no cálculo, cabe-lhe trazer sua versão discriminada do cômputo. Melhor dizendo: não se trata tanto de o executado apresentar a sua memória da conta, mas sim de *criticar detalhadamente* o cálculo discriminado do exequente (e isso vale igualmente quando o executado realizar a impugnação no próprio processo executivo). Porém, e mesmo assim, a falta do demonstrativo não autorizará o indeferimento de plano da petição do executado.³¹ Se o exequente deve ser intimado para apresentar a memória de cálculo quando não a traz com a inicial (item IV, acima), tratamento isonômico merece o executado.

Mas há ainda outra ressalva. Em embargos, o executado pode também alegar excesso na execução não decorrente de simples exagero no cálculo: algum defeito em parte da relação subjacente que originou o título; extinção parcial da obrigação etc. Ora, se tal suposta diferença entre o exigido e o devido só puder ser determinada depois de produção probatória, também então o executado não terá o ônus da apresentação do discriminativo.

24. Além disso, o ônus de apresentar cálculo especificado com a inicial também recairá sobre

³⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 263.

³¹ Em sentido oposto: *Ibidem*, p. 263.

o autor da “ação monitória” que visar ao recebimento de quantia certa. Isso porque, deferida a tutela monitória, será imediatamente expedido “mandado de pagamento” ao réu (CPC, art. 1102, *b*). Entre um ato e outro, não há espaço para a remessa de autos ao contador para a feitura de conta.³² Nem se diga que, diante da falta de expressa previsão, o autor teria apenas o ônus de pleitear o valor resultante do cálculo, dispensando-se-lhe a apresentação do respectivo demonstrativo. Sistemáticamente, essa proposição é descartada. Basta que se considere o que ocorre se não houver embargos ao mandado monitório ou se estes forem julgados improcedentes: constitui-se de pleno direito o título executivo, prosseguindo-se “na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV” (CPC, art. 1102, *c*, *caput* e §3º). Ou seja, não haverá ajuizamento de petição inicial de execução (regulada no Capítulo I do Título II do Livro II). Por isso, o demonstrativo de cálculo terá de acompanhar já a inicial da demanda de tutela monitória.

6. Nota crítica: condições para a constitucionalidade da “transferência de tarefas”

25. Um dos traços marcantes da “reforma” do CPC é a transferência de tarefas da máquina judiciária para as partes, sob a forma de novos ônus processuais – muitos deles “perfeitos” (ou seja: cujo descumprimento acarreta inexoravelmente uma desvantagem ao onerado). Sejam vistos o novo regime do agravo de instrumento, a remodelação da função do assistente técnico, a regra do “preparo imediato”, o incidente extrajudicial prévio à consignação em pagamento de dinheiro, e assim por diante.

Para que essa maior oneração das partes não seja um óbice inconstitucional à tutela pela jurisdição, três condições devem ser *cumulativamente* observadas.

Em primeiro lugar, o deslocamento de encargos às partes só se justifica na medida em que se destine, concreta e diretamente, à realização de um processo ainda mais consentâneo com os ditames constitucionais.

³² Muito menos é concebível a instauração de qualquer processo ou incidente de liquidação da obrigação. O autor, ao pleitear a monitória, terá de apresentar não só prova escrita da existência do fato constitutivo da obrigação como dos elementos que determinam seu valor.

A *finalidade* da maior oneração tem de estar conforme ao sistema constitucional de garantias do processo. Assim, exemplificando, o depósito extrajudicial prévio à consignação em pagamento, observadas rigorosamente todas as suas formalidades, é constitucionalmente legítimo na medida em que incentiva solução autocompositiva.

Depois, a consequência estabelecida para o descumprimento de cada um desses ônus tem de ser *razoável e proporcional* relativamente à finalidade almejada. Então, por exemplo, a não-comunicação ao juízo *a quo* da interposição do agravo de instrumento não pode gerar a negativa de conhecimento do recurso, vez que não lhe afeta o processamento em segundo grau.

Por fim, a maior oneração não pode representar um obstáculo material à participação processual dos menos favorecidos. A cada novo encargo que represente uma dificuldade nesse sentido tem de corresponder um instrumento de assistência jurídica – por direta imposição constitucional (art. 5º, LXXIV).³³

A exigência de apresentação de memória discriminada de cálculo enquadra-se nessa tendência de transferência de tarefas. Cabe verificar se ela respeita todas as três condições ora destacadas.

A eliminação do procedimento de “liquidação por cálculo do contador” constitui evidente simplificação procedimental destinada a tornar a prestação da tutela mais ágil. Depois, a exigência de que a parte não só realize o cálculo, como também apresente em juízo sua memória discriminada, tem em mira a preservação do direito de defesa e a facilitação do conhecimento e decisão da questão pelo juiz. Portanto, os fins almejados estão em consonância com os princípios constitucionais do processo.

De outra parte, também a segunda condição se preenche. A consequência negativa da não-apresentação do cálculo discriminado – indeferimento da peça de que deveria constar – justifica-se ante o fim da exigência, que é o de possibilitar o direto e imediato controle do cálculo pelo juiz e o adversário.

É em relação ao terceiro aspecto que podem

surgir dificuldades. A transferência de tarefas às partes pressupõe partícipes do processo qualificados. Indubitavelmente, a elaboração do mero cálculo aritmético, seu exame e impugnação deveriam ser atividades de pleno domínio dos profissionais que postulam no processo, com formação universitária. Então, sua imposição às partes, em tese, não representaria maior custo econômico aos litigantes: seus próprios procuradores judiciais poderiam fazê-lo.

Mas a verificação da existência de barreiras materiais ao acesso à justiça tem de se fazer com os olhos voltados para a realidade. E a realidade não é animadora. Não são poucos os advogados, juízes e promotores que apresentam graves lapsos na sua formação cultural. Daí que o simples cálculo aritmético pode se tornar trabalho complicado para muitos. Diante disso, a parte sofrerá prejuízos dentro do processo – não elaborando cálculo, apresentando-o formal ou materialmente incorreto – ou terá de recorrer aos serviços de um técnico contábil.

A garantia constitucional da assistência jurídica haverá de abranger também esse eventual novo encargo econômico – sob pena de a nova disciplina da determinação de valor por simples cálculo ser incompatível com o sistema constitucional processual. A solução pode ser simples. As contadorias judiciais tiveram sua carga de trabalho nitidamente reduzida pelo novo regime do mero cálculo. Incumbe-lhes, então, prestar orientação e assistência aos profissionais que tenham dúvidas na elaboração ou exame dos cálculos e cujos clientes não possam recorrer a profissional contábil. Não significa que a contadoria deverá necessariamente realizar o cálculo para aqueles que solicitarem. Isso jogaria por terra parte da simplificação que se pretendeu com a reforma. Deverá, isso sim, explicar critérios e fornecer índices.

De mais a mais, a solução da questão a longo prazo, como as de tantas outras atinentes à temática do acesso à justiça, passa pela melhor preparação dos profissionais que atuam no processo – não de hoje preconizada como aspecto fundamental da universalização da tutela jurisdicional.³⁴

³³ Vede TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Rev. de proc.*, n. 80, p. 143, 1995.

³⁴ Vede, por todos, ARAGÃO, Moniz de. O Estado de Direito e o direito de ação : a extensão de seu exercício. *Rev. Brasil. de Dir. Proc.*, v. 16, p. 83, 84 e 86, 1978. COMOGLIO. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova : Cedam, 1970. p. 245.

A defesa do consumidor, a relação contratual bancária e o empresário financeiro

ELCIO TRUJILLO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Valores e princípios. 2.1. O Estado e a Constituição Federal. 2.2. Conceituação. 2.3. Aplicabilidade. 3. Princípio da transparência. 3.1. Relações de consumo. 3.2. Disposições contratuais. 4. Princípio da boa-fé. 5. Princípio da equidade. 6. Princípio da isonomia. 7. Da autonomia da vontade. 7.1. Concepção do Estado e a autonomia da vontade. 7.2. A autonomia da vontade e as relações contratuais. 8. Do contrato de consumo. 8.1. Considerações. 8.2. Do contrato de adesão. 8.2.1. Conceituação. 8.2.2. Vantagens e desvantagens. 9. Das cláusulas abusivas. 9.1. Limite de consideração. 9.2. Das cláusulas abusivas nos contratos bancários. 10. Sujeitos contratuais. 10.1. Fornecedor. 10.2. Consumidor. 11. Considerações finais.

1. Introdução

O sistema creditício bancário ocupa, em tempos atuais, ponto de destaque no sistema econômico, pois sua função não é apenas atender às necessidades de crédito das pessoas, mas também dar segurança e fomentar o próprio desenvolvimento da nação, trazendo modelo de sustentação para a economia.

Daí o interesse público que cerca a matéria diante tal tipo de relação, tornando claro que a matéria é de interesse geral diante, repetindo, área de abrangência e suas conseqüências diretas e indiretas.

O legislador constituinte de 1988, ao desenhar novo modelo para o Estado brasileiro – o do bem-estar social –, cuidou, em parte, de traçar diretrizes, visando assegurar, em todas as relações e, principalmente, nas de consumo, a observância da equivalência entre as partes contratantes no sentido de fomentar o equilíbrio, o tratamento isonômico, tudo no sentido

de afastar a preponderância de interesses de uma parte sobre a outra, com os resultados diversos daquele que deve, obrigatoriamente, surgir onde as partes mantêm aproximado nível de igualdade na troca de direitos e obrigações.

Na relação bancária, embora realizada, na maioria das vezes, entre particulares, há, à evidência, manifesto interesse público diante, repetindo, a dimensão do próprio interesse que cerca a matéria, ou seja, a distribuição de crédito, fomentando o desenvolvimento das atividades, e é justamente nesse setor – o do crédito bancário – que o cidadão se encontra mais desprotegido, e, em razão do desenvolvimento do setor bancário, devidamente estruturado e planejado com a moderna técnica de atuar, inclusive, informatizado, impondo, nessa relação, a vontade preponderante do banqueiro ou dos entes bancários em sacrifício do tomador do crédito que, em geral, sempre necessitando de valores para utilização, nem sempre, nos limites, tem condições de impor ou exigir igualdade no tratamento.

Falece, nessas condições, o tratamento igualitário que deve existir na relação contratual, resultando, em tempos atuais, ausente inclusive a participação de um dos pólos interessados – o tomador – na elaboração da peça contratual que, em regra, vem pronta e impressa, bastando a aceitação ou anuência do tomador do crédito, aderindo às cláusulas ali postas sem qualquer possibilidade de discussão referente aos seus limites e conseqüências.

Esse contratante ou tomador, conforme qualificados, surge como a parte fraca no relacionamento contratual bancário, motivando, portanto, possibilidade de atuação abusiva do fornecedor do crédito.

Ao que se observa, embora vivamos sob uma Constituição que visa ao bem-estar social, com todos os seus valores e princípios, certo é, entretanto, contrariando essa própria linha de desenvolvimento, que os entes bancários atuam, em referência, como se a concepção fosse a do Estado Liberal em que, efetivamente, o Estado não interferisse na relação entre os particulares, prevalecendo o contrato como lei entre as partes.

Tal divergência decorre, conforme já apontamos, em razão da força demonstrada por uma parte – os entes bancários geradores de crédito – e a fraqueza da outra – os tomadores de crédito – que, pela circunstância da necessidade, apresentam-se de forma isolada e sem

qualquer outra garantia em relação aos eventuais desmandos do contratante.

Ao par desse conflito decorrente da figura do Estado ideal pretendido pelo legislador constituinte e o de fato, surgido na operação do dia-a-dia, temos que a nossa sociedade, como quase todas as outras e, principalmente as localizadas no chamado “mundo ocidental”, é de consumo, onde todo o sistema econômico-social é direcionado e baseado na aquisição e consumo de bens e serviços, e o crédito aparece como fator primordial para a satisfação dessas vontades, surgindo elevada procura com proporcional aumento da oferta, mesmo porque, nessa realidade consumerista, é chance de lucro. E esse é fator, na concepção liberal, do próprio desenvolvimento da empresa e interesse do empresário.

No Estado do bem-estar social, não se inviabiliza ou afasta o lucro, mas procura-se dar outra forma, ou seja, o lucro acompanhado do atendimento social com a partilha do próprio produto. Demonstra, nessa condição, a necessidade do exercício do capitalismo regrado, sem exageros ou maiores abusos, respeitando-se o direito de todas as partes, visando alcançar um equilíbrio nas relações e a suportabilidade das próprias obrigações.

É a própria sustentação do desenvolvimento, embora para alguns surja como intervenção desmedida e sem critérios, importunando e dificultando o exercício de atividade que não guarda – aqui novamente a concepção pura do liberalismo – qualquer relação com o Estado, sendo exclusiva das partes diretamente envolvidas – *o pacta sunt servanda* –, força obrigatória do contrato.

Observa-se, também, que o acesso ao crédito resulta convertido em algo essencial para o próprio consumo. Decorre que o crédito, antes reservado ao consumo de algumas classes – as denominadas elites –, popularizou-se e tornou-se, em conseqüência, um produto para as massas.

Antes, quando era destinado para alguns, a contratação, de menor volume, era realizada em condições mais próximas de igualdade no tocante à imposição das cláusulas. Em contrário, ao surgir a massificação e o correspondente crescimento dos consumidores do crédito, os entes bancários financeiros cuidaram de simplificar o atendimento, impondo condições, ou seja, trazendo o contrato pronto, sem qualquer possibilidade de discussão sobre

as cláusulas, cumprindo ao tomador apenas a anuência, assumindo todos os riscos e consequências.

Essa chamada massificação do consumo de crédito teve, conforme já apontamos, crescimento quantitativo e qualitativo. No primeiro, visando a sociedade consumidora ao bem-estar, motivou o crescimento da procura do crédito para a compra de diversos bens e, geralmente, com o comprometimento de recursos futuros diante preços elevados dos objetos desejados. No segundo, em razão de a venda a prazo – sistema tradicional de financiamento do consumo e que era, geralmente, proporcionado pela própria vendedora – ter sido cooptada pelos entes bancários que motivaram a criação de diversas linhas de atendimento e fornecimento ou operações de crédito: crédito pessoal, cartão de crédito.

O crédito motiva o próprio consumo e já alguns chegam a sustentar que estamos em plena transformação da sociedade de consumo em sociedade de crédito.

Portanto, o crédito de consumo resulta convertido numa peça indispensável para um sistema que busca uma ótima combinação entre a satisfação das necessidades de consumo e a sobrevivência do próprio modelo econômico (capitalismo).

As consequências em relação ao consumidor resultam enormes, inclusive, diante constante oferta, em perda da racionalidade na negociação, hipotecando seu próprio futuro.

Conforme sentimos, não se trata da intervenção do Estado, de forma pura e simples, no sentido de inviabilizar a relação entre as partes, mas sim, de operar condições motivadoras do respeito e de consideração contratual, tornando equivalentes as posições das partes envolvidas no negócio dentro do limite do princípio da igualdade ou, como muitos, da isonomia.

E para isso há, efetivamente, a necessidade da edição de regras básicas que irão regular as relações de consumo. Sendo o crédito, ora tratado, produto e serviço, dependendo do momento e da condição, caracterizada está a relação de consumo e, por consequência, incidente a regra de controle a que estarão sujeitos todos aqueles que se envolverem em tais limites.

Considerando que a atividade financeira é desenvolvida pelos agentes financeiros – aqui abrangendo os bancos, as financeiras e entes congêneres –, temos que a relação surgida nesse

campo abrange a área comercial e empresarial, mesmo porque, repetindo, os agentes resultam como empresários do setor financeiro.

Representam, conseqüentemente, um dos pólos da relação contratual, fazendo surgir aspectos empresariais-obrigacionais-financeiros que se submetem, em nível de execução, às claras regras do controle da legislação consumerista.

Dáí o apontamento da relação contratual bancária dentro do aspecto empresarial, mesmo porque, em tempos atuais, qualquer empreendimento, atividade, atendimento, sempre traz, em base anterior, o orçamento e o conseqüente crédito, na maioria das vezes, fornecido em empréstimos, financiamentos, etc.

Assim, sempre haverá um agente financeiro agindo nos limites de todas as atividades empresariais, direta ou indiretamente, mesmo porque, em alguns casos, na derivação empresarial, determinado setor age, dentro de mesmo grupo, com atividade financeira própria, dispensando, inclusive, a relação com terceiros e, assim, o financiamento das atividades, dos produtos, dos serviços.

Esse aspecto empresarial do crédito financeiro é que trataremos na presente monografia e nesse limite a incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição, que sedimentou o desenvolvimento da própria atividade de equilíbrio nessa relação empresarial dentro do aspecto financeiro.

Caso de análise dos contratos, seus limites, cláusulas vigentes e abusivas, prevalência de regras básicas na análise e o enfoque do próprio ônus da prova na relação que surge de iniciativa do fornecedor do crédito.

Mesmo porque a atividade empresarial se apresenta, em tempos atuais, não mais com a figura já apontada por ocasião da referência ao Estado liberal, em que o fim primordial era o lucro, e sim, no Estado de bem-estar social, em paralelo ao lucro, também num resultado coletivo de satisfação mútua, surgindo reflexos no âmbito da própria atividade e também no Estado que age, estimulando ou desestimulando comportamentos e visando a um bem comum, fazendo uso, em algumas vezes, no aspecto tributário financeiro, da extrafiscalidade.

2. Valores e princípios

2.1. O Estado e a Constituição Federal

Apontando, na matéria antecedente, o interesse público existente na relação empresarial

bancária ou financeira que motivou, inclusive, a denominada constitucionalização da matéria ao ser inserida na Carta de 1988, cumpre apontar a questão de valores e princípios que fomentam a própria transformação.

Os valores jurídicos resultam em idéias inteiramente abstratas, supraconstitucionais, que informam todo o ordenamento jurídico e que jamais se traduzem em linguagem normativa. Por exemplo, a justiça e a segurança ou paz jurídica são as idéias básicas do direito. Daí a indicação de que os valores resultam em informação, em base para análise dos pressupostos do direito.

Diante caráter dos valores, sua tradução em princípios e regras concretas do direito sofrerá variações ao longo do tempo, dependendo das etapas da própria vida jurídica.

O que é justo? A resposta, em termos de valores, dependerá da época.

Já o princípio representa o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos a que se vinculam. A justiça e a segurança antes mencionadas começam a adquirir concretidade normativa e ganham expressão escrita. Comportam os princípios, todavia, ainda algum grau de abstração e indeterminação¹.

Tais referências resultam no sentido de apontar a característica da atividade dependendo da época. No já referido Estado liberal, havia, na atividade empresarial, a compreensão de que o Estado não deveria interferir na relação entre o empresário e o consumidor porque nenhuma relação guardava o comportamento com os interesses da Administração Pública.

Cumpria ao Estado cuidar das áreas que lhe eram próprias: segurança, relações exteriores, defesa interna, segurança externa, etc. Entretanto, com as alterações ao longo do tempo, valores daquela época hoje são aplicados de forma diversa e no limite da própria concepção do novo Estado, o do bem-estar social, em que se justifica a intervenção sempre que o interesse público exigir e, portanto, participa a Administração Pública de todas as atividades, bastando, repetindo, a indicação do requisito mencionado: o interesse público, podendo, inclusive, sacrificar direitos.

Nessa concepção é que afirmamos, em tópico anterior, a ocorrência da publicização

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. p. 75.

do direito, pois o empresário também tem sua participação no resultado do atendimento ao bem-estar social.

2.2. Conceituação

E tem essa participação como obrigação, pois, alterado o tempo de aplicação dos valores, princípios imperando em sentido diverso e dentro de concepção diferente do modelo do Estado em que os interesses da Nação é que devem prevalecer, não visa mais apenas ao lucro, mas também a um resultado comum decorrente do exercício da própria atividade.

Princípio – do latim *principium, principii* – encerra a idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga, é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer.

Trata de “proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior desta ciência deve estar subordinado”².

Nelson Nery, com a costumeira acuidade, sustenta que

“É sabido que se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria”³.

Dworkin relaciona que

“Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de ‘tudo’ ou ‘nada’, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e o intérprete”⁴.

Marcelo Abelha Rodrigues salienta que

“Os princípios nada mais são que normas orientadoras de um sistema jurídico, de forma que tanto podem estar nelas embutidos, ou expressamente previstos. Em outras palavras, as normas de um sistema devem traduzir, sempre, seja direta ou indiretamente, os princípios que norteiam aquele sistema”⁵.

² HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. p. 1393.

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. p. 21.

⁴ DWORKIN, apud AMARAL JÚNIOR. A boafé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista do Consumidor*, n. 6, p. 27.

⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista do Consumidor*, p. 15-45.

Celso Antonio Bandeira de Mello anota que “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”⁶.

Ainda segundo Abelha Rodrigues,

“Destá forma, está revelada a gigantesca importância de um princípio num sistema jurídico, de maneira que, insofisticadamente, podemos concluir que, ao se ferir uma norma, indiretamente estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido”⁷.

E prossegue referindo-se a Celso Antonio Bandeira de Mello:

“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de seus comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentem e alui-se toda estrutura neles esforçada”⁸.

Carrazza aponta que

“princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a

aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”⁹.

2.3. Aplicabilidade

Considerando a importância da observância dos princípios para dar a exata compreensão da própria norma aplicada em toda a sua extensão, importante lembrar, de outra parte, com referência à lei de proteção do consumidor, que, ao declarar direitos para o pólo consumidor, impõe ela obrigações para o figurante do outro, ou seja, o fornecedor, qualquer seja sua área de atuação ou mesmo exploração.

Tomasetti Jr., em interessante trabalho, salienta que a Constituição de 1988 traça, de outra parte, como um dos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, a solidariedade social (CF, art. 1º, *caput*, e art. 3º, I), sendo que essa condição não surge compatível com o denominado princípio da autonomia privada (CC, art. 81) sempre que esta propicie o “arbitrio” (CC, art. 115, 2ª parte) de um dos contratantes em conseqüente onerosidade abusiva para a contraparte¹⁰.

Complementa ainda:

“Se o empresário individual ou a sociedade empresária, no desempenho da livre iniciativa que implica a liberdade de contrato (CF, art. 1º, n. IV, 2ª parte, e art. 170, *caput*), exorbita de sua função social, comete abuso que a lei civil genericamente trata como ilícito (CC, art. 160, n. I, 2ª parte, *a contrario sensu*, combinados com a 1ª parte do n. II ao art. 145). Nos arts. 116, parágrafo único, e 154 da Lei 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, há menções explícitas à função social das companhias. Essas normas aplicam-se também às sociedades por quotas de responsabilidade limitada (Dec. 3.708/19, art. 18).

As sociedades empresárias e os empresários individuais predisponentes

⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. p. 29. Na obra, citando ainda Eduardo Couture: “*principio es un enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez general*”.

¹⁰ TOMASETTI JR., Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano : rejeição das cláusulas abusivas pelo Direito Comum. *Revista do Consumidor*, p. 2-52.

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

⁷ RODRIGUES, op. cit.

⁸ *Ibidem*. p. 45.

das cláusulas contratuais à semelhança das perqueridas nesta oportunidade só exercerão constitucionalmente a livre iniciativa econômica pelo intermédio de expedientes contratuais uniformizados quando se ajustarem ao princípio da solidariedade (CF, art. 1º, n. IV; art. 3º, n. I) e ao princípio de respeito ao consumidor (170, n. V), ambos em convergência com o princípio da função social da propriedade dos bens de produção (art. 5º, inciso XXIII, *ex argumento*).

(...)

Se a Constituição explicitamente alicerçou princípios de direito, à sua luz terão de ser apreciadas as normas constantes das leis infraconstitucionais. Todas as regras incompatíveis com os princípios constitucionais devem considerar-se implicitamente revogadas, total ou parcialmente. Da mesma forma, todos os negócios jurídicos, ou cláusulas deles, que contrariem aqueles princípios devem ser já considerados ilícitos, com as conseqüências de direito comum ordenadas à nulidade superveniente, ou à oportuna ineficacização daqueles negócios e cláusulas.

Ressalvado o princípio do respeito aos direitos adquiridos, declarado no n. XXXVI ao art. 5º da própria Constituição, resta lembrar que este mesmo princípio, nos casos a decidir, deverá ser aplicado mediante valorações concretizadoras que o harmonizem sistematicamente com a disposição do inc. XXXII ao mesmo art. 5º, e com o princípio do mencionado n. V ao art. 170 daquela lei maior¹¹.

A questão de observância aos princípios nos limites da relação com o consumidor do produto ou do serviço é questão, importante realçar, fixada pelo legislador constituinte de 1988 e no sentido de proporcionar igualdade efetiva na relação decorrente.¹² Segundo o dispositivo

¹¹ Ibidem.

¹² No Título VII – Da ordem econômica e financeira, Capítulo I: Dos princípios gerais da atividade econômica, art. 170, da Constituição Federal vem explícito: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor”.

ora transcrito, ausente qualquer exclusão no tocante à participação no campo econômico, cumprindo o atendimento, entre várias condições, dos princípios gerais que atuam na defesa do consumidor, não se havendo, por conseqüência, falar na inaplicabilidade quando se tratar de ente financeiro ou econômico, pois o dispositivo já referido surge bastante explícito ao comandar fiel observância das regras que, embora prestigiando a livre iniciativa, determinam o enquadramento, no tema tratado, nos limites do interesse público e, sabidamente, o interesse coletivo de consumo resulta como manifestamente público.

Daí a questão essencial que se impõe da realização da atividade empresarial financeira atendendo às regras básicas da relação contratual consumerista.

Não se deve analisar o princípio de forma isolada e sem levar-se em conta o mundo jurídico onde inserido, cumprindo ao intérprete a visão do conjunto e, a contar daí, tendo por base todos os valores constitutivos que, assim, influenciarão o desenvolvimento do direito no tempo e no espaço de atendimento e aproveitamento.

Jesús Gonzáles Perez sustenta que

“os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também, o fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica; são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação”¹³.

Diante tal dimensão, temos que o legislador de 1988, tratando dos princípios fundamentais, apontando, no artigo 1º, o modelo do Estado, fixou que

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)”.

Ao tratar dos objetivos fundamentais, indicou, no artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I); o desen-

¹³ GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo*. Madrid : Civitas, 1983. p. 45-46.

volvimento nacional (II); a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (III), além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).

Cuidando, no título II, dos direitos e garantias individuais, cuidou, no capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, de assentar no artigo 5º 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, nos termos seguintes:

(...);

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

(...)”.

Por conseqüência, pelas disposições constitucionais apontadas e que surgem logo no início da Carta, observa-se que os princípios imperam no tocante à satisfação da igualdade entre todos, sem qualquer distinção, e, no campo econômico, à previsão de resguardar os direitos das partes consideradas, na relação, como as de menor potencial de defesa – o consumidor –, concluindo-se, em decorrência, que, diante tais condições, o legislador considerou o empresário como o pólo, na relação de comércio, mais forte e em condições de fazer preponderar sua vontade sobre aquele mais fraco, repetindo, o consumidor.

Aqui, portanto, a primeira condição de interpretação sobre diferença – o empresário com maior força na relação e o consumidor com menor potencial de segurança –, impondo-se, no caso, para o encontro do equilíbrio, o recurso da lei, exigindo condições de atendimento e obrigações à parte mais sólida e forte.

Em primeira vista, a condição surpreende, dando a entender que há equívoco de parte do legislador constituinte ao apontar, dentro do capítulo que prega o tratamento igual, a desigualdade como fator de segurança na relação de consumo.

Entretanto, cuida-se apenas de explicitar o princípio da igualdade ou da isonomia para o qual todos devem receber igual tratamento, sem qualquer distinção, resultando iguais onde se igualarem e desigual onde se desigualarem,

tudo no sentido de fomentar, na prática, o efetivo equilíbrio consagrado pelo artigo 5º da Constituição.

Numa leitura direta, sem qualquer outra preocupação, teremos a igualdade formal e que, em realidade, não provoca o efetivo equilíbrio, condição que vai surgir quando, em lugar da simples formalidade, aplica-se, na prática, essa vontade do legislador, tornando desiguais os desiguais no limite da desigualdade e, nessa desigualdade de tratamento, chegando-se à igualdade ou ponto de equilíbrio.

No caso em análise, conforme já apontado, se o Estado recebeu a incumbência de, no interesse público, cuidar da defesa do consumidor, certo é que o legislador reconheceu a necessidade de equipar a parte mais fraca contra aquela mais forte, para sustentação do equilíbrio, surgindo aqui o empresário como a parte mais forte.

E quais princípios resultam essenciais no contrato bancário e financeiro e que, obrigatoriamente, sob pena de invalidade, deverão ser observados pelo fornecedor ou prestador do serviço?

Diversos se apresentam e, em conjunto, fortalecem a posição do contratante consumidor, elevando-a à posição de igualdade perante o contratante fornecedor.

Não se trata, como sustentam algumas correntes que adotam ainda valores do Estado liberal e não do atual estágio – Estado do bem-estar social – com a prevalência do interesse público sobre o particular, de enfraquecer o pólo fornecedor e, portanto, ferir dispositivo constitucional que consagra a livre iniciativa. A questão é diversa, isto é, o Estado fomenta a livre iniciativa mas, ao mesmo tempo, constatando que esta proporciona fortalecimento desigual, procura sustentar melhor amplitude na declaração dos direitos daquele, presumivelmente, mais fraco na relação contratual e diante próprias condições da utilização do produto e serviço.

Assim, nenhuma contradição existe na posição adotada pelo legislador constituinte de 1988, que cuidou apenas, seguindo tendência de todas as legislações modernas, tornar concreta a base do próprio negócio, ou seja, a efetiva igualdade entre partes e nos limites já mencionados da isonomia corrente, ou seja, dar tratamento igual aos iguais à medida que se igualam e desigual na medida e na proporção do desenvolvimento dessa própria desigualdade.

E, sabidamente, a livre iniciativa consagrada no artigo 170 da Constituição Federal se compatibiliza com a própria defesa do consumidor, sendo fator preponderante do próprio Estado de direito, ou seja, a busca da igualdade nas relações, principalmente as obrigacionais.¹⁴

Por sinal, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), apontando que

“A política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)”

é, concretamente, uma norma-princípio que elenca ainda outros que deverão ser observados para a efetiva condição de equilíbrio na relação de consumo.

Olga Maria do Val, tratando de analisar a questão posta no artigo 4º, refere que

“Na verdade, a palavra ‘princípios’ utilizada pelo legislador não possui aquele significado exclusivamente jurídico de princípio como norma, ou, ainda,

¹⁴ Ilustrando a preocupação do legislador constituinte, cumpre apontar Ada Pellegrine Grinover, que em interessante trabalho sustenta, embora em outra área, condições que se aplicam ao caso ora tratado ao afirmar que “a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação do seu acesso à Justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual –, exigindo um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à Justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução”. BEDAQUE, Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do Direito Material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 55: A tutela jurisdicional dos interesses difusos do consumidor brasileiro. Comunicação apresentada nas XIII Jornadas Ibero-Americanas do Direito Processual, de 9 a 13-8-92, em Cuernavaca, México.

de princípios gerais do Direito, e sim de parâmetros que devem ser seguidos para alcançar a realização da Política Nacional. Assim, nem tudo o que o legislador definiu como ‘princípio’ é princípio. Por isso, entendemos que a verificação dos princípios que estão presentes no art. 4º deve ser feita levando-se em conta os princípios do sistema jurídico já definidos anteriormente pela doutrina.

Os ‘princípios gerais de direito’ são aqueles que sempre serviram de base à elaboração das normas positivas. Têm a sua origem no Direito Natural, são universais e sempre existiram, pois fazem parte da própria história dos seres humanos.”¹⁵

Assim é que o Código de Defesa do Consumidor, segundo a autora mencionada,

“deu força de norma a alguns desses “princípios gerais de direito” – o da boa-fé e o da equidade – assim como deu especificidade própria ao princípio da isonomia, ao tornar o consumidor igual ao fornecedor perante a lei”¹⁶.

3. Princípio da transparência

3.1. Relações de consumo

Nota-se que esse princípio vem de forma implícita no artigo 4º já mencionado. Busca uma relação mais próxima e adequada entre o fornecedor e o consumidor, visando, pelo próprio conteúdo, à sinceridade no negócio entre ambos os contratantes. Visa permitir um olhar direto no tocante à verdadeira intenção de cada um e no sentido de que, de forma pura – no sentido de pleno conhecimento de condições –, instaure-se a plena satisfação no atendimento dos fins objetivados na contratação: o fornecimento e o recebimento do produto ou serviço.

Cláudia Lima Marques aponta que

“transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase

¹⁵ VAL, Olga Maria do. Política nacional das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 11, p. 77, jul./set. 1994.

¹⁶ *Ibidem*.

pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Complementa, inclusive, que

“O CDC regulará, assim, inicialmente aquelas manifestações do fornecedor tentando atrair o consumidor para a relação contratual, tentando motivá-lo a adquirir seus produtos e usar os serviços que oferece. Regula, portanto, o Código a oferta feita pelo fornecedor, incluindo aqui também a publicidade veiculada por ele. O fim dessas normas protetoras é assegurar a seriedade e a veracidade dessas manifestações, criando uma nova noção de ‘oferta contratual’ (...).

Transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis porque institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato”¹⁷.

Esse princípio, por conseqüência, impõe ao fornecedor o dever da efetiva e direta informação sobre todas as condições do negócio a ser realizado, abrangendo tanto a oferta como o texto do próprio compromisso quando escrito ou a divulgação ampla das condições quando, em decorrência do pequeno negócio, for verbal.

Tanto que o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor consagra que toda oferta deve ser clara e correta sobre todo o produto ou serviço, sob pena de responsabilização do fornecedor – responder pela falta (art. 20) ou, ainda, cumprir a oferta feita (art. 35)¹⁸.

Deve, portanto, o fornecedor estar atento para essas transformações no tocante à responsabilização diante vinculação com as condições

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 206-207.

¹⁸ CDC, artigo 30: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”;

Artigo 20: “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária...”.

apresentadas ou divulgadas, mesmo porque inclusive a publicidade traz essa condição, alterando a prática comercial, resguardando o direito do consumidor, colocando-o na condição de parceiro no negócio e não mais, como anteriormente, dependendo do negócio.

3.2. Disposições contratuais

Assim é que o contrato deverá ser elaborado e redigido de forma clara e tudo no sentido de proporcionar ao consumidor o amplo, pleno e prévio conhecimento de todas as condições reguladoras da vinculação e sob pena, conforme art. 46¹⁹ do Código de Defesa do Consumidor, de não obrigar o consumidor.

Portanto, segundo Agathe E. Schmidt da Silva,

“Se o fornecedor descumprir seu dever de dar oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado. O contrato de consumo é como se inexistente, por força do artigo 46, embora a oferta, por força do art. 30, continue a obrigar o fornecedor”²⁰.

Aplicando-se o princípio nas relações contratuais, constata-se que, efetivamente, surgiu profunda alteração no tocante à participação dos envolvidos, trazendo para o fornecedor aumento da responsabilidade na divulgação das condições do compromisso, sob pena de, mesmo assinado, não se sustentar para fins de execução contra o consumidor²¹.

¹⁹ CDC, artigo 46: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

²⁰ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, p. 152.

²¹ Cláudia Lima Marques, na ob. citada, sustenta que “Em verdade, este novo mandamento de transparência, introduzido pelo CDC, possui efeitos concretos de grande importância no dia a dia das relações de consumo.

De um lado, o ideal de transparência no mercado acaba de inverter os papéis tradicionais, aquele que encontrava-se na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar,

Portanto, a transparência afeta a própria essência do negócio, trazendo conseqüências concretas para o fornecedor e indicando, de outra parte, que há a equivalência de força na relação de consumo dentro daquilo que se denomina justiça contratual, pois a condição não-apresentada não vinculará o contratante-consumidor e aquela utilizada para a publicidade será incorporada na condição de cumprimento e execução, vinculando diretamente o contratante-fornecedor²².

4. Princípio da boa-fé

Vamos encontrar, nessa relação fornecedor-consumidor, também a necessidade da observância de regras compatíveis com a lisura que deve existir no contrato, ou seja, a boa-fé que, no Código de Defesa do Consumidor, vem referida no próprio artigo 4º quando, após indicar a transparência, aponta a “harmonia”.

Essa condição surgirá com a observância da boa-fé que, no caso, surge como princípio orientador do próprio Código, o que motivará o controle das cláusulas contratuais abusivas,

informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6, III), enquanto aquele que encontrava-se na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*).

Se esta inversão de papéis ocasionada pelo ideal de transparência e lealdade no mercado imposto pelo CDC pode ser considerada renovadora, o sentido e o fim (*Sinn und Zweck*) do mandamento, como denominam os alemães a *ratio legis*, pode ser reduzida à tradicional procura da ‘verdadeira e livre vontade do consumidor’. Visto desse ângulo, o ideal de transparência seria apenas uma nova (e sem dúvida importante) pré-condição para que o consumidor possa manifestar-se sem medo e livremente sua vontade, e realizar (ao fim) as suas expectativas legítimas, aquelas que o levaram a – informado devidamente sobre o produto ou serviço, ciente de seus futuros direitos e deveres contratuais – escolher aquele fornecedor como seu parceiro contratual” (p. 207-208).

²² Cláudia Lima Marques, na obra mencionada, às fls. 207, aponta, inclusive, exemplo concreto de conseqüência suportada pelo fornecedor em contrato de crédito: “Cartão de Crédito. Informação equivocada a consumidor sobre a incidência de encargos e juros acrescidos sobre o valor da compra, pela utilização do sistema de cartão. Cobrança indevida. Restituição, ao comprador, dos valores pagos a maior, corrigidos pelos índices do BTN,

conforme constante do artigo 51, inciso IV²³.

Por sinal, tal princípio – o da boa-fé – sempre existiu em nosso ordenamento jurídico, sendo facilmente localizado como princípio geral de direito e, por conseqüência, não-normatizado.

Humberto Teodoro Júnior afirma, inclusive, que

“nosso Código – referindo-se ao Código Civil – não contém norma específica sobre o tema, mas a doutrina e a jurisprudência entendem, à unanimidade, que dito princípio também prevalece, entre nós, como princípio geral de direito”²⁴.

Antonio Junqueira de Azevedo assegura que

“Há, nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial Brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé – é o artigo 131²⁵, sobre a interpretação contratual”²⁶.

Olga Maria do Val anota que

“Com o advento do Código do

desde o desembolso até o efetivo pagamento (Decisão unânime) (Proc. n. 01189709122, Rec. 115/89, Rel. Dra. Maria Isabel Brogini, 2ª Câmara Recursal do Juizado Especial de Pequenas Causas/RS, 21.12.89)”.

²³ CDC, artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

²⁴ TEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus princípios*. Aide, 1993. p. 37.

²⁵ Código Comercial, art. 131: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; (...).”.

²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, p. 78 e seg.

Consumidor, o princípio da boa-fé, de regra de interpretação, de princípio jurídico aplicável como fonte de direito, subsidiariamente portanto, foi elevado à categoria de norma jurídica (norma princípio). A partir de agora, é norma posta, de observância obrigatória, cogente (a teor do art. 1º da Lei 8.078/90)²⁷.

Tanto que, no artigo 4º do Código do Consumidor, vamos encontrar que

“A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”

resultando, em decorrência desse dispositivo, que a boa-fé

“deixa de ser elemento subjetivo nas relações jurídicas e passa a ser elemento objetivo, ou seja, de apuração obrigatória na formação dessas relações jurídicas (a não ser nas hipóteses de responsabilidade objetiva, sem culpa), de vez que foi erigida (a boa-fé) à categoria de norma princípio. Com efeito, dispõe o inc. IV do art. 51 da Lei 8.078/90²⁸ que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a boa-fé”²⁹.

²⁷ VAL, op cit. p. 79.

²⁸ CDC, art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

²⁹ VAL, op. cit. p. 79.

Ora, tal condição consagra o princípio da boa-fé como de eficácia plena, pois que sem qualquer efeito – absoluta nulidade – quando as cláusulas contratuais o contrariarem.

A condição plena desse princípio levou Cláudia Lima Marques a apontar que

“Poderíamos afirmar genericamente que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC; neste trabalho, porém, estamos destacando igualmente o princípio da transparência (art. 4º, *caput*), o qual não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais”³⁰.

No tocante à aplicação da boa-fé, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar ressalta que

“a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se segundo a boa-fé se projeta à sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé”³¹.

Portanto, a boa-fé na relação de consumo procura dar equilíbrio ao contrato, afastando a prevalência, nas cláusulas, da vontade de um em detrimento do outro, restabelecendo a posição de equivalência entre o fornecedor e o consumidor. Diz respeito à consciência das partes contratantes, à sua intenção. Visa, por consequência, limitar os desvios na relação contratual de consumo.

No caso do ente financeiro, surge como expressão máxima no contrato, sob pena, inclusive, de ser declarada nula a cláusula que ferir esse preceito: a boa-fé.

³⁰ MARQUES, op. cit. p. 257.

³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Brasília, 1994. Trabalho apresentado ao II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor.

5. Princípio da equidade

Encontramos a equidade como norma-princípio, no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, ao exigir equilíbrio nas relações entre o fornecedor e o consumidor. Em nosso direito, a aplicação de tal princípio sempre foi ponto de discussão, dificultando, no aspecto de utilização, a sua própria compreensão.

Cláudia Lima Rodrigues afirma que

“o princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por ‘abuso do poderio econômico’ do fornecedor, como exige a lei francesa; ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrária às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a autonomia de vontade não prevalecerá”³².

Deve, portanto, o fornecedor contratante observar que, em qualquer período do contrato, deve prevalecer o equilíbrio entre os contratantes, pouco importando, na condição, a adesão do consumidor, pois tal princípio, como norma cogente, impera sobre a própria vontade das partes e, portanto, condição abusiva resultará afastada da relação; e tudo, repetindo, no sentido de sustentar o equilíbrio necessário entre as partes envolvidas.

Cuida-se de verdadeira revolução ética, pois preponderará sempre, na dimensão do interesse público, o equilíbrio e, no caso de afastamento dessa condição fixada pelo legislador, nenhum efeito produzirá a cláusula motivadora do desequilíbrio, restabelecendo o ponto de apoio no sentido de tornar iguais, em direitos e obrigações, os contratantes, pouco importando esteja no pólo fornecedor ou no pólo consumidor.

É uma realidade ainda não sentida nas relações bancárias e financeiras em que, efetivamente, da análise dos contratos se apura a prevalência da vontade do fornecedor, desequilibrando a condição e motivando, entre os prejuízos, a própria inadimplência.

Equidade surge, na relação de consumo, como expressão de justiça³³. Agathe E. Schmidt da Silva, citando Aristóteles, aduz que equidade é a justiça do caso concreto. Fazendo referência a José de Oliveira Ascensão, aduz que

“a decisão dos casos segundo a equidade foi de há muito comparada à utilização da régua lésbica”.

E complementa:

“Esta, ao contrário das régua vulgares, que são rígidas, era maleável, permitindo a adaptação às faces irregulares dos objetos medidos. Também a norma é uma régua rígida, que abstrai das circunstâncias por ela não consideradas relevantes a equidade de uma régua maleável. Ela está em condições de tomar em conta circunstâncias do caso, que a regra despreza, com a força e a fraqueza das partes, as incidências sobre o seu estado de fortuna, etc., para chegar a uma solução que se adapta melhor ao caso concreto, mesmo que se afaste da solução normal, estabelecida por lei”³⁴.

³³ “A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente dessa circunstância. E nem por isso a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade” (Ética a Nicômacos, 1137b), in Equidade, Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 32, p. 393.

³⁴ SILVA, op. cit. p.157-158.

³² MARQUES, op. cit., p. 283.

Caracteriza-se a equidade contratual como o respeito ao equilíbrio entre deveres e direitos e com a finalidade de encontrar a justiça contratual. Significa a vedação na utilização, por parte do fornecedor, de cláusulas que assegurem vantagens desproporcionais – as denominadas cláusulas abusivas –, resultando conflitantes também com a boa-fé que deve existir em torno de qualquer contrato, principalmente o de consumo. Na infringência, conforme já referido, a condição abusiva poderá ser declarada nula, não produzindo qualquer efeito, porque contrária, na circunstância, condição de ordem pública.

6. Princípio da isonomia

Conforme anteriormente apontado, deve o fornecedor levar em conta, na contratação de fornecimento de produtos ou serviços, que as pessoas são diferentes entre si e, portanto, inviável idêntico tratamento, afastando a referência aos limites diversos entre um e outro.

A isonomia vai sustentar, justamente, a desigualdade no tratamento, buscando, na essência, a aproximação da igualdade. Gera, em início, alguma confusão na compreensão por que se procura a igualdade, por que fomentar a desigualdade; entretanto, o tratamento é que deve ser desigual no limite em que as partes se desigualem e no sentido de igualar na diferença.

Como já afirmou Ruy Barbosa,

“a democracia não é exatamente o regime político que se caracteriza pela plena igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual dos desiguais. No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, ele é sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro”³⁵

É uma compensação visando à concretização da isonomia real, substancial e não meramente formal.

Todos são iguais perante a lei (art. 5º da

³⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. Forense, 1991. p. 39.

Constituição Federal), e a aplicação do princípio nas relações de consumo vem declarar a vulnerabilidade do consumidor, apresentando-o como a parte mais fraca na relação negocial.

João Batista de Almeida, fazendo referência à vulnerabilidade do consumidor, salienta que é

“a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre que se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico”³⁶.

Olga Maria do Val indica que

“A busca de equilíbrio nas relações sociais não é nova, podendo ser comparada, na área do direito do consumidor, ao que ocorreu há algumas décadas, no campo do Direito do Trabalho, no qual foi necessário, também, o reconhecimento da vulnerabilidade do trabalhador, em face da sua situação de inferioridade em relação ao empregador. Assim é que esse reconhecimento de vulnerabilidade da parte mais fraca tem sua origem, sempre, na realidade social. A igualdade que o Código do Consumidor protege, amparado pela Constituição Federal, tem por objetivo nivelar aqueles que não desfrutam da mesma condição social”³⁷.

Citando Fábio Konder Comparato, adianta que

“Importa, ademais, notar que o objeto dessa proteção não é o consumidor, como figura geral e abstrata, e sim diferentes consumidores, considerados em situações concretas e determinadas e inspirando diferentes graus de proteção. Há, com efeito, atos de consumo desestimulados, contra os quais o consumidor pode e deve ser protegido”³⁸.

Celso Antonio Bandeira de Mello, tratando da desigualdade como fator para se atingir a isonomia, salienta:

“O reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigua-

³⁶ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. Saraiva, 1993. p. 11.

³⁷ VAL, op. cit. p. 78.

³⁸ Ob. cit., p. 11.

lação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido, critério de discrimen, e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”³⁹.

Nelson Nery Júnior indica que

“a igualdade real, na verdade, não é uma forma de proteção de alguns grupos, como costumemente falamos, mas trata-se, a rigor, de uma busca de um reequilíbrio ocupacional de alguns grupos, nos diversos flancos da sociedade. Esse princípio tem sua raiz deitada nos artigos 1º e 3º da CF. Alguns exemplos desses grupos que merecem atenção especial, pois têm esse direito, que surge da necessidade de se igualar uma posição na sociedade, são a gestante, o trabalhador, os indígenas, os portadores de deficiência e, é claro, o consumidor”⁴⁰.

Refere-se, portanto, ao exercício pleno da própria cidadania, pois o consumidor, na relação instaurada, tem, em face do princípio, tratamento adequado e em nível de igualdade com o fornecedor, mesmo porque, diante da predominância de um, o outro recebe tratamento diferenciado no sentido de proporcionar o equilíbrio e, por conseqüência, justiça no próprio resultado.

Com tais ponderações é que deve ser lido e entendido o princípio insculpido pelo legislador constituinte e no sentido de que todos resultam iguais perante a lei.

Assim, na relação de consumo, limitações vão surgir no tocante ao contrato firmado entre as partes. Obrigatoriamente deverão observar, sob pena de nulidade da cláusula, os princípios ora tratados e, principalmente, o da transparência que permite ao consumidor, inclusive, amplo e pleno conhecimento das condições reguladoras do negócio.

É, nessa relação, o tratamento igualitário.

Por conseqüência, temos que há, em tempos atuais, limitação não na contratação, mas, sim, na prevalência das condições motivadoras do compromisso, quer de ordem constitucional, quer de ordem infraconstitucional, resultando

uma motivada pela outra.

Na relação de consumo, todos são livres para contratar; entretanto, o contratante-fornecedor deve ter a cautela de observar, em relação ao contratante-consumidor, as mínimas regras postas pelo Estado quando pretende garantir a parte considerada mais fraca, aumentando seu poder na proporção de sua fraqueza em relação ao outro, ou seja, o fornecedor, parte presumida mais forte na relação.

Há, à evidência, manifesto interesse público na guarda e proteção dessas relações e no sentido de garantir o exercício pleno da própria cidadania. Em razão disso, há a nulidade da cláusula que atentar contra as condições e princípios ora tratados, deixando, no conflito, de prevalecer, reduzindo, em igualdade, as partes.

É, repetindo, a condição do equilíbrio negocial.

7. Da autonomia da vontade

7.1. Concepção do Estado e a autonomia da vontade

No Estado liberal existia, efetivamente, a prevalência da autonomia da vontade em que, na relação entre as partes, impunha-se, como comando, a condição assumida de um em relação ao outro, chegando àquele conceito de que “o contrato faz lei entre as partes”.

Ao longo do tempo, portanto, houve essa prevalência e, uma vez firmado o compromisso, impunha-se o seu integral cumprimento, resultando, em parte, às vezes, em verdadeira injustiça, pois a igualdade contratual era apenas formal, e não concreta, efetiva.

Nessa regra de que o contrato faz lei entre as partes, aquela mais forte sempre domina a relação e, conseqüentemente, ausente a igualdade no negócio, possibilita-se o arbítrio e o prejuízo decorrente.

Era uma questão da autonomia privada; entretanto, com o desenvolvimento e o avanço da própria sociedade, o negócio, antes particular, transformou-se, passando a atender aos interesses coletivos.

Assim é que o primado da autonomia da vontade prevaleceu no ordenamento das civilizações individualistas até recentemente, quando encontrou-se limitado pelas exigências de justiça concreta ou pelo reconhecimento da própria evolução dos conceitos de relação

³⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conceito jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. p. 21.

⁴⁰ NERY JR., op. cit.

contratual pela sociedade, justificando a intervenção na vida econômica pelo Estado, reduzindo a figura do chamado Estado liberal, tendo o Estado, por consequência, efetiva e direta participação em todas as relações surgidas sob a denominação de interesse público⁴¹.

Essa autonomia do contrato, antes absoluta e que era tida como uma das formas de expressão da liberdade, criando preceitos vinculantes, surge hoje, diante transformações já referidas, relativa, ou seja, afastou-se do referido preceito vinculante do particular para submeter-se à vontade soberana do Estado.

Tornou-se exigência para aplicação de justiça na relação contratual.

Assim é que antes, em termos de análise de contrato, permitia-se a análise do aspecto externo, ou seja, capacidade dos contratantes, formalismo, licitude, etc..., resultando vedada a apreciação das condições internas, ou seja, o próprio mérito.

A alteração ao longo dos tempos foi justamente nesse sentido, ou seja, proporcionar que um ente alheio às partes, em nome do interesse público, analise não somente as condições externas do compromisso, mas também o denominado mérito do contrato, os direitos e as obrigações de cada contratante.

É o abandono da concepção individualista e o reconhecimento da efetiva transformação das sociedades, gerando a figura do coletivo.

⁴¹ Referente a essa transformação, importante a posição de Miguel Reale: "... sendo hoje bem diversos os esquemas ordenadores de nossa vida econômica, já prevalecem soluções marcadas pelas exigências da justiça concreta", pois, "a norma jurídica nunca é de caráter puramente volitivo, mas fundamentalmente axiológico, visto como o fim, postulado por seu intermédio, é sempre a versão ou a veste racional de um valor, ou, por outras palavras, um valor visto e reconhecido como motivo determinante da conduta. Valor, dever-ser e fim podem ser discriminados ou concebidos como momentos do processo de objetivação normativa, no qual a vontade constitui fator decisivo de mediação: o direito não é tal pelo fato de ser querido, mas é querido e atualizado pelo valor-fim que encerra". Portanto, segundo se apura, a autonomia da vontade deve ser analisada ou examinada, na perspectiva tridimensional do direito, ligada a um fim socialmente valorado. (REALE, Miguel. *O direito como experiência*. Saraiva, 1968).

7.2. A autonomia da vontade e as relações contratuais

E isso porque, em inúmeras modalidades contratuais, geralmente uma das partes não tem qualquer possibilidade de fixar, com a sua vontade, o conteúdo do negócio jurídico, pelo que nesses negócios não haveria "declaração de vontade".

Renata Mandelbaum sustenta que

"Como já visto, estamos diante da decadência do princípio da autonomia da vontade em razão de ter escoado o momento político e econômico em que fora possível, e até mesmo necessária, a sua formação. Estamos hoje frente a uma nova realidade, que não admite a aplicação plena do *pacta sunt servanda*. Para exprimir a transição dos contratos e da expressão da vontade, observando que esta não tinha mais autonomia, imperando a determinação do mais forte sobre o economicamente mais fraco, o que se busca é impedir o ilimitado exercício dos direitos individuais"

e que

"Antes mesmo de romper-se com a questão do dogma da autonomia da vontade, falava-se em sua limitação, tendo cada ordenamento, mediante leis específicas, para situações concretas, determinadas em razão da necessidade do tráfico negocial, imposto limitações ao poder de contratar das partes. Em resumo, observe-se que inicialmente a autonomia da vontade era limitada pela impossibilidade de serem firmados, pelos particulares, negócios ilegais ou imorais, sendo que a ilegalidade era observada não somente como fraude à lei, mas a toda a ordem pública"⁴².

⁴² MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 58-59. Aponta ainda, em nota de rodapé, citando Frazão: "Se, mesmo nos antigos moldes de contrato, a prática mostrou ser necessário restringir a soberania do consentimento e declarou falsa a paridade de condições em que a lei considerava os contratantes, nas modernas formas contratuais constatou-se, de um lado, o nenhum valor do consentimento para a formação do contrato, de outro, a autonomia da vontade reduzida a uma simples adesão, pois o indivíduo já não trata de discutir as condições e se submete inteiramente à lei do mais forte".

Portanto, deve o ente financeiro levar em conta todas essas transformações, no sentido de que a ordem pública, os valores morais, os usos e costumes e também o Código de Defesa do Consumidor, no caso das relações de consumo, exigem uma limitação e no sentido de proteger o contratante considerado como pólo mais fraco, estabelecendo os denominados direitos básicos do consumidor e a conseqüente responsabilidade do fornecedor pelo produto ou serviço, ditando, inclusive, específicas condições para cada tipo de contratação.

Não se cuida de apontar que a autonomia da vontade, em tais relações negociais, tenha sido derogada, mas sim de reconhecer que o ordenamento jurídico, com a criação de normas supletivas, adquiriu nova função ou, no dizer de Renata Mandelbaum, “um novo espaço dentro das relações contratuais”. Dizendo que a autonomia de vontade continua a existir nas relações paritárias, acrescenta que

“Apenas a legislação tornou-se mais protetiva para as situações em que deparamos com desigualdade entre as partes, buscando restabelecer o equilíbrio, procurando a justiça distributiva por meio de uma relação de equivalência”⁴³.

Deve o ente financeiro levar em conta, portanto, que o Estado, que até pouco tempo não interferia direta ou indiretamente no direito dos particulares – e porque, dentro da autonomia da vontade, o *pacta sunt servanda* se cristalizava como verdadeira criação legislativa pelo particular e, em conseqüência, fazendo lei entre as partes, ficando o Estado fora diante delegação existente –, atualmente passou a ser mais atuante, intervindo em todas as relações diante a constatação da realidade que a parte mais forte acaba por subjugar a mais fraca dentro da relação contratual, prevalecendo o poder econômico, ferindo a própria igualdade que sustenta a liberdade de contratar. Decorre dessa circunstância a possibilidade atual da revisão dos contratos e a já apontada amenização do *pacta sunt servanda*.

Ainda segundo Renata Mandelbaum,

“Uma nova concepção de contrato, solidarista, adapta o instrumento jurídico às novas circunstâncias sócio-econômicas. Em função das novas faces que adotaram os contratos – contratos de adesão a condições preestabelecidas –, resta claro que os indivíduos não são os

que mais estão preparados para melhor proteger seus interesses; a liberdade contratual convinha ao período em que imperava a economia liberal. Hoje são necessários o controle, a intervenção do Estado, fundados em considerações sociais, humanizantes – solidaristas –, para alcançar a paz social”.

E prossegue:

“O contrato não mais pode ser visto exclusivamente como uma simples resultante de leis econômicas, a simples transposição em termos jurídicos de fenômenos econômicos. O contrato também sofre influências outras, que fogem à conjuntura econômica, ele está inserido no contexto social. Hoje, ele é tido como instrumento de convivência, conforme expressa Stiglitz ao expor que os contratos, frente a essa nova situação que impera, devem ser vistos com uma certa dose de sensibilidade, humanidade, e não somente reduzidos a uma operação econômica, devendo ser entendidos em sua função de satisfazer e tutelar necessidades e interesses humanos”⁴⁴.

8. Do contrato de consumo

8.1. Considerações

Com as constantes transformações, desenvolvimento e modernidade, com a capacitação dos fornecedores, o contrato, em sua concepção tradicional de que seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade – o denominado contrato paritário ou individual –, resultou reduzido.

Não que seja ausente, em termos atuais, o seu encontro; todavia, com o advento da chamada sociedade de consumo, com a produção e a distribuição em grandes quantidades, o comércio jurídico ficou massificado, ou seja,

⁴⁴ Ibidem. p. 66-67. Com referência a Stiglitz, consta que o autor, na obra *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires : Palma, 1990. p. 5, “faz alusão a um fenômeno ao qual denomina de *enturbiamiento del mercado*, ao qual explica como sendo uma acentuação da disparidade de forças que se manifesta através de um metódico e contínuo aproveitamento dos consumidores por parte dos empresários”.

⁴³ Ibidem. p. 65-66.

despersonalizou-se, o mesmo ocorrendo com os métodos de contratação, também em massa ou, como identificam alguns, estandardizados, surgindo prevalência na relação de produtor/fornecedor/consumidor, onde este último não mais consegue declarar condições, mas, simplesmente, aceitar aquelas postas, na massificação contratual, pelo pólo mais forte da relação.

No caso da imposição contratual, o fornecedor guarda grande força no sentido de impor limites que o beneficiem e, em conseqüência, acabem por motivar prejuízos para o consumidor, pois, inerte e contando apenas com a aceitação das condições, resulta em desigualdade flagrante.

É o poder de criação da verdadeira lei privada, isto é, a empresa, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens e serviços, que surge em condições de estabelecer uma série de contratos para o mercado consumidor, sendo homogêneos em seu conteúdo, mas firmados com uma série infundável de consumidores.

Decorrem, em parte, da economia, racionalização, de praticidade, segurança e velocidade, pois a empresa dispõe, antecipadamente, de regras próprias para o fornecimento, resultando ao consumidor a simples adesão.

Aplica, indistintamente, cláusulas predispostas a uma série de relações contratuais futuras.

Cláudia Lima Marques sustenta que

“Certo é que os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão tornaram-se inerentes à sociedade industrializada moderna: em especial, nos contratos de seguros e de transportes já se observa a utilização destas técnicas de contratação desde o século XIX. Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados”⁴⁵.

Agathe E. Schmidt da Silva conta que, a partir do século XIX, as transformações decorrentes da Revolução Industrial operam conseqüências em todos os campos das atividades

humanas. Podem ser citadas, por mais expressivas e ligadas ao tema em questão, a do crescimento populacional, da migração do campo para a cidade⇒urbanização; concorrência econômica, luta pela competitividade e melhores condições de produção e distribuição⇒concentração capitalista.

Assim, segundo ainda a citada autora, as transformações operadas na sociedade como um todo, em razão do fenômeno da Revolução Industrial, geraram a denominada *massificação* na sociedade. Essa massificação, como bem apanhou Fernando de Noronha, operou-se nas cidades, que foram convertidas em gigantescas colmeias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações do trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta às pessoas componentes de grupos, por ato de membro não-identificado; no processo civil, com as ações coletivas visando à tutela de interesses difusos e coletivos, e também nas relações de consumo, com os contratos padronizados e de adesão. Os métodos de contratação padronizados, como os contratos de adesão, tornaram-se, na verdade, uma imposição na sociedade de consumo em que vivemos. Mas é claro que, nessa forma de relação contratual, cria-se uma desigualdade entre os contratantes; um, o autor efetivo das cláusulas, e o outro, mero aderente⁴⁶.

8.2. Do contrato de adesão

8.2.1. Conceituação

Conhecido na doutrina e na jurisprudência, o contrato de adesão, de grande utilização pelos entes financeiros, recebeu, pela primeira vez no Brasil, tratamento legislativo ao ser identificado no Código de Defesa do Consumidor no artigo 54:

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Orlando Gomes, inclusive, fazia distinção entre contrato de adesão e contrato por adesão.

⁴⁵ MARQUES, op. cit. p. 41.

⁴⁶ SILVA, op. cit. p. 148.

No primeiro – de adesão – o contratante não tem qualquer possibilidade de rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas previamente. Como exemplo, as estipulações do poder público (água, luz, telefone). No segundo – por adesão – estariam incluídos todos os contratos de massa, em que há a adesão por bloco, mas pode-se recusar sua participação⁴⁷.

Elaine Harzheim Macedo sustenta, de outra parte:

“importante destacar, outrossim, que o contrato de adesão não é um novo tipo de contrato, com outro objeto distinto aos que tradicionalmente ocupam o universo dos contratos. Trata-se, isso sim, de nova técnica, de nova forma de contratar, aplicável a qualquer categoria de contrato (locação, compra e venda de bem móvel ou imóvel, prestação de serviço, seguro, etc)⁴⁸.

Sustenta ainda que

“esse traço de sua natureza, foi destacado por Cesare Grassetti: ‘Quale sai l’elemento caratteristico dei contratti per adesione è questione controversa, como del resto nemmeno è pacifica la natura di negozio giuridico bilaterale di questi c.d. atti di adesione. L’opinione più accreditata è oggi nel senso che possa effettivamente parlarsi di contratti per adesione. E la caratteristica loro non consisterebbe nell’anteriorità dell’offerta all’adesione è data, ma piuttosto nel procedimento complessivo di formazione del contratto: per cui almeno una parte del contenuto contrattuale è unilateralmente predisposto in via generale, e fino ad un certo punto permanente. Cosicché si há una manifestazione di volontà che, a parlar propriamente, é unilaterale e recettizia: Quando vi sai accettazione, si forma si quell’in idem placitum consensus che caracteriza il contratto, ma si fforma, almeno per ciò che attiene alle condizioni generali del contratto, su di uno schema minuziosamente preterminato da una sola delle parti’⁴⁹.

⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. p. 6-8.

⁴⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. *Contrato de adesão : controle judicial dos contratos de consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 15 p. 103.

⁴⁹ GRASSETTI apud MACEDO, p. 103-104.

8.2.2. Vantagens e desvantagens

Vimos que essa forma de contratação – por adesão – surgiu em razão da própria transformação da sociedade com a produção em série, o volume de informações, velocidade dos negócios, etc.

As primeiras surgem para o contratante-fornecedor que predispõe as condições gerais de contratação, justificando a imposição da contratação concluída com base em condições gerais preestabelecidas, pela produção em massa de bens e serviços.

Se, em regra, as vantagens são para o fornecedor, a parte mais forte na relação direta, as desvantagens, logicamente, são para o contratante-consumidor que se vê na contingência de assumir uma obrigação ou contrato cujas condições gerais foram determinadas, com exclusividade, pela outra parte, o contratante-fornecedor.

Nessa posição é que se justifica a intervenção do Estado para limitar ou coibir o possível abuso da parte contratante mais forte no tocante à estipulação e previsão das cláusulas, impondo-se a obrigação de dar prévio conhecimento ao aderente do conteúdo e das demais condições contratuais mediante aquilo que já tratamos, ou seja, a transparência que vai se efetivar via correta informação e divulgação.

Por sinal, Wilhelm Weber, conforme apontado por Renata Mandelbaum,

“ao contrário de outros doutrinadores, que somente vêem vantagens para o predisponente, observa a existência de benefícios para o estipulante e para o aderente. A standardização dos contratos apresenta benefícios para o estipulante e para o aderente, em especial o consumidor, considerando o tipo em particular de comércio de que trata:

- para o empresário, pois os formulários contendo as cláusulas gerais de negociação são fáceis de se fazer e de serem examinados, evitando a negociação mediante contratos numerosos e uniformes, logrando o cálculo de riscos e a exclusão daqueles que signifiquem contingências imprevistas;
- para o consumidor, pois a redução de custos da empresa terá o seu reflexo na redução de preços; os contratos-tipo

evitam, por sua uniformidade e aplicação igualitária, um exame mais apurado por parte do aderente – os consumidores normalmente não têm tempo e nem o conhecimento para estudar com detalhes os contratos –; e mais, negociar não é o melhor caminho para proteger os direitos do consumidor contra contratos injustos; falta a este o conhecimento necessário para verificar cuidadosamente os termos do contrato e, normalmente, não valerá a pena o emprego de uma assessoria legal para examinar as cláusulas do contrato;

- para o tipo particular de comércio, conquanto não se possam prever as contingências próprias a cada negócio, em casos como os do seguro, a instituição não poderia se desenvolver sem negociações estandardizadas, que permitam um cálculo de riscos⁵⁰.

Mandelbaum indica ainda que o emprego do contrato de adesão justifica-se plenamente pelo princípio da racionalização, apontado por Ferri como a forma de expressão da eficiência organizativa da política adotada pela empresa. O autor apresenta, como justificativa objetiva para a presença de condições gerais de negociação que derroguem normas dispositivas, os critérios de funcionalidade que devem guiar a política empresarial. Esta requer técnicas de organização que sigam pautas de uniformidade e normalidade, e as condições gerais de negociação, os contratos de conteúdo predisposto, atendem a essa finalidade.

Salienta, contudo, ser inegável a tendência dos empresários em utilizar essa racionalização em proveito próprio, pois, ao elegerem as condições gerais de negociação que irão imperar em um contrato-tipo, inserem nesse contexto condições que lhes são exclusivamente benéficas, em detrimento do futuro aderente. Devemos observar que a padronização, para alguns ramos mercantis, da quantidade de produto por lote, prazo de entrega, condições de entrega é benéfica, correspondendo às necessidades do mercado de produção e distribuição em larga escala. Mas, ao lado disso, o predisponente extrapola, incluindo, por exemplo, cláusulas exonerativas de sua responsabilidade, ou penalidades exclusivas para o aderente, entre outros, estabelecendo um contrato cujo equilíbrio é precário pela presença de cláusulas abusivas e situações que prejudiquem ou venham potencialmente

gerar prejuízos aos futuros aderentes, e das quais o poder econômico (...) se utiliza, servindo ao próprio interesse egoísta, como meio de descarregar riscos econômicos sobre a parte mais débil⁵¹.

9. Das cláusulas abusivas

9.1. Limite de consideração

Consta, no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (...)”, passando, a contar daí, a fazer a enumeração, em diversos incisos, das condições a que o fornecedor financeiro deverá estar atento também, pois, resultando nulas, nenhum efeito produzirão e poderão motivar, na exclusão, prejuízos para o próprio contratante.

Aqui, novamente, aquela lembrança de que o contrato, na relação de consumo, deverá obedecer aos princípios destacados e que visam à permanente igualdade na relacional obrigacional. Ao indicar condição que exclua esse equilíbrio, o fornecedor assume, com certeza, o risco do abuso.

Portanto, nessa compreensão, seguindo os mandamentos previstos no Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, no artigo 51 e incisos, melhor prevenir do que remediar e, portanto, deve o fornecedor, principalmente o de crédito, ficar atento aos limites postos no contrato, garantindo, desde logo, a eficiência do negócio.

Deve, obrigatoriamente, além da transparência no negócio, prevalecer a boa fé, base da própria contratação e diante nova dimensão da empresa em seus fins de atendimento.

Além do lucro, o fim social.

Por sinal, o artigo 51 mencionado pode ser tido como criador de critérios objetivos de aferição da abusividade contratual, ficando em abandono os critérios de liberdade da vontade e de aferição da intenção da vontade das partes.

É uma indicação – nos incisos – efetiva, produzindo consequências de nulidade total ou parcial do contrato, bem como exemplificativa, permitindo, na análise do caso concreto, a exata compreensão de novas condições que venham ferir a paridade contratual, retirando seu equilíbrio.

⁵⁰ MANDELBAUM, op. cit. p. 132.

⁵¹ Ibidem. p. 133.

Da análise dos incisos apontados, chega-se, com segurança, a essa condição de que resultam abertos, e, dentro do espírito de interpretação das cláusulas, na indagação do exagero ou da abusividade, o intérprete deverá analisar em prol do consumidor, a parte considerada mais fraca e insegura na relação.

Isso vem demonstrar, inclusive, que, embora o tempo de existência do Código, os conceitos de abusividade ainda não vêm sendo explorados nas análises dos contratos, pois o intérprete, quase sempre, fica restrito, em sua análise, aos limites diretos dos mandamentos contidos nos incisos do artigo 51, sem um aprofundamento do conteúdo geral e tendo por base os valores e os princípios que regem o próprio Código de Defesa.

9.2. Das cláusulas abusivas nos contratos bancários

Assim, muito mais existe para ser aferido, constatando-se nos contratos, principalmente os financeiros, abusos frequentes na imposição de obrigações, e, infelizmente, o consumidor se vê obrigado ao cumprimento da condição, embora a total ausência de equilíbrio na dosagem entre a obrigação e o direito.

Poucos questionam e discutem as cláusulas contratuais em tais contratações, prevalecendo, ainda, o suporte mais forte do contratante-fornecedor, inclusive quando aponta a simples questão do foro, com permissão de acionar, em eventual ação judicial, o contratante-consumidor em diversas localidades e dependendo de sua pura vontade e comodidade.

Ao contratante-consumidor não surge essa mesma condição; portanto, é possível o reconhecimento de que tal cláusula resulta abusiva, em prejuízo do aderente e, logo, sem validade, passando a prevalecer, no tocante ao tema – a competência –, a regra geral disposta no Código de Processo, combinada com as regras básicas do Código de Defesa do Consumidor, permitindo-se a inversão no sentido de que a lide seja instaurada perante o foro do consumidor.

Tais considerações demonstram que, tratando-se de relação de consumo, as cláusulas deverão ser analisadas sob novo e moderno contexto, alterando-se em muito as práticas exegéticas até então conhecidas e que, geralmente, têm base no chamado Estado liberal, no qual o contexto social acaba por ser excluído e não interfere no resultado final. Hoje, a

situação bastante diversa obriga que o intérprete analise o caso sob todas essas conotações e sem possibilidade de exclusão.

Importa anotar, cuidando-se da relação econômica de consumo, a posição de François Kiraly que, já em 1934, sustentava:

“quisemos simplesmente assinalar que essas novas idéias, parecendo no início demasiadamente ousadas, contribuíram também para a formação do novo método de exame do direito ‘econômico’. Elas evidenciaram que o direito e a economia se interimplicam e se fecundam mutuamente. É a sua influência que se deve a reivindicação da ciência jurídica, que se fortalece dia a dia, e que demonstra que é necessário introduzir a mentalidade econômica na aplicação das leis e, ao mesmo tempo, retomar o fio que liga nossa ciência com os fenômenos econômicos e sociais, o que conduz a levar em conta a situação econômica da nação e as necessidades do interesse público econômico”⁵².

João Bosco Leopoldino da Fonseca, tratando das cláusulas abusivas, sustenta que

“A inserção das relações de consumo no contexto das relações de mercado exige a adoção de um novo método exegético. Não será mais suficiente, nem mesmo possível, partir de princípios abstratos para com eles moldar artificialmente a ordem concreta social. A explosão dos fenômenos econômicos impõe a adoção de métodos mais eficientes e mais concretos, na apreciação do interesse público em confronto com o interesse privado. Os textos constitucionais do século XX adotaram um novo credo ideológico, que revelou ao mundo uma nova forma de interpretar e de aplicar o direito. A realidade econômica deve ser bem apreendida e bem analisada na aplicação do direito, superando os velhos métodos exegéticos”.

Anota ainda que

“o Direito Econômico sente profunda-

⁵² KIRALY, François. *Sources du droit économique* : le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système, in recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Paris : Recueil Sirey, 1934. p. 111-123.

mente a exigência de um realismo jurídico, como afirma Farjat lembrando Vasseur. E, de fato, a análise jurídica substancial leva em conta precipuamente os dados da realidade a serem devidamente apreendidos como suporte fático a ser subsumido pela norma jurídica. Abandonaram-se os princípios abstratos da análise jurídica formal, para se dar maior ênfase à preeminência da realidade concreta. Daí observar Farjat que: ‘no que concerne ao direito econômico, a análise dos fatos não é apenas contingente, mas permanente. Não se trata, tão-somente de observar nos fatos o nascimento de um direito novo... mas a observação dos fatos condiciona a aplicação de uma regra jurídica. Esse papel da observação dos fatos é particularmente evidente na legislação antitruste em que a qualificação de boa ou má combinação depende de um balanço econômico’⁵³.

Lembra ainda que seria impossível aplicar adequadamente a legislação de proteção ao consumidor sem ter em conta sua profunda inserção nas relações de mercado e sem atentar para sua ligação constante com os problemas da concorrência, o que exige do aplicador do direito uma perfeita visualização e um entendimento profundo da realidade econômica e social.

Refere também que

“Não basta, por exemplo, tomar o texto escrito de um contrato e confrontá-lo com os termos do art. 51 da Lei 8.078/90, para, desse cotejo, tirar a conclusão de abusividade. A afirmação e a convicção da existência da abusividade da cláusula devem surgir da aferição da realidade, da análise substancial da realidade, da análise econômica do direito”⁵⁴.

10. Sujeitos contratuais

10.1. Fornecedor

Num dos pólos da relação de consumo, vamos encontrar o fornecedor que, segundo definição do Código de Defesa do Consumidor, (art. 3º),

⁵³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista Direito do Consumidor*, n. 16 p. 61.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 62.

“é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Tal definição demonstra que o legislador pretendeu dar uma dimensão ampla ao conceito de fornecedor, considerando, em tal condição, todo aquele que provisione o mercado de consumo de produtos ou serviços.

Apura-se, como característica, o exercício da atividade de forma habitual e, também, com profissionalidade.

A figura do lucro não precisa ser direta, podendo, inclusive, ser indireta; vantagens que proporcionam motivo de ganhos futuros ou mesmo com o exercício de outra atividade. Geralmente o fornecimento de estacionamento, nos grandes centros, pelos comerciantes, fornecedores e prestadores de serviços configura essa vantagem considerada como condição indireta de proporcionar o movimento de atendimento a quem fornece. Por sinal, tal questão, conforme jurisprudência vigente, surge como efetivo vínculo e um *plus* sobre aquilo que se distribui ou fornece, surgindo, inclusive, na perda, em motivo de indenização.

Se cuidamos dos fornecedores e o tema refere-se ao crédito, temos que os agentes financeiros – abrangendo bancos, casas de crédito, cooperativas de crédito e financeiras – se enquadram, nesse limite de fornecimento, na categoria de créditos traduzidos por serviços e, portanto, nos limites postos no Código de Defesa do Consumidor.

Geralmente, ao referir-se a crédito, fala-se em banco, abrangendo com tal denominação todos os demais entes que, de uma forma e outra, movimentam, como atividade, o crédito e seu fornecimento.

Tanto que presente se encontra a definição de Vivante no sentido de que “banco é o estabelecimento comercial que recolhe os capitais distribuídos sistematicamente com operações de crédito”.

Resultam como intermediários de crédito, pois captam recursos de um lado – de quem tem disponível para investimento – e fornecem de outro – para quem necessita de recursos financeiros –, fomentando, portanto, as atividades.

E nesse movimento – tomar e ceder – é que os entes financeiros devem respeitar os limites postos no Código de Defesa do Consumidor, pois, ao contrário do que se pretendeu justificar – principalmente pelos agentes bancários que, num primeiro momento desejaram exercer a atividade sem os inconvenientes da legislação de proteção ao consumidor –, os entes financeiros se enquadram no controle estabelecido, pois o parágrafo 2º do artigo 3º do CDC é bastante claro quando, após definir o que é fornecedor no âmbito de seus limites, cuidou, ao referir-se ao serviço, de estabelecer que é

“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Tenho que o legislador foi, inclusive, redundante ao especificar, em detalhes, os entes envolvidos. Isso porque, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração” já proporciona, de forma clara, a compreensão de que os entes financeiros – bancos, financeiras, caixas, cooperativas de crédito – estão nos limites da abrangência, pois fornecem, indicando como produtos, serviços mediante remuneração – cobrança de juros, correção e taxas diversas, dependendo da natureza do crédito pretendido pelo consumidor.

Em consequência, nenhuma dúvida existe, em tempos atuais, sobre tal enquadramento; portanto, os agentes financeiros já apontados, efetivamente, resultam como fornecedores e, em tais limites, devem, ao proporcionar o serviço – diversos créditos –, atentar para as disposições de proteção, mesmo porque, se assim não agirem, proporcionarão ao contratante lesado o direito de pedir a declaração de nulidade de cláusula por abusiva e, conseqüentemente, a intervenção do Estado na relação.

Na jurisprudência hoje, pacífico esse entendimento, resultando os agentes financeiros, sem qualquer exceção, oficiais ou particulares, submetidos ao controle das relações de consumo. Portanto, devem os agentes financeiros, sem exceção, atentar, no momento da elaboração do contrato, para a manutenção do equilíbrio nas condições, bem como para a devida transparência, sob pena de nulidade de cláusula com todas as conseqüências decorrentes.

10.2. Consumidor

Conforme dispõe o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Encontramos, nessa legal definição, dois conceitos básicos: a relação de consumo e o destinatário final.

Conseqüentemente, a Lei 8.078 só atenderá, em defesa e proteção, quando caracterizada a situação de consumo, isto é, o produto ou serviço surgido em decorrência da relação entre fornecedor e consumidor, resultando excluídas as demais obrigações.

Segundo Plácido e Silva,

“no sentido amplo, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa. Mas, no sentido do Direito Fiscal, possui o vocábulo significado próprio: entende-se como consumidor toda pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revendê-la”;

salientando, por outro lado, que

“consumível, em tal circunstância, é tomado em sentido realmente destrutível pelo primeiro uso, ou deteriorável pelo uso continuado. Entretanto, na acepção jurídica, há consumo não somente quando a coisa se destrói, como quando é adquirida para uso, mesmo permanente, isto é, sem imediata destruição. Daí é que vem, então, a idéia do consumo absoluto e do consumo relativo, em que se distinguem as duas modalidades do sentido de consumo, isto é, tanto o gasto da coisa utilizada, como a aquisição para uma utilidade”⁵⁵.

Muitas discussões decorrem da exata compreensão da figura do consumidor. Contudo, diante espírito da própria lei de defesa do consumidor, constata-se que é aquele a quem se destina, em final, o serviço ou o produto.

O Código adotou o conceito de consumidor tendo por base o caráter econômico.

Bulgarelli considera como consumidor

“aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve

⁵⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. v. 1, p. 417.

dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos”⁵⁶.

Na relação bancária e financeira, surge como sendo o tomador do crédito para utilização própria.

Exclui-se, portanto, o intermediário no negócio. Utilização própria de recursos financeiros abrange qualquer resultado praticado com o crédito recebido, pois, sabidamente, ninguém toma crédito apenas para guardar o montante recebido, mas sim para intervir na produção, na transformação de algum interesse na vida.

No início, os entes financeiros sustentavam, em longos arrazoados e com base em pareceres fundamentados, a sua exclusão do controle, quando contrato, das regras do Código de Defesa do Consumidor; entretanto, diante previsão da própria lei – parágrafo 2º do art. 3º –, os argumentos ficaram sem sustentação e, em tempos atuais, pacífica a compreensão de que os agentes bancários e financeiros, como fornecedores, estão incluídos, na concessão de créditos diversos, nos limites do Código já mencionado.

Depois, apontavam que as pessoas jurídicas estariam excluídas.

Maria Antonieta Zanardo Donato, tratando da questão, sustenta que

“Em se tratando de consumidor – pessoa física –, não haverá de surgir qualquer dúvida. Vale dizer, ocorrendo uma prestação de serviços bancários, onde figurem, de um lado, na qualidade de fornecedor, um determinado banco comercial e, de outro, na qualidade de consumidor, uma pessoa física qualquer, que contrate objetivando uma destinação final, parece-nos evidente que essa relação jurídica se caracterizará como uma relação de consumo. A inclusão da pessoa física, enquanto consumidor, é clara, segundo o texto da lei.

Dúvidas surgem, todavia, quando se tratar das pessoas jurídicas. Ao tratarmos anteriormente desse ponto, quando da inclusão ou não das pessoas jurídicas enquanto consumidores, dissemos que a

sua caracterização na categoria de consumidor dependerá da finalidade consignada à relação de consumo, isto é, da destinação dessa contratação bancária e, a partir daí, da análise a ser realizada pelo Poder Judiciário da sua vulnerabilidade, que será pesqueira caso a caso”⁵⁷.

Fábio Ulhoa Coelho aponta, nesse sentido:

“Contudo, se se tratar de contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento de sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. Se o empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial”⁵⁸.

Segundo ainda Maria Antonieta Zanardo Donato,

“Deve-se, pois, ao verificar-se a inclusão ou não de determinada pessoa jurídica na qualidade de consumidora dos produtos e serviços fornecidos pelos bancos e outras entidades financeiras, investigar a finalidade daquele negócio jurídico – se na qualidade de consumidor ou não – e a partir de então perquirir-se acerca de sua vulnerabilidade. Assim, se o contrato bancário efetivado pela pessoa jurídica tiver sido realizado buscando o alcance de uma atividade intermediária, não há que se falar em relação de consumo. Se, entretanto, o contrato houver sido realizado buscando-se alcançar uma atividade final, deve-se, a partir daí, perquirir a vulnerabilidade do consumidor”⁵⁹.

Sendo, conforme já visto, o ente financeiro-bancário um fornecedor de crédito e, portanto, serviço, que, em tópico anterior salientamos às vezes ser apresentado como verdadeiro produto, com certeza, quem toma o crédito – pessoa física ou jurídica – é, verdadeiramente, consumidor, tendo, por conseqüência, todas as garantias previstas no Código do Consumidor.

Crédito, repetindo, sempre é para utilização

⁵⁶ BULGARELLI, Waldírio. Tutela do consumidor na jurisprudência e de ‘lege ferenda’. *Revista de Direito Mercantil, Nova Série*, a. 17, n. 49, 1984.

⁵⁷ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 131.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 429-430.

⁵⁹ DONATO, op cit. p. 131-132.

em algo, em transformação, o que não afasta a figura de consumidor final do tomador. Apenas não seria o caso – do tomador final – se esse contratante buscasse o recurso creditício para fornecer a terceiros.

Seria a utilização do valor recebido como intermediário e, em tal caso, como já apontamos, não seria relação de consumo, recaindo nas demais áreas dos contratos.

Entretanto, buscou-se o recurso para utilização própria, mesmo que de transformação, caracterizada a relação de consumo, incidindo todas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Os Tribunais, em tempos atuais, já mantêm esse entendimento, afastando, rotineiramente, a pretensão dos fornecedores de créditos, submetendo os contratos ao regime consumerista.

E, para tanto, o disposto no artigo 29 do Código dá integral sustentação: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”⁶⁰.

11. Considerações finais

- O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – tem por objetivo a proteção integral do consumidor em face do fornecedor.

- A proteção do consumidor surge pela determinação de se cumprir a igualdade contratual, independentemente da posição ou condição de cada parte envolvida.

- Impõe-se, visando o equilíbrio contratual, o tratamento desigual entre as partes no limite em que se desiguam e o tratamento

⁶⁰ Nesse sentido já decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Ap. Cív. 192188076), entendendo, em síntese, que os artigos 2º e 3º do CDC cingem o conceito de consumidor ao destinatário final do produto ou do serviço, ficando, destarte, excluído aquele que adquire o produto e o transforma ou que o consome para servir a outros produtos por ele mesmo fabricados. Essa proteção é, no entanto, garantida por meio do artigo 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor a todas as pessoas, físicas ou jurídicas. Assim, no caso *sub judice*, o contrato de abertura de crédito bancário é um contrato de adesão, sendo suas cláusulas impostas pelo banco ao financiado como pré-requisito para obtenção do crédito, sujeitando-se, por essa razão, aos efeitos do Código de Defesa do Consumidor.

igual onde se igualam.

- A equivalência entre as partes, fomentando o equilíbrio nas relações, decorre do novo desenho do Estado – do bem-estar social – contrapondo-se ao anterior – liberal.

- Há, dessa forma, igualdade na troca entre direitos e obrigações.

- Para prevalência da igualdade e, portanto, do equilíbrio, o Estado intervém na relação por meio do controle das cláusulas contratuais.

- Existe a liberdade contratual; entretanto, condicionada ao limite do tratamento isonômico.

- A autonomia da vontade – concepção tradicional do contrato – refletia a realidade sócio-econômica do liberalismo, de cunho evidentemente individualista, surgindo em tempo atual em plena crise.

- Tal crise decorre da massificação dos contratos diante a produção de bens e serviços em larga escala e a maior abrangência do mercado.

- Atualmente, por consequência, o contrato, por si só, já não faz lei entre as partes – *pacta sunt servanda* –, pois que o contratante fornecedor deve observar valores e princípios que motivem o equilíbrio na relação.

- Assim, ao lado do lucro como fim da empresa, deve-se atender, também, ao fim social.

- A transparência na relação contratual de consumo é condição básica para a validade das cláusulas.

- Estas devem ser claras e objetivas, proporcionando amplo e prévio conhecimento ao consumidor.

- Na falta de clareza, ocorrerá sanção – a desconsideração da vontade do consumidor posta no compromisso.

- Na prevalência das regras ditadas pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor tornou-se maior.

- No limite da justiça contratual, condições declaradas pelo fornecedor e excluídas da contratação vinculá-o-ão perante o consumidor em termos de observância e cumprimento.

- No controle das cláusulas, prevalecerá a boa-fé.

- Em tal limite, excedendo a tal princípio, será considerada abusiva e, conseqüentemente, sem eficácia.

- O ente bancário-financeiro se enquadra, no fornecimento de crédito, como fornecedor e, portanto, nos limites fixados pelo Código de Defesa do Consumidor.

- É considerado como parte mais forte e em condições de impor cláusulas e, portanto, deve limitá-las nas disposições de transparência, equilíbrio, isonomia e boa-fé, sob pena de nulidade.

- O consumidor pode ser tanto a pessoa física como a jurídica.

- O Código de Defesa do Consumidor tem a natureza de norma de ordem pública, imperativa, não-derrogável pela vontade das partes.

Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- ABREU, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1954.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Brasília, 1994. Trabalho apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor.
- AGUILA-REAL, Jesus Alfaró. *Las condiciones generales de la contratación*. Madri : Civitas, 1991.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra : Almedina, 1982.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo : influência do direito material sobre o processo*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O conceito de consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 268, p. 69.
- _____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- BERLIOZ, G. *Le contract d'adhésion*. Paris : Ed. LGDJ, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- _____. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- _____. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- _____. *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo : Saraiva, 1992.
- BULGARELLI, Waldírio. A tutela do consumidor e de *lege ferenda*. DN, série nova, n. 49, p. 44 e seg., 1983.
- _____. Os interesses difusos e a proteção ao consumidor. *RDM*, São Paulo, n. 46, p. 87, 1982.
- _____. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Novos contratos empresariais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. Diretrizes gerais dos contratos empresariais.
- _____. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo : Atlas, 1993.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *O Empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito empresarial*. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p. 473 e seg. A Proteção do consumidor : importante capítulo do Direito Econômico.
- COSTA, Judith Martins. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial : reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, p. 140-172.
- DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor : conceito e extensão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica : o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo : EDUSP, 1988.
- _____. (Coord.) *Direito e justiça : a função social do judiciário*. São Paulo : Ática, 1989.
- _____. *Justiça e conflito : os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 52-62, out./dez. 1995.
- FRAZÃO, Sérgio Armando. *Da autonomia da vontade*. Rio de Janeiro : Coelho Branco Filho, 1939.
- GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesione*. Milão : Giuffrè, 1951.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- GONZÁLES PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo*. Madrid : Real Academia de Ciências Morales y Políticas, 1983.
- GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor : algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito empresarial*. 2. ed. São Paulo : Unesp, 1996.
- HIPPEL, Eike von. Direito do consumidor. Tradução Cláudia Lima Marques. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo : Nova Fronteira.
- LAVALL. *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*. Valencia : Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- LUCCA, Newton de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 79-88, jan./mar. 1993.
- LUCAN, Maria Angeles Parra. *Daños por productos y protección del consumidor*. Barcelona : Bosch, 1990.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Contrato de adesão : controle judicial dos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15.
- MAMDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- MARQUES, Cláudia Lima. O controle judicial das cláusulas abusivas e contratos no código de defesa do consumidor : novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 1.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *O conceito jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- MOREIRA, Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1980. v. 24.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1.
- _____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- _____. *Princípios do processo na Constituição federal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo : Saraiva, 1968.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra : Almedina, 1990.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra : Almedina, 1988.
- ROQUE, Sebastião José. *Direito contratual civil-mercantil*. São Paulo : Icone, 1994.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17.
- SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1990.
- _____. O Direito contratual e a proteção jurídica do consumidor. Tradução de Vera Jacob de Fradera. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1.
- STIGLITZ, Ruben S. (coord.). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1985.
- TEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus princípios*. Aide, 1993.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado : perplexidades de um civilista atento ao noticiário. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1.

- _____. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano : rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, p. 52-66, jun. 1992.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- VAL, Olga Maria do. Política nacional das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 67-83, jul./set. 1994.
- VERONA, Dorothee Suzanne Rudiger. Contratos coletivos, contratos de Direito Civil e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5.
- WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

Contrato de seguro-saúde e o regime do Código de Defesa do Consumidor

FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

Parte I. Configuração jurídica do contrato de seguro-saúde. 1. Conceituação legal. 2. Natureza do contrato de seguro-saúde 3. Previdência privada e previdência social. 4. Assistência à saúde na Constituição Federal. Parte II. Submissão do contrato de seguro-saúde ao Código de Defesa do Consumidor. 5. Conteúdo do contrato de seguro-saúde. 6. Contratação por adesão e abuso. 7. O problema do equilíbrio contratual. 8. Princípio geral da boa-fé no contrato de seguro-saúde. Parte III. O sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor. 9. Cláusula ilícita, cláusula ilegal. 10. Nulidade e inexistência. 11. Nulidade e ineficácia. 12. Construção jurisprudencial do contrato de seguro-saúde.

Parte I. Configuração jurídica do contrato de seguro-saúde

1. Conceituação legal

O direito brasileiro ocupou-se do contrato de seguro notadamente no Código Civil, cujos artigos 1432 a 1476 dispõem sobre a matéria conforme a compreensão tradicional do instituto. De acordo com o Código Civil (CCiv), o contrato de seguro é “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. Essa definição abrange tanto os seguros obrigatórios quanto os facultativos. Da primeira modalidade são exemplos o seguro de transporte e o seguro de acidente de trabalho; entre os facultativos incluem-se o seguro de vida e o seguro-saúde.

Somente em 1966 regulou-se o mercado de seguros por meio do Decreto-Lei nº 73, de 21

de novembro de 1966, dispondo sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulamentado pelo Decreto nº 60.459/67. O seguro-saúde recebeu conformação jurídica nos arts. 129 e 130, *caput*:

“Art. 129. Fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”;

“Art. 130. A garantia do seguro-saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado”.

Esse diploma também instituiu o Conselho Nacional de Seguros Privados, cabendo-lhe fiscalizar a “constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras” (arts. 35 e 36) e a autarquia Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a quem incumbe a executar a política traçada por aquele Conselho.

Não há contradição entre o CCiv e o Decreto-Lei nº 73, pois aquele diploma dispõe sobre as regras genéricas do contrato de seguro nas suas diversas modalidades; o decreto-lei regula o sistema de seguros e desce a minúcias inexistentes no CCiv. Assim como o Código de Defesa do Consumidor (será visto mais adiante), ambos atuam sobre planos distintos do mesmo objeto. O contrato de seguro-saúde, em suma, caracteriza-se pelo dever do segurador de reembolsar as eventuais despesas médicas e hospitalares do segurado, mediante uma contribuição mensal deste.

O Decreto-Lei nº 73 alude a duas modalidades distintas de contrato de seguro-saúde: o art. 129 garante o *reembolso* das despesas médicas, após o atendimento, e o art. 135 envolve o *pré-pagamento* de despesas eventual e futuramente havidas com tratamento de saúde. Esse pré-pagamento supõe a realização anterior de cálculos estatísticos específicos para o ramo de seguros, chamados atuariais, que levam em conta a probabilidade de ocorrência do sinistro a partir de critérios calcados na exposição natural do segurado a situações de risco (como idade e profissão). Como ensina Cláudia Lima Marques, ambas as modalidades incluem-se no âmbito do seguro-saúde, que é diferente dos contratos de assistência médica, denominados pela professora gaúcha de

contrato de medicina paga, em contraposição à medicina pré-paga.¹

Ainda conforme aquela autora, a principal característica do contrato de seguro-saúde é o trato sucessivo, a relação contínua que protraí a execução das obrigações, configurando um contrato de longa duração. Nesses contratos, a relação de confiança que se forma entre as partes e a expectativa que o consumidor nutre relativamente ao prestador do serviço tornam-se dados juridicamente relevantes para a determinação da abusividade.

2. Natureza do contrato de seguro-saúde

O contrato de seguro-saúde é, fundamental e obviamente, um contrato de seguro e como tal assume a conformação própria dessa modalidade contratual. Sobre o tema, Saulo Ramos citou Pontes de Miranda, para quem “a natureza do contrato de seguro é uma só para todas as espécies”², a fim de escorar raciocínio mediante o qual deseja que o cálculo securitário e atuarial sirva isoladamente de critério para a cobertura de sinistros. Esses pressupostos técnicos não permitiriam a limitação à liberdade econômica pelo Estado, pela imposição de ônus maiores que os contratados. Assim, a natureza do contrato de seguro implicaria a restrição das partes e das obrigações unicamente à vontade externada no instrumento, em conformidade com o princípio tradicional do auto-regramento da vontade.

Essa restrição, contudo, não se reveste de ilicitude alguma. O negócio jurídico encerrado no contrato de seguro-saúde exerce um papel econômico e social de tamanha relevância que o Estado não se pode manter indiferente. Ao inverso, a determinação do regime legal aproxima-se até do direito público³ – ainda que dele se distancie seguramente – em vista da restrição cada vez maior da liberdade de contratar por conta de normas inderrogáveis, de observância irresistível para as partes. De resto,

¹ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 40.

² RAMOS, José Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 12, p. 290, jul./set. 1995.

³ GOMES, Orlando. Seguro-saúde : regime jurídico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 251, out./dez. 1985.

a liberdade de iniciativa prevista na Constituição não configura permissão para a imposição de cláusulas exonerativas de responsabilidade. Porém, e conforme será investigado, a inexistência de cobertura a determinados procedimentos médicos pode não configurar limitação ou exoneração de responsabilidade, mas apontar em direção à ampla liberdade de contratar.

Ainda, conforme Voltaire Marensi⁴, o seguro-saúde assume a característica de contrato bilateral (direitos reflexos mútuos), de adesão, condicional (ocorrência do sinistro), oneroso (pagamento de prêmio) e aleatório (imprevisibilidade do sinistro). Isso permite concluir que se trata de um verdadeiro contrato de *risco*, para as duas partes: se nada ocorrer com o segurado, o segurador incorpora o prêmio ao seu patrimônio sem nada oferecer em troca; se supervier o sinistro, o segurador cobre os custos advindos ao segurado. Quanto ao primeiro aspecto, não existe dissenso acerca da licitude de o segurador reter o prêmio. A discussão, todavia, e como será visto, concentra-se no segundo aspecto, relativamente ao alcance da cobertura.

3. Previdência privada e previdência social

A previdência social e a previdência privada estão dispostas no mesmo compartimento formal da Constituição. Ambas foram insculpidas no quadro da Seguridade Social (Título VIII, Capítulo II). No entanto, não há que se confundir a regulamentação dos institutos. Por um lado, invoca-se a dissidência entre a prestação de serviços por meio da esfera pública e da privada. No primeiro caso, o Estado providenciará com preferência a saúde dos cidadãos e essa relação é dirigida por normas de direito público; no segundo caso, há contratação privada (da qual o seguro-saúde é espécie) entre empresa especializada e o particular, relação regida por normas de direito privado. Por outro lado, pretende-se a desoneração da atividade privada de cumprir deveres típicos da previdência pública, mesmo quando aquela assume integralmente a tarefa desta perante o particular.

Claramente não é viável alargar ao contrato de seguro-saúde a interpretação exclusiva do direito público, típica para a relação entre Estado e cidadão. A previdência social não

encerra conteúdo econômico a ser explorado; ao inverso, pretende despojar-se da competição e das regras de mercado.⁵ Ou seja, a previdência social configura direito do cidadão e dever do Estado. Apesar disso, é notória a incapacidade do poder público de prover toda a população de assistência médica. Nesse campo, nem seria demasiado considerar que a crise em plano universal que atinge a previdência social determina a impossibilidade perene de o Estado cumprir esse desígnio constitucional. De maneira ampla, pode-se aludir à previdência privada em acepção análoga à *assistência privada*, como o gênero que inclui os regimes da previdência privada propriamente dita e aquele reservado aos seguros em geral. No entender de Arnaldo Rizzardo,

“os seguros envolvem uma gama maior de coberturas, enquanto a previdência privada não passa de uma suplementação da receita da pessoa, em ocorrendo certos estados de necessidade, ou o implemento do período de contribuições contratado. A rigor, não há presença do risco, próprio do seguro, mas há presença de um evento certo e de ocorrência necessária”⁶.

A distinção serve para firmar que este estudo abrange apenas o seguro-saúde, cujo contrato submete-se à ocorrência do risco.

Diante do panorama que demonstra a deficiência do poder público na área da saúde, o seguro-saúde privado encontra campo fértil para prosperar. Logo, haverá maior probabilidade de lucro sobre a atividade da assistência privada em vista da inoperância da assistência pública. A previdência privada, além de estar garantida constitucionalmente, submete-se igualmente aos princípios de mercado e livre concorrência que norteiam a ordem econômica brasileira. Vale dizer: na medida em que o lucro é maior, o risco aumenta proporcionalmente. Por isso, não se sustentam as posições⁷

⁵ JOURDAN, Maria Leonor Baptista. Questões atuais do seguro-saúde. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 34, jul./set. 1993.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 81.

⁷ Tais como as de José Saulo Ramos (não obstante o mérito de ter produzido texto, ora citado, consistente e bem fundamentado) e de A.B. Cotrim Neto.

⁴ MARENSI, Voltaire. Breves comentários da lei previdenciária privada e do seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 699, p. 263, jan. 1994.

destinadas a desobrigar o segurador de cobertura integral, sob o argumento de que o Estado descumpriu o dever de atender as moléstias mais onerosas, deixando meramente a complementação menos custosa (capaz de proporcionar lucro) à iniciativa privada.

4. Assistência à saúde na Constituição Federal

A omissão legal acerca da participação da iniciativa privada nos serviços de saúde correspondeu à liberação aos particulares para o exercício de atividade a eles relacionados. A Constituição federal de 1988 recepcionou a legislação infraconstitucional anterior e deliberou expressamente que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (CF, art. 199), condicionando entretanto a atividade à complementação do sistema público (CF, art. 199, §1º). Ou seja, apesar de constituir dever do Estado (CF, art. 196), a manutenção da saúde dos cidadãos pode ser exercitada mercantilmente por pessoas jurídicas de direito privado, o que está conforme, também, com a CF, art. 170 e parágrafo único. Saulo Ramos identificou o sentido da norma da CF, art. 199:

“Em suma, as empresas privadas de assistência à saúde podem, como excedentes de um serviço complementar, participar do SUS, mediante a celebração de ‘contrato de direito público ou convênio’, ou cumprir sua atividade independente de tal participação nos serviços públicos, desenvolvendo serviços privados no setor, igualmente considerados de relevância pública, que as enaltecem como atividade, mas não as transformam em oficiais ou paraestatais.”⁸

No entendimento do advogado paulista, o caráter suplementar da iniciativa privada no âmbito da saúde desonera as empresas de saúde de cobrir despesas advindas de enfermidades expressamente excluídas do contrato; os particulares, em suma, não podem ser constrangidos a suprir o fracasso do Estado no setor da saúde. Mas, se por um lado a comunidade admite a exploração mercantil da moléstia e do infortúnio alheios, a permissão constitucional para a contratação privada tendo como objeto a saúde implica a submissão do contrato às normas infraconstitucionais diretamente ligadas à matéria. Esse vínculo ressalta da CF, art. 197, que dispõe ser

⁸ RAMOS, op. cit. p. 285.

“de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Apesar da intensa desregulamentação do setor, identificada por Cláudia Lima Marques⁹, as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresentam-se plenamente suficientes para conceder coerência e consistência ao sistema jurídico dos contratos de seguro-saúde.

Parte II. Submissão do contrato de seguro-saúde ao Código de Defesa do Consumidor

5. Conteúdo do contrato de seguro-saúde

O contrato de seguro-saúde preverá obrigatoriamente os riscos a que o segurador está submetido. Tanto o risco é elemento do contrato de seguro¹⁰ que o Projeto de Código Civil, já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando análise no Senado Federal, incluiu-o como tal, juntamente com o interesse, a garantia e o prêmio. É o dever de repor o montante pecuniário do tratamento de saúde, e não a incolumidade da saúde em si, que o segurador assume:

“Não haveria possibilidade de assegurar-se ninguém contra a enfermidade, seria juridicamente impossível o contrato que promettesse devolver ao segurado a saúde perdida. Assegura-se, pois, o valor que será despendido com o tratamento, ou o próprio tratamento da doença, sem o compromisso com o sucesso do resultado, tal como, no seguro de vida, é contratada uma indenização ao beneficiário indicado, jamais a garantia da vida em si mesma do segurado.”¹¹

⁹ A autora identificou a omissão do Estado e a “grande força econômica dos agentes econômicos que exploram a prestação de assistência médica no Brasil” como fatores determinantes do que denominou *crise da desregulamentação* do setor privado de saúde (MARQUES, op. cit. p. 47).

¹⁰ Na expressão de Cláudia Lima Marques, a *transferência do risco* do segurado para o segurador assume verdadeiramente a condição de objeto do contrato de seguro-saúde.

¹¹ RAMOS, op. cit. p. 291.

Sem razão, portanto, Galeno Lacerda ao asseverar que: “Ou será que a seguradora não deseja que a saúde, objeto do contrato, retorne à segurada?”¹²

Como se disse, a controvérsia mais acesa recai justamente sobre a extensão da cobertura e os riscos assumidos pelo segurador. De um lado, há corrente defendendo que cumpre ao segurador escolher ao seu talante a quais riscos deseja submeter-se, invocando a liberdade de contratar para escapar dos tratamentos de custo mais elevado; de outro lado, outros argumentam com a impossibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade frente ao Código de Defesa do Consumidor. A solução para o impasse, ao inverso do que supõem as duas correntes, pode ser obtida a partir da consideração menos de fatores econômicos do que jurídicos. Estes, sim, são capazes de oferecer uma resposta razoável e adequada aos contratos de seguro-saúde. Não se haverá de pautar a solução por métodos carentes de dignidade científica e amparados unicamente no interesse econômico de cada uma das partes.

Menção necessária à Resolução nº 1401, de 11 de novembro de 1993, do Conselho Federal de Medicina, cujo art. 1º estabeleceu que:

“As empresas de seguro-saúde, empresas de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras, que atuem sob forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médicos hospitalares estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Nacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza.”

Apesar do aparente exaurimento do problema, a resolução refoge do tema proposto e, ademais, sofre contestação específica – que redundaria em abordagem isolada – sob os aspectos da competência do Conselho, da aplicabilidade do Código da OMS, da ilegalidade da resolução, dentre outros.¹³

Louve-se, de outra parte, o trabalho de Arnaldo Rizzardo, que excedeu a análise abstrata dos princípios norteadores dos

¹² LACERDA, Galeno. Seguro de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 717, p. 121, jul. 1995.

¹³ Sobre a questão, confira-se RAMOS, op. cit. p. 288; MARENSI, RT, 710/45; JOURDAN, op. cit. p. 35.

contratos de assistência médica e forneceu uma extensa relação descritiva das cláusulas mais comumente encontradas nos contratos de seguro-saúde que encerram abuso e, por decorrência, nulidade.¹⁴

6. Contratação por adesão e abuso

A doutrina não discrepa que a relação entre segurador e segurado se aperfeiçoa sob a forma de contratação por adesão, mediante a qual o estipulante-segurador define previamente os termos contratuais e os apresenta ao aderente-segurado, que se adstringe sem poder discuti-los ou modificá-los. O estipulante é o fornecedor de produtos ou serviços e dispõe de superioridade econômica em relação ao aderente, o consumidor. A hegemonia do estipulante no contrato se revela em maior ou menor intensidade, sem que isso seja capaz de descaracterizar a contratação como sendo por adesão e, desse modo, também submetida ao regime das nulidades do CDC. Somente por essa descrição já se vislumbra a inteira submissão do contrato de seguro-saúde ao Código do Consumidor: afinal, o contrato de adesão está expressamente previsto como incurso nas normas daquele diploma (CDC, art. 54). Mais ainda: a relação instituída entre segurador e segurado carrega consigo todas as conformações de relação de consumo. De todo modo, o próprio CDC, art. 3º, §3º, dispõe que:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e *segurária*, salvo as decorrentes de relações de caráter profissional.”

A contratação por adesão pode-se revelar abusiva ou não. O abuso não se manifesta unicamente na relação contratual, mas pode alcançar abrangência mais ampla, atingindo idênticamente situações em que o consumidor não participa de relação contratual, apesar de estar exposto às práticas abusivas (CDC, art. 29). Importa que o contrato por adesão reúna fornecedor e consumidor sob regras jurídicas franca e assumidamente favoráveis ao segundo, conforme reza o art. 4º, I, do CDC. Essa opção ideológica pelo benefício do consumidor foi limitada pelo próprio art. 4º, III, do CDC, que submete todo o sistema à *harmonia de interesses* que integram o contrato, indicando que a prevalência dos interesses do consumidor

¹⁴ RIZZARDO, op cit. p. 87-101.

encontra limite quando o fornecedor exercita o poder econômico em conformidade com a CF, art. 170, e vice-versa. Como assinala Nelson Nery Júnior, a expressão abuso não é adotada pelo CDC no mesmo sentido de *abuso de direito* do Cciv, art. 160, mas sim no sentido de que houve o estabelecimento de excessiva onerosidade ao consumidor.¹⁵ Mas Cláudia Lima Marques ponderou que o abuso se revela também quando a deficiência ou o vício do serviço (CDC, art. 20) frustra a *expectativa* do segurado quanto ao cumprimento dos deveres do segurador¹⁶. Nessa hipótese, também haverá abuso, já que a consideração subjetiva do consumidor – cuja relevância foi ampliada pelo legislador a ponto de tornar-se compulsória para o fornecedor – definirá como desproporcionais as prestações de cada qual das partes. Em vista dessas considerações, deve-se considerar que o *abuso* somente ocorre quando, de alguma forma, o equilíbrio do contrato é quebrado.

7. O problema do equilíbrio contratual

A destruição do equilíbrio contratual acontece, em detrimento do consumidor, na conjugação de hipóteses de diminuição e adição de direitos e deveres: do lado do consumidor, a *diminuição (ou supressão) de faculdades* e a *adição de ônus*; do lado do fornecedor, a *diminuição (ou supressão) de ônus* e a *adição de faculdades*. Ou seja, quando há estabelecimento de condições excessivamente onerosas (inquinadas de abusivas) ao consumidor por uma dessas quatro hipóteses, dela decorrendo vantagem pecuniária ao fornecedor, quebra-se a harmonia contratual e revela-se o abuso.

No contrato de seguro-saúde, identifica-se a onerosidade excessiva para o segurado por meio de raciocínio que tenha em conta a existência de um contrato de risco. Esse, precisamente, é o critério definidor do equilíbrio do contrato de seguro-saúde: se o segurador puder escolher as situações de risco que lhe aprouver, é previsível que somente escolherá aquelas cujo prêmio mensal naturalmente já cobriria os custos – eis que a relação entre o custo e o prêmio poderá ser facilmente definida pelo segurador mediante cálculos atuariais. Assim,

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. p. 334.

¹⁶ MARQUES, op. cit. p. 46.

o equilíbrio subsiste enquanto houver possibilidade de o segurador auferir benefício econômico se não ocorrer a condição contratual (o sinistro) e, ao mesmo tempo, mas inversamente, suportar prejuízo no caso de superveniência da condição. O evento capaz de determinar o rompimento do equilíbrio desfavoravelmente ao segurado é a manobra do segurador – hábil dominador da técnica atuarial – tendente a reduzir seu risco a zero, entregando-o todo ao segurado. O desequilíbrio abusivo estaria configurado em adição de ônus ao segurado e diminuição de ônus ao segurador.

Nesse caso, a quebra do equilíbrio contratual será proveniente da desfiguração da natureza do negócio jurídico consubstanciado no contrato de seguro. O Projeto do Código Civil prevê, no art. 424, que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Esse princípio já existe no sistema do CDC, nos dispositivos que impedem a renúncia a direitos indisponíveis e prevêm a nulidade de cláusulas abusivas, tal como será visto adiante. Na hipótese do seguro-saúde, a *natureza do negócio* se esvai pela supressão da possibilidade de risco ao segurador – tendo em conta que o risco, a aleatoriedade e a condicionalidade são características inerentes à natureza do contrato de seguro. A disposição contratual (expressa ou – quanto mais – oculta) exoneradora do risco configura abuso porque impõe a desproporção de prestações em favor do segurador, que manteria o recebimento mensal de prêmios pagos pelo segurado. Não será permitido ao segurador invocar excessiva onerosidade em seu desfavor quando sobrevier a condição, vez que a assunção desse risco é típica do contrato de seguro.

O sistema econômico adotado no Brasil supõe o lucro subordinado ao risco, à concorrência e ao respeito ao consumidor. Logo, a posição contrária às considerações acima parecem pretender a instituição de uma espécie de *capitalismo sem risco* e sem os ônus próprios da liberdade de iniciativa, absolutamente incompatível com o ordenamento constitucional.

8. Princípio geral da boa-fé no contrato de seguro-saúde

O princípio da boa-fé consiste em um dever geral de conduta que se estende a ambos os

contratantes. Sua utilidade deriva da necessidade de manutenção da confiança recíproca dos contratantes durante todo o curso do processo que é o contrato de longa duração¹⁷. Mais que entabular contrato mediante boa-fé, é preciso que a consecução do contrato seja presidida por esse princípio. Ou seja, não basta que as cláusulas contratuais prevejam prestações equivalentes, se durante o desenvolvimento do contrato a parte adotar procedimentos, formal e aparentemente lícitos, que causem lesão à outra. Assim, o vínculo se estende no tempo e carrega consigo as obrigações originais que se destinam, conforme Cláudia Lima Marques, a evitar “a lesão a parceiro contratual somente porque as partes firmaram um contrato, escolhendo-se mutuamente de maneira livre no mercado”. São os *deveres anexos*, assim denominados pelos alemães (*Nebenpflichten*) e que se firmam na órbita jurídica mediante a previsão de uma sanção pelo descumprimento. Esses deveres qualificam-se como catalizadores ou equalizadores dos deveres primordiais do fornecedor, sem os quais a consecução do objetivo do contrato fica frustrada. Tais são os deveres de informação, de cooperação, de aconselhamento.¹⁸

A cláusula geral da boa-fé foi erigida também como princípio basilar que orienta a atividade interpretativa do CDC e dos contratos por ele regulados, notadamente porque nos contratos de longa duração a abusividade (ou ausência de boa-fé) revela-se posteriormente ao ajuste inicial, no correr das respectivas prestações. Além do seu art. 4º, III, o CDC, no art. 51, IV; alude à boa-fé para fulminar de nulidade as disposições que tendam a violá-la. Não é necessário que haja previsão expressa da cláusula no instrumento, pois sua aplicação decorre da lei, como bem asseverou Nelson Nery Júnior.¹⁹

A boa-fé é reconhecida expressamente pela Suprema Corte italiana como instrumento de interpretação, como anuncia Guido Alpa:

“Isso, segundo os cânones da Suprema Corte, ‘constitui um meio

¹⁷ A autora invoca Karl Larenz para identificar a *série de deveres de conduta* que une as partes durante o *processo sócio-jurídico* que é o contrato (MARQUES, op. cit. p. 52).

¹⁸ MARQUES, op. cit. p. 53-55.

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 61.

subsidiário de interpretação, ao qual é consentido recorrer sempre que persista a concreta impossibilidade de identificar de modo claro a vontade negocial através da interpretação literal e a procura lógica da intenção comum das partes’ (Cass. 16 novembre 1973, n. 3058, in Giust. civ., 1974, I, 1278).”²⁰

Ao inverso da jurisprudência italiana, a lei brasileira não considera o princípio da boa-fé um meio subsidiário à interpretação literal. Antes, emerge como princípio hermenêutico, a ser considerado pelo aplicador ao primeiro tempo da interpretação:

“Portanto, o magistrado deverá, isto sim, julgar de acordo com os modernos princípios de direito do consumo, fulcrados no equilíbrio real da relação de consumo, boa-fé e equidade, princípios esses constantes das novas regras estipuladas pelo CDC.”²¹

Trata-se de regra geral de comportamento que instrui o aplicador e contém comando adstringindo-o a investigar se os sujeitos da relação de consumo estão voltados

“em última análise, ao objetivo comum de melhor e mais eficientemente fazer circular mercadorias e serviços com conseqüente geração de riquezas e benefícios a todos os partícipes do mercado de consumo.”²²

Tal regra, ao invés de deter apenas o fornecedor, abrange também o consumidor e veda a vantagem desmedida a este no contrato pela aplicação dos benefícios que lhe reservam o CDC. Essa conciliação foi identificada por Fábio Nusdeo, para quem

“a proteção do consumidor pode perfeitamente harmonizar-se com as demais metas da política econômica, desde que não seja vista como uma cruzada antiempresa, mas, pelo contrário, como uma forma de aperfeiçoamento do sistema empresarial, inclusive com a finalidade de dotá-lo de maior competitividade e eficiência.”²³

Ou seja, o princípio da boa-fé constitui

²⁰ ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*, p. 241. Tradução livre.

²¹ NERY JÚNIOR, op. cit. p. 48.

²² ALVIM, J.M. Arruda et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 47.

²³ CRETILLA JR., José et al (Coord.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 28.

standard jurídico que, por um lado, impede o fornecedor de se prevalecer maliciosamente da supremacia econômica e muitas vezes jurídica, mas, por outro, impõe obstáculo a que a relação seja desequilibrada favoravelmente ao consumidor mediante a aplicação das normas do CDC que lhe são benéficas – e que visam unicamente ao equilíbrio entre as partes.

O dever de boa-fé não adstringe apenas o segurado, ao prestar declarações sobre seu estado de saúde. Incumbe identicamente ao segurador aplicar cálculos atuariais que reflitam efetivamente o risco do insucesso e não apenas aquele risco *impróprio*, consistente na alternativa de ganhar muito ou não perder nada. A supressão da possibilidade de risco para o segurador caracteriza exemplo acabado de incursão na previsão do art. 24 do CDC, que impede a exoneração contratual pelo fornecedor. À parte das situações abusivas comuns a todos os contratos, a boa-fé especificamente do segurador na formulação do contrato não reside na contemplação absoluta de todo e qualquer serviço médico por um prêmio irrisório, o que configuraria onerosidade excessiva para o fornecedor, mas na demonstração plena da subsistência do risco para si também durante a consumação do contrato.

Parte III. O sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor

9. Cláusula ilícita, cláusula ilegal

O fornecedor é a parte que oferece os produtos ao consumidor e domina a técnica negocial. Bem por isso, estabelece as regras da avença de modo a contratar com o maior número de pessoas dentro do menor espaço de tempo possível. Essa é a matriz do contrato por adesão, cujas fórmulas jurídicas de estipulação, de acordo com Stiglitz e Stiglitz, “transformam al contrato por adhesión en un potencial instrumento de injusticia contractual”²⁴. A cláusula abusiva surge a partir da inexistência de discussão paritária e prévia no contrato por adesão. Isso não significa que a predisposição de cláusulas consista em um mal apriorístico, mas somente que a concentração de poder de negociação integralmente em um dos pólos configura um poder passível de ser exercitado

abusivamente. Caso isso ocorra, as cláusulas que espelharem esse desequilíbrio e redundarem em uma vantagem econômica para o estipulante serão abusivas. A inclusão dessas cláusulas encerram a intenção clara de consolidar a inexistência de reciprocidade nas prestações entre as partes e o alcance da vantagem econômica indevida para o estipulante.

Conforme Alberto do Amaral Júnior,

“cláusula abusiva será toda cláusula que, por apresentar caráter extremamente opressivo ou causar excessiva onerosidade para o consumidor, perverte o equilíbrio das prestações nos contratos para o consumo”.²⁵

Apesar do resultado idêntico previsto pelo direito para a cláusula abusiva e a cláusula ilícita, a amplitude conferida pelo Código à abusividade é maior que à ilicitude, com o que concordam Stiglitz e Stiglitz, para quem “cláusula abusiva, no implica necesaria y fatalmente que sea formalmente ilícita. No se trata de expresiones intercambiables”²⁶. Citado pelos professores argentinos, Acuña Anzorena considera que o direito são mais os princípios que a lei escrita, e esta nada mais é que uma das formas técnicas do justo. Explicam os autores, em suma, que não haverá maiores dúvidas quando a cláusula for ilegal: sua nulidade frente ao Código será manifesta. Todavia, há condições contratuais formalmente legais que serão sempre abusivas, mesmo que a lei silencie sobre elas. Resulta que não existe coincidência direta entre o ilícito e o ilegal; aquele é o gênero que inclui, além da ilegalidade, a abusividade, que também é ilicitude por implicar desequilíbrio com reflexos econômicos favoráveis ao fornecedor, em afronta ao princípio geral da boa-fé. Ou seja, a cláusula pode ser abusiva sem que seja expressamente prevista como ilegal, mas será certamente ilícita e reconhecível como tal pelo juiz.

Por isso, o fato de ser exemplificativo o elenco do art. 51, *caput* do CDC, não constitui impedimento para a aplicação da norma. A situação abusiva haverá de ser identificada pelo aplicador por meio da investigação dos pressupostos informadores da delimitação do valor do prêmio. Então, a revisão contábil dos cálculos estatísticos realizados previamente

²⁴ STIGLITZ, Rúben et al. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1985. p. 95.

²⁵ AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 256.

²⁶ STIGLITZ, op. cit. p. 96.

pelo segurador será sempre útil para esclarecer a existência ou não de cláusulas abusivas destinadas a suprimir o risco do fornecedor no contrato de seguro-saúde.

10. Nulidade e inexistência

Conforme a teoria geral do negócio jurídico, há três modalidades possíveis de imperfeições do negócio jurídico em que não há produção de efeitos típicos dos contratos: a inexistência, a nulidade e a ineficácia. Cada qual encerra uma disfunção a atingir as diferentes etapas de formação da relação contratual. No primeiro caso, não subsistem os pressupostos de existência do negócio; no segundo, há alguma invalidade que o atinge após sua existência; no terceiro, apesar de existente e válido, o contrato submete a produção de seus efeitos a um evento futuro ou impede a continuidade dos efeitos pela superveniência de um fato. A identificação de cada evento impeditivo da produção de efeitos determinará as decorrências jurídicas adequadas à solução do problema.

A verificação da existência se submete ao exame dos fundamentos anteriores até à formulação do negócio. Todavia, não se pode olvidar que há atos que não congregam os dados suficientes para serem reconhecidos pelo direito e, ainda assim, produzem efeitos aparentes na realidade jurídica. Ocorre que a verificação *material* de sua existência não implica a existência *jurídica* do ato. São categorias distintas evidenciadas por Teresa Arruda Alvim: “Atos inexistentes, segundo Couture, são na verdade meros fatos, e não atos jurídicos.”²⁷ Logo, os meros *fatos* não são capazes de produzir os efeitos reservados aos *atos jurídicos*. Os fatos sem qualidade jurídica também podem produzir efeitos, mas não aqueles próprios dos atos jurídicos. Os atos *típicos* são exclusivos dos atos jurídicos. Ainda conforme Teresa Arruda Alvim,

“normalmente, atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, tendem a ser) privados de efeitos: mas de seus efeitos típicos, isto é, daqueles a que são preordenados. Nada impede que produzam efeitos atípicos ou indiretos.”²⁸

Essa distinção não é unânime na doutrina.

²⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*, 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 99.

²⁸ Idem, p. 69.

Giancarlo Filanti se opõe à contraposição entre inexistência jurídica e material:

“Se a inexistência material é chamada para resolver um problema jurídico, ou melhor, o mesmo problema cuja solução é preordenada à inexistência jurídica, é essa mesma um conceito jurídico: afastado o verbalismo, é propriamente inexistência jurídica. Registra-se assim sobre o plano aplicativo a falência de uma duplicação inadmissível sob o plano conceitual. A inexistência que interessa ao jurista é a inexistência jurídica: essa não se contrapõe à inexistência material, a qual, ao inverso, do ponto de vista do direito, à identidade da outra, é mero não-ato e, portanto, nela resulta absorvida.”²⁹

Conforme o pensamento do autor italiano, a inexistência jurídica equivale à nulidade, porque a produção de efeitos está sujeita à verificação judicial. Até poderia haver a verificação de determinados efeitos, tendentes à desconstituição pela via judicial. A posição de Hegel não fica distante disso.³⁰ Para ele, a ilicitude aparece no contrato como a negação de um *direito particular*, que chega a existir devido à coincidência acidental de uma vontade individual. O injusto é uma *aparência de direito* que, na verdade, é nula. O direito se restabelece rechaçando essa negação e, com um processo de conciliação, de *retorno da negação*, determina-se como real e válido.

Por esses raciocínios, portanto, pouco importa se a desnaturação do seguro-saúde pela supressão do risco acarretará a inexistência ou a nulidade do contrato. Eventualmente, um argumento (falacioso, sem dúvida) seria a insubmissão do *contrato inexistente* ao ordenamento consumerista, até por incompatibilidade lógica, já que o CDC abrange as relações *contratuais* entre fornecedor e consumidor. Relevante é determinar que o resultado final da análise jurídica, por qualquer ângulo, estará restrito à órbita do CDC.

11. Nulidade e ineficácia

Mais candente é a discussão acerca da nulidade e ineficácia da cláusula contratual, já que diversos sistemas jurídicos não distinguem

²⁹ FILANTI, Giancarlo. *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*. p. 7-8. Tradução livre.

³⁰ STIGLITZ, op. cit. p. 228.

os institutos, adotando ambos os termos para indicar uma só situação de direito. São os casos do sistema alemão, que usa apenas o termo *ineficácia* para nominar a *nulidade*, e do espanhol, que utiliza ora um, ora outro, indistintamente no mesmo sentido. A ineficácia se distingue da nulidade porque incide sobre os efeitos do negócio jurídico em uma fase avançada da execução desse mesmo negócio. Então, supõe-se que a cláusula cuja ineficácia foi declarada se aperfeiçoou perante o mundo do direito e já foi reconhecida por ele como existente e válida: “solo sus consecuencias se malogran, en virtud de circunstancias extrínsecas y repercutiendo recién sobre los tramos pendientes de la relación contractual.”³¹ Assim, o impedimento dos efeitos do ato ineficaz se produz *ex nunc*, ou seja, a declaração de ineficácia não retroage para alcançar as decorrências já verificadas no passado da relação contratual – ao inverso da imposição da nulidade.

Nem sempre é benéfica ao consumidor essa retroação com o reconhecimento da nulidade, sem que se possa preservar os atos e consequências pretéritas da cláusula nula e sem que o juiz possa aditar ao contrato condições identicamente favoráveis ao aderente. Enfim, o art. 51 do CDC promove a restituição da harmonia contratual em termos de equiparação negativa: o juiz não está autorizado a *conceder* os mesmos privilégios para o consumidor, mas deve somente *retirar* os que o fornecedor se autoconcedeu ou eliminar os ônus do consumidor sem correspondentes ao fornecedor. Apenas nesse sentido, Saulo Ramos tem razão ao discorrer sobre a má técnica judicial de incluir no contrato deveres ao segurador não-previstos originalmente:

“Nenhum comando existe, posto que seria inconstitucional, autorizando o Judiciário a manter o contrato mediante inovação de cláusulas e criação de obrigações novas ou direitos diversos dos que foram contratados.”³²

Mas o juiz dispõe do poder-dever de, como se disse, eliminar as restrições para instituir uma cobertura que atenda aos preceitos constitucionais da livre iniciativa condicionada ao respeito ao consumidor, contemplando os riscos típicos da atividade securitária e inclusive identificando a disposição contratual que conduza a um resultado ilícito.

³¹ STIGLITZ, op. cit. p. 230.

³² RAMOS, op. cit. p. 284.

12. Construção jurisprudencial do contrato de seguro-saúde

A nulidade é o sancionamento compulsório para a cláusula reconhecida como abusiva. Entretanto, a imposição dessa consequência extrema em qualquer caso de abusividade pode resultar em prejuízo para o consumidor, em vez de beneficiá-lo. É o caso retratado em acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná na apelação cível nº 83.327-2. O segurado ajuizou ação de indenização em face do segurador, que recebeu acolhimento em primeira instância. O segurador recorreu e a apelação foi parcialmente provida na questão da multa contratual. É que o contrato de cobertura de serviços médicos (análogo ao seguro-saúde) previa, no caso de inadimplemento do *consumidor*, a multa de 10% sobre o valor devido, sem que houvesse a correspondente previsão dessa multa para o caso de inadimplemento contratual do *fornecedor*. O relator Noeval de Quadros aplicou acertadamente a norma do art. 51, XII, do CDC, que impõe a nulidade de pleno direito da cláusula que obrigue o consumidor sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor. Reconhecida a abusividade da cláusula, impôs-se a nulidade dela. Como a nulidade opera efeitos *ex tunc*, considerou-se a multa como se jamais tivesse sido convencionada para qualquer das partes, sendo portanto inaplicável. Logo, desonerou-se o segurador da condenação ao pagamento da multa correspondente.

Outro julgado, do Tribunal de Justiça de São Paulo³³, descaracterizou os interesses existentes no contrato de seguro-saúde como interesses difusos ou coletivos, declarando inclusive a ilegitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor para a causa. No corpo do acórdão, a fundamentação considerou que

“os interesses dos contratantes com as rés não podem ser tidos como interesses difusos ou coletivos, porque nascidos de uma relação contratual individual, personalizada, cuja solução dos conflitos surgidos pode e deve ser decidida através da ação ordinária comum [...]”.

O Supremo Tribunal Federal prolatou acórdão reconhecendo que

“os valores recebidos do associado não

³³ TJSP, *RJTJSP*, 138/28. Rel. Des. Célio Filócomo. In: *JOURDAN*, op. cit. p. 37.

se destinam à contraprestação imediata por qualquer serviço médico ou hospitalar pela entidade. Quem presta os serviços de assistência é o médico ou o hospital credenciado, sob responsabilidade própria. Riscos futuros”³⁴.

Houve reconhecimento expresso, como ora se pretende, de que não há vínculo entre o prêmio mensal e o serviço médico futuro e incerto. O contrato submete-se unicamente ao risco, passível de ser suprimido por cálculo estatístico elaborado unilateral e previamente pelo segurador. É sobre esse cálculo que se estabelece o valor do prêmio que, enfim, é imposto ao segurado sem que tenha oportunidade de revisar cálculo e valor ou substituí-los por outros.

Saulo Ramos noticiou julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³⁵, que rejeitou pretensão de cobertura de custos para o tratamento da AIDS, fundada na Resolução nº 1.401/93 do CFM e não no contrato. O acórdão declarou que a resolução contraria os princípios da legalidade (CF, art 5º, II) e da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXV). Confirma-se a maior robustez dos argumentos amparados no CDC para definir a questão, bastando a mera notícia da existência da aludida resolução.

Por fim, aluda-se à sentença proferida por Ronaldo Alves de Andrade³⁶, que admitiu a exclusão de serviços do contrato por atendimentos especiais ou fatos extraordinários, como autolesão, transplantes, cirurgias estéticas, ferida de guerra etc. No entanto, considerou abusiva a cláusula que prevê exclusão de ferimento por “agressão”, vocábulo desacompanhado no instrumento contratual de qualquer qualificativo, que considerou demasiado amplo para justificar a exceção. Trata-se de outra circunstância, a par das demais anteriormente aludidas, capaz de suprimir o risco do contrato de seguro-saúde e propiciar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

³⁴ STJ, RE 115.308-3/RJ. Rel. Min. Nery da Silveira. In: COTRIM NETO, A.B. A Constituição, o seguro-saúde e a seguridade social. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 155, jul./set. 1993.

³⁵ TJSP. Ap. Civ. 256.554, Santo André, 31.3.95. Rel. Des. Marrey Neto. *Resenha Legislativa*, 78/655, In: RAMOS, op. cit. p. 303.

³⁶ SANTOS (SP). 7ª Vara Cível. Ação declaratória de anulação de título nº 687/93. Otávio Martina Barroso e Hospital Ana Costa S/A. Juiz Ronaldo Alves de Andrade. 6 dez 1993. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 161, jan./mar. 1994.

Bibliografia

- ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*. Milão : Giuffrè, 1983.
- ALVIM, J.M. Arruda et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- COTRIM NETO, A.B. A Constituição, o seguro-saúde e a seguridade social. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 152-156, jul./set. 1993.
- CRETELLA JR., José et al (Coord.). *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe* : sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Barcelona : Bosch, 1965.
- GOMES, Orlando. Seguro-saúde : regime jurídico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 76, p. 249-258, out./dez. 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.
- JOURDAN, Maria Leonor Baptista. Questões atuais do seguro-saúde. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 33-38, jul./set. 1993.
- LACERDA, Galeno. Seguro de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 717, p. 115-121, jul. 1995.
- MARENSEI, Voltaire. Breves comentários da lei previdenciária privada e do seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 699, p. 262-268, jan. 1994.
- _____. As Obrigações de boa-fé nos contratos de seguro-vida e seguro-saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 710, p. 42-46, dez. 1994.
- MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 34-77.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 45-77.
- RAMOS, José Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 12, p. 280-305, jul./set. 1995.

- RIZZARDO, Arnaldo. O Código de defesa do consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 64, p. 77-102.
- SANTOS (SP). 7ª Vara Cível. Ação declaratória de anulação de título nº 687/93. Otávio Martina Barroso e Hospital Ana Costa S/A. Juiz Ronaldo Alves de Andrade. 6 dez. 1993. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 160-161, jan./mar. 1994.
- STIGLITZ, Rubén S. et al. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires : Depalma, 1985.
- WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. 2. ed. Madri : Civitas, 1986.

Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos

RAQUEL DISCACCIATI BELLO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Imunidade tributária. 2.1. Conceito e definição. 2.2. As imunidades na Constituição de 1988 – a imunidade recíproca. 3 – Serviço público. 3.1. Conceito e abrangência. 3.2. Prestação de serviço público – descentralização administrativa – empresas estatais. 4. Implicações tributárias – a imunidade. 4.1. Normas constitucionais tributárias relativamente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica e às concessionárias de serviço público. 4.2. A imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviço público. 5. Conclusões.

1. Introdução

O interesse pelo tema da imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos justifica-se por sua atualidade e pela tendência, aos poucos adotada na doutrina e jurisprudência nacionais, em reconhecê-la. Em boa hora admite-se a imunidade a tais entidades, o que pode permitir menores ônus e melhores condições na prestação dos serviços públicos.

O estudo das empresas estatais sempre nos despertou, e o regime que se lhes aplica já deu motivos a um sem-número de obras jurídicas. Com razão, a análise das normas que regem e disciplinam seu funcionamento é fundamental, especialmente para identificar o regime tributário a elas aplicável. Por isso, optamos por fazer breve análise, em tópicos, dos serviços públicos, natureza e conceito, e também das formas pelas quais poderão ser prestados.

Na verdade, a opção do Estado pela realização, direta ou indireta, de atividade tão significativa, como o serviço público, envolve conseqüências de toda ordem. No presente

trabalho, nos deteremos nas repercussões tributárias, especialmente nas imunidades, no que se refere às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Reflexamente, não poderíamos deixar de lado, ainda que em breve dizer, as implicações tributárias, relativamente a outras prestadoras de serviços públicos – as delegatárias.

As diferenças de fundo e de conteúdo entre delegatárias e outorgatárias de serviços públicos, e as implicações tributárias, quanto a elas, serão objeto deste texto.

2. Imunidade tributária

2.1. Conceito e definição

No que se refere à conceituação do instituto da imunidade, ocorre-nos dizer, preliminarmente, sobre a atribuição de competência tributária aos entes políticos. Cabe ao Estado instituir e arrecadar tributos, ou seja, é dele a titularidade do poder de tributar. Esse poder, por óbvio, há de ter berço constitucional por duas boas razões, aduzidas por Coelho¹: o exercício da tributação, em si mesmo, é fundamental aos interesses do Estado e é também essencial à disciplina de tal poder, como proteção aos cidadãos.

Como ensina Derzi (em obra ainda inédita), “as imunidades são um *nonsense*, se analisadas isoladamente(...) Somente relacionadas a uma norma atributiva de poder tributário, perdem o sentido absoluto de ‘regra de incompetência’, assumindo a dimensão que devem ter: regra de negação que atua parcialmente sobre outra, reduzindo-lhe a extensão”.

Partindo dessa premissa, a doutrina nacional é unânime em dizer que a questão da imunidade tem diretamente que ver com a competência, e tem nascedouro – sempre, e tão-somente – na Constituição. O argumento da tese afigura-se o mesmo: se cabe à Assembléia Constituinte fixar a competência tributária dos entes políticos, por iguais razões, só a ela é deferido o poder de *limitar e condicionar* o exercício da tributação.

Residem, nesse ponto, algumas divergências entre os juristas: a imunidade funciona como

¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado, COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 162.

exclusão de competência tributária, ou é uma não-incidência constitucionalmente qualificada?

Os que vêem a imunidade como exclusão de competência tributária alegam que se trata de regra jurídica negativa de competência, porque

“a regra jurídica de imunidade é regra jurídica no plano das regras de competência dos poderes públicos; obsta à atividade legislativa impositiva, retira ao corpo que cria impostos qualquer competência para os pôr, na espécie”².

Essa doutrina tem recebido críticas porque seria necessário preexistir a competência à sua exclusão ou supressão, e o fenômeno da imunidade é sincronizado, concomitante ao da fixação de competências.

Na lição de Coelho³:

“a dação da competência tributária é contemporânea à fixação da imunidade e, pois, anterior ao seu exercício. Dizer que algo é imune é dizer que a competência é para o não-imune. Se é tributável, não é imune. Se é imune, não deve ser tributado.”

O mestre completa sua explicação, utilizando a teoria da norma jurídica. Diz que a imunidade atua na hipótese de incidência, excluindo dela certos fatos constitucionalmente considerados. Extrai daí a proposição de que a hipótese de incidência da norma tributante é composta pelos fatos tributáveis, subtraídos os fatos imunes e os fatos isentos⁴.

Outros doutrinadores adotam entendimento segundo o qual a imunidade é uma não-incidência constitucionalmente qualificada. É defendida por ilustres juristas, como Amílcar de Araújo Falcão, José Souto Maior Borges e Gilberto de Ulhôa Canto, que aduzem, em síntese, sobre a impossibilidade da existência da obrigação tributária. O tributo não é devido porque a obrigação não chega nem mesmo a nascer, pela falta de legitimação. E não há legitimidade porque não foi deferida competência à entidade política. Mas como explicar que normas jurídicas não incidem? Temos

² PONTES DE MIRANDA *apud* MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades e isenções como instrumento de extrafiscalidade. In : *Curso de Direito Tributário*. Coordenação de Geraldo Ataliba. São Paulo : RT, 1978. p. 319.

³ DERZI, Misabel de Abreu Machado, COELHO, Sacha Calmon Navarro, op. cit., p. 164.

⁴ *Ibid.*, p. 165.

conosco que a norma da imunidade incide, como qualquer outra, mas sobre fatos ou hipóteses elencados como imunes, para que não sejam atingidos pela norma tributante.

A maior parte da doutrina pátria tem se valido da expressão “limitação constitucional à competência” para compreender o significado da imunidade, ou seja, como limite negativo à competência dos entes políticos. A norma imunizante é endógena à norma de competência, conseqüentemente, reduz-lhe o âmbito de eficácia.

Nesse ponto, merecem destaque as considerações argüidas por Derzi (em obra não publicada). Segundo ela, as imunidades tributárias não são as únicas normas que impõem limitações constitucionais ao poder de tributar. Outras, como as que estabelecem os princípios da legalidade, da anterioridade ou da anualidade, também impõem limites à competência tributária. Surge, aí, a necessidade de instituir critérios diferenciadores das imunidades, relativamente aos princípios constitucionais que geram efeito semelhante.

Algumas características a serem contrastadas entre imunidades e princípios são as seguintes:

1ª) Os princípios, muito embora possam fixar a não-competência dos entes políticos, são diretrizes, arcabouço de normas hierarquicamente inferiores, instituidores de todo um sistema. Eles *não descem a pormenores*, como o faz a norma imunizante, que fixa situações *determinadas ou determináveis*. São, pois, as normas das imunidades e dos princípios formalmente diferentes.

2ª) Nem toda imunidade está explícita no texto constitucional. Há aquelas que podem ser inferidas (ou que são “implicitamente necessárias”, nas palavras da jurista), em especial quando se parte de princípios constitucionais, originadores de inúmeros subprincípios e normas menores. É o caso, por exemplo, dos princípios federalista e da autonomia, que obrigam o tratamento igualitário entre os membros da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e que trazem, obliquamente, uma das espécies de imunidade tributária, a recíproca. São os princípios que explicam e justificam a imunidade tributária. Portanto, os princípios não são imunidades, mas podem dar origem a elas.

3ª) Os princípios não só estabelecem limitações ao poder de tributar, mas também *atribuem competência e fixam requisitos e diretrizes para seu exercício*, como, por

exemplo, a observância dos princípios da anterioridade, da legalidade, do não-confisco, da anualidade etc. Criam, pois, direitos subjetivos aos contribuintes e obrigações ao Estado, no exercício da tributação. As imunidades, por sua vez, também fazem nascer, a seus beneficiários, o direito de não se submeterem ao pagamento do tributo, mas não disciplinam, ao Estado, regras para o exercício da competência tributária. Ao contrário, negam sua existência.

Algumas outras considerações sobre as normas de imunidade devem ser feitas. Como foi dito, elas reduzem a competência tributária, mas apenas parcialmente. A observação, feita, no mesmo texto, por Derzi, é relevante. Com efeito, se fossem totais, seriam o mesmo que cassação de competência, ou revogação de lei.

2.2. As imunidades na Constituição de 1988 – a imunidade recíproca

As normas jurídicas da imunidade, na atual Constituição da República, refletem as contidas em outras Constituições. Na verdade, as imunidades ligam-se a valores importantes num dado momento social e político, que se pretendem longos e duradouros, razão pela qual insere-se a norma da imunidade na Constituição Federal, e não em leis ordinárias.

A hipótese de imunidade que mais nos interessa, para os fins desse trabalho, é a recíproca, disposta no art. 150, VI, *a*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
VI – instituir impostos sobre:
a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
.....”

Da análise da norma transcrita extrai-se, primeiramente, que o legislador constituinte se valeu da expressão “impostos”, ou seja, circundou a incidência da imunidade aos tributos *não-vinculados*. Pode-se dizer que, em regra, a imunidade não abarca todos os tributos, mas somente os da espécie impostos. Entretanto, a própria Constituição estabeleceu hipótese excepcional, no caso de fornecimento de certidões (art. 5º, XXXIV, *a*), independentemente da cobrança de taxas (espécie de tributo vinculado), como contraprestação ao serviço público.

A imunidade recíproca teve inspiração em princípios constitucionais da maior importância e origem na *isonomia* dos entes políticos, integrantes da *federação*. Vale insistir em que a imunidade prevaleceria ainda que não estivesse expressamente posta no texto constitucional. Como dissemos, a imunidade pode ser deduzida de princípios caros ao direito.

Ainda em antigos comentários, já se ensinava que

“nos Estados Unidos, por exemplo, a Constituição não se pronuncia, de maneira alguma, negando à União o direito de tributar serviços ou instituições estaduais, nem aos Estados o de tributar instituições ou serviços federais. Não há, contudo, princípio ali mais solidamente assentado que o da reciprocidade, nesta isenção tributária, entre a União e os Estados”⁵.

Paulo de Barros Carvalho⁶, formulando seu próprio conceito de imunidade, aduz que são, necessariamente, “uma classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas (...)”. Mas reconhece, logo adiante, a possibilidade de abstrair-se a norma imunizante, não-expressa, de alguns princípios. É como explica, no que tange à imunidade recíproca e aos princípios constitucionais:

“Entendemos, na linha do pensamento de Francisco Campos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, que, se não houvesse disposição expressa nesse sentido, estaríamos forçados a admitir o princípio da imunidade recíproca como corolário indispensável da conjugação do esquema federativo de Estado com a diretriz da autonomia municipal. *Continuaria a imunidade, ainda que implícita, com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou.*”⁷

Não nos deteremos, neste momento, na abrangência e extensão da norma do art. 150, VI, *a*, deixando para adiante a análise de outros

⁵ BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Brasileira, 1932 *apud* ATALIBA, Geraldo. SABESP: Serviço Público; Delegação a empresa estatal; Imunidade a impostos; Regime de taxas. *Revista de Direito Público*, p. 72, v. 22, n. 92, São Paulo, out./dez. 1989.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 118.

⁷ *op. cit.*, p. 121. Grifamos.

dispositivos constitucionais, como os arts. 150, §§ 2º e 3º, 173, § 1º, e 175, até alcançarmos o ponto nodal do tema: a imunidade atinge todas as entidades da chamada administração indireta? As empresas estatais que prestem serviços públicos são privilegiadas com a imunidade em tela? Sob qual critério ou fundamento dar-se-á a imunidade às empresas estatais? São essas, pois, algumas das perguntas que pretendemos resolver, após nos dedicarmos à noção de serviços públicos e à descentralização administrativa.

3 . Serviço público

3.1. Conceito e abrangência

No decorrer dos anos, a doutrina tem se debatido sob três variantes para definir o serviço público: os critérios subjetivo, material e formal, por vezes mais ou menos intensamente presentes, conforme a conotação que se pretenda dar ao conceito.

Pelo critério *material*, busca-se a identificação dos serviços públicos pela caracterização da atividade, no caso, aquela que acolha necessidades coletivas. A história nos mostrou não ser possível reconhecer os serviços públicos exclusivamente por meio do elemento material; a teoria foi formulada à época do liberalismo, quando existia o Estado mínimo, que somente intervia em atividades de inquestionável interesse público, de maneira fosse bem delimitado seu âmbito de atuação. Mas o Estado, livrando-se das idéias liberais, passou a realizar outras atividades, que pouco ou nada se assemelhavam aos serviços públicos. Por isso, é inadmissível dizer que toda atividade estatal fosse serviço público.

Na realidade, não são sempre, e indefinidamente, as mesmas as atividades desempenhadas pelo Estado. O fenômeno é dinâmico, de forma que o Estado seja impingido a atuar nesta ou naquela seara, conforme o momento e as exigências sociais. Oscilam no tempo as atividades estatais, com conteúdo de serviço público. A principal razão é eminentemente cultural, e a história prova isso: atividades tornam-se públicas, se, e na medida em que, a sociedade assim as queiram, ou seja, são os cidadãos quem determinam a abrangência da atuação do Estado, conforme contingências sociais, econômicas, políticas. É como ensina

Eros Grau⁸, que, recorrendo a Forsthoff, diz ser aberto o conceito de serviço público, só podendo ser preenchido com dados da realidade social. É continua explicando que o campo da atividade econômica, em seu sentido mais amplo, é determinado conforme seja forte ou fraco o poder de reivindicação. Em certo momento histórico, deverão ser levados em conta os interesses dos grupos, para fixar a parcela de atuação do Estado.

Após a escolha, partida da sociedade, é que o Estado, por meio da lei, indicará quais atividades são serviços públicos. Entre nós, a Constituição da República é a primeira fonte de tais indicações quando traça competência e titularidade dos entes políticos, nos arts. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, 25, § 2º, e 30, inciso V.

O critério *subjetivo* fundamenta-se em duas bases: pode-se compreender o serviço público enquanto órgão, ou seja, como a estrutura estatal propriamente dita, ou pode-se ainda tomá-lo pela pessoa que o presta, ou seja, público seria o serviço prestado pelo Estado. Passando-se pelo liberalismo, assumindo o Estado muitas outras atribuições em outras searas, percebeu-se não ter condições de, sozinho, realizar todas aquelas que passava a ter como suas. Urgia, então, a necessidade de delegá-las a particulares, e de criar entes seus que as fizesse em seu nome.

A partir daí, passaram os doutrinadores a falar em “crise na noção de serviço público”; tanto o critério material quanto o subjetivo, antes tomados como absolutos, não mais justificavam, como pretendido, os serviços públicos. Podemos dizer que a noção de serviço público é dinâmica, oscila conforme o regime político, o momento histórico, as condições econômico-sociais etc., cabendo tão-somente ao legislador a definição de conceito tão aberto. Por certo, há de ser feita, valendo-se, por exemplo, de interpretação sistemática das normas constitucionais, especialmente dos princípios.

O último critério é de natureza *formal*, ou seja, pretende a caracterização do serviço público pela análise das regras às quais ele se submete.

Para Di Pietro⁹, o Estado, assumindo outras

⁸ GRAU, Eros Roberto. Taxa : serviço público. *Revista de Direito Tributário*. v. 14, n. 52, p. 87-88, abr./jun. 1990.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992. p.78.

atividades, pode prestá-las sob regime misto, ou predominantemente de direito privado, em especial os serviços industriais e comerciais. Registramos nossa discordância com a mestra paulista. Não temos dúvidas de que todo serviço público deva ser prestado sob regime exclusivamente jurídico-administrativo. A norma constitucional que o rege é a do art. 175, que diz caber ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente, ou por delegação a terceiros, por contrato de concessão ou permissão. Ora, se o Estado delega suas atribuições a outrem para que as realize em seu nome, não está descaracterizando a natureza pública do serviço nem tampouco autorizando seja prestado sob regime privatístico ou, muito menos, misto. Ao contrário, longo rol de normas infraconstitucionais – em especial a recente Lei nº 8.987/95 –, que dispõem exaustivamente sobre condições, requisitos e formalidades na prestação de serviços públicos, prova a natureza pública do regime.

O que tem causado interpretações distorcidas a respeito é o fato de o Estado exercer, eventualmente, e sob condições de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, atividades abertas à iniciativa privada, conforme possibilidade prevista no art. 173 da Constituição da República. Na hipótese em tela, *não estará prestando serviço público*, sob qualquer hipótese, mas interferindo na seara, aberta aos particulares, da exploração de atividade econômica. Por princípios óbvios, deverá o Estado atuar em condições de igualdade a eles; portanto, submeter-se-á, prevalentemente, ao regime de direito privado.

Temos conosco que o critério formal, na determinação dos serviços públicos, é, efetivamente, importante e revela traços diferenciadores do regime comum, de direito privado. Com efeito, o regime publicístico traz consigo prerrogativas exorbitantes, oponíveis a todos, como a possibilidade de praticar atos de império, a imposição unilateral de condições, a auto-executoriedade e presunção de legitimidade de atos etc.

Não obstante a importância do elemento formal, ou seja, o regime de direito público, ousamos discordar do notável administrativista Bandeira de Mello¹⁰, para quem

“(…) o primeiro elemento do serviço

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 402-403.

público (refere-se ao elemento subjetivo) é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fático, substrato material, sobre que se constrói a noção jurídica propriamente dita. Por isso, tal substrato pode existir inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. (...) Este (o serviço público) só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra, *atividade prestada sob regime de direito público.*”

Não partilhamos desse entendimento, segundo o qual o regime jurídico-administrativo é o traço diferenciador, o núcleo, a essência da qual se extrai o que seja serviço público.

Estamos de acordo com crítica bem colocada de Eros Grau¹¹, para quem

“o regime de serviço público é aplicado a uma determinada atividade precisamente porque aquela é uma atividade de serviço público e não, como pensa a doutrina, aquela atividade se define como serviço público porque a ela se aplica o regime de serviço público. Em outros termos, eu não posso considerar o traço formal como determinante, como condicionante da noção de serviço público. Eu não posso privilegiar a forma sobre o conteúdo (...)”

Ele continua, em defesa de sua tese, dizendo que

“os conceitos jurídicos são o terminal de um feixe de normas, feixe de normas que constituem um regime, cuja finalidade (deles, conceitos jurídicos) é a de permitir a aplicação dessas normas jurídicas, portanto, desse regime jurídico. (...) o conceito é um antecedente. Só porque conceituei tal coisa como serviço público é que posso – e, aliás, devo – aplicar o regime de serviço público.”

Para nós, a definição mais aproximada de serviço público deve conjugar três elementos – subjetivo, material e formal. O primeiro, significando que a prestação dos serviços públicos cabe ao Estado, ou a quem o represente; o segundo, material, abrangendo atividades materiais, exercidas no desempenho

da função administrativa; e o terceiro, para aplicar aos serviços públicos necessário regime publicístico. Fazendo-se a correspondente ressalva quanto à excessiva valorização da forma, podemos dizer que serviço público é a atividade material de utilidade ou necessidade, assim prevista em lei, prestada aos administrados diretamente pelo Estado ou por quem o represente, sob regime exorbitante de direito público.

3.2. Prestação de serviços públicos – descentralização administrativa – empresas estatais

Conforme se depreende da própria norma constitucional do art. 175, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por terceiros que assumam a responsabilidade de prestá-los aos usuários.

É assente, na doutrina brasileira, a diferença entre *centralização*, *descentralização* e *desconcentração*. Na *centralização* administrativa, o Estado, por seus próprios meios e agentes, presta serviços públicos em seu nome e por sua responsabilidade. Nessa hipótese, o Estado ora presta serviços indelegáveis, ora outros que, muito embora pudessem ser objeto de delegação, são prestados por ele próprio conforme escolha discricionária do administrador.

A *desconcentração*, por sua vez, é forma de distribuição interna de competências; em outras palavras, o Estado atribui a órgãos de sua própria estrutura a incumbência de realizar certos serviços aos administrados. A distribuição de encargos, repita-se, ocorre dentro da mesma entidade.

Os serviços são considerados *descentralizados* quando o Estado transfere a titularidade dos mesmos, ou somente a execução, a outra pessoa, diferente dele, para que esta os assuma por sua conta e risco. Nessa modalidade, pode o Estado optar por dois caminhos. Pelo primeiro, denominado *outorga*, o Estado cria entidade com personalidade própria e atribui a ela, sempre por meio de *lei*, a titularidade de certo serviço. Pela *delegação*, o Estado escolhe um particular, escolhe essa sempre precedida de licitação, e com ele formaliza contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos pelo qual assumirá a prestação do serviço. O Estado não perde a titularidade dele, ao contrário, continua na condição de poder delegatário, podendo (e devendo) controlar e fiscalizar os atos do particular.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. Empresas Estatais ou Estado Empresário. In: *Curso de Direito Administrativo*. Coordenação de Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo : RT, 1986. p. 105-107.

O discrimen entre os dois modelos é importante, especialmente para o deslinde do tema aqui proposto. Meirelles¹² o traçou com absoluta propriedade:

“A distinção entre *serviço outorgado* e *serviço delegado* é fundamental, porque aquele é transferido por lei, e só por lei pode ser retirado ou modificado, e este tem apenas a sua *execução* transpassada a terceiro, por ato administrativo (bilateral ou unilateral), pelo que pode ser revogado, modificado ou anulado como o são os atos dessa natureza. A *delegação* é menos que *outorga*, porque esta traz uma presunção de definitividade, e aquela, de transitividade, razão pela qual os serviços *outorgados* o são, normalmente, por tempo indeterminado, e os *delegados*, por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegado.”

Ocorre, na doutrina, certa confusão na nomenclatura dos institutos, verificando-se que alguns autores chamam delegação o que Meirelles nomeia como outorga. Deve ficar patente, entretanto, seja qual for o nome utilizado, que se mantenham intactas e claras as diferenças entre ambos.

No que se refere à *outorga*, como dissemos, o Estado pode criar ou autorizar a criação, por lei, de entidades que serão um desdobramento dele mesmo. O Decreto-Lei nº 200/67, estruturando a administração pública federal, enquadrou-as na chamada “administração indireta”. Dela fazem parte autarquias, fundações públicas e *empresas estatais*, que se desdobram em *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*.

Para o presente trabalho, mister se faça breve referência às empresas estatais. Elas podem ser de dois tipos: empresas públicas e sociedades de economia mista. As empresas públicas são formadas por capital exclusivamente público, ou seja, por recursos provenientes da própria entidade criadora ou de outra pessoa da administração indireta. Além disso, podem adotar como forma societária qualquer uma das admitidas no direito nacional, seja anônima, por cotas, ou mesmo unipessoal. Já nas sociedades de economia mista, o capital é composto por recursos públicos e particulares, com a necessária observância de que o Estado

detenha majoritariamente as ações com poder de voto. Para elas, a única forma societária possível é a anônima.

É de fundamental importância o esforço, finalmente acolhido pela doutrina e jurisprudência brasileiras, de Bandeira de Mello¹³, no sentido de reconhecer às empresas estatais dupla natureza: ou são criadas para *explorar atividades econômicas*, por razões extraordinárias, e suplementarmente aos particulares (art. 173, da Constituição da República), ou em regime de monopólio (arts. 176 e 177); ou *prestam serviços públicos*, melhor dizendo, desempenham atividade tipicamente estatal (art. 175).

As *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*, quando prestadoras de serviços públicos, não devem ser consideradas “concessionárias” de serviços públicos. A primeira razão é que a concessão é *delegada* por meio de *contrato*, precedido de *licitação* pública, conforme exigência expressa da norma constitucional do art. 175. Ora, o Estado, quando cria (ou autoriza a criação de) uma empresa pública, *por lei, outorga* à nova criatura a titularidade do serviço, independente de submetê-la a qualquer procedimento licitatório, ou de, com ela, formalizar contrato. As empresas estatais não têm igual situação jurídica que a concessionária. Com efeito, são um prolongamento do poder público. À mesma conclusão chegou o Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão proferido no RE 88.185 (RTJ, v. 112/674).

Há, entretanto, uma hipótese em que se pode considerar a empresa estatal concessionária de serviços públicos. Veja-se, por exemplo, o caso de empresas que prestam serviços de competência federal (como telefonia e energia elétrica), mas cujo capital é formado por recursos provenientes de outra entidade política. Nessa situação, a União, que é titular do serviço, *concede* à empresa estadual, distrital ou municipal, por contrato administrativo, o direito à exploração do serviço, tornando-a concessionária.

4. Implicações tributárias – a imunidade

4.1. Normas constitucionais tributárias relativamente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica e às concessionárias de serviço público

As empresas estatais, quando exploradoras

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed., 2. tiragem. São Paulo : RT, 1991. p. 299.

¹³ MELLO, op. cit., p.104-105.

de atividades econômicas, devem, partindo-se do primado da igualdade, ter tratamento idêntico às empresas privadas. Essa afirmação fundamenta-se também em outro princípio básico do direito brasileiro: o da livre concorrência. O legislador constituinte, quanto ao regime dessas empresas estatais, acatou o que a doutrina já dizia há muito tempo – fixou, expressamente, no art. 173, § 1º, regra segundo a qual

“a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Reconher a tais empresas imunidade tributária significa, *prima facie*, ir contra o ditame constitucional. Não é de se admitir tratamento diferenciado, sob o simples argumento de se tratar de empresa com capital total ou parcialmente público.

Temos conosco, entretanto, a possibilidade de se deferir à empresa estatal envolvida em atividades de cunho econômico isenção tributária, relativamente a impostos federais, estaduais ou municipais. Por óbvio, deverão ser identificadas razões de interesse público que a justifiquem. Mas é absolutamente necessário que se dê às empresas privadas idêntico privilégio, se preencherem as mesmas condições. Como lecionou Souto Maior Borges:¹⁴

“Podem ser estabelecidas em lei apenas isenções compatíveis com o sistema constitucional da tributação, isto é, não-violatórias do princípio de isonomia ou igualdade de todos perante o fisco. Podem ser outorgadas isenções que não contrariem o princípio da generalidade da tributação, mas que tão-somente o excepcionem. Ao Poder Legislativo é defeso, conseqüentemente, isentar com violação da regra de igualdade.”

No que se refere às implicações tributárias, relativamente às concessionárias de serviços públicos, a ordem constitucional brasileira de 1934 foi a que primeiro as beneficiou com a imunidade, nos termos do art. 17. A partir da Constituição de 1937, entretanto, alterou-se o tratamento tributário: conforme dispõe o atual texto, art. 150, § 3º, não cabe a imunidade

recíproca às concessionárias de serviços públicos. No bojo da norma vem ordem segundo a qual as vedações previstas no inciso VI, *a*, não se dirigem ao patrimônio, rendas ou serviços, relacionados com empreendimentos “em que haja contraprestação ou pagamento de *preços ou tarifas* pelo usuário”.

Como é sabido entre nós, a concessão é

“o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a *remuneração mediante tarifa paga pelo usuário*”¹⁵.

Aos serviços prestados pelas concessionárias, o usuário paga tarifa ou preço público, institutos de direito privado que nada tem que ver com o regime tributário. As taxas, essas, sim, espécie do gênero tributo, têm regime diferente e são cobradas sob outras condições.

No mais, nada obsta seja a concessionária de serviços públicos isenta de impostos, de qualquer das esferas políticas, desde que devidamente motivada a isenção por interesses públicos.

4.2. A imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos

A análise da imunidade das empresas estatais prestadoras de serviços públicos deve ser feita tendo-se em mira o art. 150, VI, *a*, da Constituição de 1988. Muito mais que simples leitura da norma constitucional, mister a interprete sistematicamente, reconhecendo-lhe o sentido diante de todo o sistema constitucional brasileiro. Na verdade, a interpretação literal da norma citada pode levar a conclusões que não merecem acolhida.

De antemão, o raciocínio deve partir da assertiva de que a imunidade tributária reconhecida às empresas estatais que prestem serviços públicos há de ser tomada sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo, ou material. Na lição de Ataliba¹⁶, os critérios só serão aplicáveis à hipótese se considerados *conjuntamente*, o que se mostrará logo adiante.

A imunidade, subjetivamente considerada, tem que ver com a pessoa merecedora do privilégio, aquela que preencha os requisitos

¹⁴ BORGES *apud* DERZI, COELHO, *Pareceres de Direito Tributário*, p. 375.

¹⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 218. Grifamos.

¹⁶ ATALIBA, Geraldo, *op. cit.*

constitucionais para ser imune a impostos. As empresas estatais, como esclarecido anteriormente, integram a administração indireta; seus bens e patrimônio são públicos; a renda proveniente de suas atividades reverte-se ao custeio do próprio serviço; submete-se às normas da licitação pública para compra e alienação de bens etc.

Muito embora assumam forma de direito privado, são submetidas a inúmeras normas do regime jurídico-administrativo. Regem-se, em quase toda sua extensão, pelas normas de direito público, inclusive as relativas à tributação. É bastante intensa a presença deste regime publicístico, o que não ocorre, com igual vigor, em relação às exploradoras de atividade econômica.

Torna-se ainda mais evidente, quanto à imunidade das empresas estatais na condição de prestadoras de serviços públicos, o fato de terem sido criadas com a expressa finalidade de atuarem em nome do Estado, em atividade tipicamente estatal – a prestação de serviços públicos, que nada mais é que uma de suas mais importantes funções na realização dos interesses coletivos.

Vê-se, pelo exposto, que ambos os critérios – subjetivo (empresa estatal) e objetivo ou material (prestação de serviços públicos) – são fundamentais na análise da questão. A própria Constituição da República repele interpretação diferente desta.

A imunidade subjetiva, ou em razão da pessoa, não se justifica por si só. A condição de empresa estatal não faz com que seja merecedora de imunidade tributária. Há empresas que, não obstante tenham patrimônio e bens públicos, e muito embora submetam-se, em parte, ao regime publicístico, não podem ser beneficiadas com a imunidade. É o caso das que exploram atividade econômica, para quem a norma constitucional ordena idêntico tratamento tributário ao das empresas particulares (art. 173, § 1º). Na mesma hipótese enquadram-se as empresas estatais formadas por capital de pessoa política de esfera diferente da titular do serviço público, como, por exemplo, empresa estadual prestando serviço de titularidade da União. Como afirmamos em outra passagem, tais empresas nada mais são que concessionárias de serviços públicos; se às concessionárias não é deferida a imunidade, da mesma forma àquelas outras.

Também não satisfaz, *de per si*, o argumento da imunidade objetiva. Pensar desta forma

levaria ao erro de supor que o serviço público é intributável. Ora, não temos dúvidas de que possa ser objeto de impostos, como de fato é, quando prestado por delegatário do Estado, por sua conta e risco.

Ressalte-se, entretanto, entendimento de tributaristas pátrios quanto à impossibilidade de se tributar serviços públicos por meio do Imposto Sobre Serviços – ISS, ao argumento de serem prestados sob regime publicístico, devendo o ISS recair somente sobre serviços regidos pelo direito privado¹⁷. Isto não obsta, como nos parece óbvio, incidam outros impostos sobre os serviços públicos.

Pode-se afirmar, a título de conclusão, que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos não se aplica a vedação do art. 150, § 3º, mas, sim, a imunidade recíproca, conforme interpretação sistemática do inciso I, letra *a*, do mesmo artigo. Na mesma linha, Bandeira de Mello¹⁸, Ataliba¹⁹, Dallari²⁰, Grau²¹, dentre outros. Em sentido contrário, registre-se a doutrina de Figueiredo²².

5. Conclusões

Ao término do trabalho, podemos extrair, sinteticamente, o seguinte:

1 – A imunidade é limitação negativa de competência tributária dos entes políticos prevista sempre na Constituição, ainda que não expressamente, ou seja, a regra imunitória pode estar implícita em princípios constitucionais.

2 – Os princípios impõem limitações genéricas ao poder de tributar, ao contrário das imunidades, que são específicas. Além disso, conferem competências e vinculam a conduta do administrador, no seu exercício. As imunidades, a seu turno, negam essa competência. Princípios e imunidades não se confundem.

3 – A regra da imunidade recíproca, prevista

¹⁷ CARRAZA *apud* GIARDINO, Cléber, BARRETO, Aires. Serviço público : intributabilidade por meio de imposto; serviços de transportes urbanos e ISS. *Revista de Direito Tributário*, n. 62, 1994. p. 103.

¹⁸ MELLO, op. cit., p. 116.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo, op. cit.

²⁰ DALLARI, Adilson. Imunidade de estatal delegada de serviço público. *Revista de Direito Tributário*, n. 65, 1995. p. 22-41.

²¹ GRAU, Eros Roberto, op. cit.

²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994.

na Constituição, art. 150, VI, *a*, nasceu dos princípios do federalismo e da isonomia entre os entes políticos. Pode abranger as taxas, na hipótese do art. 5º, XXXIV, *a*, além dos tributos não-vinculados (impostos).

4 – Na conceituação de serviço público, não se devem tomar, *de per se*, os critérios subjetivo, material ou formal. Atualmente, parte-se da idéia de que os serviços e atribuições estatais, de maneira geral, oscilam em tempo e espaço, devido a influências de ordem cultural. Os serviços públicos são sempre regidos por normas de direito público, e as atividades econômicas, eventualmente exercidas pelo Estado, são desenvolvidas, predominantemente, sob normas de direito privado.

5 – O Estado, na realização de serviços públicos, pode prestá-los diretamente (centralização), atribuir competências a órgãos de sua própria estrutura (desconcentração) e delegar ou outorgar a outrem somente a execução, ou a titularidade e execução dos serviços (descentralização).

6 – Na descentralização, o Estado outorga ou delega serviços públicos. A outorga é instituto segundo o qual o Estado, por lei, cria pessoa sua – autarquias, fundações públicas ou empresas estatais – e a ela transfere a titularidade e a execução de serviços públicos. Já a delegação decorre de contrato precedido de licitação, após o que outrem se investirá da obrigação de prestar o serviço, sob as condições do contrato e mediante tarifa paga pelos usuários.

7 – As empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – são, normalmente, prestadoras de serviços públicos (art. 175, CR), regidas pelo regime de direito público, mas podem, também, explorar atividade econômica (art. 173), em igualdade com os particulares, sob prevalência das regras de direito privado.

8 – Quando prestam serviços públicos, as empresas estatais não são concessionárias, nem se sujeitam ao regime dessas. O direito à exploração do serviço lhes foi dado por lei e só por lei pode ser retirado. A concessão é delegada

mediante contrato administrativo, após licitação pública, ficando o concessionário submetido às regras contratuais. A empresa estatal pode ser considerada concessionária de serviços públicos na hipótese de ser formada por capital de entidade diferente da titular do serviço.

9 – Empresas estatais que explorem atividade econômica não deverão ter privilégios tributários (art. 173, CR), com exceção daqueles que também possam ser estendidos a particulares, em iguais condições, como, por exemplo, a isenção.

10 – Em relação às concessionárias de serviços públicos, o direito brasileiro, desde a Constituição de 1937, veda a outorga de imunidade tributária. A atual Carta Magna é expressa, não podendo ser objeto de imunidade empreendimentos em que se receba contraprestação por tarifa ou preço público, tipo de remuneração feita pelo usuário ao concessionário de serviços públicos.

11 – Para se reconhecer a imunidade tributária das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, faz-se necessário interpretar sistematicamente o art. 150, VI, *a*, utilizando-se da somatória de dois requisitos: um de ordem subjetiva e outro de ordem material ou objetiva.

12 – Quando prestam serviços públicos, as empresas estatais são verdadeiro prolongamento do Estado, pois assumem função tipicamente estatal (serviços públicos previstos em lei), submetem-se a regime publicístico (especialmente no que se refere ao direito tributário), possuem bens públicos carregados de ônus etc.

13 – Ser empresa estatal não garante imunidade tributária. É necessário adicionar a esta característica o objeto realizado, ou seja, a prestação de serviços públicos. Da mesma forma, não é somente o fato de prestar serviços públicos que implica imunidade; os serviços são tributáveis, especialmente quando prestados por delegatárias do Poder Público.

14 – Sobre serviços públicos não se pode cobrar ISS porque este somente incide sobre serviços prestados em regime de direito privado.

As relações entre o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais

ALLAN TATHAM

SUMÁRIO

1. “As relações passadas” (1952 - início da década de 90). 1.1. Estabilidade (1952-1976). 1.2. Euforia/Euroforia (1976-1981). 1.3. Desencanto e normalização (1981-início da década de 90). a) As Cortes Europeias. b) Conferência de Presidentes. c) COSAC. d) Centro Europeu para Pesquisa e Documentação Parlamentar. 2. Relações atuais (início da década de 90-1996). 2.1. Maastricht. 2.2. Outros desenvolvimentos. a) Reuniões bilaterais. b) Comissões parlamentares nacionais de assuntos da Comunidade Europeia. 3. Função das Comissões de Assuntos da Comunidade Europeia. 3.1. Itália: Camera dei deputati a) Responsabilidades. b) Funcionamento. c) Exame. 3.2. Reino Unido: Câmara dos Lordes. a) Responsabilidades. b) Funcionamento. c) Exame. 3.3. Áustria: Nationalrat. a) Responsabilidades. b) Funcionamento c) Exame. 4. Relações futuras (a partir de 1996). a) A posição do Parlamento Europeu. b) As posições dos Estados-Membros. 5. Conclusão.

A intenção deste trabalho é fazer apenas uma breve descrição das relações entre os Parlamentos dos Estados-Membros, com as suas variadas tradições políticas e bases históricas, e o Parlamento da União Europeia, por assim dizer um recém-chegado ao clube parlamentar e olhado por alguns dos membros do clube como um arrivista intruso.

Embora o Parlamento Europeu (“PE”) nunca tivesse sido o único depositário da legitimidade democrática direta na Comunidade Europeia (uma vez que os parlamentos nacionais desempenham um papel crucial por intermédio do seu poder sobre os ministérios nacionais ao responsabilizar o Conselho de Ministros pelas suas ações), houve previamente uma tendência para levar em consideração os

Allan Tatham é Professor na Faculdade de Direito da Universidade Pázmány Péter – Budapeste.

Tradução de Isabel Taveira e Patricia Zimbres do Núcleo de Tradução da Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal.

dois níveis parlamentares, nacional e europeu, individualmente.

A intenção é apresentar esse relacionamento no seu contexto histórico e, pedindo desculpas pela analogia dickensiana, considerar o seu desenvolvimento em três estágios – passado, presente e futuro.

1. As relações passadas (1952-início da década de 90)

Como todos sabemos, o Parlamento Europeu teve a sua gênese nos tratados que estabeleceram as Comunidades Europeias (ECSC 1951; CEE e EAEC 1957) e a sua certidão de nascimento original (CEE, arts. 137-144, conforme posteriormente emendado) com o nome de “Assembléia”. Só mais tarde adquiriu o seu novo título, reconhecido pela *Lei Europeia Única* de 1986.

O desenvolvimento das relações entre o Parlamento Europeu (nascido Assembléia) e os parlamentos nacionais ao longo do período mencionado foi por sua vez dividido por um comentarista em três partes que se fundem uma na outra. Abaixo, as nossas considerações sobre essa questão.

1.1. Estabilidade (1952-1976)

De 1952 a 1979, os Membros do Parlamento Europeu (“MPEs”) eram simultaneamente membros dos seus próprios parlamentos nacionais. O significado desse chamado “mandato duplo” era, e ainda é, bastante superestimado. Em nenhum caso tiveram os dois mandatos importância idêntica – o mandato nacional era quase sempre o mais significativo. Uma vez que os MPEs deveriam ser nomeados pelos parlamentos nacionais “de entre os seus membros” (CEE, art. 138(2), versão original), era dada prioridade a estes parlamentos, em especial pelos partidos políticos.

Os “europeus” tinham obrigações adicionais, tal como acontecia com os seus colegas de partido que faziam parte da assembléia parlamentar do Conselho Europeu ou do WEU, da OTAN, etc., mas não muitas mais. Apenas em certas ocasiões podiam usar a sua experiência especial para influenciar as decisões políticas dos seus partidos ou parlamentos nacionais. A vida política nacional constituía o tema central. Interferências externas, particularmente por parte dos “europeus”, não eram bem vindas. Isso foi especialmente verdade no

caso dos países maiores; quanto aos países menores, a interação era muitas vezes mais positiva, uma vez que os MPEs tinham com frequência uma posição mais elevada na hierarquia partidária.

Em todos os países, havia alguns membros que podiam dar prioridade ao trabalho do Parlamento Europeu, graças a um eleitorado garantido ou a uma posição segura no partido. Essa preferência nem sempre significava o abandono de uma carreira política nacional. Era sempre mais fácil aos partidos da oposição destacar políticos fortes para o serviço europeu.

O advento das eleições diretas alterou radicalmente essa situação. Por exemplo, o rápido declínio do mandato duplo, de 30,48% na época das eleições diretas em 1979 (com 410 MPEs) para 11,52% em 1983, antes das segundas eleições diretas (com 434 MPEs), mostrou a importância dessa tendência aparentemente irreversível. Em 1996, o número referente a mandatos duplos era de 3,8%.

1.2. Euforia/Euroforia (1976-1981)

Logo que ficou claro, com a adoção da Lei de 20 de setembro de 1976, que o Parlamento Europeu iria finalmente ter eleições diretas, os parlamentos nacionais mostraram um grande entusiasmo e uma grande boa vontade em aceitar o PE como um parceiro amadurecido entre as assembléias já estabelecidas.

Foram apresentadas inúmeras propostas em relação ao futuro *status* dos MPEs sem mandatos duplos; no entanto, poucas foram implementadas. Obstáculos de ordem constitucional ou processual, por exemplo, não permitiram que fosse concedido aos MPEs o direito de estar presente e falar nos parlamentos nacionais. Entre as Câmaras Altas, a Câmara dos Lordes considerou a possibilidade de admitir MPEs britânicos, tal como os bispos anglicanos, em caráter temporário enquanto mantivessem os seus mandatos no Parlamento Europeu.

Naquela época, as propostas feitas pelo Presidente do Parlamento Europeu, com o apoio da Conferência dos Presidentes dos Parlamentos, de que todos os parlamentos nacionais deveriam instituir Comissões de Assuntos Europeus, não teve qualquer resultado.

Nos casos em que existiam Comissões de Assuntos Europeus nos parlamentos nacionais, elas continuaram o seu trabalho: por exemplo, na Alemanha, na Holanda e na Irlanda. Na França, imediatamente após as eleições diretas,

a lei exigiu que as duas Câmaras do Parlamento instituísssem delegações do Parlamento Europeu, que forneciam a cada seis meses excelente documentação sobre o desenvolvimento da integração europeia e as atividades do Parlamento Europeu.

A Câmara dos Lordes, que foi a primeira a apresentar, numa declaração de políticas em 1978, uma extensa proposta com respeito a futuras relações, possui um meio de contato bastante realista na forma da sua Comissão Especial sobre as Comunidades Europeias: existe uma Comissão Especial sobre a Legislação Europeia da Câmara dos Comuns, a ela correspondente.

Pouco depois das eleições de 1979, os três partidos principais do *Bundestag* alemão (CDU/CSU, SPD, FDP) instituíram procedimentos mais ou menos idênticos, a fim de assegurar um intercâmbio mútuo de informações e coordenação com os MPEs pertencentes ao seu partido. Tais procedimentos provaram ser eficazes em nível de liderança de partido parlamentar e em nível de partido e dentro dos grupos de trabalho e comissões.

Tais iniciativas foram utilizadas em outros Estados-Membros, mas, tal como examinaremos mais tarde, existem ainda diferenças entre os poderes e as competências das Comissões de Assuntos da Comunidade Europeia dos parlamentos nacionais.

1.3. Desencanto e normalização (1981-início da década de 90)

Após as eleições diretas, o Parlamento Europeu foi deixado entregue a si mesmo, enquanto todos se debruçavam sobre os seus próprios problemas. Só gradualmente se tornou aparente que, enquanto o Parlamento Europeu havia adquirido um *status* bem mais legítimo como resultado da eleição direta dos seus membros, os seus poderes não haviam aumentado de forma correspondente. Uma vez que os acertos anteriores haviam sido mantidos, com o Conselho ocupando ainda uma posição dominante, os parlamentos nacionais apenas tinham de levar em consideração o declínio já esperado do mandato duplo.

As eleições diretas haviam tido lugar de acordo com a lei eleitoral nacional, com base na Lei da Comunidade Europeia relativa às eleições que, exceto no caso da França, não envolvia maiores mudanças nos procedimentos eleitorais nacionais existentes. A maioria dos

parlamentos nacionais tinha também algumas obrigações novas (embora limitadas) com relação à oficialização dos resultados da eleição e ao preenchimento dos mandatos vagos.

Uma vez que não havia uma lei uniforme para os MPEs, havia também que promulgar legislação com o fim de conceder a estes Membros igualdade legal e financeira (quase total) em relação aos membros dos parlamentos nacionais. A ausência de uma lei eleitoral uniforme e um estatuto uniforme para os membros colocou o Parlamento Europeu em desvantagem em relação aos parlamentos nacionais.

No entanto, as circunstâncias mudaram com o advento de um papel cada vez mais forte do Parlamento Europeu nos procedimentos legislativos, após a entrada em vigor da *Lei Europeia Única* (1986) e do Tratado de Maastricht sobre a União Europeia (1993).

Contudo, o período de 1981 até ao Tratado de Maastricht viu acontecer um aumento na cooperação interparlamentar, que pode ser visto em vários níveis, conduzindo a uma “normalização” das relações entre o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais.

a) As Cortes Europeias

O reconhecimento por parte do Parlamento Europeu da legitimidade compartilhada e da importância estratégica dos parlamentos nacionais veio à luz em duas resoluções adotadas em 1988. A primeira resolução (16 de maio de 1988) insistia que “deveria ser adotado um Tratado sobre a União Europeia com base numa proposta do Parlamento Europeu, com mandato para este efeito em vigor após a segunda reeleição em junho de 1989”, mas também que “deveria ser convocada, em julho de 1989, uma “Assembleia Geral dos Estados Europeus” dos parlamentares dos doze países membros da Comunidade e o Parlamento Europeu para eleger, em assembleia conjunta, o presidente do Conselho Europeu e o presidente da Comissão”. A segunda resolução (16 de junho de 1988) pedia a realização de um plebiscito sobre a união política da Europa e lembrava o Conselho da sua solicitação de “conferir ao Parlamento Europeu o poder de preparar a minuta de um tratado sobre a União, a ser apresentado diretamente aos parlamentos nacionais para ratificação”. Nenhuma dessas propostas foi imediatamente concretizada, mas algumas das idéias nelas contidas permaneceram e se fundiram.

Em particular, a idéia de uma “Assembléia Geral dos Estados Europeus” foi retomada em outubro de 1989 numa mensagem dirigida ao Parlamento Europeu pelo Presidente Mitterrand (Debates Parlamentares Europeus, DO N° 3-382, 25.10.89, p.160) que perguntou por que razão não se organizavam “Cortes sobre o futuro da Comunidade, em que tomariam parte, além do Parlamento, as delegações dos parlamentos nacionais e representantes da Comissão e dos governos”. Um mês depois, em 23 de novembro, o Parlamento havia aceito “as propostas sucessivas de Felipe Gonzalez (sobre a cidadania européia) e de François Mitterrand”. Os parlamentos nacionais foram convidados para essas “Cortes Europeias”, que o Parlamento descreveu como “uma assembléia dos parlamentos da Europa”, criada “para discutir os estágios seguintes na implementação da União Européia”.

Um dos constitucionalistas renomados do Parlamento, Maurice Duverger, preparou uma resolução sobre a mecânica das Cortes (adotada em 12 de julho de 1990), e realizaram-se reuniões preparatórias entre os presidentes dos parlamentos nacionais e do Parlamento Europeu e entre os presidentes das comissões existentes dentro dos parlamentos nacionais especializadas em assuntos da Comunidade. Ficou assente que as Cortes teriam lugar em Roma na véspera da Conferência Intergovernamental de Maastricht. A resolução Duverger enfatizou os dois objetivos básicos das Cortes: reduzir “o déficit democrático da Comunidade pela confirmação da aprovação majoritária... para o fortalecimento substancial dos poderes legislativos do Parlamento Europeu e dos poderes de controle democrático”; e preparar “para o desenvolvimento de um poder constituinte na Comunidade, em consonância com os princípios da democracia, que são negligenciados pelos procedimentos atuais de acordo com os quais o Parlamento Europeu fica excluído da reforma da Comunidade”. Assim, embora inicialmente cauteloso quanto a qualquer envolvimento dos parlamentos nacionais, o Parlamento Europeu enunciou, contudo, três objetivos: a organização das Cortes deveria ser centralizada por meio do Parlamento; as Cortes ficariam expressamente limitadas a considerações de reforma constitucional; e as Cortes ficariam subordinadas à agenda reformista do Parlamento.

As Cortes eram compostas de 173 parlamentares e cinquenta e três membros do Parla-

mento Europeu. Reuniam-se em grupos de acordo com a filiação partidária e não por contingentes nacionais. Todas as câmaras participantes foram convidadas a apresentar os seus pontos de vista (apenas o Congresso espanhol não o fez), e foi adotada pela grande maioria uma declaração final consensual de trinta e dois pontos (154 votos a favor, treze contra: *Boletim do PE*, 30 de novembro de 1990). A declaração considerava, entre outros pontos, que o procedimento para a revisão dos tratados deveria incluir, antes da ratificação pelos parlamentos nacionais, a concordância do Parlamento Europeu.

b) Conferência de Presidentes

Uma forma de cooperação mais antiga e mais regular é a Conferência de Presidentes do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais (câmaras alta e baixa). A Conferência foi instituída, pela primeira vez, em 1963, quando o então Presidente do Parlamento, Gaetano Martino, foi anfitrião de uma reunião dos presidentes e secretários-gerais das assembléias nacionais em uma conferência especial que teve lugar em Roma (Scalingi, 1980, p. 68). A Conferência, que foi relançada na sua forma atual em 1975 e que, desta forma, antecipou-se às eleições diretas, tem lugar a cada dois anos. (Também a cada dois anos se realiza uma conferência semelhante, mas muito mais ampla, entre os presidentes dos parlamentos dos Estados-Membros do Conselho Europeu). A Conferência resultou numa série de conclusões práticas e recomendações concentradas em duas questões principais: melhoria do exame parlamentar da legislação da Comunidade e políticas da União e melhoria da cooperação interparlamentar.

c) COSAC

Em 1989, seguindo uma sugestão de Laurent Fabius (que era um Membro do Parlamento Europeu, bem como Presidente da *Assemblée Nationale* francesa), ficou acordado realizar reuniões regulares dos órgãos nos parlamentos nacionais responsáveis pelos assuntos Europeus, juntamente com uma delegação do Parlamento Europeu. Essas reuniões são realizadas a cada seis meses no país que detém a Presidência do Conselho. Em novembro de 1991, ficou acordado um conjunto de normas de procedimento para essas reuniões, que se tornaram conhecidas como COSAC, de acordo com o seu acrônimo francês relativo à Conferência dos órgãos especializados nos

assuntos da Comunidade. As decisões no COSAC são tomadas com base no consenso geral. A agenda e as preparações para as reuniões estão nas mãos dos Parlamentos dos Estados-membros que participam da “Troika” (Presidente do Conselho atual, anterior e próximo Presidente do Conselho), juntamente com o Parlamento Europeu (que é assim o membro permanente do grupo preparatório). O Parlamento Europeu está normalmente representado por um vice-presidente, que é especificamente responsável pelas relações com os parlamentos nacionais, o presidente da Comissão de Assuntos Institucionais e outros membros escolhidos de acordo com os assuntos incluídos na agenda, perfazendo um total de seis, o mesmo número das delegações nacionais. As reuniões debatem normalmente questões fundamentais e convidam membros do Conselho para estar presentes. A importância dada pelos governos a estas reuniões pode ser comprovada pela sua vontade em participar. Os Primeiros-Ministros e Ministros das Relações Exteriores estão geralmente presentes; na realidade, na reunião de Bonn, em outubro de 1994, o Chanceler Kohl respondeu a perguntas durante uma hora e meia, tendo também feito um discurso.

d) Centro Europeu para Pesquisa e Documentação Parlamentar

Em setembro de 1977, o Parlamento Europeu, a Assembléia Parlamentar do Conselho Europeu e os parlamentos nacionais instituíram em conjunto um *Centro Europeu para Pesquisa e Documentação Parlamentar*. Os objetivos do centro são a promoção do intercâmbio de informações entre os parlamentos, a fim de evitar a duplicação daquilo que constitui, com frequência, pesquisa cara, e o estabelecimento de cooperação para fins de documentação entre as bibliotecas parlamentares e os departamentos de pesquisa (incluindo acesso mútuo a bases de dados). O centro é administrado em conjunto pela Assembléia Parlamentar e pelo Parlamento Europeu, embora, na realidade, o último forneça a maioria do apoio administrativo. O centro está sob a autoridade dos presidentes dos parlamentos participantes, aos quais os presidentes do Parlamento Europeu e da Assembléia Parlamentar submetem conjuntamente um relatório e um programa de ação. O centro instituiu sete grupos de trabalho diferentes, compostos de funcionários superiores de diferentes parlamentos, com o objetivo de trabalhar em cooperação com as bibliotecas do Parla-

mento, departamentos de processamento de dados, pesquisadores, etc. Publica um boletim informativo entre quatro a seis vezes por ano, que dá informações sobre as atividades dos vários parlamentos, fornece, a pedido de cada parlamento, listas detalhadas de documentação e estudos, e atualiza, de forma permanente, um arquivo sobre quem é responsável por quê em cada parlamento.

2. Relações atuais (início da década de 90 – 1996)

2.1. Maastricht

Em junho de 1990, o Conselho Europeu de Dublin já havia observado que se deveria considerar “um envolvimento maior dos parlamentos nacionais no processo democrático dentro da União, em especial em áreas onde novas competências serão transferidas para a União” (*Boletim do PE*, junho de 1990).

A delegação francesa, presente às negociações de Maastricht, era a favor da criação de uma nova instituição, o “Congresso” que, composto por delegados dos parlamentos nacionais (composto, mais tarde, metade por parlamentares nacionais e metade por MPÉs), seria consultado sobre as opções políticas principais, especialmente naquelas áreas não-abrangidas pelo método da Comunidade e, portanto, fora do âmbito da supervisão parlamentar europeia tradicional. As reações à proposta foram variadas. Alguns viram uma justificação para ela nas questões de soberania nacional que estariam envolvidas. Outros argumentaram contra a introdução de *lobbies* “nacionais” e a reintrodução do mandato duplo. A posição do próprio Parlamento Europeu era de cautela. À medida que as negociações prosseguiram, a proposta passou gradualmente de um “Congresso” para algo mais semelhante às familiares Cortes, e uma disposição sobre essa questão foi repassada de um artigo no próprio tratado para uma declaração anexa ao Tratado da União Europeia:

A Conferência convida o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais a reunir-se, se necessário, em uma Conferência dos Parlamentos (ou “Cortes”).

A Conferência dos Parlamentos será consultada sobre os aspectos principais da União Europeia, sem com tal prejudicar os poderes do Parlamento Europeu

e os direitos dos parlamentos nacionais. O Presidente do Conselho Europeu e o Presidente da Comissão farão um relato, a cada sessão da Conferência dos Parlamentos, sobre o estado da União.

Embora a Conferência não tivesse se tornado uma instituição comunitária plenamente amadurecida, ela constituiu, todavia, um desenvolvimento altamente significativo. Apesar de os mecanismos exatos da sua convocação continuarem pouco claros (logicamente, só poderá ser convocada se todas as instituições participantes estiverem de acordo), parece, no entanto, que a Conferência dos Parlamentos será necessariamente consultada sobre os aspectos principais da União Européia, bem como será informada sobre o estado da União. Dessa forma, os parlamentos nacionais, juntamente com o Parlamento Europeu, foram potencialmente, e em conjunto, canalizados para o processo de reforma do tratado, tanto antes da convocação de qualquer conferência intergovernamental, como possivelmente durante a própria Conferência Intergovernamental. Esse novo papel deveria ser visto conjuntamente com a função de supervisão tradicional de governos e ministros pelos parlamentos nacionais, bem como com seus poderes ratificadores.

Contudo, ao determinar os participantes da Conferência Intergovernamental de 1996, o Parlamento Europeu acabou não sendo admitido por seu próprio direito e capacidade como representante na Conferência.

Uma outra questão discutida durante o período em análise dizia respeito à institucionalização da participação dos parlamentos nacionais no processo legislativo da Comunidade ao nível da própria Comunidade. A opinião vitoriosa em Maastricht, firmemente abraçada pelo Parlamento Europeu e pela Comissão Européia, foi a da manutenção das linhas constitucionalmente puras e claras da responsabilidade política que haviam sido previamente estabelecidas pelos Tratados de Roma de 1957.

Assim, na sua resolução Duverger de 12 de julho de 1990, o Parlamento Europeu considerou que ‘não seria útil criar uma nova instituição ou “câmara de parlamentos nacionais” paralela ao Parlamento Europeu’, visto que:

- a experiência do Parlamento Europeu, anteriormente às eleições diretas, é prova das limitações práticas de tal instituição;
- as instituições da Comunidade já incluem

um corpo representando os Estados-Membros (o Conselho) e um órgão representando diretamente o eleitorado (o Parlamento Europeu);

- a tomada de decisões tornar-se-ia ainda mais complexa e, por tal razão, menos transparente.

Na sua apresentação à Conferência Intergovernamental de Maastricht, a Comissão lembrou que, no sistema da Comunidade,

‘são os governos nacionais, com assento no Conselho, que tomam as decisões principais. Uma vez que os governos nacionais são responsáveis frente aos parlamentos nacionais, cabe a eles envolver representantes eleitos nos assuntos da Comunidade de forma que as tradições nacionais sejam respeitadas’ (Suplemento ao Boletim da CE, fevereiro de 1991, p. 79).

O governo britânico abraçou essa opinião e, numa declaração apresentada à Conferência Intergovernamental, estabeleceu três áreas onde poderiam ser realizadas melhorias: o exame da legislação da Comunidade por parlamentos nacionais; a transferência de informações para parlamentos nacionais; e a cooperação entre o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais. Todas essas preocupações foram retomadas numa segunda declaração, anexa ao Tratado de Maastricht, sobre o papel dos parlamentos nacionais na União Européia.

A Conferência considera ser importante encorajar uma participação maior dos parlamentos nacionais nas atividades da União Européia.

Para atingir esse objetivo, o intercâmbio de informações entre os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu deveria ser agilizado. Nesse contexto, os governos dos Estados-Membros garantirão, entre outras medidas, que os parlamentos nacionais recebam, em tempo hábil, propostas de legislação encaminhadas pela Comissão, para que possam ter acesso a informações ou para possível análise.

De forma semelhante, a Conferência considera que é importante a agilização dos contatos entre os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu, especialmente no que respeita a conceder facilidades recíprocas adequadas e promover encontros regulares com os membros do

Parlamento interessados nas mesmas questões.

Essas considerações estavam bastante de acordo com uma declaração de políticas adotada pelo corpo administrativo superior do Parlamento Europeu (então conhecido como o *Bureau* e, agora, como Conferência de Presidentes) em setembro de 1991. O documento fazia a distinção entre duas estruturas principais: comissões parlamentares e grupos políticos. As informações prestadas em tempo hábil foram identificadas como uma questão principal e uma área em que o Parlamento Europeu possuía uma vantagem natural. O tema geral foi a cooperação mais estreita com parlamentos nacionais numa base pragmática e dentro da estrutura das competências existentes, algumas das quais foram analisadas acima.

2.2. Outros desenvolvimentos

a) Reuniões bilaterais

As questões políticas atuais constituem mais um assunto para contatos entre as comissões do Parlamento Europeu e comissões correspondentes nos parlamentos nacionais. Quase todas as comissões do Parlamento Europeu têm relações com os órgãos parlamentares nacionais. Essas relações tomam geralmente a forma de reuniões com pequenas delegações ou, às vezes, a vinda a Bruxelas ou Estrasburgo de toda uma comissão de um parlamento nacional. Também nesse caso houve um grande aumento na regularidade dos contatos. Entre 1991 e 1993, por exemplo, houve quase 30 encontros reunindo comissões do Parlamento com as suas contrapartes nos parlamentos nacionais. Em março de 1993, por exemplo, a Comissão de Liberdades Civas organizou uma mesa-redonda sobre a questão do controle parlamentar do terceiro pilar de Maastricht; em fevereiro de 1994, a Comissão de Orçamentos realizou uma audiência com parlamentos nacionais sobre o desenvolvimento do sistema de recursos próprios da União. Além disso, as comissões especializadas em assuntos europeus nos parlamentos nacionais são visitantes regulares do Parlamento, geralmente reservando parte da sua visita para discussões com a Comissão de Assuntos Institucionais. Houve mais de 20 dessas visitas nos três anos que antecederam as eleições de 1994.

Além do contato comissão-a-comissão, os parlamentos nacionais enviam com frequência pequenas delegações ao Parlamento Europeu durante as sessões plenárias em Estrasburgo,

de forma a realizarem uma série de reuniões com os relatores, presidentes de comissão, presidentes de grupo, etc. Durante os últimos cinco anos, houve em média cerca de dez dessas visitas por ano. Por seu lado, o Parlamento Europeu envia delegações ocasionais para fins de reuniões com comissões parlamentares nacionais, e MPEs são muitas vezes convidados para prestar depoimento em audiências realizadas em parlamentos nacionais. Durante o ano de 1993, por exemplo, duas delegações multinacionais do Parlamento foram à Câmara dos Comuns; em fevereiro, cinco membros da Comissão de Assuntos Institucionais apresentaram-se perante a Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Comuns e em maio, quatro membros das Comissões de Orçamento e de Controle Orçamentário prestaram depoimento perante a Comissão de Tesouro e Serviço Público. Tais ações foram muito bem sucedidas: o relatório sobre "a Europa após Maastricht", posteriormente adotado pela Comissão de Relações Exteriores, apoiou firmemente a extensão dos acordos bilaterais, particularmente no período pré-legislativo.

Quase todos os parlamentos nacionais têm unidades administrativas responsáveis pela ligação com o Parlamento Europeu, e este último tem uma divisão responsável pelas relações com os parlamentos nacionais, que mantém contatos com estes órgãos. Funcionários superiores de alguns parlamentos nacionais assistem a sessões do Parlamento Europeu. O parlamento dinamarquês, o Folketing, tem um funcionário superior destacado permanentemente em Bruxelas.

b) Comissões parlamentares nacionais de assuntos da Comunidade Européia

Tal como observado anteriormente, muitos parlamentos nacionais criaram as suas próprias comissões ou subcomissões especializadas para lidar com os assuntos europeus durante a década de 70 (por exemplo, o Folketing da Dinamarca em 1972; o Sénat e a Assemblée Nationale franceses em 1979; a Erste Kammer holandesa em 1970; e a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes do Reino Unido em 1974), embora algumas hajam sido criadas mais cedo (por exemplo, o Bundesrat alemão em 1957, e o Senado della Repubblica italiano em 1968).

Durante o período em análise, várias dessas comissões foram reformadas em resposta às exigências de Maastricht e, por volta de 1996, todas as câmaras parlamentares tinham Comissões da CE funcionando (de forma

individual, ou em conjunto com outra câmara nacional): ver Anexo I.

A Comissão Especial sobre Legislação Européia da Câmara dos Comuns, por exemplo, age como um filtro, decidindo que propostas têm importância legal ou política e recomendando-as para debates posteriores no plenário da Câmara ou em uma das Comissões permanentes, se essas propostas forem consideradas importantes. Enquanto essa análise não for feita, o governo compromete-se a não tomar uma posição no Conselho. Na Dinamarca, a Comissão de Assuntos Europeus do Folketing tem poderes ainda mais vastos, na medida em que autoriza os ministros a assumir uma determinada posição no Conselho. Sem esse mandato, o ministro não pode agir. Contudo, a força da Comissão tem de ser encarada dentro do contexto de um longo período de governos de minoria na Dinamarca. Todas essas comissões podem convidar MPEs para prestar depoimentos formais ou informais. Em três casos, as comissões incluem MPEs do país em questão na qualidade de membros. Esse é o caso da Bélgica, Grécia e Alemanha; no caso da Bélgica, os MPEs têm direito a voto.

3. Função das Comissões de Assuntos da Comunidade Européia

O restante desta sessão trata das responsabilidades e funcionamento das Comissões de Assuntos da Comunidade Européia nos parlamentos nacionais de três países com que estou mais intimamente ligado: Itália, Reino Unido e Áustria. Para ser breve, focalizei apenas uma das duas câmaras de cada parlamento nacional.

3.1. Itália: Camera dei deputati

A *Commissione speciale per le politiche comunitarie* (Comissão Especial para as Políticas Comunitárias) foi criada, na sua forma atual, em 10 de outubro de 1990 e é renovada no início de cada legislatura. As suas reuniões são regulares, com frequência de até duas ou três vezes por semana, e podem ser acompanhadas pelo público por intermédio de circuito fechado de televisão.

a) Responsabilidades

A Comissão tem responsabilidade geral pelos aspectos legais das atividades da União Européia e pela implementação da legislação e decisões da União Européia. A Comissão:

- estabelece diretrizes e acompanha a ação do governo em esferas dentro da sua competência;
- dá pareceres sobre minutas de legislação e de decretos sobre a aplicação dos tratados que criam as Comunidades Européias e suas emendas subsequentes, sobre minutas de lei e de decreto relacionadas com a implementação da legislação da União Européia e, de forma mais genérica, opina sobre a compatibilidade de todas as minutas de lei com a legislação da Comunidade;
- examina os relatórios apresentados pelo governo sobre as Comunidades Européias e prepara os seus próprios relatórios para a Assembléia;
- organiza audiências de ministros e lideranças ou representantes de entidades públicas sobre assuntos da sua competência;
- pode organizar encontros com delegações do Parlamento europeu ou com membros individuais do Parlamento Europeu, sujeitos a autorização do Presidente da Câmara;
- pode realizar investigações, com o objetivo de obter informações e documentos considerados úteis para o seu trabalho;
- é responsável pelo exame da minuta anual da Lei da Comunidade da Itália (*la legge comunitaria*), que estabelece os ajustes detalhados e o cronograma para a transferência de diretrizes comunitárias para a ordem legal italiana.

b) Funcionamento

No que diz respeito ao primeiro pilar do Tratado da União Européia, de acordo com a s. 9 da Lei nº 183-1987, o Governo encaminha às duas Casas do Parlamento todas as propostas de legislação apresentadas pela Comissão Européia.

Espera-se que cada proposta de legislação encaminhada inclua um exame da proposta em relação à legislação em vigor, indicando as áreas problemáticas para os diferentes Estados-membros. Em geral, tal norma não é respeitada.

De acordo com a s. 7 da Lei nº 96-1989, o Governo apresenta, a cada seis meses, um relatório sobre a participação da Itália no processo decisório da Comunidade. Dentro do quadro desses relatórios, o governo indica:

- a política adotada pela Itália desde a fase preparatória até à adoção do ato legal final da União Européia;

- os princípios e orientações gerais do Governo em relação a todas as minutas de propostas e legislação adotada.

Durante as negociações no Conselho de Ministros, pode ser solicitado do Governo, no decorrer de audiências ou missões de coleta de informações, que responda a perguntas sobre o estado de uma proposta específica de legislação e sobre a posição assumida pela Itália em relação a ela.

De acordo com o artigo 127 do Regulamento Interno da Câmara, as Comissões permanentes iniciam os seus trabalhos após a publicação de uma proposta de legislação no *Diário Oficial*. O período de tempo que medeia a publicação no *DO* e a entrega do documento à Câmara é de 15 dias.

Dentro da estrutura do segundo e terceiro pilares do Tratado da União Européia, o Representante Permanente da Itália poderá fazer a entrega de documentos em resposta a uma solicitação específica do Parlamento.

c) Exame

A minuta da Lei da Comunidade (ver a, acima) é encaminhada à Comissão Especial e apresentada a outras comissões com ela relacionadas a fim de receber pareceres.

No prazo de 15 dias após o encaminhamento, cada comissão examina aquela parte da minuta de lei dentro da sua esfera de competência e conclui pela aprovação de um relatório e pela designação de um relator que tomará parte nas reuniões e apresentará relatórios à Comissão Especial. Relatórios da minoria apresentados à Comissão são também encaminhados, obedecendo ao prazo já mencionado. Após esse prazo, a Comissão Especial poderá examinar a minuta de lei comunitária em qualquer caso.

As emendas aprovadas pelas comissões individuais são incluídas no relatório da Comissão Especial e deverão ser aceitas, a não ser que a Comissão Especial as rejeite de forma específica, com base na incompatibilidade com a legislação comunitária ou pela necessidade de garantir coordenação geral.

Nos 30 dias seguintes, a Comissão Especial conclui o seu exame da minuta de lei e elabora um relatório geral para a Câmara, incluindo os relatórios da maioria das comissões. Os relatores poderão dar uma explicação, na Câmara, dos seus respectivos relatórios.

Além disso, todas as minutas de propostas

da Comissão e de atos legislativos da Comissão e do Conselho são apresentados à Comissão Especial a elas vinculada, solicitando-se à Comissão Especial que emita um parecer. No prazo de 30 dias, a Comissão especializada afeta à questão examina o texto em referência e pode expressar a sua opinião em um documento final sobre a conveniência de quaisquer iniciativas. Esse documento é impresso, distribuído e encaminhado pelo Presidente da Câmara ao Presidente do Senado e ao Primeiro-Ministro italiano.

As comissões especiais, outras comissões ou mesmo o Plenário poderão solicitar do Governo que este adie a adoção da posição assumida pelo Conselho. No entanto, tal solicitação tem apenas força política e nenhuma força legal.

3.2. Reino Unido: Câmara dos Lordes

A Comissão Especial sobre as Comunidades Européias foi criada em 10 de abril de 1974 e o seu mandato é renovado a cada sessão do Parlamento. A Comissão reúne-se duas vezes por mês e as suas cinco subcomissões, uma vez por semana: essas subcomissões permanentes são:

A. Assuntos Econômicos e Financeiros, Relações Exteriores e Comerciais;

B. Energia, Indústria, Transportes e Ambiente de Trabalho;

C. Meio Ambiente, Saúde Pública e Educação;

D. Agricultura, Pesca e Proteção ao Consumidor;

E. Direito, Justiça e Instituições.

Como regra geral, as reuniões são abertas ao público quando testemunhas comparecem para prestar depoimento e fechadas quando a comissão está debatendo.

a) Responsabilidades

O mandato da Comissão é o seguinte:

“Examinar as propostas apresentadas pela Comunidade, quer em forma de minuta ou em outra forma, obter todas as informações necessárias sobre elas e relatar sobre aquelas que, na opinião da Comissão, levantem questões importantes relativas a políticas ou princípios, e sobre outras questões que a Comissão considere como merecendo a especial atenção da Câmara”.

b) Funcionamento

Com relação ao *primeiro pilar* da União Européia, o processo de exame, tanto na Câmara dos Comuns quanto na Câmara dos Lordes, abrange todos os documentos definidos na *Standing Order 127* da Câmara dos Comuns como sendo “Documentos da Comunidade Européia”:

– qualquer proposta, nos termos dos Tratados da Comunidade, de legislação apresentada pelo Conselho de Ministros;

– qualquer documento publicado por uma instituição da Comunidade para ou visando à apresentação a outra instituição da Comunidade, que não se relacione exclusivamente ao exame de qualquer proposta de legislação;

– qualquer documento relativo a assuntos da Comunidade Européia enviado à Câmara por um Ministro da Coroa.”

Desse modo, a Comissão Legislativa Européia recebe todos esses documentos, inclusive os comunicados e relatórios da Comissão, minutas de decisões do Conselho e Resoluções e relatórios da Corte de Auditores.

Os documentos apresentados ao Parlamento são acompanhados por um *memorando explicativo* elaborado para o Parlamento pelo Departamento Governamental responsável pela matéria em questão e assinado pelo Ministro responsável. O memorando indica:

– o assunto, inclusive a natureza da proposta e seu histórico;

– o Ministro responsável e o Ministro interessado;

– questões legais e de tramitação, inclusive o embasamento legal proposto, o procedimento do Parlamento Europeu aplicável, as exigências relativas à votação no Conselho de Ministros e o impacto sobre as leis do Reino Unido;

– uma avaliação do grau em que a proposta é consonante com o princípio de subsidiaridade;

– a política do governo relativa àquela proposta, inclusive quaisquer críticas a ela;

– implicações financeiras, inclusive os custos globais esperados para a União Européia, as dimensões da parcela que cabe ao Reino Unido, o parcelamento dos gastos e o valor estimado do dinheiro (em alguns casos, o Governo encaminha uma Avaliação de Custos de Observância, mostrando o impacto da transação, ou uma Análise de Custo/Benefício);

– se possível, um cronograma do processo

decisório nas instituições da União Européia;

– indicações sobre exame prévio no Parlamento.

Os documentos abrangidos pela *Standing Order 127* devem dar entrada em ambas as Casas do Parlamento *no mais tardar até dois dias úteis após seu recebimento pelo Governo*. Na sessão do Parlamento que vai de 18 de novembro de 1993 a 3 de novembro de 1994, foi dada entrada de 1.243 documentos para exame pelo Parlamento.

O lapso de tempo médio entre o encaminhamento de uma proposta pela Comissão Européia ao Conselho de Ministros e a apresentação do texto ao Parlamento é de aproximadamente 24 dias.

Nos termos do *segundo pilar* do Tratado da União Européia, o Governo encaminha ao Parlamento:

– os textos das declarações, posições comuns e ações conjuntas da CFSP que tenham sido objeto de acordo;

– os documentos da CFSP que se enquadrem nas diretrizes de exame existentes, ou seja, caso esses documentos sejam encaminhados de uma instituição da Comunidade para outra;

– outros documentos, a critério do Governo, que satisfaçam três requisitos:

1. importância, principalmente quando os direitos e deveres dos indivíduos possam ser afetados;
2. a possível necessidade de legislação;
3. a imposição ao Reino Unido de compromissos com força de lei.

Nos termos do *terceiro pilar* do Tratado da União Européia, o Governo encaminha ao Parlamento:

– a primeira versão completa de qualquer convenção ou proposta que, se acordada, exigirá a aprovação, no futuro, de legislação primária no Reino Unido;

– a critério do governo, outros documentos de importância significativa (inclusive aqueles que tenham força de lei) “sujeitos a possíveis exceções decorrentes da necessidade de segurança ou de questões operacionais”.

c) Exame

O Presidente da Comissão decide classificar as propostas como de Categoria A (consideradas como não exigindo atenção especial) ou de Categoria B (exigindo exame mais aprofun-

dado ou contendo informações importantes). As propostas de Categoria B são encaminhadas à Subcomissão apropriada, a qual decide então quais propostas deverão ser objeto de um exame completo e, por conseguinte, de um relatório à Câmara. Cerca de metade dos relatórios da Comissão confirmam uma recomendação de debate na Câmara.

Além disso, a Comissão poderá autorizar seu presidente ou o presidente de uma subcomissão a escrever aos ministros, oferecendo opiniões ou pontos de vista adicionais a respeito dos relatórios. Essa correspondência é publicada, a cada seis meses, em um relatório da Câmara dos Lordes.

Muitos dos relatórios da Comissão são debatidos na Câmara; outros são apenas informativos. Em qualquer dos casos, o Departamento Governamental interessado apresenta uma resposta por escrito, num prazo de até dois meses após a publicação do relatório ou antes do debate, caso esta última data aconteça antes do vencimento daquele prazo.

Em 1993, a Comissão recomendou que documentos importantes originando-se dos dois pilares intergovernamentais deveriam dar entrada no Parlamento e ser objeto de exame pela Câmara dos Lordes e pela reserva parlamentar de exame. Alguns documentos afetos ao pilar da Justiça e dos Assuntos Internos já foram objeto de exame dessa natureza.

Em outubro de 1990, a Câmara dos Comuns formalizou o sistema de reserva de exame, pelo qual ministro algum pode, em circunstâncias normais, dar aprovação, no Conselho de Ministros, a qualquer proposta de legislação da Comunidade Européia que esteja ainda sendo examinada pela Comissão Especial sobre Legislação Européia, ou que esteja aguardando exame em reunião plenária.

Desse modo, os ministros têm de aguardar até que a Comissão Especial tenha examinado o documento e tenha recomendado que este não merece debate, ou até que a Comissão tenha examinado o documento, recomendando-o para debate, e que esse debate tenha sido realizado (na Comissão Permanente Européia ou na Câmara), e a Câmara tenha, então, chegado a uma resolução sobre o documento.

O mesmo poder de reserva de exame se aplica no caso da Câmara dos Lordes, tanto quanto à Câmara dos Comuns. Desse modo, os ministros britânicos não têm a liberdade de dar sua aprovação a uma proposta antes de o exame parlamentar ter sido finalizado na Câmara dos

Lordes, bem como na Câmara dos Comuns. Do mesmo modo, as disposições especiais relativas à transição para a União Monetária Européia também dizem respeito à Câmara dos Lordes (ver abaixo).

Os resultados do exame de documentos, realizado semanalmente pelo Presidente, são publicados em um documento sobre o andamento do exame, que fornece detalhes sobre o andamento, na Comissão, dos documentos da União Européia. Os relatórios detalhados das subcomissões são publicados separadamente, juntamente com os fatos coletados durante o exame. No decorrer da sessão 1992-93, por exemplo, 28 relatórios foram publicados. Mais de 50% deles são discutidos em plenário na Câmara, mediante recomendação da Comissão.

A obrigação de consultar o Parlamento antes de dar aprovação a uma proposta aplica-se apenas aos documentos que se enquadram no pilar da Comunidade Européia. Os procedimentos de consulta também não são obrigatórios no caso de negociações em escalões inferiores ao nível do Conselho de Ministros.

Nem a Câmara dos Comuns nem a Câmara dos Lordes necessitam solicitar o adiamento da adoção definitiva de uma proposta apresentada nos casos em que o exame parlamentar não tenha sido concluído. No entanto, se, por razões especiais, as duas Casas tiverem dado sua aprovação, elas deverão expor suas razões para tal, em cada um dos casos, à Comissão Especial e, em se tratando de uma proposta aguardando exame pela Câmara, essa justificativa deverá ser apresentada à própria Câmara, no menor prazo possível após essa aprovação ter sido dada.

Dispositivos especiais para a transição para a União Monetária Européia

No que se refere à entrada da União Européia no terceiro estágio da União Monetária Européia, é aplicado, para ambas as Casas do Parlamento, um dispositivo especial:

De conformidade com a Lei das Comunidades Européias (Emenda) de 1993, que incorpora o Tratado da União Européia na legislação britânica:

- a. o Reino Unido não poderá comunicar sua intenção de passar para o terceiro estágio da União Monetária Européia, "salvo se uma minuta da ratificação tenha sido previamente *aprovada* por lei

do Parlamento, e salvo se o Governo de Sua Majestade tenha enviado ao Parlamento um *relatório* sobre suas propostas para a coordenação das políticas económicas, seu papel no Conselho Europeu de Ministros das Finanças, visando aos objetivos do artigo 2º do Tratado que estabelece a Comunidade Européia, conforme disposto nos artigos 103 e 102a, e sobre os trabalhos do Instituto Monetário Europeu relativos à preparação para a União Monetária Européia”;

b. de conformidade com o artigo 108 do Tratado, “o Governo providenciará para que o Governador do Banco da Inglaterra faça um relatório anual ao Parlamento, o qual estará sujeito à aprovação por meio de uma resolução, em cada uma das Casas do Parlamento”; e, antes de apresentar as informações exigidas, na implementação do artigo 103(3) do Tratado, o Governo “deverá enviar ao Parlamento, para aprovação, um relatório contendo uma estimativa da situação econômica e orçamentária a médio prazo relativa aos gastos com investimentos públicos e também aos objetivos sociais, econômicos e ambientais estabelecidos no artigo 2º, relatório esse que se constituirá na base de qualquer encaminhamento ao Conselho e à Comissão, no exercício de suas responsabilidades, nos termos dos artigos 103 e 104c”.

3.3. Áustria: *Nationalrat*

A *Hauptausschuss* (“a Comissão Principal”) no *Nationalrat* e sua subcomissão de assuntos da Comunidade foi criada em 15 de dezembro de 1994, por meio da emenda da s. 23e da *Bundesverfassungsgesetz* (“Lei Constitucional Federal”) de 1920 (conforme emendada). A *Hauptausschuss*, em geral, reúne-se duas vezes por mês, reuniões essas que não são, no entanto, abertas ao público.

a) Responsabilidades

De acordo com a s.23e-1 da Lei de 15 de dezembro de 1994, o *Nationalrat* é mantido informado, a cada passo, pelo membro do Governo Federal competente, sobre todas as propostas relativas à União Européia. O *Nationalrat* deve ter a oportunidade de dar seu parecer com relação a essas propostas.

De acordo com a s.23e-5 da Lei de 15 de dezembro de 1994, o exercício das atribuições

do *Nationalrat* relativas a assuntos da União é, essencialmente, de responsabilidade da *Hauptausschuss*. O *Nationalrat*, emendando suas normas relativas a procedimentos, definiu até que ponto as propostas da União Européia poderão ser examinadas por uma subcomissão permanente independente da *Hauptausschuss*, e até onde essas atribuições são prerrogativa do próprio *Nationalrat*.

b) Funcionamento

O Representante Permanente da Áustria na União Européia envia todas as propostas européias ao *Nationalrat*. Essas propostas são então encaminhadas à *Hauptausschuss*, após exame prévio por parte dos grupos políticos.

O Governo Federal é obrigado a informar o *Nationalrat* a respeito de qualquer proposta da União Européia. A obrigação de consultar o *Nationalrat* sobre uma proposta da União Européia depende do impacto dessa proposta sobre a Constituição da Áustria, bem como sobre as atribuições pertinentes do *Nationalrat*.

Apenas por motivos imperiosos relacionados com política externa ou política de integração poderá o Ministro – ao negociar e votar na União Européia – desviar-se do parecer do *Nationalrat*. Se o ministro tiver a intenção de assim o fazer, deverá tornar a consultar o *Nationalrat* a esse respeito. Se o ato da União Européia sendo elaborado acarretar uma emenda à lei constitucional federal, o ministro só poderá desviar-se do parecer caso o *Nationalrat*, em um prazo razoável, não apresente objeções.

c) Exame

No presente momento, a *Hauptausschuss* do *Nationalrat* age em nome do *Nationalrat*, após as propostas da União Européia terem sido objeto de debate pelos grupos políticos. Até maio de 1995, a *Hauptausschuss* havia adotado 15 pareceres, com base no exame de 80 a 100 propostas.

Os pareceres apresentados pelo *Nationalrat* são encaminhados, conforme decisão tomada pelo Presidente do *Nationalrat*, ao Chanceler da República Federal da Áustria, ao Ministro Federal de Relações Exteriores, aos ministros afetos à questão, aos membros do *Nationalrat* e aos membros austríacos do Parlamento Europeu. Esses pareceres são também publicados no “*Parlamentskorrespondenz*”.

De acordo com a s. 23e-2 da Lei de 15 de

dezembro de 1994, o ministro competente do Governo Federal fica obrigado a cumprir uma decisão do *Nationalrat*, caso a proposta europeia à qual a decisão se refere deva ser transposta, por meio de uma lei federal, ou caso ela se destine a dispor sobre a adoção de um ato de aplicação direta relativo a uma matéria que, em outras circunstâncias, seria regida por lei federal.

Se, de conformidade com a Constituição austríaca revisada, o Governo Federal for obrigado a consultar o Parlamento e/ou se o Governo Federal estiver obrigado pelo parecer apresentado pelo Parlamento e por suas comissões especializadas, as comissões em questão poderão solicitar ao Governo o adiamento da decisão do Conselho de Ministros. Não obstante, tanto o Parlamento quanto as comissões especializadas deverão emitir seu parecer em um prazo razoável.

Observações adicionais

Em relatório recente sobre o papel do Parlamento finlandês (*Eduskunta*) em questões relativas à União Europeia, o autor analisou os principais problemas enfrentados nessa área. Embora alguns desses problemas possam ser associados ao fato de a Finlândia ter apenas recentemente ingressado na União Europeia, eles são os mesmos, ou semelhantes aos enfrentados por comissões parlamentares de assuntos da União Europeia estabelecidas há mais tempo.

Os principais problemas a exigir solução foram identificados como se segue:

1) *a carga de trabalho da Grande Comissão*. Todas as pessoas que nos prestaram informações compartilhavam da mesma preocupação: há um excesso de questões sendo tratadas na Grande Comissão, havendo pouco tempo para o processo decisório e para a formulação de políticas. A mesma sobrecarga aplica-se às comissões especializadas. Na pior das hipóteses, o *Eduskunta* recebe, a cada semana, centenas de páginas de informações relativas a questões da União Europeia. Além do mais, os tópicos discutidos são, muitas vezes, de tal importância e complexidade (por exemplo, a Europol e a Conferência Intergovernamental de 1996) que viriam a demandar mais tempo para discussões aprofundadas e também para que pudesse haver um intercâmbio de opiniões. Há também um sério problema de idioma: os documentos não são traduzidos nas línguas oficiais (finlandês e sueco) de forma suficientemente rápida;

2) *as informações necessárias nem sempre*

estão disponíveis. Com frequência, as informações demoram demais para chegar da União Europeia, deixando pouco tempo para que discussões e deliberações maduras possam ter lugar no *Eduskunta*. A situação é particularmente grave no que se refere às diretrizes da União Europeia. Embora as pessoas consultadas concordem que a culpa é principalmente de “Bruxelas”, a Grande Comissão vem também se queixando (por exemplo, em fins de maio de 1995) de não receber, em tempo hábil, as informações de que precisa. Uma carta foi enviada ao Ministro de Relações Exteriores tratando desse assunto. O Chanceler de Justiça, o Sr. Jorma S. Aalto, informou os ministérios (em maio de 1995) de que é sua obrigação legal providenciar para que o Parlamento receba a tempo as propostas de diretrizes da União Europeia.

3) *procedimentos inflexíveis*. A Grande Comissão foi criticada por sua inflexibilidade quando confrontada com um fluxo constante de questões da União Europeia. A Grande Comissão deveria tentar formular seus procedimentos de maneira que os grupos partidários e os parlamentares individuais possam contar com um melhor acesso às informações;

4) *falta de recursos dentro dos grupos partidários*. Investimentos em pessoal seriam de grande auxílio para os grupos menores. No momento, eles enfrentam um enorme déficit de recursos.

De fato, em 1991, o *Bureau* do Parlamento, recentemente ampliado, adotou uma estratégia ampla visando ao aperfeiçoamento das relações com os parlamentos nacionais. Essa medida foi tomada com base em um relatório apresentado pelo Vice-Presidente João Cravinho.

Esse documento propunha, pela primeira vez, um arcabouço concreto para uma possível cooperação em termos pragmáticos. A cooperação deveria basear-se em duas estruturas: as comissões parlamentares, por um lado, e os grupos políticos, por outro. No que se relaciona às comissões, o foco principal das preocupações, o Parlamento Europeu ressalta sua preferência por contatos de trabalho sobre questões específicas de interesse comum. Aliás, um número excessivo de instituições, organizações e conferências em toda a Europa estão sendo constantemente convocadas para discutir o futuro da Europa nos termos mais amplos e muitas vezes até filosóficos. Quando se trata do próprio processo decisório, no entanto, e

mais especificamente da legislação, os especialistas, no mais das vezes, se vêem sós, contando com informações insuficientes, sem o tempo necessário para a execução de seu trabalho e sem possibilidade de diálogo e discussão. Quanto a isso, o Parlamento Europeu pretende preencher essa lacuna, incentivando não apenas as reuniões das comissões de assuntos europeus, mas também das comissões especializadas, por exemplo, em ciência e tecnologia, meio ambiente e assuntos econômicos e financeiros. Orçamento e controle orçamentário, auditoria das despesas e fraudes são outras questões de óbvio interesse comum.

Foram sugeridas diferentes fórmulas. Nem tanto reuniões das próprias comissões plenas, que poderiam ser por demais inflexíveis para uma discussão conjunta, mas sim convites a relatores ou grupos de trabalho conjunto sobre questões específicas. Sugere-se que deveriam ser convidados os relatores tanto do Parlamento Europeu para visitar os parlamentos nacionais como vice-versa, os relatores dos parlamentos nacionais visitando as reuniões de comissões do Parlamento Europeu. A cooperação deixaria então de ser uma via de mão-única. Como já foi afirmado, isso tornou-se uma prática comum e cotidiana.

Um sistema semelhante é sugerido para os grupos políticos, os quais poderiam, de forma pragmática e com base em um assunto específico, fortalecer seus vínculos com os parlamentares de países-membros pertencentes à mesma família política que a sua.

Como já vimos antes, a falta de informações sobre os estágios iniciais da legislação da Comunidade é um dos principais pontos fracos dos parlamentos nacionais, em seu diálogo com os governos de seus países sobre assuntos da União Européia. O Parlamento Europeu desenvolveu dois instrumentos tendo como objetivo sanar essa falha de comunicação: em primeiro lugar, por diversos anos a legislação da comunidade vem sendo apresentada com base em um programa anual, acordado conjuntamente pela Comissão e pelo Parlamento Europeu. Esse programa não apenas indica as prioridades para as ações da União Européia, como também contém uma lista detalhada das propostas legislativas. Esse programa pode ser usado como um sistema de alerta precoce para aqueles que se interessam em acompanhar desde o início as discussões sobre um ato legislativo da União Européia a ser futuramente adotado. Um segundo instrumento, este muito mais deta-

lhado, é um sistema informatizado chamado "OEIL", que oferece uma visão geral do que sucedeu a cada proposta, a cada estágio das deliberações legislativas, quer no Parlamento, quer no Conselho. Essas informações estão agora disponíveis aos parlamentos nacionais, permitindo-lhes desenvolver suas próprias fontes e compará-las com as informações recebidas por meio dos governos nacionais. Um terceiro instrumento está, na verdade, em estágio de preparação: o Parlamento Europeu criou, dentro de seu próprio secretariado, um novo serviço destinado a acompanhar bem de perto a legislação da União Européia. Prevê-se que um funcionário da comissão em questão seria o responsável por cada proposta legislativa e que a Comissão e o Conselho indicariam também o funcionário responsável, com a mesma finalidade. Se os parlamentos nacionais participassem desse sistema, o resultado seria o início de uma nova dimensão de assessoria parlamentar na Europa. Na verdade, um assessor de pesquisa e um secretário de comissão, digamos, em Madri ou em Copenhague, poderiam entrar diretamente em contato com sua contraparte na União Européia em Bruxelas, a fim de trocar informações ou colocar questões. Obviamente, um sistema como esse, baseado em tecnologia avançada, aumentaria em muito a utilidade das reuniões parlamentares.

O balanço da nova atitude adotada pelo Parlamento Europeu, de cooperação mais estreita com os parlamentos nacionais em bases mais pragmáticas, é animador. Seu principal objetivo, deve-se repetir, é capacitar os parlamentos nacionais a cumprir seu papel dentro do quadro de suas competências atuais, o que significa, acima de tudo, a possibilidade de acompanhar de perto a legislação da União Européia e dialogar com os governos de seus próprios países sobre suas contribuições, por intermédio do Conselho de Ministros.

4. Relações futuras (a partir de 1996)

A atual Conferência Intergovernamental foi instalada em Turim, em 29 de março de 1996, e, apesar das representações apresentadas pelo Parlamento Europeu, não foi admitida como uma entidade separada. Apesar disso, como aconteceu com as Conferências Intergovernamentais anteriores, o Parlamento Europeu aprovou resoluções endereçadas à Conferência e a seus participantes, e poderá se fazer ouvir mediante representações apresentadas por governos simpatizantes.

a) A posição do Parlamento Europeu

Como preparação para a Conferência Intergovernamental de 1996, o Parlamento Europeu aprovou duas resoluções de interesse para o presente estudo.

1. Resolução de 17 de maio de 1995, com base no relatório Martin/Bourlanges

No que se refere ao controle democrático:

“O controle democrático das questões da União Européia será alcançado por meio da parceria entre o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais. O papel dos parlamentos nacionais deveria ser reforçado de diversos modos, tais como uma maior cooperação entre as comissões parlamentares equivalentes dos parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu, e dando oportunidade para que órgãos especializados dos parlamentos nacionais possam discutir com seus ministros as principais propostas européias, anteriormente às reuniões do Conselho” (parágrafo 24).

“A responsabilidade democrática por assuntos que não fazem parte do primeiro pilar deve ser compartilhada pelo Parlamento Europeu e pelos parlamentos nacionais”.

No que se refere ao acompanhamento da Conferência Intergovernamental:

“A fase de negociações da Conferência de 1996 deverá conter mais debates abertos que as Conferências Intergovernamentais anteriores, devendo o papel tanto dos parlamentos nacionais quanto do Parlamento Europeu ser reforçado:

– uma conferência consultiva dos parlamentos poderia se reunir ao início e ao fim da conferência revisora” (extraído do parágrafo 42).

No que se refere a revisões futuras:

“O Tratado deverá ser emendado de modo a permitir que revisões futuras sejam aprovadas conjuntamente pelo Parlamento e pelo Conselho, antes de serem submetidas à ratificação dos parlamentos nacionais. Além de encaminhar todas as propostas de alteração do Tratado aos parlamentos dos Estados-Membros, para ratificação final, o Conselho deverá comunicar, ao mesmo tempo, um texto único e consolidado dos tratados fundadores”.

2. Resolução de 13 de março de 1996, com base no relatório Dury/Maij-Weggen

O relatório declara que

“todos os documentos referentes a legislação ou a decisões da União Européia deverão ser colocados à disposição de todos os parlamentos nacionais [...] assim que possível e, em qualquer caso, imediatamente após a adoção por parte da instituição em questão”.

Além disso,

“é de importância essencial que os representantes eleitos, em nível nacional, pelos cidadãos europeus, sejam diretamente informados sobre o andamento e sobre o conteúdo da Conferência Intergovernamental “.

b) As posições dos Estados-Membros

Os diversos Estados-Membros também apresentaram propostas com vistas a modificar o papel dos parlamentos nacionais nas questões européias, como parte da revisão dos tratados. O governo e o parlamento da França, acompanhados por seu novo Presidente da República, apontaram essa questão como um dos tópicos prioritários na revisão dos tratados. A questão foi discutida, embora em menor amplitude, no Reino Unido, na Holanda, em Portugal e em Luxemburgo, em termos do papel dos parlamentos nacionais em face da legislação da Comunidade. Nos países escandinavos, há consenso geral a respeito de desenvolver “o modelo dinamarquês” de exame parlamentar.

Entretanto, novamente com a exceção da França, duas idéias principais sobressaem a partir das propostas apresentadas:

– oposição geral à segunda Câmara, tal como proposta pelas autoridades francesas;

– consenso amplo de que o poder de exame de cada parlamento nacional sobre seu governo deveria ser reforçado e que tal deveria ser feito de modo pragmático, sem implicar emendas aos tratados. Isso, na maioria das vezes, foi mencionado em relação ao segundo e terceiro pilares (CFSP e JHA) e à subsidiaridade, nos quais a participação dos parlamentos nacionais parece ser defendida de maneira generalizada. De acordo com alguns parlamentos e governos, o COSAC poderia ser usado para esse fim.

Por outro lado, as propostas até agora apresentadas na França (participação dos parlamentos na elaboração da legislação da Comunidade), que exigiriam emendas aos tratados, não receberam apoio significativo.

Por fim, a maior parte dos parlamentos já elaborou relatórios sobre a questão de sua participação nos preparativos para a Conferência Intergovernamental.

5. Conclusão

No passado, o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais tendiam a ignorar-se, principalmente desde que grande parte dos vínculos diretos foram cortados pela introdução, em 1979, de eleições diretas para o Parlamento Europeu. (Mandatos duplos não foram proscritos pela Lei das Eleições para a Assembléia Européia de 1976, mas seu número vem diminuindo bastante, não sendo mais suficiente para assegurar a manutenção de vínculos orgânicos.) O Parlamento Europeu lutou, por muito tempo, e com grande determinação, para conquistar os poderes de que hoje desfruta. Em seus primórdios, o Parlamento Europeu diretamente eleito era, talvez por razões compreensíveis, voltado para si mesmo e desconfiado dos motivos dos parlamentos nacionais (vestígios dessa desconfiança refletiam-se, por exemplo, em suas preocupações iniciais quanto às Cortes), e suas relações para com eles era tênue. Embora o papel dos parlamentos nacionais fosse sempre ressaltado em suas resoluções, essa convicção parecia existir mais nas palavras do que em espírito.

No entanto, em épocas mais recentes, o Parlamento Europeu veio não apenas a reconhecer, mas também a enfatizar o papel dos parlamentos nacionais. Isso resultou, em parte, da crescente cooperação interparlamentar, especialmente entre as comissões permanentes sobre áreas especializadas, tais como finanças, mercado interno, e os campos CFSP e JHA. (As comissões permanentes do recém-eleito Parlamento Europeu de 1994 foram rápidas em restabelecer contato com suas contrapartes nos parlamentos nacionais. O Parlamento Europeu, sem demora, pôs em prática a declaração, anexa ao Tratado de Maastricht, pedindo que “fossem acelerados os contatos entre os parlamentos nacionais e o Parlamento Europeu”, criando uma unidade administrativa no âmbito de seu secretariado, responsável, especificamente, pelas relações com os parlamentos dos Estados-Membros. A necessidade de obter a participação mais estreita dos parlamentos nacionais tornou-se clara para o Parlamento Europeu durante o processo de ratificação do Tratado de Maastricht. Mas, sobretudo, o crescente

reconhecimento, por parte do Parlamento Europeu, do papel dos parlamentos nacionais se deve à sua firme visão federalista do futuro acordo constitucional a ser estabelecido pela União Européia. Segundo essa visão, o Parlamento Europeu, composto dos representantes do povo, evoluirá para uma Câmara Baixa, enquanto o Conselho, composto dos representantes dos Estados-Membros, evoluirá para um Senado. Daí o Parlamento buscar incessantemente atingir *status* co-legislativo ao Conselho. Por si só, o Parlamento Europeu não pode fazer com que o Conselho responda perante ele, mas tampouco, a longo prazo, tem intenção de fazê-lo.

Alguns parlamentos dos Estados-Membros, em especial a *Camera dei Deputati* italiana e a *Chambre* belga, têm-se mostrado aliados poderosos e amigos simpatizantes do Parlamento Europeu. Outros parlamentos vêm com suspeita o papel de agente federalizante do Parlamento Europeu e sentem-se enciumados do papel do Parlamento, que, supostamente, tenderia a minar sua soberania.

Entretanto, argumentos mal-colocados sobre se a soberania deveria residir primariamente nos parlamentos nacionais ou no Parlamento Europeu obscurecem o fato de que a soberania, cada vez mais, vem a residir no Conselho. À medida que os parlamentos nacionais vêm-se tornando mais bem informados sobre a Comunidade e suas instituições, vêm desenvolvendo pontos-de-vista mais matizados sobre seu papel e sobre o papel do Parlamento Europeu, o que levou a uma coincidência de interesses. Em especial, vem-se tornando cada vez mais claro que o Parlamento Europeu está em muito melhores condições e, especialmente a partir da implementação do Tratado de Maastricht, muito melhor equipado para fazer com que a Comissão responda perante ele (com o que a Comissão concorda entusiasticamente), ao passo que apenas os parlamentos nacionais podem fazer com que os ministros nacionais respondam perante eles. Além do mais, enquanto o Parlamento Europeu vem tentando ampliar seu papel no âmbito do processo legislativo europeu, os parlamentos nacionais vêm tentando ampliar seu poder de exame sobre esse processo. Já ocorreu a ambos os lados que esses papéis são mutuamente compatíveis e que podem vir a ser ainda reforçados por meio da cooperação interparlamentar.

O reconhecimento de que os parlamentos

nacionais devem reafirmar seu papel e seu lugar de poder dentro da evolução orgânica da “Europa parlamentar” foi acompanhado de uma maior reflexão sobre como tal meta pode ser alcançada.

De modo geral, os parlamentos nacionais estão equipados com a totalidade de seus poderes e em processo de afirmá-los. O Parlamento Europeu está ainda lutando para conquistar o que acredita ser a totalidade de

seus poderes. Qualquer que seja a abrangência da Conferência Intergovernamental de 1996, as decisões dessa conferência estarão sujeitas a mais exame parlamentar do que jamais sucedeu antes.

Essas questões devem receber atenção, de modo que seja assegurada uma melhor observância dos princípios de subsidiaridade e transparência que, ultimamente, têm sido motivo de tanta vanglória nos círculos da Comunidade.

ANEXO I

LISTA DOS ÓRGÃOS ESPECIALIZADOS NOS PARLAMENTOS DOS ESTADOS- MEMBROS

		<i>Nº de membros</i>
ÁUSTRIA	Hauptausschuss (<i>Nationalrat</i>)	27
BÉLGICA	Adviescomité voor Europeses aangelegenheden/ Comité d’Avis chargé de Questions Européennes (<i>Kamer von Volksvertegenwoordigers/Chambre des Representants</i>)	20
	(Senate)	22
DINAMARCA	Europaudvalget (<i>Folketing</i>)	17
FINLÂNDIA	Suuri valiokunta/Stora utskottet (Grand Committee) (<i>Eduskunta</i>)	25
FRANÇA	Délégation de L’Assemblée Nationale (et du Sénat) pour l’Union Européenne (<i>Assemblée Nationale/Sénat</i>)	36 em cada
ALEMANHA	EG-Ausschuss (<i>Bundestag</i>)	50
	EG-Ausschuss für Fragen der Europäischen Gemeinschaften (<i>Bundesrat</i>)	23
GRÉCIA	Epitropi Europaikon Ypothesseon (<i>Vouli ton Ellinon</i>)	31
IRLÂNDIA	Joint Committee on European Affairs (<i>Dail Eireann/Séanad Eireann</i>)	17
ITÁLIA	Commissione Speciale per le Politiche Comunitarie (<i>Camera dei Deputati</i>)	49
	Giunta per gli Affari della Comunità europea (<i>Senato della Repubblica</i>)	24
LUXEMBURGO	Commission des Affaires Étrangères et Communautaires (<i>Chambre des Députés</i>)	11
HOLANDA	Algemene Commissie voor EU-Zaken (<i>Tweede Kamer</i>)	26
ESPAÑA	Comisión Mixta para la Union Europea (<i>Congreso de los Diputados/Senado</i>)	39
SUÉCIA	EU-nämnden (<i>Riksdag</i>)	17
REINO UNIDO	Select Committee on European Legislation (<i>House of Commons</i>)	16
	Select Committee on the European Communities (<i>House of Lords</i>)	20

Bibliografia

- CATULA, N., AMELINE, N. *Quelles réformes pour l'Europe de Demain?* Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne, 8 février 1995, em especial a seção IV: un rôle nouveau pour les parlements nationaux dans la construction européenne.
- DENZA, E. Parliamentary Scrutiny of Community Legislation, *Statute Law Review* n. 56. [1993].
- EP DIRECTORACTE-GENERAL FOR COMMITTEES AND DELEGATIONS. *Stage reached in Discussions within the National Parliaments on the Intergovernmental Conference in 1996*. DOC-EN\DV\274\274314, Strasbourg, 17 May 1995.
- EP DIRECTORACTE-GENERAL FOR COMMITTEES AND DELEGATIONS. *European Affairs Committees of the Parliaments of the Member States* (June 1995).
- INTERGOVERNMENTAL CONFERENCE, 6, 1996, *Briefing on the Role of the National Parliaments* Second Update, PE 165.966 Or. EN, Luxembourg. 25 March 1996.
- JACOBS, F., CORBETT, R., SHACKLETON, M. *The European Parliament*, 3 ed., London : Catermill, (1995).
- LAPRAT, G. *The European Parliament and the National Parliaments in the European Union, Parliamentary Scrutiny of Community Legislation : an Evolving Idea*. Trabalho apresentado no Simpósio organizado pela EIPA sobre o Novo Papel dos Paramentos na União Européia, Maastricht, 6-7 de junho de 1994.
- PANDRAUD, R. *Rencontres parlementaires européens : XII^{ème} COSAC*. Paris : Rapport d'Information n° 1436. Assemblée Nationale.
- PÖHLE, K. *Relations between the European Parliament and National Parliaments*. In: HRBEK, R., JAMAR, J., WESSELS, W., (eds.). *The European Parliament on the Eve of the Second Direct Election : balance sheet and prospects*, Bruges : Tempelhof. 1984. at 509-519.
- SABLONNIÈRE, A. *Rapport de Stage effectué au Bureau du Parlement Européen à Londres* (du 1^{er} mai 1995 au 31 juillet 1995), Institut d'Études Européens, Faculté de Droit, d'Économie et des Sciences Sociales, Université de Tours (1995), em especial a "Deuxième Partie: Thème de Recherche sur les Parlements Nationaux et la CIG".
- (Westendorp Report) *Bericht der Reflexionsgruppe*, SN 520/1/95 REV 1 (REFLEX 21). Messina 2 Jun 1995 und Brüssel 5 Dezember 1995.
- WESTLAKE, M. The European Parliament, The National Parliaments and the 1996 Intergovernmental Conference. *Political Quarterly*. n. 59. 1995.
- WESTLAKE, M. *A Modern Guide to the European Parliament*. London : Pinter Publishing, 1995.
- WILBERG, M. *The Role of Parliament in a New EU Member State : The Finnish Experiences*. Trabalho apresentado na conferência The Role of Parliament in the European Integration and Enlargement Process, Vienna, 15-17 March 1996.

As agruras orçamentárias da Marinha do Brasil

RÓBISON GONÇALVES DE CASTRO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Marinha e o contexto atual. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Interesses marítimos brasileiros. 2.3. Áreas de atuação. 2.4. Meios. 2.5. O programa de reaparelhamento. 3. Orçamento. 3.1. A participação do Ministério da Marinha no Orçamento. 4. Conclusão.

1. Introdução

É certo que a busca do equilíbrio das contas públicas prepondera no atual estágio de consolidação do programa de reorganização do Estado brasileiro e é necessária para o desenvolvimento de um projeto nacional consistente, que resulte no fortalecimento do Brasil no cenário internacional.

Nesse contexto, o planejamento e a aplicação dos recursos à disposição da Marinha são feitos sob as seguintes destinações básicas:

- Marinha do presente - manter em funcionamento a Marinha atual, no melhor nível de capacitação possível;
- Marinha do amanhã - construção dos meios navais, aeronavais, anfíbios e das instalações necessárias a curto prazo; e
- Marinha do futuro - pesquisa e desenvolvimento de meios que serão necessários em futuro mais distante.

Atingir níveis de operacionalidade harmônicos com a estatura estratégica do País e com os crescentes compromissos internacionais, a partir de modestas disponibilidades orçamentárias, reclama por determinação e talento.

Essa dicotomia – manter uma Marinha condizente com a grandeza e as necessidades do País e as significativas restrições orçamentárias – urge pela definição de efetivas

prioridades, simplificação de estruturas e procedimentos, rígidos e objetivos sistemas de controle de custos, bem como por uma tradicional austeridade no trato dos bens públicos somados à intensa vontade de otimizar o uso desses poucos recursos.

2. A Marinha e o contexto atual

2.1. Considerações gerais

O poder naval de qualquer país é preparado e estruturado a partir de condicionamentos históricos, culturais e conjunturais – internos e externos – que permeiam as relações entre as nações e, dentro destas, pela interação da sociedade com as suas instituições. Portanto, a configuração e a missão do Poder Naval brasileiro são estabelecidas em função de como o Brasil se insere no contexto mundial atual e de como a sociedade, o Estado e suas instituições interagem e entendem a segurança nacional.

As recentes transformações ocorridas na conjuntura mundial, a par do arrefecimento da guerra fria, não representaram o equilíbrio nas relações internacionais. Pelo contrário, viu-se o surgimento de uma infinidade de conflitos regionais, motivados por questões étnicas, religiosas, separatistas, econômicas e de fronteiras, que se encontravam reprimidas no sistema bipolar até então vigente, caracterizado pela baixa instabilidade. Ressalta-se que, de 1990 até hoje, já foram registrados mais de 150 conflitos armados.

Embora, nesse contexto, o Brasil encontre-se em situação relativamente confortável pela ausência das ameaças já mencionadas, as incertezas e instabilidades do cenário internacional não permitem concluir pela permanente ausência de contenciosos e, portanto, faz-se necessário acompanhar a evolução das estratégias e tecnologias, a cargo das grandes potências.

2.2. Interesses marítimos brasileiros

Se se considerar que, em termos comerciais, além dos países do Mercosul, os parceiros mais significativos do Brasil situam-se na Europa, no Extremo Oriente, no Oriente Médio e na América do Norte, o mar torna-se vital para o País. Assim, pode-se enunciar um elenco de interesses marítimos que concorrem para a consecução dos objetivos nacionais:

a) utilização das Linhas de Comunicações Marítimas (LCM), imprescindíveis para o

desenvolvimento nacional e para o acesso do Brasil aos mercados internacionais.

Mais de 95% do comércio exterior brasileiro é realizado por via marítima. As exportações e importações nacionais, que dependem da utilização dessas LCM, concorrem para a consecução de atividades nacionais, por favorecerem o desenvolvimento social e econômico e o exercício da soberania;

b) exploração e exploração dos recursos econômicos do mar, nas águas sob jurisdição brasileira, e participação nacional equânime no aproveitamento dos recursos das águas internacionais.

Esse interesse pode ser exemplificado pelas atividades ligadas à pesca, ainda muito aquém do desejável, mas que representam um importante acréscimo da oferta de alimentos para a população brasileira. Acrescente-se a isso o fato de que 60% do consumo nacional de petróleo advém da exploração (e exploração) de lençóis marítimos, situados na plataforma continental;

c) pesquisa e desenvolvimento científico-tecnológico no campo das atividades marítimas.

Nesse contexto se enquadram os esforços da Marinha e de outras instituições nacionais na área da oceanografia, os estudos científicos realizados na região antártica, o levantamento da plataforma continental com vistas a nos assegurar os direitos previstos na Convenção da Jamaica de 1982 e a elaboração de cartas especiais, inclusive para fins militares;

d) estabilidade política e estratégica da área marítima do Atlântico Sul.

É essencial para o desenvolvimento econômico e social do país que o Atlântico Sul se mantenha livre das crises e tensões que hoje infestam outras regiões do globo. Isso exige, obviamente, um dispositivo de forças, político e militar, que desencoraje iniciativas desestabilizadoras e, por via de consequência, a intervenção de potências extra-regionais;

e) proteção ao meio ambiente marinho;

Intensas atividades de proteção ao meio ambiente marinho são realizadas pela Marinha. O espectro dessas atividades vai desde as pesquisas para utilização de um sistema que separa o óleo da água que se acumula no fundo das praças de máquinas dos navios, até a utilização, nos testes com material bélico, de artefatos que não causam impacto ambiental;

f) formação e valorização dos recursos humanos dedicados às atividades marítimas.

A essencialidade de algumas Linhas de

Comunicações Marítimas (LCM) para o funcionamento da economia brasileira, em especial aquelas que cruzam o Atlântico Sul, justifica a existência de um Poder Marítimo estruturado e composto de elementos que permitam o uso do mar em proveito dos interesses nacionais. Destaca-se então a necessidade de: uma Marinha Mercante forte; uma infra-estrutura portuária e de construção naval bem dimensionadas; uma frota e indústria de pesca eficientes; organização e meios de pesquisa para exploração e exploração modernos; e, acima de tudo, um Poder Naval (Marinha de Guerra) adequado, que, por sua capacitação, possa assegurar aos elementos não-militares a plena utilização das possibilidades e dos recursos do mar.

2.3. Áreas de atuação

O Planejamento Estratégico da Marinha é baseado em cenários prospectivos, que levam em consideração as tendências de evolução das conjunturas nacional e internacional.

Fruto desse processo, e tomando como premissa o fato de que a paz é um elemento essencial para o desenvolvimento do País, a Marinha estabeleceu as seguintes principais áreas de atuação para o Poder Naval:

- a) respaldar a política externa brasileira, inclusive pela presença naval em áreas e portos de interesse;
- b) controlar áreas marítimas necessárias à defesa do território nacional, à salvaguarda dos recursos da zona econômica exclusiva e da plataforma continental, e à manutenção das comunicações marítimas de interesse brasileiro;
- c) contribuir para a estabilidade político-militar da grande região do Atlântico Sul, dissuadindo aventuras bélicas regionais e pressões militares que possam ser exercidas no contexto das controvérsias;
- d) coibir perturbações da ordem marítima nas águas jurisdicionais brasileiras;
- e) assegurar o livre uso e contribuir para a garantia dos interesses nacionais nas hidroviárias das bacias do Amazonas e do Paraguai;
- f) contribuir para a manutenção da ordem interna, de conformidade com a Constituição Federal;
- g) participar de missões de paz da ONU.

A Marinha mantém observadores militares, a serviço da ONU, em várias regiões do globo, como na ex-Iugoslávia, em Angola e na América Central. Atualmente participa com um contingente de fuzileiros navais e fez o

transporte do material e de parte do pessoal da Força de Paz em Moçambique e Angola.

Existem, ainda, áreas de atuação não-militares que, por força da legislação vigente, constituem uma contribuição direta da Marinha para o desenvolvimento nacional, a saber:

- a) hidrografia e oceanografia
- b) sinalização náutica
- c) controle do material da Marinha Mercante
- d) formação e controle do pessoal da Marinha Mercante
- e) salvaguarda da vida humana no mar
- f) assistência às populações ribeirinhas
- g) ações cívico-sociais
- h) controle do meio ambiente.

2.4. Meios

Para o cumprimento de suas tarefas, a Marinha dispõe de meios operativos – de combate e auxiliares – e de meios de apoio.

Os meios de apoio são, principalmente, as diretorias técnicas, o arsenal de Marinha do Rio de Janeiro, as bases navais, os centros de manutenção e reparo, os centros e depósitos de suprimentos, as escolas e os centros de instrução e adestramento.

Os meios operativos estão distribuídos por:

- a) esquadra
- b) força de fuzileiros da esquadra
- c) forças distritais
- d) navios da diretoria de hidrografia e navegação.

2.5. O programa de reaparelhamento

A velocidade com que evoluem as crises no mundo moderno exigem da Marinha prioridade absoluta para a preservação das condições de pronto emprego das suas unidades de combate, o que acarreta uma ênfase nas atividades de manutenção, de adestramento e nos programas de renovação dos seus meios navais, aeronavais e de fuzileiros navais.

Com o objetivo de preservar a capacidade operacional da Força Naval, a Marinha empenha-se, desde 1979, na execução de um programa de reaparelhamento.

Não obstante as conhecidas restrições orçamentárias, que a colocam sempre em uma posição de carência frente às responsabilidades, o programa de reaparelhamento vem sendo desenvolvido com prioridade no Ministério da Marinha.

Os principais projetos em execução são os seguintes:

a) corvetas classe “Inhaúma” – São navios modernos, inteiramente projetados e construídos no Brasil, e que se destinam a substituir os antigos contratorpedeiros de origem norte-americana. Foi planejada, em 1979, a construção de doze unidades. Até agora quatro navios foram prontificados: dois construídos no Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (AMRJ) e dois no Estaleiro Verolme. Foi iniciada a construção do 5º navio, no AMRJ;

b) submarinos classe “Tupi” – São submarinos convencionais modernos, de projeto alemão, num total de cinco belonaves. O primeiro, submarino Tupi, foi construído na Alemanha; o segundo, submarino Tamoio, foi construído no Brasil, estando, ambos, em operação. O submarino Timbira, terceiro da classe, lançado ao mar em dez./95, deverá ser incorporado à Marinha em dez./96, estando o submarino Tapajó, quarto da classe, em adiantado processo de construção. Teve início, em set./96, a construção do submarino Tikuna;

c) navios-patrolha classe “Grajau” – São navios modernos, velozes e bem-equipados, próprios para a patrulha do mar territorial e da Zona Econômica Exclusiva. Foi programada a construção de doze unidades, número que é ainda insuficiente para a longa extensão do mar territorial. Atualmente, existem oito navios prontos, dois em construção e dois em fase de negociação. Esses navios estão sendo custeados com recursos provenientes dos *royalties* do petróleo;

d) fragatas classe “Greenhalgh” – São navios modernos, construídos na Inglaterra no início da década de 80. A Marinha adquiriu quatro unidades: fragatas Greenhalgh, Dodsworth, Bosisio e Rademaker. A primeira foi incorporada à Armada em jun./95, as duas seguintes foram incorporadas em ago./96 estando, prevista a incorporação da última para abr./97;

e) modernização das fragatas classe “Niterói” – As fragatas classe “Niterói”, quatro construídas na Inglaterra e duas no AMRJ, no final da década de 70, introduziram na Marinha os modernos conceitos de sistemas de armas e processamento digital de dados táticos. Passados quinze anos, tornou-se necessária a modernização de alguns de seus sistemas, particularmente o de defesa antiaérea, projeto que está em curso e é prioritário para a Marinha;

f) navios balizadores da classe “River” – Em face da necessidade de se dotar a Marinha do Brasil (MB) de navios balizadores de alto-mar (NB), a serem empregados na manutenção dos balizamentos da Barra Norte do Rio Amazonas (AP), do Canal de acesso ao Terminal do Porto da Madeira (MA) e do Canal do Galhete (PR), entre outros levantamentos, foi iniciado o processo de obtenção de navios desse tipo. Esses NB serão empregados para efetuar o estabelecimento, a retirada e a manutenção de sinais flutuantes, de barcas-farol e efetuar levantamentos hidrográficos de pequena envergadura.

3. Orçamento

3.1. A participação do Ministério da Marinha no Orçamento

O Projeto de Lei nº 8 de 1996, que submete à aprovação do Congresso Nacional a Proposta Orçamentária para o exercício de 1997, consigna recursos do Tesouro às atividades do Ministério da Marinha no valor total de R\$ 3.792.371.230,00, conforme demonstrado no anexo A a este trabalho.

Como comentário inicial, cabe ressaltar que esse valor corresponde a 0,91% da expressão financeira total do Orçamento Geral da União (OGU) para 1997. Esse percentual significa uma redução de participação da MB – conforme se observa na plotagem gráfica da evolução histórica desses percentuais, no gráfico do anexo B – se comparado ao perfil orçamentário de 1996. No atual exercício, quando o percentual foi de 1,17%, já são extremas as dificuldades enfrentadas por este Ministério para dar suporte mínimo às reais necessidades de funcionamento, sendo inevitável o registro de cancelamento de compromissos assumidos, bem como a postergação de metas, que poderão, em futuro próximo, trazer conseqüências bastante inconvenientes a essa Força e, por extensão, ao nosso país.

Se, por um lado, isso conduz a reconhecer que seja natural que a atenção nacional se volte para a solução dos problemas de ordem econômica, por outro, não se pode deixar de alertar para a gravidade dos riscos que envolverão o País, se o nosso aprestamento não propiciar, pelo menos, um nível dissuasório adequado com aquelas nações cujos interesses, mais cedo ou mais tarde, provavelmente virão a conflitar com os interesses do País.

O Brasil, apesar de atualmente ser o 10º PNB do mundo, mantém hoje um dos menores percentuais de aplicação do orçamento no quesito *defesa*, comparativamente aos seus vizinhos latino-americanos, conforme ilustrado no gráfico do anexo C. Tal fato, no que concerne à defesa naval, não teria o menor significado não fossem os amplos interesses marítimos do País, conforme amplamente abordado neste documento.

Cabe, também, uma análise quanto aos programas que compõem a ação ministerial previstos no OGU. Essa composição mostra uma elevada soma de recursos destinados à educação, saúde, previdência, alimentação, benefícios ao servidor, atestando um significativo desbalanceamento do orçamento e traduzindo a imperiosidade da realização de despesas compulsórias de cunho social em detrimento daquelas conotadas à atividade-fim desta Força. Isso significa desmentir a idéia propalada, pelo desconhecimento e pelo preconceito, de que os gastos militares impedem o atendimento das necessidades sociais. Pelo contrário, dentro das significativas limitações, alavancam.

Detendo-se no custeio da parte operativa da Marinha, torna-se importante a análise dos recursos alocados à parcela intitulada “OCC-exceto dívida”. É nesse contexto que podemos observar os reais efeitos das despesas compulsórias frente às necessidades conotadas à atividade-fim da MB, constatando-se um elevado “engessamento” das disponibilidades orçamentárias. Os gráficos anexos elucidam com clareza a situação. O anexo D apresenta os recursos do Tesouro para 1997 destinados às atividades. Nos dados expostos no anexo E, fica patente o desbalanceamento dos recursos recebidos para o custeio da atividade, no decorrer dos últimos exercícios, quando passou a preponderar a participação das despesas compulsórias em detrimento das demais despesas destinadas ao custeio da Marinha. A composição dessas despesas compulsórias de caráter legal é espelhada no anexo F.

As necessidades mínimas e essenciais da MB para “OCC - exceto dívida”, indispensáveis ao aprestamento das Forças Navais para o cumprimento de sua missão constitucional, estão planilhadas no anexo G.

Alertamos que os recursos sob a responsabilidade da Marinha do Brasil são aplicados em várias regiões do País, significando não somente a distribuição daquelas componentes citadas como de cunho social, de forma direta, como também pela forma indireta de aplicação na economia local, haja vista a demanda de

mão-de-obra necessária à operação e manutenção das Forças localizadas, e ainda a obtenção, no mercado local, das necessidades materiais, como gêneros e materiais para reparos em geral.

A serem mantidos os atuais patamares, outros não serão os efeitos das limitações impostas ao orçamento de 1997 que não o cancelamento, a postergação e o atraso nos programas de construção e reparo naval, anteendo-se resultados desastrosos para a Força. Além disso, outras atividades seriam atingidas de forma significativa, como a participação da Marinha no Programa Antártico, na delimitação da margem continental, na segurança à navegação e na manutenção do tráfego de vias navegáveis, isso com reflexos nos custos dos seguros marítimos, refletindo de forma direta no “custo Brasil”.

4. Conclusão

Possuir uma Marinha corretamente dimensionada é fundamental para a soberania nacional. A tecnologia moderna é necessária para que o Poder Naval brasileiro não se desarme por obsolescência e não perca a sua capacidade de pronta resposta.

Ademais, a Marinha de Guerra, na virada do século, deverá estar ajustada aos novos tempos, cuja complexa malha de interesses de toda ordem, que permeia o relacionamento entre as nações, exige do Brasil um Poder Naval adequado às dimensões, à posição estratégica e às responsabilidades do País no cenário internacional.

Assim, alocar à Marinha um orçamento compatível com a sua destinação constitucional é extremamente desejável e espera-se a compreensão da sociedade brasileira e de suas instâncias decisórias na avaliação da Proposta Orçamentária para 1997 e futuras, promovendo as alterações que vierem a ser apresentadas em benefício da Marinha, bem como não permitindo que haja redução nas já limitadas dotações.

Cabe por fim alertar para a redução gradual e sistemática que vem sendo imposta ao orçamento desta Força nos últimos anos, que terá como reflexos a degradação material irreversível, podendo levá-la à perda da capacidade de atuação se e quando necessário. Mais do que isso, estar-se-á “sucateando” uma Força que, fruto de austero planejamento e emprego de recursos, mantém-se destra e pronta, inclusive fadando ao desaparecimento todos os sucessos tecnológicos alcançados.

ANEXO 'A'

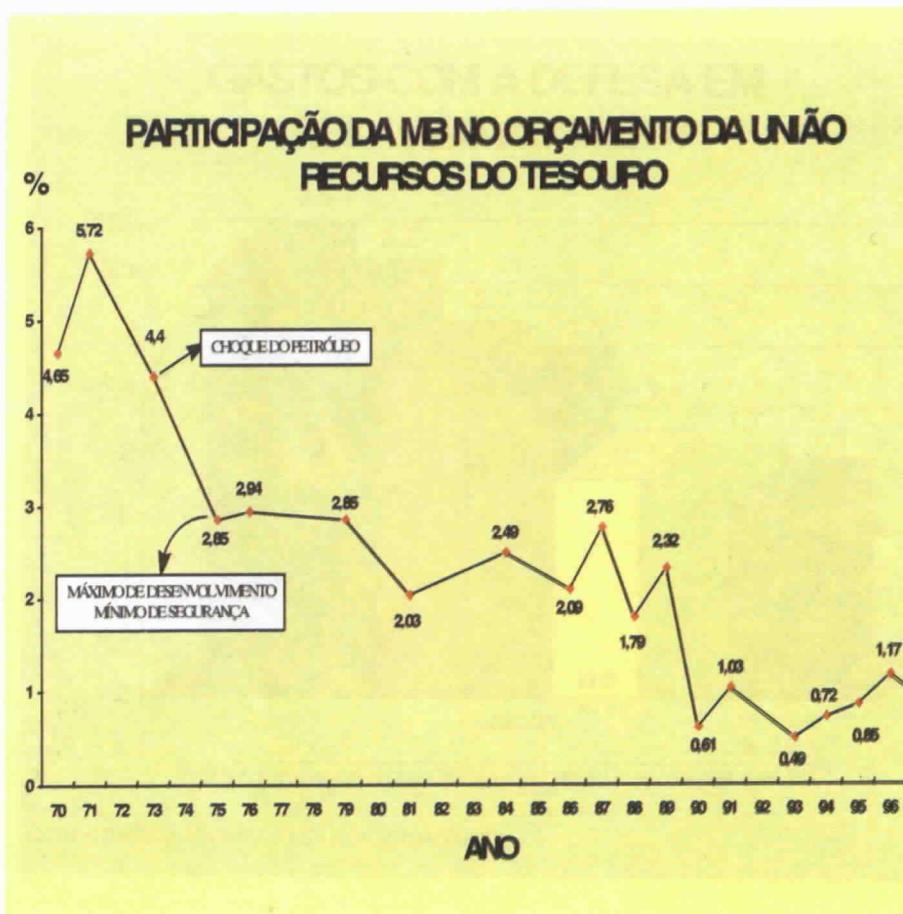
ORÇAMENTO PARA 1997 - PROJETO DE LEI Nº 8, DE 1996 - CN

DEMONSTRATIVO DA DESPESA POR PROGRAMA DE TRABALHO

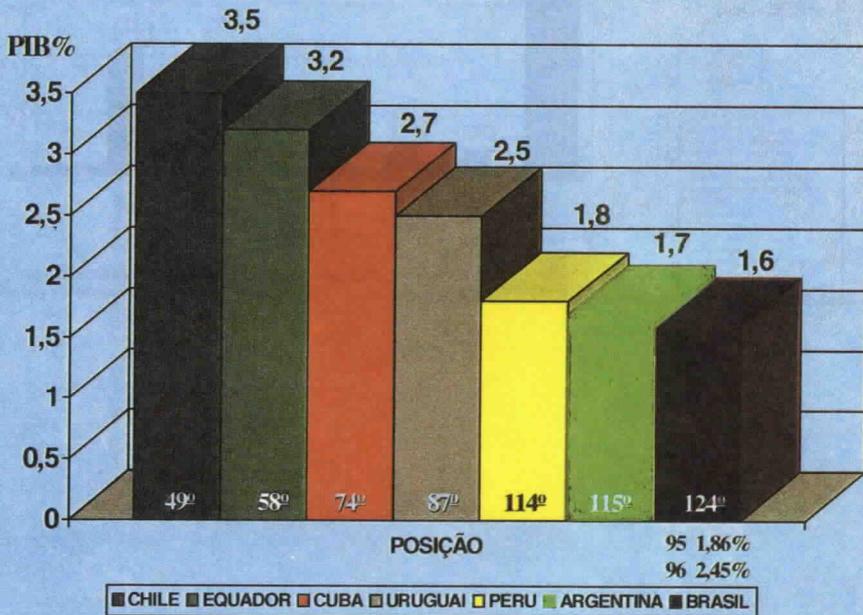
RECURSOS DO TESOUREO

Em R\$ 1,00

ESPECIFICAÇÃO	FR	TOTAL	PESSOAL/ ENC.	JUROS/ AMORT.	OUT.DESP. COR.	INVEST/ INV.	
UO - 31101 - SGM		3.784.102.964	2.979.634.398	218.597.160	477.284.206	108.587.200	
ADMINISTRAÇÃO		1.481.780.486	1.407.680.486		62.867.700	11.232.300	
06.007.0021.4900 - ADM. GERAL	FR - 100	1.442.965.454	1.368.865.454		62.867.700	11.232.300	
	FR - 199	38.815.032	38.815.032				
ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA		218.597.160		218.597.160			
06.008.0033.2027 - DÍVIDA INTERNA	FR - 144	34.008.897		34.008.897			
06.008.0034.2027 - DÍVIDA EXTERNA	FR - 144	184.588.263		184.588.263			
CIÊNCIA E TECNOLOGIA		10.000.000			8.355.000	1.645.000	
06.010.0054.2034 - PESQUISA FUNDAMENTAL	FR - 100	10.000.000			8.355.000	1.645.000	
DEFESA NAVAL		413.210.406			317.744.585	95.465.821	
06.027.0163.1026 - REAPARELHAMENTO DA MB		125.874.234			67.200.116	58.674.118	
	FR - 100	39.874.234			24.799.931	15.074.303	
	FR - 147	7.600.000			7.600.000		
	FR - 149	78.400.000			34.800.185	43.599.815	
06.027.0163.1027 - DESENV. DE PROJ. ESPECIAIS	FR - 100	49.920.490			41.139.475	8.781.015	
06.027.0163.2091 - OP. E ADEST. FORÇAS NAVAIS	FR - 100	40.000.000			31.383.200	8.616.800	
06.027.0163.2092 - PATRULHA COSTEIRA	FR - 138	23.201.867			19.122.027	4.079.840	
06.027.0163.2950 - DESENV. AÇÕES SIGILOSAS	FR - 100	100.000			100.000		
06.027.0163.3381 - AMPL. E APAR. OM	FR - 100	9.302.294			3.973.940	5.328.354	
06.027.0163.3382 - DES. OBT. DE MEIOS OPER.	FR - 100	18.897.982			8.912.288	9.985.694	
06.027.0163.4521 - AP. ATIV. LOGIST. DAS FFAA	FR - 100	145.913.539			145.913.539		
<i>SUB - 0002 - COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES</i>	FR - 100	20.080.539			20.080.539		
<i>SUB - 0013 - ETAPA DE ALIMENTAÇÃO</i>	FR - 100	107.687.000			107.687.000		
<i>SUB - 0014 - FARDAMENTO</i>	FR - 100	18.146.000			18.146.000		
EDUCAÇÃO DA CRIANÇA DE 0 A 6 ANOS		34.000.000			34.000.000		
06.041.0190.4500 - ASSISTÊNCIA PRÉ-ESCOLAR	FR - 100	34.000.000			34.000.000		
SAÚDE		23.697.000			23.452.921	244.079	
06.075.0428.2004 - ATEND. MED. HOSP. (FCAMH)	FR - 100	23.697.000			23.452.921	244.079	
PROTEÇÃO AO TRABALHADOR		30.864.000			30.864.000		
06.078.0486.4089 - PRESTAÇÃO DE BENEFÍCIO AO SERVIDOR (VALE-TRANSPORTE)	FR - 100	30.864.000			30.864.000		
PREVIDÊNCIA		1.571.953.912	1.571.953.912				
15.082.0495.2013 - ENCARGOS PREVID. DA UNIÃO (PESSOAL INATIVO E PENSIONISTA)		1.571.953.912	1.571.953.912				
	FR - 153	1.571.953.912	1.571.953.912				
UO - 31102 - TRIBUNAL MARÍTIMO		994.266	831.266		148.360	14.640	
JUDICIÁRIA		994.266	831.266		148.360	14.640	
02.007.0021.4900 - COORDENAÇÃO E MANUT.	FR - 100	994.266	831.266		148.360	14.640	
UO - 31103 - SECIRM		7.274.000			5.656.157	1.617.843	
CIÊNCIA E TECNOLOGIA		7.274.000			5.656.157	1.617.843	
06.010.0055.1030 - MISSÃO ANTÁRTICA	FR - 100	2.325.000			2.025.076	299.924	
06.010.0055.2095 - DEL. DA MARGEM CONTIN.	FR - 100	4.949.000			3.631.081	1.317.919	
TOTAL DAS UO		3.792.371.230	2.980.465.664	218.597.160	483.088.723	110.219.683	
	TOTAL	FR - 100	1.853.803.259	1.369.696.720		421.566.511	62.540.028
		FR - 138	23.201.867			19.122.027	4.079.840
		FR - 144	218.597.160		218.597.160		
	POR	FR - 147	7.600.000			7.600.000	
		FR - 149	78.400.000			34.800.185	43.599.815
	FONTE	FR - 153	1.571.953.912	1.571.953.912			
		FR - 199	38.815.032	38.815.032			
	TOTAL GERAL		3.792.371.230	2.980.465.664	218.597.160	483.088.723	110.219.683

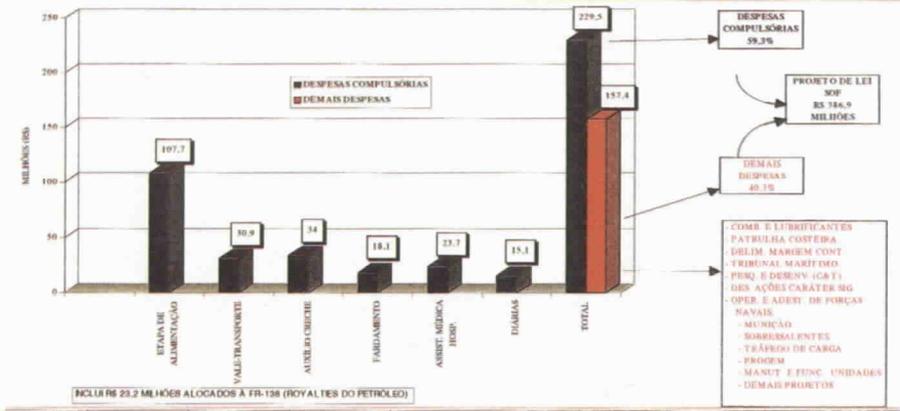


GASTOS COM A DEFESA EM RELAÇÃO AO PIB/94

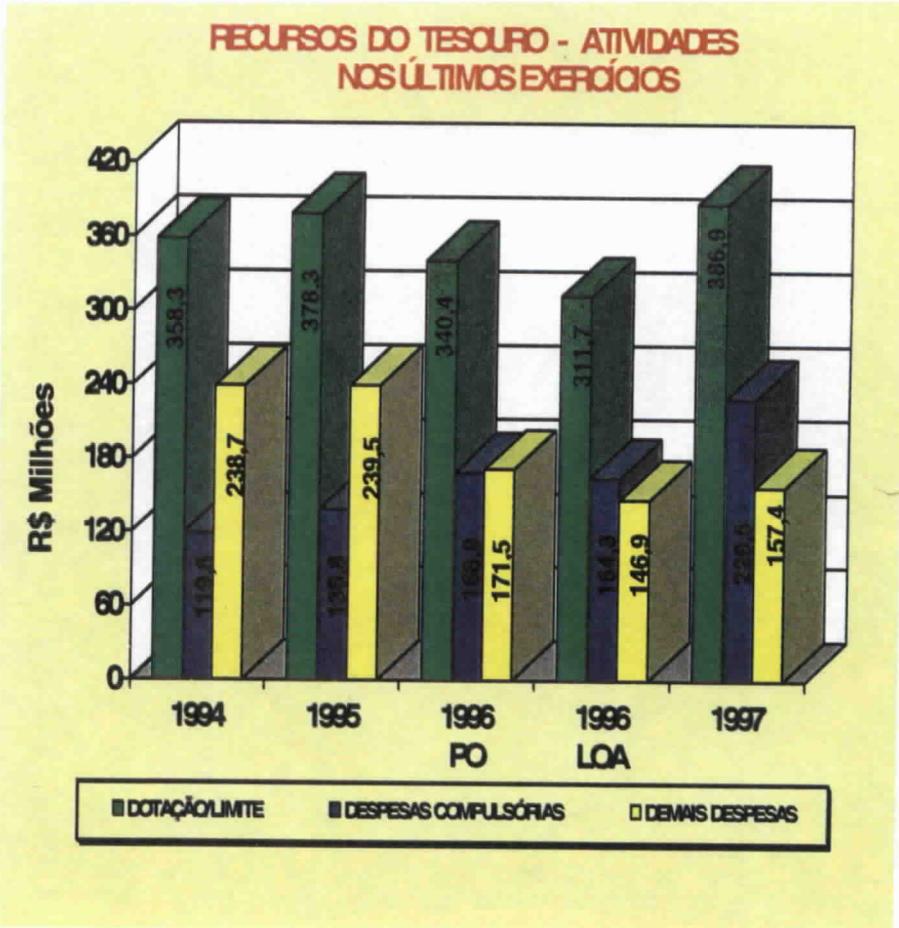


INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS

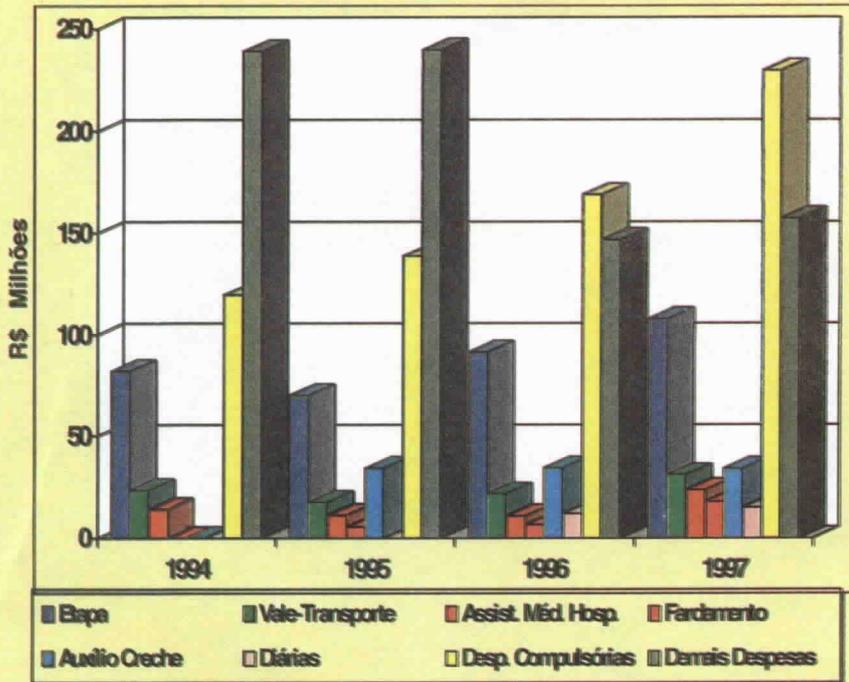
ANEXO 'D'



ANEXO 'E'



DESPESAS COMPULSÓRIAS X DEVAIS DESPESAS NOS ÚLTIMOS EXERCÍCIOS



Fonte: SIAF/SOF - valores executados e a executar no período 94/97

OCC - Exceto Dívida (pt atividades)
Necessidades mínimas e essenciais

As necessidades essenciais da MB

Por ocasião das discussões sobre os limites orçamentários para 1997, ocorrida na SOF, a Marinha declinou da proposição de cortes com base na execução de exercícios anteriores, pelas razões já citadas, e apresentou uma planilha de cálculo com base em levantamentos de necessidades mínimas e essenciais de recursos, a saber:

	R\$ mil
A. Alimentação de pessoal	107.687
B. Vale-Transporte	30.864
C. Auxílio-creche	34.000
D. Fardamento	18.146
E. Assistência médico-hospitalar	23.697
F. Diárias	15.100
Subtotal (1)	229.494

Obs.: Essas despesas de caráter compulsório são amparadas por dispositivos legais que não permitem à Marinha exercer qualquer tipo de corte ou redução.

G. Combustíveis

G. Combustíveis	47.280
-----------------------	--------

Obs.: Essa parcela representa a possibilidade de obtenção de cerca de 140.000m³ de combustíveis e lubrificantes, dos quais 95% representam as necessidades da Esquadra, que já sofreu uma redução de quota física da ordem de 21%, porquanto, no exercício anterior, houve o necessário para o aprestamento da Força Naval e para o cumprimento de missões e exercícios programados, na maioria dos casos, envolvendo Marinhas estrangeiras.

H. Missão antártica

H. Missão antártica	2.325
---------------------------	-------

Obs.: Despesa decorrente de acordo internacional – Tratado Antártico –, que assume caráter especial por exigir a presença brasileira, ininterrupta, no continente branco.

I. Delimitação da margem

continental

I. Delimitação da margem continental	4.949
--	-------

Obs.: O Brasil, ao ratificar a Convenção da Jamaica de 1982, assumiu o compromisso de prontificar o levantamento da plataforma continental no prazo de dez anos após a entrada em vigor da convenção, sob pena de – na qualidade de estado costeiro – perder seus direitos sobre parte de sua plataforma, no caso de esta estender-se além das 200 milhas.

J. Funcionamento e manutenção

J. Funcionamento e manutenção	58.918
-------------------------------------	--------

Obs.: Essa parcela engloba as necessidades de todas as organizações de terra e navios espalhados pelo território nacional, num total de cerca de 430 Organizações Militares (OM), relativas ao custeio cotidiano, como luz, telefone, manutenção de bens, etc.

K. Sobressalentes

K. Sobressalentes	28.294
-------------------------	--------

Obs.: Com os constantes cortes orçamentários, cada vez mais são reduzidos os recursos destinados a esta parcela. Hoje a Marinha perdeu a sua capacidade de manter estoques estratégicos de sobressalentes para navios e aeronaves, fazendo a obtenção somente nos casos essenciais e necessários à prontificação de um núcleo mínimo de meios. As necessidades desejáveis somariam cerca de R\$70 milhões, o que representa uma redução de 61%.

L. Munição

L. Munição	24.317
------------------	--------

Obs.: A exemplo de sobressalentes, esta parcela sofre repetidas reduções, estando programadas obtenções de lotes indispensáveis ao adestramento, incluindo a participação em missões conjuntas com Marinhas estrangeiras e prontidão operativa das Forças Navais.

M. Patrulha costeira

M. Patrulha costeira	7.600
----------------------------	-------

Obs.: A Patrulha Costeira constitui uma atividade subsidiária, sob a responsabilidade da Marinha, como uma operação típica de tempo de paz, contribuindo para o desenvolvimento nacional e para o bem-estar de nosso povo. Os navios da Marinha realizaram, no ano de 1995, 64 operações dessa natureza, perfazendo um total anual de 411 dias de mar e 72.554,8 milhas navegadas. Essa despesa é coberta por FR específica (FR-138 - *Royalties* do petróleo).

N. Programa Geral de Manutenção (PROGEM)

N. Programa Geral de Manutenção (PROGEM)	86.135
--	--------

Obs.: São relacionadas as necessidades básicas de manutenção de motores e plataformas, sistemas de armas, sensores e equipamentos de comunicações dos meios navais e aeronavais. As restrições orçamentárias têm limitado esse programa a uma capacitação mínima da força operativa, que sofre cada vez mais a falta desta manutenção devido à MB ainda operar, hoje, meios que, em sua maioria, equivalem-se aos que operava na década de 60.

O. Ciência e tecnologia

O. Ciência e tecnologia	13.883
-------------------------------	--------

Obs.: Esse valor destina-se a orientar as atividades de pesquisa para: o desenvolvimento de novos sistemas de armas; o aperfeiçoamento dos equipamentos de controle da navegação,

de comunicações e de eletrônica objetivando a obtenção do conhecimento necessário à atualização da tecnologia dos sistemas operacionais dos meios das Forças Navais, de maneira a mantê-los compatíveis com os modernos equipamentos ora em uso.

P. Demais projetos/automação de OM 3.839

Obs.: São as necessidades mínimas para dar prosseguimento ao programa de informatização administrativa da Marinha.

Q. Demais projetos/recursos instrucionais 3.291

Obs.: Necessidades mínimas para adquirir recursos (materiais permanentes e de consumo) instrucionais adequados, principalmente para a formação básica, tais como equipamentos de manobra de peso para as fainas de transbordo, etc.

R. Demais projetos/manutenção de bens e imóveis 11.612

Obs.: Importância destinada a suprir as necessidades mínimas para a realização de

reparos e manutenção das instalações terrestres da MB.

S. Demais projetos/outros 121.031

Obs.: Recursos mínimos destinados a efetuar reparos e manutenção de equipamentos eletrônicos, de comunicação, viaturas administrativas e operacionais, bem como obter materiais e serviços para diversas atividades técnicas, tais como: catalogação, cadastramento de material, comunicações, propulsão, armamento, etc.

Subtotal (2).....413.474

Total Geral (1) + (2) 642.968

Quadro-Resumo:

Discriminação dos montantes	R\$ mil
Teto orçamentário	386,9
Necessidades mínimas	642,9
Diferença entre o concedido e o necessário	(260,0)

A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise

THADEU ANDRADE DA CUNHA

“...Na interpretação de qualquer figura jurídica é essencial ter em mente a dimensão temporal em que se insere...o primeiro ponto a considerar é o posicionamento histórico do fenômeno e a compreensão de sua eventual mudança de perfil por agregação de novas características em razão da constatação de outros...”

Marco Aurelio Greco

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Noção histórica. 3. Delimitação do conceito de pessoa jurídica. 4. A “crise” da pessoa jurídica. 5. Conclusão.

1. Introdução

O estudo da pessoa jurídica constitui um campo instigante de análise devido à relativa indefinição, por parte dos doutrinadores, acerca do seu conceito.

Contrariando as palavras de Francesco Messineo,

“que, alheando-se das querelas que tanto afadigaram os juristas, considerou de somenos importância o problema sobre realidade ou ficção das pessoas jurídicas, satisfazendo-se com a circunstância de possuírem elas uma realidade no e para o mundo jurídico”¹,

na verdade, a discussão sobre a ontologia da pessoa jurídica envolve grandes e profundas considerações.

Em face de inúmeras controvérsias que ainda envolvem o tema, concordamos que, “com efeito, a impressão que sobrevive à leitura

Thadeu Andrade da Cunha é Mestre em Direito, Professor da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Gama Filho.

¹ MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. 9. ed. Milano : Giuffrè, 1957. In REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 16. ed. São Paulo : Saraiva. v. 1, 1985. p. 279.

da maior parte dos textos da dogmática jurídica que versam sobre o conceito de pessoa jurídica é a de que os autores, antes de solucionar a intrincada questão conceitual desse instituto, tencionavam, na verdade, verem-se livres dela”.²

Ferrara, citado por Marçal Justen Filho, afirmava:

“acaso não haverá, em toda a doutrina do Direito Civil, assunto que reclame mais atenção dos jurisconsultos do que o das pessoas jurídicas”.³

O estudo acerca da pessoa jurídica, como “qualquer estudo acerca de um instituto jurídico, não pode ser realizado sem levar em conta a realidade circundante, assim como o estudo de teorias acerca de institutos jurídicos não pode ser realizado sem levar em consideração o contexto histórico em que tais teorias se inseriram.”⁴

Marco Aurelio Greco ensina que,

“na interpretação de qualquer figura jurídica, é essencial ter em mente a dimensão temporal em que se insere, nela identificando a etapa da evolução do tema no contexto da experiência humana. Ou seja, o primeiro ponto a considerar é o posicionamento histórico do fenômeno e a compreensão de sua eventual mudança de perfil por agregação de novas características em razão da constatação de outros valores igualmente relevantes, ao lado daqueles que, até então, haviam informado a figura jurídica”⁵.

Assim, “a evolução dos conceitos, mesmo dos mais elementares e fundamentais, é um fenômeno normal. Quanto mais manuseada uma idéia, mais ela fica revestida de minuciosos acréscimos, sempre procurando os pensadores maior penetração, maior exatidão, maior clareza.”⁶

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais, 1989. p. 14.

³ JUSTEN, Filho Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 28.

⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁵ GRECO, Marco Aurelio. Planejamento fiscal e abuso de direito. In *Imposto de Renda* : Conceitos, princípios e comentários. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 84.

⁶ CABALLERO, Alexandre. O ser em si e o ser para si. In : *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 48, n. 71, p. 277, 1968.

A abordagem histórica fornece um quadro da relatividade do conceito de pessoa jurídica e de sua função, e a função de um instituto jurídico é satisfazer determinadas necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, utilizando-se de uma forma compatível com o mesmo.

Contudo, todo instituto jurídico pode ter sua função desviada ou utilizada de maneira contrária às suas finalidades. Assim, o desvio de função consiste na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada.

Desse modo, a noção de pessoa jurídica há que ser uma noção com extraordinária historicidade, deixando filtrar ao máximo o panorama da sociedade e da cultura subjacente que a modelou, sendo dela espelho fiel.

2. Noção histórica

Não encontrado no direito romano, o conceito de pessoa jurídica é retomado na Idade Média dentro da concepção de que a pessoa jurídica era *persona ficta*. Para os canonistas e glosadores, a *fictio* significava criação da mente humana ou existente no mundo das idéias, enquanto para os ficcionistas do século XIX, destacando-se Savigny, a *fictio* da pessoa jurídica estava na sua “falsidade”.⁷

Marçal Justen Filho ressalta a ocorrência, no século XIX, daquilo que chamou de fratura no pensamento jurídico acerca da teoria da pessoa jurídica.

Até o século XIX, excetuando as atípicas figuras das companhias ultramarinas, o direito não reconhecia a personalidade a agrupamento com fins egoísticos, mas tão-somente a entidades que transcendessem à individualidade, tanto no que concerne à duração quanto aos fins perseguidos.

Desse modo, a igreja, a comuna, a corporação e a fundação passavam a ser reconhecidas como pessoas porque não constituíam fenômenos circunstanciais.

No decorrer do século XIX, a figura chamada de pessoa jurídica adquire um novo substrato conceitual que pouco se identificará com as pessoas jurídicas da Idade Média e da Idade Moderna, mas servirá de base para a

⁷ JUSTEN, Filho Marçal. *Op. cit.*, p. 18.

generalização do conceito. Essa mudança é o que Justen Filho denomina ruptura no campo da teoria das pessoas jurídicas.⁸

Desse modo, com o novo substrato conceitual, amplia-se a aplicação do conceito para agrupamentos contingentes. A transcendência deixa de ser pré-requisito para a personalização.

Em verdade, a mudança verificada na ideologia vigente na sociedade daqueles idos e, conseqüentemente, no direito produzirá como resultado a generalização do fenômeno da personalização como conseqüência de novos paradigmas estabelecidos.

Siches, citado por Miranda Rosa, ensina que “a norma jurídica é resultado da realidade social. Ela emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinados a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos e valorações, o complexo de seus conceitos éticos e finalísticos.”⁹

O século XIX foi marcado por profundas alterações, entre as mais importantes o nascimento do Estado de Direito. Esse Estado surgiu como sujeito de direitos e não apenas como titular de poderes, adotando o princípio da separação entre os poderes.

Esse novo Estado irá provocar o nascimento de um direito público, dessa feita inconfundível com a noção de *jus publicum* do direito romano, que, segundo Marçal Justen Filho, surge reorganizando a dicotomia tradicional, onde a relevância, para o direito privado, é indireta, manifestando maior relevância pela supressão e pelo repúdio a privilégios e monopólios, com o que acaba por alterar-se a sistemática da personalização, que até então constituía-se um privilégio.¹⁰

Outro reflexo do surgimento do Estado de Direito é verificado na filosofia política que irá repercutir no direito privado. Assim, a filosofia do liberalismo é estabelecida e o Estado passa a ter como função primordial a realização da segurança jurídica e, dessa maneira, a permitir aos indivíduos a liberdade para alcançar seus interesses; o direito privado se confundia com a realização humana e seria um verdadeiro

contra-senso estabelecer limites às pessoas e aos seus direitos.¹¹

Vale ressaltar que até então os pensadores jurídicos – desde os romanos até os pós-glosadores – não procuram raciocinar abstratamente o fenômeno jurídico. A dogmática desenvolvia-se com noções externas e descritivas das peculiaridades de cada figura frente ao direito. Porém, mais uma mudança é verificada nesses tempos, eis que surge o movimento pandectístico, produzindo concepções que privilegiavam a figura humana como algo prévio ao direito e desenvolvendo-se a partir de conceitos abstratos e apriorísticos. A denominada jurisprudência dos conceitos buscava a natureza lógica, estabelecendo referências intrínsecas e essenciais para as figuras jurídicas.

As construções pandectísticas alcançaram uma proeminência, representando uma grande contribuição para o trabalho doutrinário verificado até então.

Assiste-se à positivação do direito, o papel do costume como elemento produtor de normas é suprimido e o Estado institucionaliza-se como emissor de normas jurídicas. Um novo direito nasce; o direito comercial medieval e pós-medieval de três séculos é, assim, substituído pelo direito estatal.

Desse modo, a força do passado, que, até então, constituía o fundamento de validade da norma jurídica, é substituída pelo poder estatal, que repousava na vontade humana, a bem da verdade, a vontade de um pequeno número de pessoas.

O direito torna-se adaptável às novas realidades sociais, mas ao sacrifício de sua certeza e de sua autoridade.

A insegurança é conseqüência inevitável e adquire maior relevo na Alemanha, onde desconfia-se das variações normativas e ordenações arbitrárias. Afinal, a produção do direito deixou de ter fonte única.

É nesse contexto que a dogmática pandectística adquire excepcional prestígio. Enquanto suas construções teóricas condicionavam o conteúdo do direito objetivo, sua arquitetura alicerçava-se nos conceitos básicos de direito objetivo e de direito subjetivo, pois a vontade humana é a fonte de todas as coisas e, conseqüentemente, do direito positivo.

Nesse panorama, privilegia-se a noção de

⁸ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 19.

⁹ SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de Sociologia*. In: ROSA, F. A. Miranda. *Sociologia do Direito*. 9. ed. São Paulo : Jorge Zahar, 1992. p. 57.

¹⁰ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 20.

¹¹ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 20.

vontade individual, que tem como correspondência, no plano estatal, uma ideologia política liberal, e, assim, a função do Estado cinge-se a assegurar a liberdade da manifestação individual.

Com o advento da Revolução Francesa, a filosofia liberal, o direito individual e a política do liberalismo compõem um universo que produzirá a generalização da personalidade societária, porque a revolução industrial exigia a concentração de grandes capitais para o êxito empresarial, afinal o Estado retirava-se do exercício da atividade econômica e, em função dessa alteração, o capital individual não era suficiente para a nova realidade imposta.

Assim, a responsabilidade subsidiária ilimitada constituía risco a mais, afinal os que detinham condições de investir elevadas somas consideravam demasiado permanecer com o risco de comprometer o restante do seu patrimônio.¹²

Até então, a sociedade de pessoas não havia produzido o fenômeno da corporificação; a corporação empresarial provocou uma revolução sobre as concepções de pessoa jurídica, afinal as circunstâncias permitiram a manutenção das concepções tradicionais acerca da pessoa jurídica, o que termina por colocar em cheque o pensamento dogmático, quando ocorre a generalização da personificação societária.

Claro está que o cerne do conceito de personificação reside na distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa da corporação.

Marçal Justen Filho Justen afirma que

“a grande dificuldade residia na justificação dogmática para tal fenômeno, especialmente tendo em vista o conceptualismo vigente no Continente. Pôs-se em questão a natureza jurídica da pessoa jurídica, especialmente na Alemanha – exatamente porque ali se polarizava a jurisprudência de conceitos. A polêmica ficção-realidade da pessoa jurídica inseriu-se dentro desse contexto específico, construído a partir de uma cosmovisão jurídica toda peculiar, balizada por ideologias políticas definidas e por uma ambientação cultural inconfundível.”¹³

Assim a controvérsia ficção-realidade da pessoa jurídica tinha como objetivo descobrir

o que era pessoa jurídica e desnudar a sua essência.

A polêmica ficção-realidade da pessoa jurídica está centrada nas concepções acerca do direito subjetivo.

Savigny defendia a tese de que a pessoa jurídica cria uma ficção. O núcleo do direito subjetivo residia na vontade. Como somente quem tinha vontade era o ser humano, querer atribuir a condição de pessoa, no sentido de titular de direitos, a quem não pode ter vontade, como as pessoas jurídicas, é querer falsear a realidade.

Para Justen,

“a Teoria da Ficção é uma resposta coerente para o problema da pessoa jurídica, desde que uma das balizas do raciocínio seja uma filosofia voluntarista.”¹⁴

Ainda analisando a pessoa jurídica na condição de sujeito de direitos, Windscheid, citado por Justen Filho, defende a teoria do patrimônio sem sujeito. Para ele,

“a pessoa jurídica não seria um sujeito de direitos, não seria titular de direitos e obrigações, enfim, não existiria a figura da pessoa jurídica como sujeito de direitos.”¹⁵

Gierke, embora também sendo um voluntarista, defende a realidade da pessoa jurídica por sua identidade ao ser humano.

“A pessoa jurídica não era uma ficção. Não porque correspondesse a um substrato real, mas porque seria uma figura identificável ao homem; na verdade, Gierke defendia a existência de uma vontade idêntica à vontade humana na pessoa jurídica.”¹⁶

Tanto Gierke quanto Savigny, precursores das teorias mais tradicionais sobre a pessoa jurídica, compartilhavam conceito aproximado de direito subjetivo. A distinção estabelecida residia em que o último reputava que a única vontade real era a humana, enquanto o primeiro defendia a realidade da vontade de pessoa jurídica, realidade tão efetiva quanto a vontade humana.

Para Justen Filho há

“o pressuposto de que todas as teorias formuladas sobre a matéria, especial-

¹² JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 24

¹³ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 24

¹⁴ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 26.

¹⁵ Ibidem, p. 27.

¹⁶ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 28

mente no curso do século passado, envolveram determinados pressupostos conceituais. A revelação desses pressupostos de raciocínio pode evidenciar que a distância aparente entre as construções teóricas nem sempre correspondem efetivamente a uma disparidade nas convicções jurídicas.¹⁷

Na realidade, as concepções teóricas sobre pessoas jurídicas apoiavam-se em determinados conceitos prévios, e não há como estudar teorias acerca de institutos jurídicos sem levar em consideração o contexto sócio-econômico e cultural em que essas teorias foram produzidas.

Inobstante serem teorias clássicas, formuladas no século passado, é comum encontrar a doutrina a debater a teoria da ficção ou da realidade, sem se aperceberem que a realidade contemporânea está a exigir novos parâmetros de análise, afinal os problemas da pessoa jurídica na atualidade não podem ser resolvidos com os parâmetros do século XIX.¹⁸

Fábio Ulhoa Coelho considera que,

“tradicionalmente, a questão da ontologia da pessoa jurídica se sintetiza através da indagação do caráter real ou fictício da pessoa jurídica. Mas essa não é a melhor forma, a seu ver, de ser esquematizado o problema, pois, na verdade, a questão envolve mais a natureza pré-jurídica ou jurídica daquele sujeito de direito.”¹⁹

Retornando a análise histórica, as mudanças verificadas a partir do século XIX produziram significativas alterações no estudo do direito, mormente no tocante a sua função.

Afinal, o direito que se justificava na vontade humana tinha função meramente passiva, buscando tutelar e proteger a emanção daquela vontade contra imposições do Estado. Mediante o direito, buscava-se a repressão de qualquer intervenção, considerada de natureza artificial, seja originária do Estado, seja de outro indivíduo.

Mas, em função das mudanças referidas, a intangibilidade do individual, justificada a partir do fundamento voluntarístico do direito, desloca a primazia do individual para o coletivo, eis que a sociedade humana se socializou, e não basta somente a convivência social,

é necessário promover a evolução das condições onde a convivência se verifica.

A alteração desse quadro, e da ideologia que o norteava, provocou uma alteração substancial na função do direito, que passa, a partir de agora, a ter uma natureza ativa, ou seja, o direito passa a ser um instrumento de intervenção sobre a realidade para se atingirem os fins do Estado. A partir de então, o direito busca a adequação da conduta humana visando à melhor convivência.

Como não poderia deixar de ser, a nova função conferida ao direito altera substancialmente sua interação com a realidade.

Se anteriormente era inviável a imposição de limites pelo direito objetivo sobre o conteúdo do direito subjetivo, a não ser enquanto retrato e exteriorização do próprio direito subjetivo, a extensão e o limite do direito subjetivo eram intrínsecos no sentido de serem determinados por referências a si mesmo, com a funcionalização do direito objetivo; a funcionalização do direito subjetivo foi uma decorrência.²⁰

Para Justen Filho, o limite e a extensão do direito subjetivo tornam-se externos a ele e a seu titular. Seus parâmetros são extrínsecos à coletividade e aos fins do Estado. O direito subjetivo passa a ser heterorreferido.

Conseqüentemente desaparecem os direitos subjetivos absolutos, estando, portanto, estabelecidos os limites e a extensão da vontade individual. É nesse contexto que nasce a noção de abuso do direito, categoria impossível de ser balizada sem a funcionalização do direito, visando à realização de interesses e valores que transcendem ao individual.

Enquanto nos poderes públicos a funcionalização importa na consagração de que a atribuição de tais poderes destina-se à realização de interesses que ultrapassam o círculo de interesses do próprio titular, na órbita privada há a concepção de que a atribuição de poderes e de direitos é acompanhada da consagração de deveres. O dever recai sobre o titular do direito ou do poder, na acepção de que o exercício desses últimos vincula-se à realização dos interesses sociais. É a natureza da indisponibilidade que se vai reconhecendo como um aspecto indissociável do poder. Indisponibilidade não apenas no sentido tradicional da inalienabilidade, mas indicando a impossibilidade de pôr em risco a função do instituto.

¹⁷ Ibidem, p. 29.

¹⁸ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 29

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 65.

²⁰ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 40

Justen Filho afirma que

“a funcionalização atingiu com maior rigor, no campo do direito privado, exatamente àquele que se reputava o mais absoluto dos direitos subjetivos: o direito de propriedade. Reputado como a mais perfeita emanção da personalidade, o direito de propriedade foi conceituado como a possibilidade de gozar e de fruir de uma coisa de maneira a mais plena e absoluta. Propriedade tomada, então, como arbitrariedade (direito subjetivo absoluto e oponível *erga omnes*). Mas a história dos séculos XIX e XX é a narrativa do reconhecimento da funcionalidade do direito de propriedade assegurado na medida exata em que se destaca a sua função social.”²¹

Os reflexos desse fenômeno de funcionalização e da socialização do direito se faz sentir também sobre a pessoa jurídica.

A personificação societária assegura uma dissociação entre propriedade e controle, especialmente porque o sócio, embora não proprietário, mantém o controle sobre os bens e a atividade empresarial desempenhada pela pessoa jurídica.

Para Justen Filho, a estreita ligação, sempre visualizada, entre os conceitos de direito subjetivo e de pessoa alterava a fundamentação, a natureza e a extensão dos direitos subjetivos, mas havia que alterar também a fundamentação, a natureza e a extensão do conceito de pessoa (especialmente de pessoa jurídica).

Mas a repercussão é ainda mais intensa por outro motivo. É que existe íntima vinculação entre o direito de propriedade e a pessoa jurídica – especialmente a pessoa jurídica – de direito privado, orientada à realização de atividades econômicas.

Assim, não mais se justifica o enfoque absolutista da pessoa jurídica, haja vista terem sido superadas todas as concepções acerca do absolutismo dos direitos subjetivos.

A propósito, Justen Filho assevera que “a explicação mais plausível para tal fenômeno é a ontologização da pessoa jurídica e a sua identificação com a idéia de ‘pessoa física’. Ao que se supõe, estenderam-se à ‘pessoa jurídica’ os atributos de ser humano. Daí o cunho absoluto do ser humano, conquistado como valor inafastável da civili-

²¹ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 42.

zação humana (o que significa que nunca pode ele ser enfocado como instrumentalidade – ao menos, enquanto pessoa), haver sido transplantado para pessoa jurídica. Prevaleceu, assim, o vínculo entre as idéias agrupadas através da idéia de pessoa sobre as relações estabelecíveis entre pessoa jurídica e direito subjetivo.”²²

3. Delimitação do conceito de pessoa jurídica

Conceituar alguma coisa consiste numa ação de formular idéias, procurando definir sua razão de ser.

No universo das chamadas “ciências exatas”, as dificuldades para determinar-se um objeto de estudo são menores do que no universo jurídico. Para os físicos e químicos, na maioria dos casos, basta assinalar alguns fenômenos e dar-lhes uma explicação para que se possa transmitir uma idéia do objeto estudado. No mundo jurídico, não é tão simples assim.

A esse propósito, ensina-nos o mestre Miguel Reale:

“Nas ciências exatas, os vocábulos têm, em regra, um significado bastante preciso: um físico ou um químico jogam com um vocabulário próprio e o fazem com certa garantia de que dada palavra traduz sempre um significado constante e comum entre os cultores das respectivas ciências, ao passo que nas ciências culturais, como é o direito, essa precisão terminológica é difícil.”²³

Henry Bergson, apud Miguel Reale, afirma que

“as palavras são prisões dentro das quais se contêm idéias que se transformam, que vivem e se ajustam a situações diferentes. É preciso penetrar nessas prisões, partir a estrutura gráfica das palavras, para entrar em contato com a riqueza do conteúdo que nelas se encerra.”²⁴

A operação de definir o objeto de estudo consiste em revelar o que o objeto é por meio da enunciação de seus aspectos inteligíveis, impossibilitando, assim, tomar-se um objeto por outro.

Qualquer perspectiva visando à elaboração

²² JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 44.

²³ REALE, Miguel. As três concepções fundamentais da palavra “Direito”. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 44, p. 68, 1949.

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

de um conceito jurídico há que se pautar pela mesma forma com que se elabora um conceito não-jurídico.

A norma jurídica é um objeto cultural, como tudo que o homem faz. Esta realidade cultural não deixa de ter uma essência, que é um objeto ideal. Deve-se então buscar, com absoluta objetividade, a essência desse objeto. O conceito de norma jurídica é consequência, pois, de uma análise gradual e sistemática de sua essência.

Maria Helena Diniz recorre à lógica aristotélica para construir definições e conceituações. O raciocínio é válido, também, para o estabelecimento de um conceito de pessoa jurídica:

“determina-se a essência das coisas por meio de uma definição, ou seja, por indicação do *genus proximum* e da *differentia* específica”.²⁵

Desse modo, a individualização de um objeto envolve sua localização no conjunto de objetos assemelhados e mais assemelhados (gênero próximo) e, dentro desse conjunto, a sua identidade frente a seus pares (diferença específica).

Partindo dessa premissa, Fábio Ulhoa Coelho afirma que

“o gênero de ‘pessoa jurídica’ é o sujeito de direito e a diferença deve ser localizada em relação aos demais sujeitos de direito (pessoa física, nascimento, condomínio, massa falida...)”.

Para em seguida concluir que

“o ponto de partida para a construção do, conceito de pessoa jurídica é a constatação de que se trata de um tipo de sujeito de direito.”²⁶

Preliminarmente, analisando a questão do gênero próximo, quando afirmamos que algo ou alguém é um sujeito de direito, é porque esse algo ou alguém é portador ou destinatário de um interesse considerado pelo direito.

Todos os seres ou fatos considerados como portadores de interesse ou mesmo seus destinatários são sujeitos de direito. Porém, essa qualidade não é original do ser ou do fato, mas depende da interpretação jurídica da realidade social e das idéias que o universo jurídico tem da sociedade.

Assim, quando o direito visa realizar determinadas pretensões humanas, ele traduz para sua linguagem os seres e os fatos sociais relevantes e os recepciona como sujeitos de direito. Outros, o direito o recepciona como objetos de direito, como ato jurídico, relação jurídica ou mesmo como negócio jurídico, sem falar naquelas realidades absolutamente ignoradas pelo direito.

Se hoje todos os homens são considerados como sujeitos de direito, nem sempre fora assim. Houve tempo, principalmente naqueles idos do regime de escravidão, em que nem todos os homens eram sujeitos de direito. Naturalmente, essa mudança não decorreu de uma transformação na qualidade intrínseca do homem, mas, sim, na forma pela qual o direito passou a recepcionar a realidade social visando atingir as pretensões humanas.

A propósito Fábio Ulhoa Coelho assevera:

“Alguns homens foram tidos como ‘objeto de direito’ e não como ‘sujeito de direito’ porque era essa a idéia que se tinha na época... pois o conceito de ‘sujeito de direito’ é criação da ideologia burguesa. Assim, ninguém ou nada é sujeito de direito, objeto de direito, obrigação etc. por uma qualidade própria intrínseca, mas exclusivamente por repousar sobre esse objeto uma idéia do homem compartilhada com toda uma comunidade de homens: a chamada comunidade jurídica que o qualifica com vistas a extrair dessa qualificação certas consequências, o que tem por objetivo, mediato ou imediato, atender, ou não, a um interesse de um ser humano.”²⁷

Quando afirmamos que alguém é um sujeito de direito, deduz-se que esse alguém é o portador ou o destinatário de um interesse considerado pelo direito. A princípio, somente seres humanos têm interesse, mas para regular alguns interesses como, por exemplo, separação patrimonial, limitação de responsabilidade, torna outros seres, ou mesmo fatos, portadores de interesse. Assim, todos os seres ou fatos, considerados como portadores de interesses, ou mesmo seus destinatários, são os denominados sujeito de direito.

Concluindo, afirma Fábio Ulhoa Coelho que

“o gênero próximo da pessoa jurídica é o conjunto de seres ou fatos sociais que o direito considera como portador ou

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 4.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 75.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 76.

destinatário de um interesse. É o sujeito de direito. A pessoa jurídica é um ser ou fato social tornado pelo direito como apto a ser referencial subjetivo de direitos e obrigações”.²⁸

Assim, para localização da pessoa jurídica no conjunto de assemelhados ou mais assemelhados a ela (gênero próximo), podemos afirmar que ela integra o conjunto de seres e fatos sociais concebidos juridicamente como portadores ou destinatários de direitos e obrigações. Desse modo, compõem esse conjunto a pessoa física, o nascituro, o espólio, a massa falida, o condomínio horizontal e outras entidades jurídicas que estejam aptas a exercerem direitos e obrigações.

A segunda análise a ser feita, buscando o conceito de pessoa jurídica segundo a lógica aristotélica, é a determinação de sua diferença específica.

Na busca da diferença específica, a primeira distinção a ser estabelecida é entre a pessoa jurídica, a pessoa física e o nascituro. A esse respeito, brilhante é a contribuição oferecida por Lamartine Oliveira, para quem o direito, ao conferir a certos sujeitos a condição de pessoa, parte de uma tarefa de pré-exclusão de determinadas realidades, reputadas como não-compatíveis com o conceito de pessoa jurídica. Afinal, segundo ele, pessoa jurídica é fonte de atividade orientada pelo bem comum, e a referência ao bem comum estabelece uma limitação de natureza ética, além de uma limitação de ordem estrutural.²⁹

Para Justen Filho, ao se reconhecer que o conceito de direito subjetivo não se vincula à noção de senhorio da vontade, desapareceu, em grande parte, o fundamento para a constante aproximação entre a pessoa física e a pessoa jurídica.³⁰

A pessoa jurídica implica essencialmente uma idéia de obra a realizar, e, sendo, portanto, realidade dinâmica, distinguir-se-ia de modo essencial do condomínio ou das comunhões em geral, que seriam meras realidades estáticas, privadas das características de busca de objetivos comuns, de idéia de obra a realizar. No condomínio, a individualização do direito não é de nenhum modo atingida. É sempre a equação A mais B mais C etc., sem que desta

soma totalizada surja um novo direito, distinto de todo os outros.

No condomínio, segundo Fábio Ulhoa Coelho, os condôminos

“solidários são, e permanecem na propriedade (...) mas não associados, porque (...) não puseram em comum seus esforços e, por conseguinte, suas pessoas para edificação de uma obra comum, a um tempo causa e objetivo, fim e imóvel do grupo societário (*affectio societatis*)”.

Essas distinções, de sabor clássico, mas com complementos institucionalistas, levaram-nos a pré-excluir o condomínio e as comunhões em geral do elenco das possíveis pessoas jurídicas, por incompatíveis ontologicamente com a idéia de pessoa jurídica.

Podemos afirmar que jurídica é a pessoa sem ser, enquanto o ser humano pode ser nascituro ou pessoa física. Vale ressaltar que pessoa física não se resume ao homem nem, tampouco, o nascituro se resume ao feto. Na realidade, essas entidades jurídicas não se constituem como tais por sua natureza intrínseca, mas sim porque o direito, após interpretar a realidade social, assim os recebe. Nesse sentido, afirma Fábio Ulhoa Coelho:

“... A esses seres humanos o direito agrega uma qualidade, um atributo, uma consideração, consistente em torná-los como centro de referência subjetiva de direitos e obrigações. Sem esse elemento material, o homem é só um ser biológico, não-jurídico, não podendo, por isso, ser pessoa física ou nascituro...”³¹

Embora para a pessoa física e o nascituro o ser humano constitua material imprescindível, para a pessoa jurídica o espólio, o condomínio horizontal e outras entidades jurídicas consideradas como sujeito de direito prescindem de tal condição, pois sobrevivem sem o “corpo”, não prescindem de um substrato diverso, qual seja, um fato social; no caso, por exemplo, do condomínio horizontal, o edifício de apartamentos pertencentes a várias pessoas constitui o seu substrato.

Assim, a essência constatável da pessoa física e do nascituro e não-perceptível como substrato da pessoa jurídica é que fornece o critério para diferenciá-los.

A primeira conclusão que podemos aferir é que a pessoa jurídica, tal como o condomínio horizontal, o espólio e a massa falida, é um

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 77.

²⁹ OLIVEIRA, J. L. Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo : Saraiva, p. 518-615.

³⁰ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 29.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 78.

sujeito de direito incorpóreo diferentemente da pessoa física e do nascituro, que são sujeitos de direitos corpóreos.

Ainda no estudo da diferença específica, é necessário afastá-la das demais entidades jurídicas incorpóreas (espólio, massa falida, condomínio horizontal) e compreendidas no gênero próximo “sujeito de direito”.

A distinção mais marcante entre a pessoa jurídica e as outras citadas é a personalização. Assim, podemos concluir que, enquanto a pessoa jurídica é uma pessoa, o espólio, a massa falida e o condomínio horizontal são entidades despersonalizadas.

A distinção reveste-se de capital importância na medida em que grande parte da doutrina jurídica defende a idéia de que pessoa é sinônimo de sujeito de direito e, portanto, somente os entes personalizados podem exercer direitos e obrigações.

Na verdade, nada mais incorreto do que afirmar-se a sinonímia entre pessoa e sujeito de direito. Afinal, para ser titular de direitos ou obrigações não é necessário ser pessoa, seja física ou jurídica, pois o direito considera muitas hipóteses de direito despersonalizado. Um exemplo dessa categoria de sujeitos despersonalizados é o nascituro, que possui direitos e até obrigações, por exemplo, de ordem fiscal, e, nos termos do art. 4º do Código Civil, a personalidade da pessoa natural só começa do nascimento com vida.

Outro exemplo da categoria de sujeitos despersonalizados é o condomínio horizontal, que pode contratar serviços de empregados, comprar e vender material de limpeza e bens para o uso comum dos condôminos, inclusive ter direito de crédito para os condôminos e estar em juízo para reclamar seus direitos ou ser responsabilizado por suas obrigações, consoante o art. 12, inciso IX, do Código de Processo Civil.

Podemos, pois, descartar a concepção incorreta de que a personalização é condição para o exercício de direitos e, a partir dos argumentos expostos, demonstrar cabalmente o porquê da inclusão no gênero próximo – sujeito de direitos – das entidades despersonalizadas e também afirmar que a pessoa jurídica individualiza-se frente a tais entidades despersonalizadas devido ao atributo ou condição de ser pessoa, inexistente naquelas demais.

Essa conclusão nos remete indubitavelmente a um sério questionamento: quais as conse-

quências jurídicas, por que o direito confere a certos sujeitos a condição de pessoa enquanto nega a outros? Enfim, em que consiste a personalização?

O mestre Fábio Konder Comparato, em sua obra *O poder de controle nas Sociedades Anônimas*, define que

“a personalização é uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidade individuais –, não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais como o espólio e a massa falida, sem personalizá-los.”³²

Em assim sendo, a personalização, segundo o mestre Comparato, não serve para explicar a personalização da pessoa física que não implica nenhuma separação patrimonial nem tampouco nos auxilia na questão da despersonalização de determinadas entidades visando determinar seu regime jurídico.

Como vimos, a personalização não é um fenômeno de geração de um sujeito de direito.

As pessoas jurídicas, sobretudo no que concerne ao direito brasileiro, constituem uma criação da lei. Como criação da vontade da lei, refletem uma realidade, mas uma realidade do mundo jurídico, e não da vida sensível. O mestre lusitano Cunha Gonçalves ensina que as pessoas jurídicas “são reais, como um contrato ou um testamento”. Essa afirmação levou Rubens Requião a concluir que as pessoas jurídicas são

“associações ou instituições (fundações) formadas para a realização dum fim e reconhecida pela ordem jurídica como sujeitos de direitos.”³³

Piero Verrucoli parte do estudo de evolução histórica do reconhecimento da personalidade jurídica das pessoas jurídicas, em geral, e das sociedades comerciais, em especial, nos direitos italiano, inglês, norte-americano e continental para concluir pela caracterização da personali-

³² COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 268.

³³ REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial*. São Paulo : Saraiva, 1977. p. 15: Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*).

dade jurídica das pessoas jurídicas como um privilégio. Um privilégio destinado aos membros da pessoa jurídica, ou, em especial, aos sócios da sociedade comercial, seja ela de pessoa ou de capital.³⁴

Para o jurista italiano, em consonância com as lições de Ascarelli, a pessoa jurídica deve ser vista como *um centro de imputação*, uma expressão resumida de uma disciplina jurídica que diz respeito, em última análise, à própria pessoa física, e não como um dado real pré-normativo ou, mesmo, uma ficção. O privilégio concedido pelo Estado aos membros da pessoa jurídica obriga a individualização de um ente distinto das pessoas dos referidos membros. Este privilégio pode significar ou a limitação da responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações da sociedade (autonomia patrimonial absoluta) ou a simples subsidiariedade desta responsabilidade (autonomia patrimonial relativa).

“Il regime della responsabilità dei soci, a propósito del quale si è visto retro che la limitazione della responsabilità ai conferimenti è un beneficio o privilegio autonomo rispetto a quello della personalità giuridica della società: per meglio e più compiutamente dire, la personalità significa autonomia patrimoniale della stessa, o nel senso dell’esclusione della responsabilità sussidiaria dei soci (ecco il beneficio di cui innanzi), o ne senso di una siffatta responsabilità, ma con preventiva escussione del patrimonio sociale. Sia il beneficio della responsabilità, sia quello della preventiva escussione del patrimonio sociale, sono riferiti direttamente ai soci, ed infatti è soltanto rispetto ad essi che può parlarsi di limitazione della responsabilità o di preventiva escussione, in quanto la società (come soggetto autonomo) risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri rispetto ai propri creditori, nè più meno del soggetto persona fisica, e non ha certo diritto alla preventiva escussione dei soci.”³⁵

Sob o intrincado tema da personalização, interessante é a contribuição oferecida pelo mestre Justen Filho a partir de estudos

³⁴ VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano : A. Giuffrè, 1964. In : COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 24.

³⁵ *Ibid.*, p. 25.

realizados por Norberto Bobbio acerca da noção de sanção positiva.

Ensina o mestre italiano:

“... il diritto non si limita più a tutelare atti conforme alle proprie norme ma tende a stimolare atti inovatii, e pertanto la sua funzione nom è piu soltanto protettiva ma anche promozionale, all’impiego quasi esclusivo di sanzioni negative, che costituiscono la tecnica specifica della repressione, se affianca un impiego, non importa se ancora limitato, di sanzioni positive, che danno vita a una tecnica di stimozale e di propulsione di atti considerati socialmente utili...”

levando Marçal Justen a entender que a personificação societária envolve uma sanção positiva prevista pelo ordenamento jurídico, tratando-se de uma técnica de incentivação pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração da riqueza e a congregação de esforços inter-humanos afiguram-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários. O progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares, mas ao próprio Estado.³⁶

Assim, visando estimular a realização de associações e incentivar os seres humanos à concentração de recursos e esforços, o Estado vale-se da personificação societária. A atribuição da personalidade jurídica corresponde a uma sanção positiva ou premial, um benefício assegurado pelo direito a quem adotar a conduta desejada.

O Estado, desse modo, atribui um regime jurídico particularmente benéfico para o exercício associativo da atividade econômica. A conveniência da associação ingressa no âmbito jurídico, deixando de ser meramente uma questão filosófica, política ou econômica para refletir no conteúdo normativo do ordenamento jurídico. Estabelece-se uma consequência jurídica para a adoção da conduta escolhida. Tal consequência consiste justamente no regime mais favorável.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione : nuovi studi di teoria del diritto*. Ed. di Comunità, 1977. p.34.

Esse regime mais favorável consiste em afastar as regras jurídicas que seriam aplicáveis caso o exercício da atividade fosse feito isoladamente.

Desse modo, para Justen Filho a pessoa jurídica identifica-se como um regime jurídico mais benéfico do que seria usualmente aplicável. A alusão a regime jurídico busca identificar, no próprio ordenamento, o número do conceito de pessoa jurídica. A relevância do conceito está nas conseqüências jurídicas cominadas como decorrência de certos pressupostos.

Assim sendo, a personalização, segundo o mestre Comparato, não serve para explicar a personalização da pessoa física, que não implica nenhuma separação patrimonial nem, tampouco, auxilia-nos na questão da despersonalização de determinadas entidades visando determinar seu regime jurídico.

Para Fábio Ulhoa Coelho

“a personalização de um sujeito de direito é a subsunção deste sujeito a um regime jurídico próprio das pessoas, enquanto a despersonalização ou a não-personalização de outro sujeito de direito é a subsunção a um regime jurídico diverso, qual seja, o regime jurídico das não-pessoas. O que caracteriza o regime jurídico das pessoas é a atribuição de uma autorização genérica para os atos jurídicos em geral: autorização que só pode ser excluída expressamente pelo ordenamento jurídico.”³⁷

Desse modo, o que caracteriza o regime jurídico das pessoas é a atribuição de uma autorização genérica para os atos jurídicos em geral – as pessoas podem fazer tudo o que não estejam desautorizadas por lei –, enquanto a característica fundamental do regime jurídico dos entes despersonalizados é a existência apenas de autorizações específicas, expressamente conferidas pelo ordenamento jurídico.

Concluindo, a análise conjunta do gênero próximo e da diferença específica nos levará a concordar com Fábio Ulhoa Coelho, para quem o conceito de pessoa jurídica é

“o sujeito de direito personalizado e desdotado de corpo”.

4. A “crise” da pessoa jurídica

O conceito de pessoa jurídica, submetido

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 81.

aos ataques radicais do positivismo e do nominalismo, está em plena crise.³⁸

Na realidade, a expressão “crise da pessoa jurídica” indica a existência de um descompasso entre as concepções tradicionais sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica e as circunstâncias do mundo social e jurídico a sua volta.

J. Lamartine Corrêa Oliveira, em sua obra *A dupla crise da pessoa jurídica*, assevera que a problemática acerca da teoria da pessoa jurídica atingia a dogmática jurídica sob dois ângulos.

O primeiro, denominado de crise do sistema, envolvia a construção do sistema normativo sobre pessoa jurídica, porque inúmeros agrupamentos humanos tinham formalmente negada a condição de pessoa jurídica, embora acabassem recebendo um tratamento jurídico coerente apenas com a personalização.

O segundo ângulo da crise, segundo Lamartine, é o que ele chamou de crise de função, que consistia na incompatibilidade entre os fins do direito e a conduta específica e concreta de agrupamentos personificados. Na realidade, a sociedade personificada estaria desfigurando-se e, conseqüentemente, produzindo um resultado antijurídico.

A crise da função significa

“a utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com os princípios básicos e fundamentais que informam o ordenamento jurídico.”³⁹

O desvio de função assemelha-se à figura do negócio indireto, onde as partes procuram alcançar um fim que não seja aquele típico do negócio. Suzi Koury, apoiando-se em Garrigues, ensina que

“o negócio indireto é aquele em que as partes se propõem alcançar uma finalidade que não é a finalidade típica, segundo a lei, do negócio escolhido”.⁴⁰

Marçal Justen Filho leciona que

“o negócio indireto não se confunde com uma simulação, no sentido de existirem duas vontades, uma aparente e fictícia, outra oculta e real. As partes que praticam o negócio indireto externam

³⁸ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 16.

³⁹ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 17.

⁴⁰ GARRIGUES, Joaquim. *Anotaciones de um jurista sobre reforma de la empresa*. In : KOURY, Suzi Elizabeth Cavalcante. *Hacia un nuevo derecho mercantil*. Rio de Janeiro : Forense, 1993. p. 68.

uma vontade real. Sua intenção é praticar aquele negócio e submeter-se à regulação jurídica prevista para o mesmo. Pretendem obter os efeitos cominados no ordenamento para o dito negócio. Mas querem mais. O resultado que pretendem vai além do fixado na norma jurídica, embora aquele pressuponha a concretização desse.”⁴¹

O fato é que as conclusões e postulados alicerçados pela dogmática jurídica e consagrados normativamente acerca da natureza jurídica da pessoa jurídica não satisfazem as exigências do mundo atual, muito embora tenham satisfeito no passado, pois a personificação societária deslocou-se da condição de solução para necessidades jurídicas para a situação do problema em si mesma.

Conforme já demonstrado, as teorias acerca da pessoa jurídica refletiram o momento de sua elaboração, ou seja, um universo próprio de valores e significações. Na realidade, as palavras mantiveram-se as mesmas, dentro de certos limites, mas seu sentido alterou-se, como também se alterou o sentido da discussão.

Nesse sentido, prestimosa a contribuição do mestre Justen Filho para elucidação da chamada “crise” da pessoa jurídica.

Para ele, a crise decorre do choque entre conceitos inadequados e defasados, herdados de uma ambientação ultrapassada, choque que tem como ponto fulcral a crença no absolutismo da pessoa jurídica, que se apresenta sob várias manifestações, que se coalizam para compor integradamente um painel.⁴²

A primeira dessas manifestações – “hipostasias da pessoa jurídica – reside no pensamento de que pessoa jurídica é expressão a que corresponde algo existente – um objeto cognoscível.”⁴³

Essa crítica não significa que o autor considera a pessoa jurídica uma ficção, nem tampouco uma falsidade ou mesmo uma criação do direito. Para ele, pessoa jurídica é uma expressão utilizada pelo direito para indicar certas situações jurídicas, ou seja, pessoa jurídica é, antes de tudo, uma expressão vocabular lingüística, que pode ser utilizada de variadas formas e para indicar conceitos distintos.

A segunda manifestação da crença no absolutismo da pessoa jurídica – “antropomor-

fismo da pessoa jurídica – consiste na identificação entre pessoa jurídica e pessoa física.”

Deitando raízes na polêmica entre realistas e ficcionistas, como derivação da convicção de que sujeito de direito era quem podia ser titular de direito subjetivo, portanto, o direito subjetivo derivava do senhorio da vontade.

Ao se reconhecer que o conceito de direito subjetivo não se vincula à noção de senhorio da vontade, desaparece em grande parte o fundamento para constante aproximação entre pessoa física e pessoa jurídica.

Para o mestre Marçal, afirmar a pessoa jurídica sob o fundamento de sua “proximidade”, semelhança ou analogia com o ser humano não é solução. Muito pelo contrário, importa numa arbitrariedade do observador que se reserva, assim, a tarefa de localizar as analogias e escolher quais delas serão suficientemente relevantes para estender a outros elementos ou entes os atributos reconhecidos como inseparáveis da humanidade.

A pessoa jurídica não constitui uma imitação ao ser humano. A personalidade da pessoa jurídica não decorre de ela compartilhar com o homem idênticos atributos ou qualidades.

Isso não significa que só o ser humano é realmente pessoa perante o direito e que a pessoa jurídica seria uma ficção. Significa exclusivamente que só é “pessoa física” o ser humano, tratando-se de instituto jurídico com contornos definitivos e próprios; já o instituto “pessoa jurídica” é inconfundível, sendo categoria aberta, em evolução constante, permanente e indetível – porque a evolução do universo cultural é constante, permanente e indetível.

A terceira manifestação da crença no absolutismo da pessoa jurídica “baseia-se na fé acerca da imutabilidade da pessoa jurídica, que se manifesta tanto no entendimento da imutabilidade no tempo como na imutabilidade no espaço. Acredita-se que há uma realidade indicada pela expressão, que não varia, nem em função do passar do tempo, nem em decorrência do deslocamento geográfico.”⁴⁴

Essa perspectiva é nitidamente vislumbrável, quando, na busca de solução para os dilemas com quais convivemos presentemente acerca da pessoa jurídica, procura-se investigar a solução na história do direito ou no direito comparado.

⁴¹ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 91.

⁴² JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 30.

⁴³ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁴ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p. 32.

Ainda dentro dessa terceira manifestação, o mestre Justen Filho chama atenção para a crença de que a variação terminológica não impede a identidade conceitual. Resulta na convicção de que os conceitos que ora detemos também existiram em outros tempos e existem em outros locais, ainda que indicados por terminologias distintas. Em suma, o conceito de pessoa jurídica corresponderia a algo com existência própria e autônoma, ou seja, um conceito universal. O que é falacioso, porque a identidade conceitual somente pode ser verificada enquanto e na medida de uma identidade cultural.

Por fim, a quarta manifestação, que “consiste na exteriorização da fé no absolutismo do conceito de pessoa jurídica, reside no entendimento de que pessoa jurídica é conceito único dentro de um mesmo ordenamento jurídico. É a afirmação da identidade das pessoas jurídicas.” Portanto, a pessoa jurídica de uma sociedade anônima seria conceitualmente idêntica à pessoa jurídica de uma fundação.⁴⁵

Para o mestre Justen, cada categoria de pessoa jurídica é distinta. Desse modo, não há identidade entre pessoa física e pessoa jurídica (não existe pessoa); também inexistente identidade entre as pessoas jurídicas (não existe a pessoa jurídica). Isso não se vincula à idéia de que, embora possível, não é obrigatório tratamento idêntico para todas as figuras tratadas como pessoas jurídicas.

A constatação da chamada crise da pessoa jurídica, para Lamartine Corrêa, evidencia-se pelo surgimento da técnica da *disregard* que, para ele, é o mais agudo sintoma da crise de função vivida pelo instituto, estando a denunciar a existência de um desvio de função, assinalada pelo legislador.⁴⁶

5. Conclusão

Até o século XIX, o direito não reconhecia a personalidade a agrupamentos com fins egoísticos, mas tão-somente a entidades que transcendessem a individualidade, tanto no que concerne à duração quanto aos ultramarinos. É a partir de então que se observa uma “fratura” no pensamento jurídico no tocante à teoria da pessoa jurídica, por força de uma nova ideologia

vigente, propiciadora do acúmulo de capital necessário para alavancar o regime da livre iniciativa.

É nesse novo quadro, caracterizado pela vontade, que a pessoa jurídica passa a adquirir um novo substrato conceitual, que contribui significativamente para a generalização do conceito, caracterizado pela autonomia patrimonial.

Mas a história dos séculos XIX e XX é a história da narrativa do reconhecimento da funcionalidade do direito. Logo o reconhecimento da personalidade da pessoa jurídica, considerado por Verrucoli um privilégio conferido aos seus membros, também passa a atender a essa funcionalidade.

A transmutação do conceito de pessoa jurídica, conseqüência natural de adaptação do conceito em função de sua historicidade, concorreu para o estabelecimento da chamada “crise da pessoa jurídica”.

É no contexto dessa crise que surgem as seguintes indagações: quais os limites do uso da pessoa jurídica? Qual a sua função?

Concluindo, pessoa jurídica é um instrumento lógico-formal utilizável para consecução de fins valorizados pela ordem jurídica. Nesse sentido, seus limites são estabelecidos pelo legislador e, quando ultrapassados, configuram um desvio de função, podendo ensejar o abuso do direito e a fraude no uso da pessoa jurídica. Nesse caso, a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica constitui um importante instrumento para correção dessa disfunção, com grande vantagem frente a outros institutos que visam ao mesmo objetivo, por confirmar a pessoa jurídica, tornando apenas transparente aquilo que parece opaco.

Bibliografia

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. *Das pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro : Tipografia Revista dos Tribunais, 1905.
- ASCARELLI, Tullio. *Usos e abusos das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1941. p. 12-41.
- _____. *Problemas das sociedades anônimas*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1969.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione : nuovi studi di teoria del diritto*. Milano : Edizioni di Comunità, 1977.

⁴⁵ JUSTEN, Filho Marçal. Op. cit., p 35.

⁴⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. Op. cit., p. 68.

- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- BRANDÃO, Antônio José. Apontamentos para uma teoria da pessoa jurídica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Lisboa, p. 25-46, 1973.
- BULGARELLI, Waldirio. A teoria *ultra vires societatis* perante a lei das sociedades por ações. *Revista Forense*, Rio de Janeiro. v. 77, n. 273, p. 69-77, jan./mar. 1981.
- _____. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- CABALLERO, Alexandre. O ser em si e o ser para si. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 48, n. 71, p. 277, 1968.
- CÂMARA, Maria Helena Ferreira. Reflexões sobre o conceito de pessoa jurídica em Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 86, Abr./Jun. 1985.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *A Desconsideração da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- _____. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, p. 38-44, 1994.
- _____. Pessoa jurídica : conceito e desconsideração. *Justitia*, São Paulo, v. 49, n. 137, p. 63-85, 1987.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- JUSTEN Filho, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1987.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. A função atual da pessoa jurídica. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 50-70, out./dez, 1988.
- OLIVEIRA, J. L. Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1979.
- RAAD, Nabil Fadel. *L'Abus de la personnalité morale en droit privé*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10. ed., São Paulo : Saraiva, 1983.
- REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial*. São Paulo : Saraiva, 1977. p. 67-84: Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*).
- _____. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 2, p. 3-16: Sociedades comerciais: as tendências da responsabilidade dos sócios.
- _____. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 410, p. 12-24, 1969.
- _____. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1985.
- ROSA, F. A. *Sociologia do direito*. 9. ed., São Paulo : Jorge Zahar, 1992.
- SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona : Ariel, 1958.
- VERRUCOLI, Piero. *Le superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano : D. A. Giuffrè, 1964. p. 214.

O aspecto do coletivo na Constituição de 1988

EDUARDO SILVA COSTA

*“Queiras transformação.
O espírito de criação, mestre da
terra,
No elã da figura, não ama nada
como o ponto de mudança.”
(R.M.Rilke)*

SUMÁRIO

1. O valor supremo na Constituição. 2. A contribuição da Constituição de 1988. 3. O sentido do coletivo.

1. O valor supremo na Constituição

Não se pode asseverar que há prevalência do aspecto coletivo ou mesmo do aspecto social na tessitura da Constituição de outubro de 1988. Ainda que no Preâmbulo se tenha dado precedência aos direitos sociais “...um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais...”, não há que ver aí uma opção valorativa que dê primazia ao social. O que está escrito no preâmbulo é só uma apresentação do texto, com indicação de seu caráter e finalidade. Tanto assim, que logo após o Título I, em que se condensam os fundamentos da República Federativa, definem-se os objetivos desta, especificam-se os seus poderes e enunciam-se os seus princípios nas relações internacionais, abre-se o Título II com o Capítulo I, abrangente “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

A Constituição instituiu um “Estado democrático”, como proclamado no Preâmbulo, para a seguir, no art. 1º., assentar que: “A República Federativa do Brasil... constituiu-se em Estado Democrático de Direito”. Essa denominação

Eduardo Silva Costa é membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia e Assessor Jurídico da Presidência do TRT-5ª Região.

não corresponde, contudo, à latitude do contexto normativo maior; é encolhida, tímida. Melhor fora que se empregasse a expressão correspondente ao caráter definidor da estrutura constitucional, a exemplo do que fez a Constituição espanhola vigente, de outubro de 1978. Ali se proclama, no artigo 1º, que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Em verdade, assim também a nossa Constituição conforma, até agora pelo menos, um Estado Social-Democrático de Direito.

Organizado, desse modo, como Estado Social-Democrático de Direito, o nosso ordenamento normativo dá realce aos planos social e coletivo, haja vista o elenco dos direitos sociais abrangidos no artigo 7º – trinta e quatro incisos. Confrontando-se com a Constituição de 18 de outubro de 1946, porque de configuração igualmente democrática, tem-se que naquela se reservaram apenas dezesseis incisos, no artigo 157, para os direitos sociais. Ressalte-se, ainda, que a Constituição de 46 erigiu esses direitos sociais no Título V, que era compreensivo “Da Ordem Econômica e Social”. Ao contrário, a Constituição de 88 dispôs, pela primeira vez em nossa história constitucional, logo após a enunciação dos “Princípios Fundamentais”, em quatro artigos, constitutivos do Título I, sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, desdobrando-os, no Título II, em três capítulos, o primeiro dos quais dedicado aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; o segundo deles, aos “Direitos Sociais”; e o último aos “Direitos Políticos”.

Evidencia-se disso que há, na nossa Lei Maior, uma preeminência dos direitos. Em todas as Constituições anteriores, cuidava-se em primeiro plano “Da Organização Federal”. Era assim na Constituição de 1891, bem como na Constituição de 1934, do mesmo modo que na de 1946, para só mencionar as Constituições de inspiração e diretriz democráticas. O que nelas se buscava, sobretudo, era a organização dos poderes no Estado Federal, a distribuição de competências de cada um deles, de modo que se precisasse, sem reboços, o seu âmbito de atuação. É que, praticamente informe a sociedade civil, a melhor maneira de preservarem-se os direitos, ou melhor, resguardarem-se esses dos abusos do Poder em geral, era delimitar-se o seu funcionamento e exercício. Com isso, acreditava-se que as liberdades individuais, bem como as liberdades públicas, estavam ao abrigo da prepotência e das exorbitâncias do Poder.

Digressões à parte, o que cumpre realçar é a supremacia, na Constituição de 88, do valor da dignidade da pessoa humana. Essa é a idéia-mestra, o conceito-chave do Estado Democrático de Direito, de que o Estado Social-Democrático de Direito é espécie. O que esse veio a acrescentar àquele foram formas, procedimentos, para tornar executável o regime democrático, que Leibholz distingue como aquele em que o povo tem o domínio de si mesmo. Para a busca de tal realização em uma sociedade de massas, como é a sociedade do mundo hodierno, importa que se positivem legalmente, por meio de normas constitucionais, os direitos que emergem de aspirações e interesses da coletividade.

Mas, no âmago de todas as organizações em que se concentra a coletividade, reside aquela idéia originária da democracia, a sua idéia-força, que é a dignidade da pessoa humana. Essa constitui o valor supremo do regime político que se engendrou e vem-se desenvolvendo, com todos os percalços ocorrentes ao longo da história, em razão do ser humano. Esse valor, introduzido em nível constitucional, por obra do liberalismo político, erigido como dogma do Estado de Direito, teve, a princípio, o sentido de salvaguarda das liberdades necessárias ao florescimento da burguesia. E o que estava subjacente, no sistema burguês, era a propriedade, consubstanciada como direito natural. Positivou-se a liberdade para assegurar o direito de propriedade. Correlativamente, a autonomia da vontade foi consagrada por ser a fonte geradora da liberdade de contratar. De qualquer modo, a primazia da propriedade, de um lado, e a liberdade de contratar, do outro lado, justapunham-se para conformar o ordenamento jurídico sustentador do processo capitalista, pelo qual se consolidou o estrato da burguesia.

Mas, à medida que se impulsionava a riqueza por meio do capital, a força-trabalho começava a impor-se para fazer emergir a figura do trabalhador. Disso adveio a dilatação do conceito, ou melhor, da idéia-mater da dignidade da pessoa humana. Já não se circunscrevia ele ao âmbito do Estado de Direito Liberal, centrado nas categorias contrato e propriedade. É que, com o advento do trabalho como fator decisivo da produção, passou ele ao plano relevante, equivalente ao ocupado, até então, pelo capital. Sem exagero, pode-se afirmar que, pelo menos normativamente, o trabalho assumiu a primazia na consideração da legislação

constitucional, bem assim na legislação ordinária, como conseqüência lógica. A esse respeito, basta salientar a importância crescente que, a partir de certa época, vem assumindo a legislação trabalhista. O trabalho passava a configurar-se como autêntico valor.

Com efeito, a pessoa humana deixou de ter o conceito de ser abstrato, genérico, como convinha, aliás, à filosofia burguesa, ideologia do sistema capitalista. No dizer de Radbruch, enquanto o Direito individualista se orientava em direção ao indivíduo isolado, egoísta, calculista, o Direito social orienta-se em direção ao “ indivíduo socializado e concreto” (*Introdução à Filosofia do Direito*). Essa orientação deu-se no âmbito das relações sociais, em decorrência da emergência do trabalhador, o operário significativo do labor humano, que se foi impondo como elemento precípua na ordem social geral.

Disso haveria de operar-se, por igual, uma transmutação no conceito de dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção jurídica individualista cedia lugar à concepção jurídica de conteúdo social, ou, se se preferir, concepção jurídica de Direito Social. Sem deixar de ter o acento básico na pessoa humana em si, dilatou-se o conceito para acrescer-lhe o dado social, gerador de vínculos conformadores da solidariedade como diretriz de natureza ética. A pessoa humana na sua essência, dotada de atributos naturais, inalienáveis, imprescritíveis, conforme a doutrina individualista, de sentido de permanência, é também extensivamente, por força de uma estrutura que se construiu, o *ser em evolução*, o ser integrado na comunidade, a que está vinculado por inúmeros liames, em suma, o ser coletivo.

2. A contribuição da Constituição de 1988

A Constituição de outubro de 1988, ao estabelecer o Estado de Direito Democrático Social, proveu o ordenamento jurídico de direitos e de formas normativas que as Constituições anteriores não encerravam, pela simples razão de ser diversa a realidade social e política. Para nos atermos à Constituição de 1946, de significado e inspiração democrática, não buscava ela senão ordenar os poderes, de modo que atuassem bem delimitados; enunciar direitos, acentuadamente de caráter liberal, para, por esse meio, fortalecer o regime democrático, que então começava a adquirir consis-

tência normativa. Uma consistência que iria esboroar-se menos de vinte anos depois.

Outra era a realidade de que iria brotar a Constituição atual. Saíamos de um regime ditatorial de caráter burocrático-militar, com toda sorte de mazelas que configuram os regimes ditos de exceção. Tínhamos uma estrutura normativa simulada: uma Constituição ditada por uma tríade militar em 1967, depois refeita em 1969 com a mesma natureza e inspiração, e que se proclamava democrática. De parilha com direitos individuais e sociais, estabeleciam-se poderes excepcionais em favor do Estado, encerrados em atribuições do Executivo, convertido assim no Poder maior da organização política.

Então, erigiu-se o ordenamento jurídico normativo superior que, em todos os planos, contrapôs-se ao regime anterior e que incorporou aspirações, criou a um tempo meios de controle do poder e medidas definidoras de novos direitos individuais como coletivos. Do mesmo modo, ampliaram-se garantias de direitos, conferindo ao Poder Judiciário maior largueza de atuação. Assim também dotou-se o Poder Legislativo de um plexo de atribuições, dilatando-se a competência das comissões parlamentares de inquérito, um autêntico foro representativo da soberania do povo. A velha fórmula, de que se apropriam cinicamente os regimes autoritários, a exemplo do que se assentou aqui de 1964 a 1985, enunciativa de “Todo o poder emana do povo e por ele será exercido” adquiriu, com a nova Constituição, substantividade e efetividade. Se grupos de pressão se formaram, de origem antidemocrática, com fins não-consonantes com a filosofia, que se impusera, de estabelecimento dos direitos fundamentais e formulação de outros direitos de caráter social, era porque saltou-se do regime fechado para o regime aberto, pluralista por excelência. Mas, há de lembrar que a contraposição de forças iria revelar o poder dos sindicatos, associações profissionais de tendência social-democrática, entidades culturais, sem deixar de pôr em relevo a Igreja Católica por meio de suas expressões ideologicamente mais elevadas.

Disso tudo resultou o complexo de normas constitucionais mais adequado às mudanças que a sociedade civil exigia. Com efeito, a Constituição de outubro de 1988, na sua inteireza, tal como se elaborou e foi proclamada, é um documento avançado e que já logrou modificar consideravelmente inúmeras situações da vida

social. É certo que sobre ela pairam arremetidas de uma concepção anti-social, disposta a subtrair inúmeros direitos e garantias criados na Lei Magna. Em seu favor, contam as organizações e grupos representativos de tal concepção com o poder político dominante, seja no Executivo, seja no Legislativo. Um e outro sagrados da vontade de uma minoria adversa aos direitos inseridos na nossa Constituição, tanto os direitos de cidadania em geral – individuais, os sociais e coletivos, sobretudo como – os direitos de soberania do País.

Contudo, assunto tão momentoso não deve ocupar o nosso interesse, dada a sua acentuada feição política. Este espaço deve conter uma simples apreciação das normas positivadas na Constituição, o significado que delas se irradia, a direção para que elas indicam e a importância que representam no processo democrático.

A circunstância de a Constituição enunciar como um dos fundamentos da “República Federativa do Brasil” o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a par de assentar, logo em seguida, como objetivos fundamentais dessa mesma República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), é um indicador preciso da ideologia que permeia a estrutura constitucional. Um e outro dispositivo estão alinhados no Título I, com que se abre a Constituição, sob a epígrafe “Dos princípios fundamentais”. A partir daí, segue-se uma congêrie de preceitos que vão dar concretividade àqueles princípios. Tentar-se-á aqui especificar alguns deles.

Dá-se, na nossa Lei Superior, expressivo lugar às representações sindicais e associativas. Atente-se para a disposição do artigo 5º, XXVIII, integrante do Capítulo I, que exemplifica os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Nele se diz que

“ são assegurados, nos termos da lei:

.....
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

Adiante, molda-se o *mandado de segurança coletivo*, no art. 5º, LXX, para conferir-se o exercício de sua impetração a organizações nos termos seguintes:

“ o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

.....
b) organização sindical, entidade de

classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Na mesma linha de expansividade normativa em prol de entidades sindicais, firmou-se no art. 8º, III, inserido no Capítulo II “Dos Direitos Sociais”, que

“ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Emergiu com esse preceito a figura, tão discutida no Judiciário Trabalhista, da *substituição processual*, objeto de decisões contrastantes, umas afirmadoras da latitude do sentido da norma constitucional e outra negadora de tal latitude. Aqui, basta referir que decisão recente do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Néri da Silveira, consagra a exegese mais condizente com o conjunto, a totalidade da Constituição. Ainda bem que seja esta a diretriz da Corte Suprema brasileira. Em verdade, outra exegese não pode comportar o contexto constitucional. Se se buscou fortalecer o sindicato como meio de defesa do trabalhador, a cuja categoria se atribuem expressamente, no art. 7º, trinta e quatro direitos, seria um contrassenso, algo ilógico mesmo, que se estreitasse a compreensão dos *direitos e interesses coletivos ou individuais* enunciados no dito artigo. Se há direito proclamado, há inelutável a consequência de direito garantido. Principalmente quando os direitos são de hierarquia constitucional, integram a *textura aberta* da Constituição. Nenhuma interpretação que se pretenda razoável, conforme a Lei Maior, pode conduzir a conclusão que contravenha aos princípios superiores dessa Lei.

Assim, quer assegurando o poder de fiscalização aos sindicatos e associações em matéria de seu interesse e dos criadores das obras que a eles pertençam, quer contemplando o direito-dever de defesa dos direitos e interesses amparados pelos sindicatos, o ordenamento constitucional há de ser aplicado com a extensão que comporta a sua filosofia, os seus princípios, os seus valores sociais, o mais relevante dos quais é o do trabalho. Dissemos direito-dever ao mencionar atribuição expressa no texto do art. 8º, III, o que poderá soar como algo extravagante. É que a linguagem legal ínsita na Constituição, no concernente a “associação profissional ou sindical”, é atributiva de um direito, mas sob a forma de dever, ou, se se preferir, de

obrigação. Quando no inciso III se dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, está-se a precisar o dever, ou a obrigação do sindicato em relação a sua categoria, aos seus associados, de promover a defesa dos direitos e interesses da primeira e dos últimos. Deu-se ao sindicato poder mais dilatado, para melhor exercer a proteção dos seus associados, para mais eficazmente reivindicar os direitos da categoria. Porque, só com a intercessão do sindicato, o trabalhador poderá gozar de certos direitos que, exercitáveis individualmente, poderão acarretar transe agudos, como a perda do emprego.

Ainda, no mesmo artigo 8º, erige-se outro direito que passou a ter rigidez constitucional no sentido protetor. Está no inciso VIII:

“é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da Lei.”

Por último, no final do Capítulo II, relevam dois dispositivos inovadores. O primeiro é o do artigo 10, no qual

“É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”

O segundo é o do artigo 11, consoante o qual

“Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.”

As observações acima expostas representam um bosquejo do plano que ganhou relevância na nova estrutura constitucional brasileira e que, embora sede de controvérsia doutrinária e, mais ainda, do dissenso acentuado nos tribunais, é enriquecedor no cotidiano das relações no âmbito trabalhista.

Com isso, conclui-se que agora o influxo poderoso no ordenamento jurídico nacional já não tem a matriz no Direito Privado. As categorias, as formas reguladoras das organi-

zações são de caráter público, assumiram o feição do coletivo. As formas, as fundações do Direito Privado, que tinham, até então, a predominância no tratamento das questões, dos problemas, levados uns e outros ao Judiciário, deixaram de gozar do privilégio, digamos assim, de critérios orientadores, de padrões ou pautas. Até nos domínios do Direito Público tomava-se de empréstimo, dir-se-ia melhor, buscava-se no Direito Civil, nas regras do Código Civil, a fonte de onde extrair os conceitos, os juízos para inserir normativamente os casos.

3. O sentido do coletivo

Em um dos seus livros famosos na literatura jurídica da época, Ripert notara que o Estado, ao buscar motivos para intervir na vida social, criava direitos, uma forma astuciosa para mascarar a intromissão que, aos olhos do notável jurista, afigurava-se como sintoma do ocaso do Direito. Mas o declínio que despontava na concepção de Ripert era apenas do Direito na sua expressão individualista, de que ele era um dos últimos bastiões. O individualismo jurídico começava a bruxulear em razão dos fenômenos emergentes da sociedade de massas. As inúmeras mutações que se esboçavam na legislação, sobretudo com o florescimento do Direito do Trabalho, haveriam de transfigurar todas as categorias do Direito Civil que ornavam os institutos do contrato e da propriedade.

Então passou o coletivo a adquirir relevo no tratamento e na regulação legislativa. As chamadas Convenções ou Contratos Coletivos de Trabalho expandiram-se, assumindo um papel definidor das relações de emprego que envolviam trabalhadores de determinadas categorias econômicas. Limitados, a princípio, a categorias representadas por sindicatos restritos, que abrangiam inúmeras atividades, as convenções coletivas começavam a ser, com a irrupção de novas forças produtivas, instrumento da defesa mais valiosa e segura dessas forças, pouco a pouco também organizadas em sindicatos.

De certo, não só pela pressão que as novéis figuras do trabalho foram exercendo sobre o poder político, como pela assimilação, por este, do fenômeno que surgia, a normatização na Constituição se impôs como inelutável.

Contudo, não ficaria adstrito ao aspecto

econômico, na relação das forças produtivas com os detentores do capital, o aspecto do coletivo. De igual modo, nos planos cultural e político-social ou sócio-político, iria irromper uma série de regulações que visavam a uma mais intensa integração da sociedade com o Estado, para tornar realidades algumas aspirações da sociedade mesma. O direito de associação, proclamado nas Constituições liberais e erigido como garantia da ordem democrática de caráter liberal, era um desdobramento ou uma expansão do direito individual. A sua enunciação se fazia (e até hoje perdura nas Constituições de feição social-democrata) de modo genérico, como um dos primeiros direitos estabelecidos.

Agora, porém, as associações são destinadas específicas de direitos e garantias, dotadas de legitimidade para vindicar, no Judiciário, uns e outros em prol dos seus associados. Já anotamos alguns desses direitos acompanhados de garantias, quais os previstos no art. 5º, XXVIII e XXI, da Constituição. Assim como apontamos a titularidade de representação do partido político e da entidade de classe, organização sindical, ou associação, de impetrar o mandado de segurança “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX, *a e b*). Dever-se-á incluir o mandado de injunção, criado na Constituição (art. 5º, LXXI), dada a latitude de sua finalidade, espécie de medidas que podem ser impetradas igualmente por associação de qualquer natureza. Infere-se isso mesmo do texto:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

“Direitos e liberdades constitucionais” e “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” são expressões maiores do regime democrático, e o exercício e garantia deles interessam tanto ao indivíduo em si, como a toda a coletividade. Daí que as entidades representativas desta são, com maior razão, titulares de interesse para agir judicialmente.

A atenção do ordenamento constitucional ao aspecto coletivo fez ampliar-se o elenco das funções institucionais do Ministério Público, consoante se observa no art. 129, III:

“promover o inquérito civil e a ação civil

pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Registre-se, de outra parte, que, alvo de proteção de direitos, a coletividade situa-se também como vinculada a deveres, de que é exemplo saliente a disposição do art. 225, inserido no Capítulo VI, dedicado ao meio ambiente. Nela se lê:

“Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Disso tudo ressalta a importância de enorme alcance atribuído pela nossa Lei Magna ao coletivo. Bem se compreendeu que muitos direitos de natureza social, e alguns de natureza individual, só poderiam ser assegurados e desenvolvidos, expandidos, por meio das entidades e associações representativas de interesses globais. E, por isso mesmo, a Constituição investiu tais entidades e associações de direitos e deveres de legitimação para atuar nas esferas judicial e administrativa, sempre em defesa de “direitos e interesses coletivos ou individuais”.

Outra não poderia ser a direção a ser assinada na Constituição de 1988. Diferentemente de outrora, as organizações, mormente as grandes organizações, constituem-se burocraticamente. Todo um corpo de regras, atos, aglutinam-se em inúmeras delas, com previsão de conteúdo normativo de largo espectro. O poder, naturalmente avantajado, das organizações econômicas reproduz-se no nível normativo, com o objetivo de tornar-se ainda mais fortalecido. Uma teia de deveres se forma e conforma em regulamentos, estatutos, manuais de pessoal, planos, regimentos, etc., dando uma consistência vigorosa ao poder de ditar e disciplinar comportamentos nos grupos e indivíduos inseridos na tessitura da organização.

Então, ao Estado de Direito Democrático-Social cumpre o dever de não só autodisciplinar-se, com observância da lei, mas igualmente de disciplinar, para conter esse outro Estado que se agiganta paralelamente a ele, que é o das organizações maiores, todas elas identificadas em propósitos que, quase sempre, desgarram da filosofia e da diretriz daquele Estado. Quando tinha o caráter liberal, adverte

Forsthoff, a Constituição circunscrevia-se aos preceitos de mandar, proibir e permitir; depois, com o Estado de Direito Democrático-Social, assumido por este o encargo e as atribuições de prestar serviços, a expressão normativa correspondente há de ser a um tempo criadora e reguladora. Os novos direitos, próprios desse Estado, reclamam uma atividade estatal protetora para fazer efetivas as conquistas alcançadas. Nisso aí é a Administração Pública que

assume papel decisivo. De outra parte, com a assunção pelas grandes organizações prestadoras de serviços, ao Estado reserva-se o papel regulador dessas, disciplinando-as de maneira que não ocorra a contrafação do único ordenamento jurídico democrático apto a prover os cidadãos, individualmente considerados, e as entidades, associações, que se constituem em razão deles, de direitos imprescindíveis ao direito maior – o de viver com a dignidade de sua inteireza.

A Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul

Bases jurídicas e seu papel no processo de integração do Cone Sul

MARIA CLAUDIA DRUMMOND

SUMÁRIO

1. Bases jurídicas da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. 2. A Assembléia Parlamentar Européia e a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul: um paralelo. 3. A Comissão Parlamentar Conjunta e seu papel no contexto do processo de integração regional. 4. Conclusões.

A experiência adquirida nestes anos de contínua atuação junto à Comissão Parlamentar Conjunta propiciou-me algumas reflexões que ensejaram este exercício de visualização de possíveis desdobramentos quanto ao papel a ser por ela desempenhado nas próximas etapas da construção do Mercosul.¹

Iniciarei discorrendo sobre os instrumentos internacionais que fornecem a base jurídica necessária à existência e atuação de uma “Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul”. Em seguida, traçarei um breve paralelo entre os principais marcos históricos que levaram à criação do Parlamento Europeu e as tendências atuais do processo de integração do Cone Sul – Mercosul – quanto à sua dimensão parlamentar. Finalmente, examinarei o papel a ser desempenhado pela Comissão Parlamentar Conjunta no contexto da presente etapa que atravessa o processo de integração no Cone Sul, e seus desdobramentos. Estarei abordando essa temá-

Maria Claudia Drummond é Mestre em Relações Internacionais, Consultora Legislativa do Senado Federal para Relações Exteriores e Mercosul e Assessora Técnica da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul – Seção Brasileira.

Texto baseado na conferência apresentada no seminário *La Dimensión Parlamentaria del Mercosur*, do Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELA) e Fundação Konrad Adenauer, realizado em Buenos Aires, 29-30 de outubro de 1996.

¹ Ver DRUMMOND, Maria Cláudia. O Mercosul Político : a Comissão Parlamentar Conjunta. *Boletim de Integração Latino-Americana*. Brasília, Número Especial, p. 22-27, mar./1993; e DRUMMOND, Considerações acerca da dimensão parlamentar das experiências de integração latino-americanas. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília, n. 93, p. 97-106, jul./dez. 1994.

tica de um ponto de vista meramente técnico e estritamente apolítico. Assim sendo, as idéias que aqui pretendo expressar não refletem necessariamente posições oficiais da Seção Brasileira da Comissão Parlamentar Conjunta.

1. Bases jurídicas da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul

Não obstante o tão prolapado “sonho bolivariano” estar voltado para a idéia de uma pátria única latino-americana, são os esquemas de integração sub-regional, como o Pacto Andino, o Mercado Comum Centro-Americano e, mais recentemente, o Tratado de Assunção, os que vêm, até hoje, prevalecendo como modelo de formação de blocos econômicos entre os países da América Latina. Tradicionalmente, a instância parlamentar tem estado presente nos processos integracionistas, porém criada por um instrumento posterior ao tratado constitutivo do bloco, firmado em decorrência de pressões políticas internas.

O processo de integração iniciado no Cone Sul entre Brasil e Argentina, dando origem ao Tratado de Assunção, apresenta, nesse aspecto, uma especificidade ao incluir a participação parlamentar no próprio texto dos seus tratados constitutivos.

Com efeito, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento firmado entre Argentina e Brasil em 1988 já criava, em seu artigo 8º, uma Comissão Parlamentar Bilateral, composta por oito senadores e oito deputados por país, cuja atribuição seria a de examinar previamente os tratados e acordos resultantes do processo de integração.²

Decorridos três anos, era assinado o Tratado de Assunção, para a constituição de um “mercado comum do sul” até 31 de dezembro de 1994. Como se sabe, agregavam-se agora ao processo integracionista o Uruguai e o Paraguai. O tratado prevê, em seu artigo 24, o estabelecimento de uma Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul “com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum”, mas silencia quanto às funções e competências da Comissão, e quanto ao número de seus membros. À luz desse dispositivo, entende-se

que os negociadores do Tratado de Assunção, ao criarem esse “braço parlamentar” da integração, pretenderam assegurar-se da participação parlamentar com vistas à convalidação congressual dos instrumentos negociados para a implementação do projeto. O artigo 24 prossegue estipulando que

“Os Poderes Executivos dos Estados-Partes manterão seus respectivos Poderes Legislativos informados sobre a evolução do Mercado Comum objeto do presente Tratado.”³

Tal dispositivo cria, na prática, uma obrigação para os órgãos negociadores do Mercado Comum, qual seja, a de levar as informações concernentes ao andamento do processo de construção do Mercosul aos respectivos Parlamentos nacionais. A presunção aqui é de que tais informações serão levadas aos Parlamentos via Comissão Parlamentar Conjunta. Essa é também a interpretação do Professor Werter Faria, Diretor da Associação Brasileira de Estudos da Integração. O professor opina que os órgãos do Mercosul: Grupo Mercado Comum e Conselho do Mercado Comum poderiam também solicitar o parecer da Comissão sempre que o considerassem valioso para a tomada de decisões sobre a constituição definitiva do mercado comum.⁴

O artigo 24 do Tratado de Assunção ensejou, ainda no ano de 1991, três “Reuniões de Parlamentares do Mercosul”. A primeira, realizada em Assunção, em 7 e 8 de maio, adotou documento final que fazia referência ao papel a ser desempenhado pelos Parlamentos do Mercosul na harmonização das legislações nacionais. A segunda, em Buenos Aires, em 19, 20 e 21 de setembro, criou a Comissão Parlamentar Conjunta, e a terceira, realizada em Montevidéu, em 6 e 7 de dezembro, aprovou o seu Regimento Interno. Inspirado no artigo 8º do anterior Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento assinado entre Brasil e Argentina, o regimento prevê que a Comissão será integrada por até 16 parlamentares por país, levando em conta, dessa maneira, a assimetria existente entre os Parlamentos dos Estados-membros do Mercosul. O artigo III, inciso e, confere à Comissão o poder de enca-

² Ver, para os documentos internacionais constitutivos do processo de integração no Cone Sul, ALMEIDA, Paulo Roberto. Mercosul : legislação e textos básicos. Brasília : Senado Federal, Centro Gráfico, 1992.

³ Ibidem. p. 12.

⁴ FARIA, Werter R. *Órgãos de integração e instituições parlamentares internacionais*. Brasília : Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1994. p. 86.

minhar Recomendações aos órgãos institucionais do Mercosul sobre a condução do processo de integração.

O Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção, surgiu em cumprimento ao artigo 18 deste último. Segundo o artigo 18, os Estados-Partes convocariam uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercosul, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões. Por ocasião das negociações que levaram à sua assinatura em 17 de dezembro de 1994, os Governos dos Estados-Membros decidiram incluir a Comissão Parlamentar Conjunta na estrutura institucional do Mercosul. Tal fato constitui importante marco na história jurídica da Comissão. O artigo 25 determina as suas funções de acordo com a concepção do Tratado de Assunção. Assim sendo, dispõe que a Comissão procurará acelerar os procedimentos internos correspondentes nos Estados-Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas do Mercosul, coadjuvando também na harmonização de legislações, conforme se fizer necessário pelo avanço do processo de integração. Já o artigo 26 confirmou o artigo III, inciso e, do Regimento Interno ao dispor que a Comissão encaminhará, por intermédio do Grupo Mercado Comum, Recomendações ao Conselho do Mercado Comum. Este último dispositivo suscitou dificuldades quanto à aprovação do Protocolo de Ouro Preto no Parlamento brasileiro, tendo inspirado, ainda, Recomendação da Comissão Parlamentar Conjunta ao Conselho, relativa à necessidade de sua modificação.⁵ Ao determinar a intervenção do Grupo Mercado Comum nos procedimentos de encaminhamento de Recomendações ao Conselho do Mercado Comum, os negociadores do Protocolo do Ouro Preto deixaram a impressão de estarem violando o princípio constitucional da independência dos Poderes e de estarem submetendo decisões do Legislativo à discricionariedade do Poder Executivo.⁶ Posteriormente, o Conselho do Mercado Comum, por ocasião de sua IX Reunião, interpretou tal dispositivo ao reiterar seu entendimento de que ao Grupo Mercado Comum compete apenas dar curso às Recomen-

dações da Comissão Parlamentar Conjunta, cabendo ao Conselho o exame do mérito das mesmas.⁷

A inserção da Comissão Parlamentar Conjunta na estrutura institucional do Mercosul, propiciada pelo Protocolo de Ouro Preto, ensejou o início de um diálogo e de uma aproximação entre os Poderes Executivo e Legislativo, possivelmente, até então inéditos no contexto das relações exteriores dos países da região⁸. Com efeito, a partir daí a Comissão alcança um novo patamar institucional, figurando como órgão do Mercosul nos documentos oficiais do Conselho do Mercado Comum. Assim sendo, a ata da IX Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Punta del Este, no período de 6 e 7 de dezembro de 1995⁹, registra que, naquela oportunidade, o Conselho tomou conhecimento do Regimento Interno da Comissão Parlamentar Conjunta e das Recomendações emanadas de sua V Reunião Ordinária, que se realizara em Assunção em 2 a 5 de agosto de 1995. Na prática, entretanto, ao Conselho é facultado tomar ou não conhecimento das Recomendações da Comissão, não existindo qualquer dispositivo jurídico que o obrigue a manifestar-se sobre elas.¹⁰ Por outro lado, poderá o Conselho, à luz do artigo 25 do Protocolo de Ouro Preto, solicitar à Comissão o exame de temas que julgar prioritários.

Porém, o papel da Comissão não se esgota no mero acompanhamento da implementação dos instrumentos estabelecidos pelo Tratado de Assunção. A ela cabe também, na qualidade de instância parlamentar da integração, zelar por seus aspectos éticos, enunciando princípios e pautas de conteúdo político a serem observados no decorrer do processo. A plena vigência das liberdades democráticas e o respeito aos direitos

⁷ Ver BOLETIM DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA. Brasília : MRE, maio/dez. 1995. p. 17.

⁸ Essa aproximação iniciou-se, de forma institucional, com a participação de representantes da Comissão Parlamentar Conjunta na delegação brasileira negociadora do Protocolo de Ouro Preto, a convite do Itamaraty.

⁹ Ibidem.

¹⁰ O Professor Werter Faria crítica, com muita propriedade, a forma errática com que eram emitidas as decisões da Comissão, que não obedeciam aos mais elementares preceitos de técnica legislativa, dificultando possivelmente a sua análise pelo Conselho do Mercado Comum. (*op. cit.* p. 85-89)

⁵ MERCOSUL/CPC/REC. nº 001/95

⁶ Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

humanos nos países membros do Mercosul têm constituído uma preocupação constante da Comissão desde os seus primórdios. Exemplo disso foi a adoção, em sua I Reunião Ordinária, realizada em Córdoba, República Argentina, de Recomendação pela qual propunha ao Conselho do Mercado Comum a assinatura de um Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção, o qual subordinaria a condição de membro do Mercosul à plena vigência da ordem democrática e das liberdades fundamentais nos respectivos países.¹¹

A especificidade de que se reveste o esquema de integração do Cone Sul no que tange à sua dimensão parlamentar expressa-se portanto na inserção, em seus próprios instrumentos constitutivos, de dispositivo prevendo a criação de um órgão representativo dos Parlamentos dos Estados-Partes.

Entendo ser essa decisão uma decorrência direta da “onda de redemocratização” que varreu o subcontinente ao início dos anos oitenta. Essa “guinada democrática” possibilitou a aproximação entre a Argentina e o Brasil, em um primeiro momento, aos quais juntaram-se mais tarde o Uruguai e o Paraguai. A volta ao regime democrático privilegiava uma abordagem mais pragmática das relações entre os quatro países, desarmando os espíritos quanto a possíveis pretensões hegemônicas na região e enterrando definitivamente certas teorias geopolíticas tão em voga na década de setenta. Portanto, a presença de uma dimensão parlamentar nos acordos de integração tornou-se não apenas possível, como também necessária, dado o conseqüente fortalecimento do papel institucional constitucionalmente atribuído aos respectivos Parlamentos nacionais.

Dessa forma, a integração apresenta-se como fator de consolidação do regime democrático nos Estados-Partes. A participação da cidadania nos processos de integração é, indubitavelmente, não apenas um fator de legitimidade, como também uma condição indispensável para que o processo alcance pleno êxito.

¹¹ Ver também a Recomendação nº 004/93, adotada por ocasião de sua II Reunião Ordinária, realizada em Brasília, a qual exorta os governos dos Estados-Partes do Mercosul a adotar como princípio fundamental em suas relações com terceiros Estados o apoio exclusivo aos governos legitimados pela vontade popular. (*Boletim de Integração Latino-Americana*, op. cit., p. 87, abr./jun. 1993).

2. A Assembléia Parlamentar Européia e a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul: um paralelo

Assim como o Tratado de Assunção, os primeiros tratados europeus de integração também faziam referência a uma “Assembléia Comum”, formada por representantes dos Parlamentos dos Estados-Membros.¹² A primeira “Assembléia Comum”, prevista no Tratado de Paris que estabeleceu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço¹³, preocupou-se imediatamente em criar um comitê que estudasse uma fórmula mediante a qual a Assembléia pudesse operar e interagir com a Comissão Européia (denominada, naquela época, “Alta Autoridade”). Criou, em seguida, seis comissões especializadas, encarregadas de acompanhar as atividades da Comissão Européia. O termo “Assembléia Parlamentar” passou a ser usado pela Corte Européia para designar a Assembléia Comum a partir de 1959, embora os seus poderes, consultivos e de supervisão, permanecessem bastante limitados.¹⁴

Algumas características presentes nessa primeira fase da atuação da Assembléia Parlamentar merecem reflexão por parte de todos aqueles que se vêm debruçando sobre o estudo dos próximos passos a serem dados pela Comissão Parlamentar Conjunta na direção de sua institucionalização como o Parlamento do Mercosul.

À semelhança do artigo 27 do Protocolo de Ouro Preto no contexto do Mercosul, os tratados europeus conferiram à Assembléia Parlamentar, criada primeiramente à luz do Tratado de Paris

¹² Para um interessante relato histórico acerca da evolução do Parlamento Europeu desde os seus primórdios, ver WESTLAKE, Martin. *A Modern Guide to the European Parliament*. London: Pinter, 1994.

¹³ Tal disposição corresponde ao artigo 20 e seguintes do Tratado que institui a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) assinado em Paris em 18 de abril de 1951; ao artigo 107 e seguintes do Tratado que institui a Comunidade Européia da Energia Atômica (EURATOM) firmado em Roma, em 25 de março de 1957; e ao artigo 137 e seguintes do Tratado que institui a Comunidade Européia, assinado em Roma na mesma data. Ver *UNIÃO EUROPEIA: Compilação dos Tratados*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1995. v. 1-2.

¹⁴ Ver TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Brasília: Escopo, 1990. p. 204.

de 1951 e confirmada posteriormente pelos dois de Roma (1957), o poder de adotar o seu Regimento Interno. Uma das primeiras decisões tomadas por seus membros foi, ainda em 1953, a de reagruparem-se de acordo com a filiação partidária, e não por nacionalidade. Essa providência dotou a Assembléia de uma visão verdadeiramente *communautaire*, permitindo-lhe estabelecer mecanismos de aproximação e troca de informações com a Comissão, o órgão da integração dotado de supranacionalidade. O voto era individual e não por delegação. Tais características conferiram à Assembléia a necessária legitimidade para militar em favor do aprofundamento da integração na Europa e para aspirar a tornar-se o órgão de representação do conjunto dos povos da região.

A inclusão, no Tratado constitutivo da Comunidade Européia do Carvão e do Aço, de disposição (artigo 21.3) que previa a possibilidade da realização de eleições por sufrágio universal para a Assembléia constituiu outro importante avanço. Ainda que duramente criticado e desacreditado à época de sua adoção, esse dispositivo representa, na opinião de comentaristas¹⁵, importante avanço conceitual no que concerne ao papel parlamentar no contexto da integração européia.

Assim como a Comissão Parlamentar Conjunta, a Assembléia Parlamentar Européia não era dotada de poder legiferante. Tinha entretanto o direito de aprovar moção de censura à Comissão, era consultada com relação a alguns aspectos do orçamento da Comunidade e tinha, ainda, poderes consultivos *ratione materiae*. Tais poderes eram, na prática, muito restritos, uma vez que ao Conselho não competia qualquer obrigação de levar em conta os pareceres da Assembléia. O Ato Único Europeu, de 1986, formalizaria o título Parlamento, que já vinha sendo utilizado de maneira informal para designar a Assembléia Parlamentar por franceses e italianos, e já constava dos documentos oficiais em holandês e alemão.¹⁶ Esse acordo internacional, e mais tarde o Tratado de Maastricht (1992), estenderiam significativamente as competências do Parlamento, outorgando-lhe o direito de aprovar

¹⁵ Ver WESTLAKE, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ Para um breve e conciso histórico das instituições européias, ver BAINBRIDGE, Timothy, TEASDALE, Anthony. *The Penguin Companion to European Union*. London : Penguin Group, 1995.

tratados, de rejeitar legislação mediante o procedimento de co-decisão e de aprovar a composição da Comissão Européia, indicando-lhe ademais o presidente.

3. A Comissão Parlamentar Conjunta e seu papel no contexto do processo de integração regional

O primeiro desafio com que se defronta a Comissão Parlamentar Conjunta, no período pós-Ouro Preto, é o de colocar em prática, de forma efetiva, os poderes a ela confiados pelo Protocolo. Para tanto, sua articulação com o Conselho do Mercado Comum, órgão de condução política da integração, necessita ser aperfeiçoada, de modo que se possa dar um ágil encaminhamento às Recomendações que dela emanam. Entendemos necessário também, para o pleno acompanhamento parlamentar do processo de integração, o estabelecimento de um mecanismo de aproximação entre a Comissão e o Grupo Mercado Comum, na forma de um relatório circunstanciado a ser apresentado periodicamente por este último à Comissão, em cumprimento ao artigo 24 do Tratado de Assunção.

O outro grande desafio que se nos apresenta, ao tentarmos traçar um paralelo entre as experiências parlamentares ao longo dos processos de integração na Europa e no Cone Sul, reside na necessidade de mudanças paradigmáticas. A integração européia já nasceu dotada de pelo menos um órgão, a Comissão Européia, com características de supranacionalidade. À Comissão Parlamentar Conjunta caberia transpor os limites impostos por uma percepção intergovernamental do processo de integração, para alcançar patamar mais próximo à supranacionalidade.

Para tanto, o primeiro passo seria, a exemplo da Assembléia Parlamentar Européia, proceder-se, no âmbito da Comissão Parlamentar Conjunta, ao reagrupamento de seus membros por afinidades partidárias, ou por convergência ideológica, outorgando-lhes o direito de voto individual, e não por delegação. Esse mecanismo conferiria à Comissão uma nova legitimidade, emanada da sua condição de representante da comunidade dos povos do Mercosul.

Por outro lado, ele permitiria criar nos legisladores uma consciência integracionista, à medida que os interesses dos setores representados fossem percebidos em sua dimensão

comunitária, ou seja, além das fronteiras nacionais.

Assim como os avanços institucionais da União Européia deram-se no contexto das estruturas delineadas em seus documentos constitutivos, também o Mercosul vem sinalizando nessa direção. Dessa forma, o Protocolo de Ouro Preto representa um aperfeiçoamento e detalhamento das instituições já presentes no Tratado de Assunção e de suas funções. O mesmo Protocolo (artigo 47) prevê a sua revisão, mediante a convocação de uma conferência diplomática pelos Estados-Partes, quando estes julgarem oportuno. Esse dispositivo proporciona a base jurídica sobre a qual poderá assentar-se a futura transformação da Comissão Parlamentar Conjunta no Parlamento do Mercosul, o que somente poderá ser feito, como se sabe, mediante tratado internacional.

Por outro lado, cabe à Comissão Parlamentar Conjunta, na condição de embrião de um Parlamento do Mercosul, tomar as iniciativas necessárias ao seu próprio aperfeiçoamento. Cabe-lhe, por exemplo, buscar processos de concertação com o Conselho do Mercado Comum no intuito de fortalecer o diálogo político entre aquele órgão e a Comissão. Esse diálogo poderia produzir declarações conjuntas acerca de pautas políticas¹⁷ e acerca de determinadas iniciativas que, por sua sensibilidade, viessem a requerer a legitimação parlamentar, ainda que em um segundo momento tais atos se tornassem objeto da convalidação congressual nos respectivos Estados-Partes. Cabe-lhe ainda iniciar os necessários estudos técnicos acerca de mecanismos que lhe possibilitem alcançar um novo patamar de autoridade e legitimidade no seio do processo de integração.

4. Conclusões

Por estar inserida nos tratados internacionais constitutivos do Mercosul como órgão de acompanhamento parlamentar da integração, a Comissão Parlamentar Conjunta desfruta de posição invejável em relação a outros Parlamentos regionais. O Protocolo de Ouro Preto, ao incluí-la na estrutura institucional do Mercosul, outorga-lhe o direito de aprovar o

¹⁷ Ver a Declaração comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão relativa aos direitos fundamentais, de 5 de abril de 1977. In : UNIÃO EUROPÉIA. *Compilação dos Tratados*. p. 877.

seu Regimento Interno, o qual, diferentemente do estipulado para o Foro Consultivo Econômico-Social, prescinde da aprovação do Grupo Mercado Comum. Tal dispositivo revela a intenção dos negociadores de outorgar à Comissão a independência a que faz jus em virtude de sua origem parlamentar. Cabe-lhe, no período pós-Ouro Preto de consolidação das instituições do Mercosul, conquistar espaços nos processos decisórios da integração, mediante, em primeiro lugar, o correto desempenho das atribuições a ela conferidas pelo Protocolo; e, em segundo lugar, pelo estreito acompanhamento das negociações governamentais por intermédio de suas subcomissões. Para tal, deverá aparelhar-se, buscando, antes de mais nada, a sua institucionalização no âmbito interno, no seio dos Parlamentos nacionais, dado que o processo de integração do Cone Sul constitui uma iniciativa de natureza intergovernamental, não sendo dotado, até o momento, de órgãos supranacionais.¹⁸

Por outro lado, cumpre-lhe dar prosseguimento a uma eficaz relação de diálogo e cooperação com o Parlamento Europeu, já iniciada no marco do Acordo-Quadro firmado entre o Mercosul e a União Européia¹⁹. Esses constituem os dois únicos blocos econômicos existentes que se revestem das características próprias às uniões aduaneiras.²⁰

Ao Mercosul cabe vislumbrar os seus próprios caminhos e soluções. Esses serão certamente diversos da trajetória percorrida pela integração na Europa, propiciada pela lógica emanada de um momento histórico peculiar²¹. Mesmo assim, o Mercosul deverá buscar exemplo e inspiração nas instituições comunitárias européias ao traçar os rumos de sua consolidação e do aprofundamento do processo integracionista.

¹⁸ No caso da Seção Brasileira da Comissão Parlamentar Conjunta, o Congresso Nacional aprovou em 20/11/96 a Resolução nº 1, de 1996, que institui uma "Representação Brasileira na Comissão Parlamentar do Mercosul" e cria-lhe uma secretaria de apoio. A referida Resolução confere à Representação a função, entre outras, de emitir relatório sobre todas as matérias de interesse do Mercosul que venham a tramitar no Congresso Nacional.

¹⁹ Em Madri, em 15 de dezembro de 1995.

²⁰ O Mercosul ainda é uma "união aduaneira imperfeita", por manter uma extensa lista de produtos em exceção à tarifa externa comum.

²¹ Ver GONÇALVES, José Botafogo. O Mercosul virtual. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 14,15,16 nov. 1996.

A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União

JOSÉ DE RIBAMAR BARREIROS SOARES

SUMÁRIO

1. Considerações gerais. 2. Função de auxílio ao Legislativo. 3. Competências constitucionais do Tribunal de Contas da União. 4. A equiparação dos Ministros do TCU aos membros da magistratura. 5. Conclusão.

1. Considerações gerais

A autonomia dos órgãos de controle externo é questão amplamente discutida na doutrina, não só no direito pátrio, como também no direito comparado.

Esse tema foi objeto, inclusive, de profunda análise em vários congressos da Organização Internacional das Instituições Superiores de Controle das Finanças Públicas – INTOSAI, cuja orientação é no sentido da existência de um órgão de controle com independência firmada em nível constitucional.

Esta tem-se revelado ser a tendência nos diversos sistemas jurídicos, o que nos leva a indagar acerca da natureza jurídica desses órgãos.

No direito brasileiro, a Constituição federal dispõe, no art. 71, que

“o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete...”

Pretendem alguns fazer ilação diante desse dispositivo, no sentido de considerar o TCU como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Todavia, tal pensamento não resiste a uma exegese mais apurada do texto. Senão vejamos.

José de Ribamar Barreiros Soares é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados, Professor de Direito da Universidade de Brasília, Mestre em Direito Público e Advogado.

2. Função de auxílio ao Legislativo

Em momento algum utiliza-se a Constituição da expressão “órgão auxiliar”. Se o legislador pretendesse dar essa função à entidade em exame, teria sido mais explícito, quer valendo-se da terminologia acima mencionada, quer contemplando o TCU no Capítulo I, Seção I, que trata da composição do Congresso Nacional.

Essa foi a sistemática adotada pelo constituinte ao tratar do Poder Executivo. No art. 76, afirma-se que “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, *auxiliado* pelos Ministros de Estado”. Aqui vê-se claramente que os Ministérios são órgãos integrantes da estrutura do Poder Executivo, com a atribuição de auxiliar o Presidente da República.

Todavia, no que concerne ao Poder Legislativo, diz a Carta Magna que este “é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. Não se acresceu a expressão “auxiliado pelo Tribunal de Contas da União”. Difícil, portanto, sustentar essa tese.

A Constituição italiana, por exemplo, no seu Título III, Seção III, trata dos órgãos auxiliares do Governo, dentre os quais se encontra o Tribunal de Contas (*Corte dei Conti*), a quem compete o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo e também aquele sucessivo sobre a gestão do orçamento do Estado.

Além disso, participa, na forma da lei, do controle sobre a gestão financeira das entidades para as quais o Estado contribui, em via ordinária, e relata diretamente às Câmaras o resultado do controle realizado.

Entretanto, mesmo considerando a Corte de Contas como órgão auxiliar, a Constituição italiana, ainda no art. 100, assegura a independência dessa instituição e dos seus integrantes perante o Governo.

Acerca dessa discussão, assim se pronuncia Odete Medauar:

“Resta verificar se a Corte de Contas insere-se no âmbito do Poder Legislativo. Parece-nos que a expressão ‘com o auxílio do Tribunal de Contas’, contida no art. 71 da Constituição federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo subordinado hierarquicamente a tal Poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção

do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição federal em artigo algum utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização... Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes.”¹

Voltemos, pois, à palavra “auxílio”. Ao dizer que o Congresso Nacional exerce o controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas, a Constituição estabelece, entre essas duas instituições, um sistema de integração na realização de uma tarefa pública. A palavra “auxílio”, neste caso, tem um sentido apenas de apoio, ajuda, assistência, sem indicar qualquer subordinação.

Essa realidade pode, inclusive, ser verificada em outras passagens do Texto Constitucional, como é a hipótese do art. 74, IV, onde se prevê a existência de um sistema de controle interno, mantido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com a finalidade, entre outras, de “apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”.

Trata-se, sem dúvida alguma, de uma forma de auxílio ao controle externo, efetivado pelo sistema de controle interno mantido pelos três Poderes da União. Começamos, então, a perceber que prestar auxílio, apoio, não significa, de modo algum, reconhecer uma forma de subordinação.

3. Competências constitucionais do Tribunal de Contas da União

Por outro lado, uma análise das competências atribuídas ao Tribunal de Contas da União servirá para afastar de vez qualquer dúvida acerca de sua verdadeira natureza jurídica.

¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 140-141.

De acordo com o art. 71, II, da Constituição, compete ao TCU

“julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração pública direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Em relação às contas dos administradores de autarquias, empresas públicas, fundações, ministérios e outros órgãos da administração pública direta ou indireta, os Tribunais de Contas ou Controladorias podem realizar fiscalização consistente em julgamentos, relatórios ou pareceres. No nosso ordenamento, o TCU julga essas contas.

A atividade de julgamento aqui prevista é incompatível com a função de mero órgão auxiliar. Até porque o Tribunal de Contas não está prestando auxílio, mas exercendo uma atribuição de julgador, de forma autônoma, em que sua decisão não é submetida ao Congresso Nacional para confirmá-la ou rejeitá-la. Tal independência seria inviável se se tratasse de órgão auxiliar. Se assim fosse, este emitiria parecer para posterior apreciação pelo órgão titular. Ainda, poderia ocorrer a submissão de sua decisão ao órgão hierarquicamente superior, que a confirmaria ou rejeitaria.

Realiza também o Tribunal de Contas inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que poderá ocorrer mediante provocação da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, ou por iniciativa própria. Se admitíssemos a qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo ao TCU, como poderíamos explicar que este tivesse autonomia para, de ofício, determinar a realização de inspeções e auditorias em qualquer dos Poderes da República? Mais uma vez, vai-se definindo sua posição de independência mesmo em relação ao Congresso Nacional.

Outra circunstância que nos demonstra o caráter autônomo desse órgão é a possibilidade de

“aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade

de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”(art. 71, VIII, da CF).

Além disso, pode também

“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”(inciso IX),

e

“sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”(inciso X).

Tais atribuições são próprias de um órgão autônomo, independente, que não se subordina a nenhum dos Poderes constitucionalmente constituídos.

Nesse sentido, ao dispor sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, no seu art. 1º, estabelece que:

“Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei...”

Refere-se, pois, a Lei Orgânica a *órgão de controle externo*, e não a *órgão auxiliar de controle externo*.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15/93, também se refere àquele ente como *órgão de controle externo*.

Consagra-se, mais uma vez, a natureza de ente administrativo autônomo ao Tribunal de Contas da União.

4. A equiparação dos Ministros do TCU aos membros da magistratura

Por fim, registre-se que

“os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça”(art. 73, §3º, da CF).

Seria insustentável a tese de um órgão auxiliar do Poder Legislativo com as atribuições de aplicar sanções e impor determinações a outras autoridades, e até mesmo em relação ao Poder ao qual estivesse subordinado, fazendo-o de ofício.

Mais ainda inexplicável seria o fato de que os membros desse órgão auxiliar gozam de garantias e prerrogativas dos Ministros do STJ, entre elas a da vitaliciedade, quando nem mesmo os parlamentares são contemplados com esses direitos. Os membros do órgão auxiliar estariam em situação mais estável do que os do ente titular. Difícil de se conceber que os membros de um órgão hierarquicamente inferior gozassem de maior estabilidade do que seus superiores hierárquicos.

5. Conclusão

Toda essa análise nos conduz a uma conclusão lógica: o Tribunal de Contas da União é um órgão administrativo autônomo, que não pertence à estrutura de nenhum dos Poderes da República, nem está subordinado a qualquer um deles.

O controle e fiscalização dos atos da administração pública requerem a existência de um órgão independente, autônomo em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como corolário de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, assim se expressa o mestre Antônio Roque Citadini:

“Pode-se verificar que, na atualidade, a independência de competências é a regra nos órgãos de controle de qualquer dos dois sistemas, Tribunais ou Controladorias. Em todos os países, o exercício

da função de fiscalização encontra-se estabelecido em leis, sendo em boa parte na própria Constituição, que dispõe de forma precisa sobre a competência dos órgãos de fiscalização, desvinculando-os de qualquer Poder ou órgão na tarefa de controle, limitado apenas pelo ordenamento jurídico.

A autonomia administrativa constitui-se pré-requisito para o funcionamento adequado dos órgãos de controle e, sem esse componente, os Tribunais ou Controladorias tornam-se meros departamentos submetidos ao interesse do Governo e, portanto, incapazes de fiscalizá-lo”.²

Como entidade administrativa independente, exerce o seu mister constitucional de órgão fiscalizador da legalidade e do mérito dos atos de todos aqueles que lidam com recursos públicos. Cabendo também ao Congresso Nacional a tarefa de exercer o controle externo, esses entes acabam por atuar de forma integrada, embora resguardada a independência de cada um, daí a assertiva constitucional no sentido de que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”, vale dizer: o controle externo, pelo Congresso Nacional, será exercido de forma integrada com a fiscalização contábil, financeira e orçamentária atribuída ao Tribunal de Contas da União.

² CITADINI, Antônio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*. São Paulo : Editora Max Limonad Ltda., 1995. p.71-72.

Algumas questões acerca das noções de ordem pública e ordem justa: a tradição liberal e a crítica marxista

MARCELO ROCHA SABÓIA

SUMÁRIO

1. Introdução – Constituição Federal de 1988. 2. A Grécia Antiga. 2.1. Sócrates. 2.2. Platão. 2.3. Aristóteles. 3. Da Florença do séc. XVI à Paris da Comuna de 1848. 3.1. N. Maquiavel. 3.2. Hobbes. 3.3. Locke. 3.4. Rousseau. 3.5. Kant. 4. Um espectro ronda o liberalismo. 5. Conclusões.

1. Introdução – Constituição Federal de 1988

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária”(…)

É nesses termos, e somada a outros valores básicos e princípios fundamentais, que a Carta Magna brasileira traça as diretrizes a serem perseguidas pela Nação. Assim, fica assentado que a ordem pública a ser perseguida pelo Estado brasileiro tem na liberdade, na justiça e na solidariedade seus pilares. Mediante esse dado, e tendo em vista o debate acerca das noções de “ordem pública” e “ordem justa”, o presente trabalho propõe uma reflexão sobre o tema da “ordem justa” enquanto objetivo ideal permanente da “ordem pública” e questão central na filosofia política e na teoria da justiça. Dando ligeira pincelada na contribuição dos filósofos gregos, passando pela contribuição do chamado pensamento liberal e chegando à crítica marxista, o que se procurará é extrair a síntese das contribuições ao tema, a que se seguirá uma conclusão que tentará chegar ao denominador comum, se existente esse, entre as diversas concepções.

Marcelo Rocha Sabóia é pós-graduado em Direito pela UERJ, assessor legislativo da Câmara dos Deputados e colaborador de Alcoforado Advogados Associados S/C.

2. A Grécia Antiga

2.1. Sócrates

O ideal da ordem justa como ideal a ser assegurado pela ordem pública estatal não é privilégio do direito constitucional contemporâneo nem mesmo da teoria do Estado liberal-democrática. Desde os gregos, existe a preocupação com o tema. A democracia ateniense, aparecida como a mais elevada possibilidade de realização do homem enquanto cidadão, berço da democracia direta, da cidadania e do sistema representativo, procurou delinear, o que atesta a obra dos grandes filósofos gregos, o que seria a ordem pública ideal, destinada a assegurar a maior justiça do ordenamento social.

Desde as indagações de Sócrates, passando pela célebre “pirâmide social” de Platão, até chegar à noção de felicidade como objetivo da política em Aristóteles, foram os gregos fundamentais, em seu pioneirismo, para a teoria da justiça.

É com Sócrates que, segundo Bonavides¹, tem início a reação à doutrina sofística do direito e do Estado. Representante de um direito natural de fundamentos ontológicos e teológicos, é o sentido político que abrange toda a filosofia socrática e constitui seu aspecto mais significativo². A reflexão socrática é voltada para o homem, e não para a natureza; é, essencialmente, uma indagação dirigida para a busca de apoio no mundo moral. Mediante a procura dos predicados do justo, do bem e do belo, com os quais procura construir o mundo das idéias, reside, na elaboração de conceitos gerais e no método indutivo de investigação, a grande contribuição de Sócrates³. Para Platão, é em Sócrates que aparece a doutrina das idéias, da reminiscência e da preexistência, da imortalidade da alma e do Estado ideal, qualificando-o de “pai da metafísica ocidental”⁴. Por razão de Estado julgado e por razão de Estado condenado⁵, para Sócrates, a “pólis” e a lei eram os valores supremos a serem conservados pelos cidadãos. A lei, mesmo sendo injusta, devia ser obedecida na preservação dos

interesses do Estado. Além da obediência à lei, encontra-se, em Sócrates, uma divisão entre lei moral interna e a ordem jurídica externa, que constitui traço marcante da ética helenística. Para Sócrates, cabe à lei positiva e ao direito a missão de assegurar os princípios de uma ordem justa aos cidadãos, princípios esses que se devia obedecer a qualquer custo, apontando-se a própria decisão que o condenou à morte como encarada com naturalidade e resignação por seus discípulos e comentadores, tendo em vista a necessidade da preservação dos interesses superiores da “pólis”. Adotando atitude crítica diante do Estado, da religião, da tradição, da sociedade e da ordem estabelecida, foi Sócrates o legislador moral que revelou ao homem seu “cosmo ético”. Essencialmente moralista, foi o jusnaturalista que fixou o contraste entre a lei escrita e a lei não-escrita⁶.

2.2. Platão

Platão, discípulo de Sócrates, tem, na caracterização do político e da arte de governar, um dos temas centrais da sua reflexão filosófica⁷. A vida cultural da Grécia antiga desenvolveu-se estreitamente vinculada aos acontecimentos da “pólis”. Tal a integração entre o fenômeno geográfico na “pólis”, que todo grego antigo pensava a si mesmo antes de tudo como cidadão ou como “animal político”⁸. Filosofia e ação política estão permanentemente ligadas em Platão, constituindo a crítica à democracia ateniense e a procura de soluções políticas para a “pólis” grega os traços essenciais da obra platônica. O encontro de Platão com Sócrates, na mocidade, foi de grande importância. É a partir da análise e da desilusão causada pela condenação daquele que Platão desencanta-se com a política e a democracia atenienses. O modelo político que Platão irá propor na “República”, após todo um período que inclui várias viagens e o desenrolar de inúmeros acontecimentos políticos, é antes de tudo um esforço de racionalização das funções públicas e da estrutura social⁹. É, entretanto, no diálogo “Político” que Platão vai esboçar a essência de suas concepções do Estado e da ordem justa. Assim, a “pólis” deveria ser governada por um “rei-filósofo”, que

¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

² *Ibidem*

³ JAEGER, Werner. *Paidéia*. Brasília : Martins, 1989.

⁴ *Ibidem*

⁵ BONAVIDES, op. cit.

⁶ *Ibidem*.

⁷ PESSANHA, José Américo Motta. *Platão, vida e obra*. São Paulo : Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores)

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

governaria sem necessidade de leis. Autoridade e liberdade são as antinomias a se conciliarem na teoria política platônica. Para Platão, abaixo do rei-filósofo, a cidade ideal, que deve apoiar-se numa divisão racional do trabalho, deveria compor-se de três classes: artesãos (produção de bens materiais), soldados (defesa da “pólis”) e guardiães (observância da lei). Para integrar a cidade, os cidadãos deveriam cumprir sua função social, e nisso consistiria ser *justo*: cumprir sua própria função¹⁰. A importância da educação específica das classes e a entrega do Governo aos reis-filósofos, escolhidos entre os melhores guardiães, são também salientados por Platão como elementos indispensáveis na busca do fundamento supremo da ciência: o *bem*. Vemos assim que, de acordo com a classificação de Bobbio, a qual voltaremos, o ideal da justiça em Platão liga-se nitidamente à justiça como ordem.

2.3. Aristóteles

Aristóteles, discípulo de Platão e de Sócrates, explicou a origem do Estado enquanto “pólis” ou cidade, reconstruindo historicamente as etapas através das quais a humanidade teria passado de formas primitivas a formas mais evoluídas, até chegar à sociedade da forma mais perfeita, que é o Estado. É a lição de Bobbio¹¹. A concepção política aristotélica é assim derivada de um estado pré-político (as sociedades familiar e senhorial) em que prevaleciam a desigualdade e a dependência (senhor x servos e pais x filhos). Assim, são naturais, no estado social de Aristóteles aquelas características, vez que o Estado é oriundo daquelas formas sociais primitivas. Dotada inegavelmente de maior rigor científico que as contribuições de Platão e de Sócrates (este último não deixou nada escrito, apenas ensinamentos que foram transmitidos por seus discípulos e contemporâneos), constitui noção básica da obra aristotélica a idéia de conciliação entre *riqueza e justiça*¹².

Mas é, entretanto, no clássico livro V da *Ética a Nicômanos* que se encontra a principal contribuição aristotélica à teoria da justiça. Partindo da consideração preliminar de que o justo é aquilo que é conforme a lei e correto, e

o injusto é o ilegal e iníquo, de que a justiça é a mais elevada forma de excelência moral, Aristóteles constata existir outra forma de justiça além dessa (forma de excelência moral). Assim, quando ao que é *justo* equipara-se o que é *legal*, tem-se a justiça em sentido amplo; e, equiparando-se o *justo* ao que é correto e equitativo, temos a justiça em sentido estrito. Com isso, Aristóteles introduz a distinção entre justiça *corretiva* e justiça *distributiva*. Então, a última visa à distribuição de funções elevadas de governo, de dinheiro, ou de qualquer outra coisa outorgada indistintamente pela Constituição da cidade aos cidadãos, enquanto a primeira volta-se para a correção das relações entre as pessoas. A justiça distributiva liga-se à noção de *proporcionalidade*, variando geometricamente em relação a esta; já a justiça corretiva, que se manifesta tanto nas relações voluntárias como nas involuntárias, liga-se àquela aritmeticamente. Justo é, também, o equidistante (a noção de *reciprocidade*).

De outro lado, para Aristóteles, a justiça política constitui forma particular de justiça, podendo ser *natural* ou *legal*, residindo a dificuldade de sua aplicação em disposições íntimas, que podem ser corrigidas pela equidade.

3. Da Florença do século XVI à Paris da Comuna de 1848

3.1. N. Maquiavel (1469-1527)

Segundo Gruppi¹³, Maquiavel, ao refletir sobre a realidade da sua época, elaborou não uma teoria do Estado moderno, mas sim da Constituição e formação do mesmo. Fundou, de certa forma, a ciência política, entendida como disciplina autônoma, separada da moral e da religião. Maquiavel elaborou corrosiva crítica das concepções idealistas de Estado até então existentes (a aristotélica e a platônica, por exemplo), por meio da constatação da torpeza inerente à natureza humana. Para o florentino, a arte que estuda as coisas como elas deveriam estar é a moral, cabendo à política a análise da realidade social como ela é. O Estado passa a ter suas próprias características, fazer política e seguir suas próprias técnicas e leis, ao invés de visar assegurar a virtude e a felicidade como ingenuamente supunha

¹⁰ Ibidem.

¹¹ BOBBIO, Norberto e BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. São Paulo : Brasiliense, 1987.

¹² LINS, Ivan. In : Aristóteles. *A política*. São Paulo : Ediouro, 1990.

¹³ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. São Paulo : L & PM, 1980.

Aristóteles. Para Maquiavel, é no *terror* que se funda o Estado moderno. O Estado tudo pode. A ordem “justa” é imposta pelo Estado segundo seus ditames do momento. Para o autor de *O Príncipe*, o soberano não se devia sujeitar aos limites jurídicos e nem mesmo aos divinos e morais. Para Bobbio, isso distingue Maquiavel dos teóricos do absolutismo estatal. É a ausência de limites, no exercício do poder, que caracteriza o “maquiavelismo”, a exposição teórica mais audaciosa do absolutismo estatal¹⁴. Foi mostrando a realidade interna do poder político, pela enunciação brutal de seus mecanismos, que Maquiavel contribuiu para a tentativa de superação deste amoralismo¹⁵.

3.2. T. Hobbes (1588 – 1679)

Com Hobbes começam a surgir os fundamentos da teoria moderna do Estado e aparece pela primeira vez a idéia do *contrato social*¹⁶. Para Hobbes, em certo momento, os homens se dão conta da necessidade de estabelecerem entre si um acordo, a fim de evitar a destruição de todos que ocorreria caso fossem deixados incontrolados no “estado da natureza”. A tese central de Hobbes é de que o *homem é lobo do próprio homem*. Aparece o Estado para impedir o desencadear-se dos egoísmos e a destruição mútua. O pacto social hobbesiano deve produzir um Estado absoluto, duríssimo em seu poder. É o *Leviatã*. Segundo Bobbio, na doutrina de Hobbes, encontra-se a noção de que a ordem do soberano é, enquanto tal, justa. No estado da natureza, não é possível distinguir o justo do injusto, e tal distinção só vai ser possível no *estado civil*, a partir da submissão voluntária de todos ao poder do soberano. Ordem justa é a imposta pelo soberano, e injusto todo aquele que proíbe. A ordem do soberano é justa por definição¹⁷. É a partir de Hobbes que se pode falar, quanto ao problema do fundamento e da natureza do Estado, de um modelo jusnaturalista¹⁸.

3.3. J. Locke (1632-1704)

Considerado o fundador do empirismo filosófico moderno e teórico da revolução liberal inglesa, Locke é o teórico do *cidadão* que, a partir das revoluções inglesas do século XVII

e do surgimento das primeiras garantias individuais (por exemplo o *habeas corpus*), emerge dos súditos feudais¹⁹. Para Locke, a necessidade de limitar-se o homem no estado natural liga-se àquilo que constitui noção central de sua obra: a proteção da *propriedade*. O contrato, para Locke, origina tanto a sociedade como o Estado (para Hobbes, funda apenas o Estado). É do contrato que deriva a autoridade do Estado. Nisso reside o fundamento liberal do pensamento de Locke: a liberdade assim está em função da propriedade que é o alicerce da liberdade burguesa. Para Bonavides, a filosofia política do liberalismo preconizada por Locke decompunha a soberania na pluralidade dos poderes, a fim de salvar a liberdade. À onipotência do rei devia opor-se um sistema eficaz de garantias. Reside na teoria dos direitos e liberdades individuais como direitos oponíveis à sociedade política o aspecto mais convincente da obra de Locke²⁰. A ordem justa é assim, para Locke, produto de um Estado que reconheça a limitação imposta à soberania dos direitos e garantias individuais. Ressalte-se ainda quanto a este autor que, uma vez que o Estado civil visa assegurar o exercício de direitos naturais (vida, propriedade, etc.) e baseia-se no consenso, deriva daí a *limitação* deste poder. É dessa limitação que, para Bobbio, extrai-se a concepção de *direito de resistência* da obra de Locke. Seja contra abusos do Poder Executivo, seja à violação dos limites do Poder Legislativo, injusto para Locke é quem oprime os súditos, e não quem se rebelou contra um poder opressor²¹.

3.4. J. J. Rousseau (1712-1778)

A questão fundamental do pensamento do autor do *Contrato Social* é a conciliação do Estado com a liberdade. Tido por Bobbio como o “último dos jusnaturalistas”²², Rousseau busca também, no contrato, solução para o problema da constituição do estado civil, enxergando neste um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais, renúncia essa que é feita por cada um a favor de todos. Essa alienação acontece assim em favor de toda a coletividade ou do corpo político, que tem sua manifestação suprema na *vontade geral*. Trata-se, em Rousseau, de encontrar a liberdade no Estado. Defensor da

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de E. Kant*. Brasília : UnB, 1969.

¹⁶ GRUPPI, op. cit.

¹⁷ BOBBIO, op. cit.

¹⁸ BOBBIO, op. cit.

¹⁹ GRUPPI, op. cit.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

²¹ BOBBIO, op. cit.

²² BOBBIO, op. cit.

democracia direta e teórico por excelência do Estado democrático, para Rousseau, é também para assegurar a liberdade e a igualdade, bens essenciais da condição humana, que se constitui a sociedade por meio do contrato. Só que, ao contrário de Locke, Rousseau não endossava a idéia de que o contrato funda também o Estado. É só a sociedade contratual, cabendo ao Estado a tarefa de transformar os indivíduos rumo à expansão de suas personalidades. Tema central da obra de Rousseau, é a *liberdade* que se quer preservar no contrato social, e é na *Assemblée*, único poder reconhecido por Rousseau, que se deve exercitar aquela na órbita política. Ordem justa pois, para Rousseau, é a expressão da *vontade geral* que deve imprimir a ação política estatal. Para Bonavides, é na integração da liberdade com o poder que reside o grande esforço do teórico de Genebra. Tal antítese não era irremediável. Esta a essência de seu contratualismo, que redundava na democracia²³.

3.5. E. Kant (1724-1804)

Com Kant e sua filosofia, tem-se um marco no estudo das idéias. Surge o kantismo na passagem de um século racionalista a um século historicista²⁴. Para Kant, o direito é o conjunto de condições de coexistência do arbítrio de um com o do outro, segundo uma lei universal de liberdade, do que deriva uma “lei universal do direito”, segundo a qual deve-se atuar externamente a fim de conciliar o arbítrio de um com a liberdade de outro. A partir dessas definições preliminares, estabelece-se o cerne da concepção de Kant acerca da justiça. Para Kant, *justiça é liberdade*, visando essencialmente ao ideal do direito, ou seja, aquilo que o direito deve ser a fim de realizar o justo, que se encontra na conciliação da liberdade do arbítrio de um com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal.

Bobbio, para quem as teorias da justiça elaboradas historicamente podem dividir-se em três grupos, afirma que as respostas destes grupos à indagação sobre o fim último do direito são as seguintes:

a) justiça é *ordem*. O fim último do direito é a paz social, surgindo para resguardar os direitos naturais (vida, propriedade, etc.) ameaçados no “estado da natureza”. Hobbes é o representante típico dessa concepção;

b) justiça é *igualdade*. O fim do direito é

garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos, seja entre o Estado e os indivíduos. A ordem justa é fundada no respeito à igualdade, direito natural fundamental nessa concepção. Entre os antigos, Aristóteles é representante dessa concepção. Modernamente, acrescentaríamos K. Marx;

c) justiça é *liberdade*. O ordenamento jurídico surge para garantir a liberdade, expressão máxima da personalidade. Não basta assegurar-se ordem e igualdade. É preciso estabelecer uma ordem na liberdade. Kant é, indubitavelmente, o maior expoente dessa corrente, inspiradora da teoria do Estado liberal²⁵. Enquanto para Hobbes, na passagem para o Estado civil, nascia a servidão no Estado e para Locke e Rousseau tratava-se de delimitar os limites da liberdade *do* Estado, em Kant a questão central era assegurar a liberdade *no* Estado.

4. Um espectro ronda o liberalismo

É com a crítica de Karl Marx (1818-1883), no século XIX, que se dispara o mais duro golpe contra o contratualismo e a concepção liberal do direito e do Estado. Com efeito, a partir de uma reunião crítica das contribuições do idealismo alemão, que teve em Hegel seu maior expoente, da economia política inglesa e do socialismo utópico francês²⁶, reside o grande mérito da obra de Marx, escrita em grande parte com a colaboração de Engels (1820-1895) na descoberta da sociedade que existe embaixo do Estado em qualquer *formação social*²⁷.

Para Marx²⁸, são as relações de produção existentes em cada sociedade que determinam as formas políticas, jurídicas, religiosas, morais e ideológicas das sociedades. Aquela seria a *infra-estrutura* econômica. Estas, as formas da *superestrutura* jurídico-política. A existência determina a consciência, e não o contrário, como pensavam os idealistas. Marx, para quem o lado essencial da sociedade de seu tempo era o capitalismo, ao contrário de Comte e Tocqueville, que viam respectivamente na indus-

²⁵ BOBBIO, op. cit.

²⁶ cf. as obras de KARL (várias edições) e de LENIN, V. I. (várias edições) intituladas *As três fontes do marxismo*.

²⁷ cf. sobre o conceito de “formação social” as obras dos teóricos marxistas ALTHÜSSER, Louis e POULANTZAS, Nicos.

²⁸ Foi usada quanto aos textos de MARX, Karl, a coleção *Obras escolhidas de Marx & Engels*. São Paulo : Alfa-omega, 1984.

²³ BONAVIDES, op. cit.

²⁴ Ibidem.

trialização e na democracia as características fundamentais daquela²⁹, mediante formidável crítica do sistema capitalista, logrou descobrir as leis históricas que regem a sociedade. Assim, cada formação social teria por base relações de produção específicas e determinantes das idéias das *classes dominantes* (filosofia, religião, arte, moral, etc.).

Para Marx, o motor da história é a *luta de classes*, cujos pólos, no modo de produção capitalista, são a burguesia como classe dominante e o proletariado como classe oprimida. Essa luta, segundo sua concepção, acirra-se progressivamente até levar à *revolução social*, que deriva do conflito das forças produtivas com as relações de produção, e levará à *ditadura do proletariado* e finalmente ao *comunismo*, a sociedade em classes que libertará os homens dos “grilhões” do capitalismo. Para Marx, a concepção liberal-burguesa do direito e do Estado não passa de uma tentativa a mais de interpretação da realidade social e política a partir de dados superestruturais. É que, para Marx, os conceitos de liberdade, igualdade, propriedade e etc. não passam de *garantias formais* dos Estados burgueses. Materialmente não existe liberdade nem muito menos igualdade. Quanto à propriedade, não passa de apropriação indébita (por meio de *mais-valia*) do lucro advindo de exploração da força de trabalho dos proletários. As lutas parlamentares não passam de um disfarce das lutas de classe que se desenvolvem por detrás do sistema representativo e das outras instituições burguesas. A ordem pública burguesa é imposta pela classe dominante sob a falsa premissa de que o Estado representa a sociedade (derivada da ficção jurídica do contrato) e de que aquela visa defender os interesses gerais da sociedade. Não é nem pode ser uma ordem justa, pois fundada na desigualdade. Ordem justa, para Marx, é a que elimina as diferenças sociais, as classes, o direito e o próprio Estado. A ordem justa, até certo ponto, nunca existiu. Marx, ao contrário dos contratualistas, não vê distinção entre *estado de natureza* e *estado civil*. Todas as fases que compõem a história social da humanidade são englobadas sob a denominação de pré-história da humanidade. Só a partir do comunismo terá início a história para Marx.

Só nesse sistema é possível a ordem justa, em que cada um tenha o que lhe cabe segundo suas necessidades e possibilidades. Para Marx, seus predecessores só fizeram, até então, interpretar o mundo. Tratava-se de transformá-lo.

5. Conclusões

Dos filósofos gregos, passando pelos contratualistas até chegar a Marx e finalmente ao *Welfare State* e às teorias do fim da história de nossos dias, são dois milênios de tentativas de precisar o objetivo do direito e o fundamento do poder. Ordem, liberdade e igualdade aparecem intermitentemente como objetivos da ordem pública e ideais de ordem justa.

Por sua vez, o direito constitucional contemporâneo continua abrigo dos preceitos da doutrina liberal. Os ideais da Revolução Francesa ainda inspiram, em grande parte, as constituições e as declarações de direitos de nosso tempo. O legado grego e o liberal deixaram indelével marcas na cultura jurídica ocidental.

De outro lado, o fracasso da experiência socialista, com a transformação em ideologia de Estado de uma teoria (URSS, China, etc.), pôs em xeque a doutrina marxista do direito e do Estado.

De fato, após dolorosas revoluções, os Estados socialistas não lograram ainda vencer a etapa da *ditadura do proletariado*, nem muito menos alcançar o comunismo e sua ordem justa. Imbuído da romântica ilusão de que os homens são bons e iguais entre si e que um cruel mecanismo (o capitalismo) distorce e corrompe as relações sociais, trouxe o socialismo inegáveis progressos aos Estados que o adotaram, mas não conseguiu, em lugar algum, transformar a *injusta ordem capitalista* que derrubou no paraíso idealizado por Marx. O socialismo, diria Kant, é antes de tudo uma *boa vontade*.

Quanto a nós, pensamos que só uma ordem que reúna o ideário liberal, de fato e de direito, que assegure efetivamente o exercício dos direitos e garantias individuais, e que limite os excessos estatais e de um capitalismo predatório que não corroa a sociedade existente abaixo e que justifica o Estado poderá responder aos anseios de uma ordem pública legítima e justa. O debate prossegue.

²⁹ cf. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Brasília : UnB, 1983.

Estradas vicinais

Algumas considerações sobre a inclusão de dotações no Orçamento Geral da União para construção e conservação

JEFERSON VAZ MORGADO

O presente trabalho tem por escopo a apresentação de considerações de ordem técnico-legal sobre a constitucionalidade e legalidade da apresentação e aprovação de emendas ao projeto de lei do Orçamento Geral da União que pretendam incluir créditos orçamentários para a construção ou melhoramento de rodovias estaduais ou municipais com base na experiência da proposta orçamentária para 1996.

O estudo decorreu de solicitação do Senador Bello Parga, por ocasião da discussão e apreciação do Projeto da Lei Orçamentária de 1996 (PL nº 35, de 1995 – CN) pelo Congresso Nacional, em decorrência de decisões adotadas pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização sobre o assunto.

Da decisão conjunta adotada, em 16-11-95, pela direção da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização-CMPOF e as Relatorias Setoriais resultou o documento denominado “Processo Orçamentário de 1996 – Procedimentos Relevantes”, que, em seu item II.2.a2, recomendava aos senhores relatores:

“Verificar se a programação do órgão, ratificada em legislação específica, não comporta a ação pretendida. Nesse caso, cabe à relatoria setorial verificar esta condição ou se o órgão dispõe dos necessários instrumentos; é o caso, por exemplo, da construção de estradas estaduais e vicinais, ou ...”

A decisão adotada pelas relatorias quanto às emendas em geral foi reiterada em reunião de 27-11-95 e notificada a todos os parlamentares mediante a circular intitulada “Parâmetros para a apreciação de emendas individuais”, que, em seu item 1.c.2, veda a aprovação de emendas

que objetivem “destinar recursos a ações típicas de Estados e/ou Municípios” (art. 12, VI, § 1º, da LDO), ou seja: construção/conservação de estradas estaduais ou vicinais, a teor do disposto no art. 21, XII, *e*, da Constituição Federal.

A questão aqui posta relaciona-se ao modelo de distribuição de competências adotado pela Constituição de 1988 entre a União e os entes subnacionais constituídos pelos Estados e pelos Municípios, estes inclusive alçados à categoria de unidades federativas, conforme o art. 1º da Constituição.

Sob tal perspectiva, pergunta-se: qual a abrangência do termo “ações típicas de Estados e Municípios”, como previsto no art. 12, VI, §1º, da LDO/96, Lei nº 9.082, de 25-7-95? Enquadrar-se-iam em tais ações a construção e recuperação de rodovias estaduais e vicinais?

O Estado-membro, para participar da Federação, abdica de um poder soberano de autodeterminação plena por um poder condicionado, de autonomia limitada. Contenta-se com uma capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, a União dos Estados-membros. O federalismo deve significar fator de eficiência de governo, com sua descentralização político-administrativa. A Constituição, em um Estado federal, surge como a base jurídica da Federação; cristaliza o compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional. Para que as declarações contidas no texto constitucional de autonomia e descentralização tenham eficácia, é imperativo que ali esteja presente a repartição de competências materiais e legislativas entre os entes federados, com clara definição do campo normativo e da área de atuação de cada ente.

A União a Constituição Federal atribui a competência material para “estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação” (art. 21, XXI). Reservou-se igualmente à União a atribuição para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, “os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros” (art. 21, XII, *e*). O art. 22, inciso IX, reserva como competência legislativa privativa da União a de legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes”.

O Constituinte de 1988 listou as competências exclusivas da União (CF, art. 21) e aquelas partilhadas com Estados e Municípios (competências comuns – CF, art. 23). Aos Estados foram atribuídas as competências

residuais não-enumeradas (art. 25), e aos Municípios foi conferida competência para legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I). Por exclusão, considera-se como ações típicas dos Estados e Municípios todas aquelas matérias que não estejam estabelecidas na Constituição como competência material comum ou exclusiva da União. O art. 12, §1º, da LDO dispõe que “...entende-se como ações típicas dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios as ações governamentais que não sejam de competência exclusiva da União, nem de competência comum à União, aos Estados e aos Municípios”.

Portanto, se à União foi atribuída a exploração dos transportes rodoviários interestaduais de passageiros, aos Estados as competências residuais não-enumeradas e aos Municípios as ações locais, conclui-se que o transporte rodoviário restrito ao território estadual ou municipal deve ser atribuição dos governos estaduais e municipais, respectivamente. E assim se procede na prática, sendo a atividade de transporte em rodovias estaduais regulada pelos respectivos departamentos de estradas de rodagem (os DERs) e, nos municípios, o transporte urbano normatizado pelas secretarias de transportes, viação ou equivalentes.

Tal distribuição constitucional de jurisdições feita pela Carta de 1988 é corroborada pela legislação federal relativa à matéria, ainda que anterior à edição da Constituição.

Dessa forma, o arcabouço legal instituído pela Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que “aprova o Plano Nacional de Viação e dá outras providências”, com diversas alterações, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e encontra-se em plena vigência. Basta dizer que o Plano aprovado por essa Lei foi objeto de recentes alterações pelas Leis nº 9.060, de 14 de junho de 1995, e 9.078, de 11 de julho de 1995.

O Plano Nacional de Viação – PNV é constituído do Sistema Rodoviário Federal, dos Planos Viários dos Estados e do Distrito Federal e dos Planos Viários dos Municípios (art. 10 e seguintes). O PNV descreve com minúcias o Sistema Rodoviário Federal, considerando como federais as rodovias descritas no anexo à Lei nº 5.917/73, relação que vem sendo atualizada por legislação posterior, até a Lei nº 9.060/95. Essas rodovias são identificadas pelo símbolo BR-XXX.

A Lei nº 5.917/73 distingue expressamente rodovias federais de estaduais e municipais, ao dispor que

“A competência executiva e político-administrativa das rodovias vicinais intermunicipais, não consideradas rodovias estaduais, caberá aos respectivos municípios em que se situarem” (art. 12, § 3º).

O Plano não descuidou da apropriação dos recursos orçamentários para o setor rodoviário consignando nestes termos: “os recursos provenientes do Orçamento Geral da União e de Fundos específicos destinados ao Setor Transportes não poderão ser empregados em vias, portos, aeródromos que não constem de programas ou planos oficiais, anuais ou plurianuais, enquadrados nos respectivos sistemas de viação, obedecidos os demais dispositivos legais concernentes” (Lei nº 5.917/73, art. 7º). Destarte, existindo sistemas próprios de viação nas três esferas de governo, há de se manter a correlação entre a origem do recurso, se federal, estadual ou municipal, e o sistema de viação ao qual a obra se vincula.

Importante lembrar ainda que o Constituinte de 1988, ao reelaborar a repartição das rendas entre os entes da Federação e atribuir a competência aos Estados para tributar o fato gerador da propriedade dos veículos automotores – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA (art. 155, III) –, retirou da União o poder de instituir tributo com base no mesmo fato gerador da antiga Taxa Rodoviária Única – TRU. Tal fato veio a acarretar forte perda de receita da União, que até hoje não pôde ser compensada por outra receita vinculada, a exemplo do selo-pedágio.

No entanto, o próprio Plano excepciona algumas ações que, embora localizadas na área de competência do Município, tenham interesse nacional ou relacionem-se à segurança do País:

“Poderão ser considerados como complementado e integrando uma via terrestre do Plano Nacional de Viação (...) os acessos que sirvam como facilidades de caráter complementar para o usuário, desde que estudos preliminares indiquem sua necessidade e viabilidade financeira ou haja motivo de Segurança Nacional, obedecendo-se às condições estabelecidas por decreto” (Lei nº 5.917/73, art. 12).

Escudado nesse dispositivo, o Poder

Executivo tem executado ações no setor rodoviário de caráter municipal no âmbito orçamentário da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República – UO 20.104. Os orçamentos de 1993, 94 e 95 consignaram recursos para esse tipo de despesa, sob a seguinte classificação: Função 06 – Defesa Nacional e Segurança Pública; Programa 088 – Transporte Rodoviário; Subprograma 0534 – Estradas Vicinais; Projeto 1552 – Infraestrutura viária na faixa de fronteira norte; Subprojeto 0001 – Construção e Manutenção de Rodovias. Sob essa classificação, foram executados (liquidados) os seguintes valores: 93 – CR\$ 24.750.000,00; 94 – R\$ 178.207,00 e 95 – R\$ 44.444,00. Observe-se que o objetivo do Projeto 1552 é “estabelecer e manter ligações permanentes entre localidades onde a navegação fluvial é interrompida”.

Para 1996 a proposta orçamentária prevê a alocação do valor de R\$ 280.000,00, na mesma classificação, sendo R\$ 66.000,00 para despesas correntes e R\$ 214.000,00 para investimentos.

Ainda que a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a legislação específica vedassem a transferência de recursos da União para despesas relacionadas com obras em estradas estaduais ou municipais, a interpretação dada a tais dispositivos no âmbito da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF não tem sido determinativa nem consensual. As críticas à inclusão de emendas para obras de caráter local no orçamento da União acabaram por motivar a colocação, nas últimas LDOs, da vedação já anteriormente mencionada de alocações em favor de ações tipicamente estaduais e/ou municipais.

A CMPOF, em outubro deste ano, expediu o “Manual de instruções para elaboração de emendas ao projeto de lei orçamentária para 1996”, portanto antes da decisão das relatorias da Proposta orçamentária, adotada em 16-11-95. Nesse manual é feita menção expressa, no item 2.1.b (p. 4), que “não poderão ser aprovadas emendas que conflitem com a LDO 96 especialmente com seus arts. 7º, 8º, 10, 11 a 17, 21 a 23, 25, 26, 30 e 41”.

Entretanto, diante da inexistência de uma decisão definitiva por parte da Comissão que regulamentasse concretamente sobre a possibilidade de aprovação de emendas para rodovias estaduais e vicinais, e considerando-se o fato de que, em exercícios anteriores e mesmo

em créditos adicionais deste exercício, foram aprovadas emendas nesse sentido, o referido Manual não exclui a possibilidade de apresentação de emendas com tal finalidade, mesmo porque as restrições constitucionais e legais se referem à aprovação das emendas, e não à sua apresentação.

Nesse ponto, cabe destacar que as emendas à proposta orçamentária, como em qualquer outra proposição, cumprem também um papel político, qual seja o de sinalizarem as carências e os anseios de comunidades que, muitas vezes, vêm na atuação do parlamentar a única possibilidade de fazerem-se ouvir, independentemente do fato de que estas possam vir a ser questionadas.

Assim, a reunião posterior dos relatores da

proposta orçamentária para 1996, decidindo não aprovar emendas com aquele objetivo, pode ter surpreendido os autores de tais emendas, inclusive em face da prática recente (PL-32/95), mas nada tem de exógeno no contexto da tecitura jurídico-regulamentar que rege a elaboração e alteração das leis orçamentárias.

Diante dos fatos e das considerações acima expostos, entendemos que a decisão do conjunto de relatores da proposta orçamentária para 1996, orientada no sentido de evitar que a União transfira recursos para obras rodoviárias estaduais ou municipais – salvo aquelas que a própria lei excepciona por ser de evidente interesse nacional, nos termos do art. 12 da Lei nº 5.917 antes citada –, acha-se em perfeita consonância com as normas constitucionais e legais vigentes.

O advogado e a Justiça da infância e da juventude

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

SUMÁRIO

1. *Considerações iniciais.* 2. *O papel do advogado da criança e do adolescente.* 3. *Considerações finais.*

1. Considerações iniciais

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, conferiu ao advogado o *status* constitucional, quando determina, em seu art. 133, que sua figura é indispensável à administração da justiça. Convém colocar, inclusive, que o situa entre os pressupostos processuais, uma vez que os requisitos para a constituição de uma relação processual válida são os seguintes: capacidade de ser parte, capacidade processual ou de estar em juízo e a capacidade postulatória. Esta última diz respeito especificamente ao advogado, o que significa que, embora as partes tenham capacidade processual, só poderão participar da relação processual quem tenha direito de postular em *juízo*, o chamado *jus postulandi*, que se refere, portanto, ao direito de falar e de agir em nome das partes de um processo¹.

Assim, a Carta Magna referendou esse trabalho de defesa e de lutas incessantes, sobretudo em favor dos direitos humanos. Para demonstrar sua importância, basta lembrar os difíceis anos da ditadura militar: excetuando-se o papel da Igreja Católica – na voz incessante de D. Helder Câmara e de D. Evaristo Arns – e da Associação Brasileira de Imprensa, que outra

Josiane Rose Petry Veronese é Professora de Criminologia da UFSC, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Subchefe do Departamento de Direito Público e Ciência Política/CCJ/UFSC.

Palestra proferida no 1º Encontro Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente: exercício da cidadania plena, realizada no dia 21 de novembro de 1995, no Auditório da Procuradoria de Justiça de Santa Catarina, Florianópolis.

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1980. v. 1, p. 324 e 351.

instituição efetivamente se preocupou, como a Ordem dos Advogados do Brasil, com as atrocidades cometidas, com os ultrajes feitos aos que tinham posições contrárias ao regime que se implantara? Sobre esse assunto, lembra Falcão:

“Nas duas últimas décadas, a quotidiana violação dos direitos humanos por parte dos regimes políticos autoritários e ditatoriais na América Latina fez surgir advogados e outros profissionais que, prestando serviços legais, protegeram os cidadãos. Atuaram isoladamente ou em organizações, em nível nacional ou internacional, para impedir torturas e desaparecimentos, assegurar liberdades públicas e defender direitos humanos individuais e coletivos. Em quase todos os países, sob a proteção das igrejas (sobretudo da Igreja Católica), dos Colégios de Advogados e das demais instituições da sociedade civil que sobreviveram, lutou-se intensamente contra a violência estatal, legal ou ilegal”².

No entanto, há que se considerar que a advocacia, por outro lado, serviu para consolidar a atual estrutura de poder, em face de seu atrelamento cego à lei, pelo papel desempenhado em favor da burguesia, legitimando um sistema cujos conflitos se “resumiam” aos de caráter intersubjetivos³. Portanto, quando hoje se constata a presença de conflitos meta-individuais, característicos de uma sociedade de massa, qual o novo papel do advogado, agora também chamado a ser um intermediador das relações sociais?

Esses novos conflitos, indiscutivelmente, estão a exigir um comportamento diferenciado das profissões jurídicas.

Para Faria, nesse processo de diferenciação evidenciar-se-ão dois tipos de advogados: o *jurista sócio-político* e o *militante corporativo esclarecido*. O primeiro tipo compreende o profissional que,

“conjugando um saber dogmático

² FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989. p. 145.

³ Nesse sentido ver as obras de ROBERTO, Roberto. *A crise da advocacia*. São Paulo : Alfa-Omega, 1991 e ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Advogado e mercado de trabalho*. Campinas : Julex, 1988.

competente com um arsenal crítico formado a partir de um projeto de direito alternativo, termina por exercer um papel decisivo na articulação das lutas populares”⁴.

Já o segundo é aquele que, embora pense e atue como um *jurista de ofício*, “em suas manifestações corporativas assume a retórica do *jurista sócio-político*, passando a estimular a corporação representativa de seus interesses profissionais a defender a consagração de novos direitos sociais”⁵, como também estimula as minorias a lutarem por seus interesses e, ainda, passa a “pressionar os poderes públicos a remunerar com salários mínimos os serviços de assistência judiciária prestados aos *hiposuficientes* pelos profissionais liberais – tudo isso com a finalidade de, sutilmente, obter o alargamento de seu mercado de trabalho”⁶.

Diante do atual quadro da realidade brasileira, no qual se constata que as classes trabalhadoras estão excluídas do acesso aos meios de produção, em que muitos dos direitos sociais prescritos na Constituição Federal não foram implementados, qual deverá ser a prática do advogado?

A concepção liberal clássica do advogado é

⁴ FÁRIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 124.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*. Acrescenta o autor: “Ocultada e/ou justificada pela retórica emprestada dos juristas sócio-políticos, essa estratégia de aumentar o campo e a demanda por serviços jurídicos mediante a institucionalização tanto de práticas novas quanto das formas paralegais de auto-resolução dos conflitos por parte de certos grupos sociais constitui o que alguns sociólogos do direito chamam de processo de reforço circular: a cada conquista social obtida pelos *militantes corporativos esclarecidos*, o formalismo jurídico-processual decorrente da positividade de novos direitos e novos procedimentos reforça a necessidade dos serviços prestados pelo advogado ao mesmo tempo em que também afasta a concorrência dos profanos e dos *rústicos* (não foi isso o que ocorreu quando, na Assembléia Nacional Constituinte brasileira, a corporação dos advogados conseguiu, apesar de sua retórica *progressista* no campo dos *direitos sociais*, bloquear todas as propostas de deslegalização e todas as de desformalização e descentralização que, a exemplo dos juizados informais de pequenas causas, propiciavam às partes a possibilidade de autodefesa, sem a obrigatoriedade da intermediação de profissionais do direito?)” (p. 124-125).

a de quem canaliza praticamente todas as controvérsias para o Poder Judiciário, numa tarefa de simples adaptação dos conflitos à lei estatal. Segundo Kato, a prática libertadora deste profissional do direito distante está dessa atitude, pois este deve, num primeiro plano, iniciar-se pela defesa dos direitos individuais violados e, em segundo plano, transcender tais linhas, adquirindo dimensão social, posicionamento este que se manifestará em todas as suas ações. Isso quer dizer que “o compromisso político refere-se aos atos da vida pública e particular, e não à atividade política e profissional em si. Ele envolve a prática de libertação das classes dominadas”⁷.

Cabe ao advogado possuidor de uma dimensão política desenvolver todo um instrumento de negociação extralegal de liderança política numa perspectiva de até mesmo inserir-se como animador das organizações populares. Esta nova atitude de diálogo permanente, de trocas de idéias, tem sido o estilo das assessorias jurídicas⁸.

No contexto dos *interesses difusos*, é de suma importância a instituição da advocacia de interesse público, a qual está a depender da efetiva institucionalização da Defensoria Pública prescrita no art. 134 da atual Carta Política, que se constitui uma séria medida em favor dos necessitados; e, num sentido mais abrangente, são as defensorias consideradas como indispensáveis à própria essência da função jurisdicional do Estado.

⁷ KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In FARIA : op. cit., p. 183.

⁸ Como exemplo dessas assessorias cite-se o GAJOP – Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares. Esta entidade não se define como um grupo de advogados, mas assessores jurídicos: “Isto não significa que devemos desempenhar o papel das lideranças comunitárias na condução do processo político. A decisão, em última instância, é prerrogativa exclusiva daqueles que representam a comunidade e lutam para concretizar seus anseios. Contudo, uma Assessoria não deve adotar uma postura meramente passiva, o assessor jurídico não é apenas o receptor dos desejos e necessidades comunitárias. Se ele assume, erroneamente, esta posição, pouco contribuirá para o avanço das lutas populares. A missão do assessor jurídico não se esgota apenas na execução das tarefas. Compete a ele, sobretudo, fornecer os subsídios indispensáveis à construção de uma decisão”. Cf. Cadernos GAJOP, Olinda : Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares, 1985. p. 48.

A assistência jurídica há de ser integral e gratuita, segundo o que dispõe o art. 5º, LXXIV, da CF, incluindo o patrocínio e orientação, inclusive, em situações extrajudiciais – advocacia preventiva. Não só à União se obriga a criação e estruturação de sua Defensoria Pública; os Estados, também, terão de fazê-lo – art. 134, parágrafo único.

No entanto, critica Dinamarco que

“o *patrocínio técnico gratuito* não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não o oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviços gratuitos, ainda que isso seja de grande relevância social. Compreende-se a recusa dos advogados, hoje institucionalizada até em movimentos da categoria e amparada na garantia constitucional do trabalho remunerado; mesmo assim, essa atitude constitui uma entre muitas manifestações de individualismo e de descrença na Justiça que alguma educação para a participação comunitária nos serviços desta poderá afastar”⁹

2. O papel do advogado da criança e do adolescente

Uma análise histórico-doutrinária acerca da participação do advogado na área da infância e da juventude revela a existência de três posições: a primeira que considera obrigatória e, portanto, imprescindível a presença do advogado; a segunda corrente que proíbe a atuação do defensor nessa esfera e, por último, a que faculta a sua participação.

O revogado Código de Menores de 1979 entendia ser facultativa a presença do defensor nos procedimentos relativos aos chamados *menores em situação irregular*¹⁰.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 276.

¹⁰ Determinava o Código de Menores, Lei n.6.697/79:

“Art. 93 – Os pais ou responsável poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado com poderes especiais, o qual será intimado de todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitando o segredo da Justiça.

Parágrafo único – Será, no entanto, obrigatória a constituição de advogado para interposição de recursos.”

Convém lembrar que o citado Código tinha por fundamento a doutrina da “situação irregular”, de modo que somente a criança ou o adolescente abandonado ou o privado das condições materiais mínimas necessárias ao seu desenvolvimento, os submetidos a maus-tratos, em perigo moral ou explorados em atividade contrária aos bons costumes, os privados de representação legal, os que apresentavam desvio de conduta e os autores de infração penal (segundo a enumeração taxativa do art. 2º do referido Código) eram merecedores de tutela, de proteção por parte do Estado e, portanto, do Poder Judiciário.

É oportuno, inclusive, colocar que foi a partir do Código de Mello Mattos de 1927 – Decreto Federal nº 17.943-A –, e de forma ainda mais evidente no Código de Menores de 1979, que houve uma mudança de enfoque com relação à pessoa do “menor de idade”; da sua repressão e exclusão do contexto social, passou-se a defender a sua proteção e socialização.

No entanto, e infelizmente, apesar dos princípios ditos tuteladores que fundamentavam a doutrina da “situação irregular”, as instituições que deveriam acolher e educar essa criança ou adolescente, no mais das vezes, não cumpriam esse papel. Isso porque a metodologia aplicada, ao invés de socializá-lo, massificava-o, despersonalizava-o e, desse modo, ao contrário de criar estruturas sólidas nos planos psíquico, biológico e social, afastava esse chamado *menor em situação irregular*, definitivamente, da vida comunitária.

Em São Paulo, o jornalista Luppi denunciou, durante o período de vigência do revogado Código, a atitude das instituições paulistas FEBEM, que aplicavam aos internados verdadeiras técnicas de tortura, que iam desde os “paus-de-arara”, nos quais eram espancados com os pés e as mãos presas, até as “bananinhas”, choques elétricos de 100 a 220 volts no interior da pessoa, passando pelos “telefones”, socos com a mão aberta nos ouvidos, cafuas e drogas. Verificou-se até mesmo a aplicação de hormônios femininos, que em doses maciças serviam como calmantes, mas que pouco a pouco provocavam graves alterações na personalidade das crianças e dos adolescentes, que ainda estavam à mercê de todo o tipo de humilhação¹¹.

Tal fato constituía uma verdadeira afronta aos Direitos Universais da Criança, que, no art.

¹¹ LUPPI, Carlos Alberto. *Agora e na hora de nossa morte: o massacre do menor no Brasil*, São Paulo : Brasil Debates, 1982. p. 84-90.

9º, determina, entre outras proteções, que esta jamais deverá ser objeto de atos cruéis.

O corpo técnico responsável pelo atendimento desses “menores” consistia num conjunto de profissionais que desenvolviam de forma diferenciada seu trabalho, isto é, cada um realizava tarefas pertinentes a sua área específica: psicologia, pedagogia, serviço social, psiquiatria etc. Esse tipo de atitude departamentalizada, transformava um único ser em vários e, dessa forma, não sendo visualizado o problema como um todo, tinha como resultado a impossibilidade de fazer com que esta criança ou adolescente se inserisse novamente no contexto social, bem como revelava o fracasso profissional de cada um dos técnicos na sua tentativa isolada de resolver o problema¹².

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata o assunto sob outro prisma, qual seja: o da doutrina da “proteção integral”. Essa proteção integral está alicerçada em dois pilares importantíssimos: a criança e o adolescente enquanto “sujeito de direitos” e a sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” – art. 227, parágrafo 3º, IV, da CF.

A nova Lei reguladora dos preceitos constitucionais, em sua primeira parte, arrola os direitos das crianças e dos adolescentes; e, na segunda, a forma de viabilização desses direitos. É aí, pois, que se insere e se torna relevante a figura do advogado¹³.

¹² VERONESE, Josiane Rose Petry. *A questão do menor no Brasil : uma abordagem político-jurídico*. Florianópolis, 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1988.

¹³ ZAFFARONI, Raul. Art. 207. In : CURY, M. et al. (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 643. Esclarece, ainda, o autor: “Reconhece-se no Direito Processual moderno que as conseqüências do processo, particularmente as privativas de liberdade, são limitações do princípio da inocência. Mesmo que não haja privação da liberdade, na realidade, todo processo implica estigmatização análoga à da pena. As racionalizações feitas para explicar a compatibilidade do princípio de inocência com a conseqüência do processo nunca foram satisfatórias. Estas conseqüências, de considerável gravidade tratando-se de adultos, devem ser mais especialmente consideradas quando se trata de adolescentes. Toda medida de efeito estigmatizante é mais grave para o adolescente do que para o adulto, pois pode mais facilmente afetar a auto-estima da pessoa, levando-a a assumir uma conduta desviante em função da sua autopercepção, provocada iterativamente pela reação das pessoas que a rodeiam ou com as quais trata”.

Em conformidade com o Estatuto, art. 206:

“A criança ou adolcente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.”

E ainda determina o parágrafo único desse mesmo artigo que

“será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem”.

No que se refere à presença do advogado nos processos em que se atribua ao adolescente a prática de ato infracional, esta será obrigatória, mesmo na hipótese desse último encontrar-se ausente ou foragido – art. 207 do Estatuto.

Em se tratando de adolescente que não tenha defensor, o juiz obrigatoriamente lhe nomeará um; no entanto, está ressalvada a garantia de constituir outro de sua preferência, se lhe for mais conveniente, e isso poderá ser feito a “todo tempo” – art. 207, parágrafo 1º.

Outro ponto importante na análise da presença do advogado nos processos de apuração de ato infracional, atribuído ao adolescente, é que a sua ausência não importará no adiamento de nenhum ato processual. Nesse caso o juiz deverá nomear um defensor *ad hoc*, de caráter provisório ou apenas para efeito daquele ato específico – art. 207, parágrafo 2º –, princípio da celeridade processual.

Por último, determina a Lei em análise que:

“Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, se constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária” – art. 207, parágrafo 3º.

A atuação do advogado no processo não constitui algo totalmente novo. Simplesmente a nova Lei conformou-se às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores – “Regras de Beijing”¹⁴, China, 1984 –, especificamente, às regras de números 7.1 e 15.1.

¹⁴ Resolução 40/33 da Assembléia Geral das Nações Unidas que adota o texto das “Regras de Beijing”, recomendadas pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

O nº 7.1 dessas regras determina às nações que

“as garantias processuais básicas, como a presunção da inocência, o direito de ser notificado da acusação, o direito de permanecer em silêncio, o direito a advogado, o direito à presença do pai ou responsável, o direito a recurso à instância superior, devem ser asseguradas em todas as fases do processo”.

A Regra nº 15.1 prescreve que o “menor terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou a solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país”.

Poder-se-ia indagar se, uma vez introduzida, nos processos de apuração de ato infracional praticados por adolescente, a obrigatoriedade de defesa técnica por profissional habilitado, não se estaria criando um *Direito Penal do Menor*?

Barreira e Brazil, ao elaborarem as suas críticas à posição que defendia a inserção do contraditório no Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmam que o legislador do Código de Menores de 1979 teve uma atitude sábia, quando conferiu aos procedimentos relativos à apuração das infrações cometidas por menores de idade e aos de desvio de conduta um caráter de maior simplicidade, “deixando ao prudente arbítrio do juiz a melhor adaptação do roteiro preestabelecido, visando à prevalência total dos interesses do menor que sobrelevam a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”¹⁵, em consonância com o art. 5º do Código revogado.

Entende Cavallieri, de igual forma, que “a atuação obrigatória de advogados em *todos os casos* daria à personalidade em formação da criança e do adolescente a falsa noção de que seu ato estivesse sendo justificado. Os menores já dispõem, por lei, da atuação dos Curadores de Menores, seus defensores

¹⁵ BARREIRA, Wilson & BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O direito do menor na nova Constituição*. São Paulo : Atlas, 1989. p. 57. Entendem estes autores que à introdução do contraditório, se opõe a tradição do Direito do Menor no Brasil, que sempre teve o Curador de Menores como órgão voltado para o menor. Já com a introdução obrigatória do advogado nos processos de apuração de ato infracional praticados por adolescentes fará com que o Ministério Público assumo o papel de acusador (p. 62).

naturais. O infausto positivo, que deve ser eliminado, tornaria impossível o funcionamento dos Juizados de Menores e abalaria as tradições jurídicas brasileiras, pelo inusitado de sua inexplicável intenção”¹⁶.

No entanto, esse fato não acontece, pois, mesmo existindo a representação feita pelo Ministério Público e a presença atuante do advogado, o adolescente não está sendo acusado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não incorporou, em seus dispositivos, o sentido da acusação. Apesar de não ocultar a necessidade de responsabilização social do adolescente infrator, esta não resulta em *pena*. Ser-lhe-á aplicada uma medida sócio-educativa – art. 112 –, que poderá ser a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços comunitários, a imposição da liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional, a qual será sempre breve e de caráter excepcional – art. 227, parágrafo 3º, V, da CF.

Poder-se-ão aplicar, ainda, outras medidas específicas como encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em escola pública de ensino fundamental; inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio à família, à criança e ao adolescente; sujeição a tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, e, por último, inserção em programa oficial ou mesmo comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Essas últimas medidas possuem um caráter humanístico extremamente relevante, tendo em vista que muitas vezes a conduta delituosa de crianças e adolescentes tem por base uma disfunção orgânica ou psicológica e, o que é ainda mais freqüente, decorre do ingresso precoce no mundo de falsas fantasias que é o do álcool e da droga.

O que se pretendeu, provavelmente, com a implantação do contraditório foi assegurar ao adolescente, portanto, menor de idade (ininputável), as mesmas prerrogativas dadas ao infrator adulto, ou seja: ninguém poderá ser

preso senão em flagrante delito ou mediante determinação fundamentada da autoridade judiciária, a garantia de devido processo legal, do contraditório e da defesa por advogado¹⁷.

Não há que se olvidar que no contraditório reside a essência do processo jurídico, tanto na busca da verdade, como na concretização de seu fim maior que é a realização da justiça.

Ponto que merece destaque diz respeito à especialização do defensor que atua na área da infância e da juventude. Nesse sentido preleciona Amaral e Silva:

“O advogado não atuará da mesma forma que na Justiça comum, daí a necessidade de especialização. O processo tem peculiaridades como a investigação social prévia, a remissão, a informalidade, a celeridade, a participação comunitária, a intervenção dos pais ou responsáveis, a mudança em qualquer tempo da medida para outra mais branda. O advogado representará importante elemento de controle da prestação jurisdicional quanto à veracidade das informações da polícia, da vítima, das testemunhas, da equipe técnica, principalmente recorrendo à instância superior sempre que qualquer decisão seja desfavorável ao jovem”¹⁸.

Indiscutivelmente, o profissional que atuar nessa área específica terá de ser uma pessoa preparada, pois os processos de apuração de ato infracional praticado pelo adolescente não podem ter o mesmo enfoque que é dado pelo advogado com campo de atuação na esfera criminal. Cuide-se, por exemplo, que o interrogatório não possui perguntas prontas: são interrogados, também, os pais ou responsável do infrator; na audiência o defensor não pedirá a *absolvição de seu cliente*, pois o que lhe será aplicado são medidas sócio-educativas, lembrando-se que não há condenação¹⁹.

¹⁷ Cf. Constituição Federal, arts. 5º, LIV, LV e LXI; 227, parágrafo 3º, IV.

¹⁸ SILVA, Antônio Fernando Amaral e. Justiça da infância e da juventude. In : Brasil, criança, urgente : o novo direito da criança e do adolescente. São Paulo : Columbus Cultural, 1989. p. 95-96.

¹⁹ Melhor dizer que não há condenação no âmbito formal, pois apesar da boa intenção do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o seu conjunto de inovações, tanto substantiva quanto processual, na prática, no entanto, a realidade é outra: o adolescente infrator é colocado em instituições que pouco se diferenciam das prisões dos maiores de idade.

¹⁶ CAVALLIERI, Alyrio. Carta do Professor Alyrio Cavallieri aos Constituintes. Rio de Janeiro, 14 de julho de 1988. In : BARREIRA & BRAZIL, op. cit., p. 67.

Todas as figuras que atuam no processo de apuração de ato infracional praticado por adolescente, seja o juiz, o advogado, o promotor de justiça (responsável pela representação), convergem ou devem convergir em favor deste adolescente infrator, na busca da melhor medida a ser aplicada, levando em consideração as circunstâncias em que ocorreu o ato delituoso e as condições do agente (biológicas, psíquicas e sociais).

Há que se destacar, ainda nessa abordagem, a importância do advogado que atuará na defesa dos interesses coletivos e dos interesses difusos, sobretudo os das associações constituídas com o fim de salvaguardar os direitos da infância e da juventude, pois, como é sabido, não somente o Ministério Público é parte legítima para a promoção da ação civil pública – são partes, também, os outros entes taxativamente enumerados no Estatuto da Criança e do Adolescente – art. 210.

Assim, por exemplo, na hipótese de determinado município não contar com um posto de saúde, ou uma escola, etc, poderá ser promovida, pela associação, por meio de advogado, a referida ação civil pública, com intuito de ver solucionada aquela carência.

Esse tema envolve sérios problemas como a escassez de recursos e, sobretudo, a falta de vontade política em privilegiar ou não a área social. De qualquer forma é uma garantia, igualmente constante na Constituição Federal – art. 129 –, que possibilita ao Ministério Público, às associações legalmente constituídas e demais legitimados a atuação nessa íngreme esfera de proteção dos interesses difusos.

3. Considerações finais

Convém destacar, por último, que a presença do advogado é imprescindível para a administração da justiça. Há inclusive os que defendem, mais radicalmente, a sua presença até nos procedimentos administrativos²⁰.

De qualquer modo, é inegável que, na atual sociedade, permeada de conflitos, a presença do advogado, do verdadeiro advogado, isto é,

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 9 ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 53-54. A Carta Política de 1988 previu o princípio do contraditório e da ampla defesa num único preceito: art. 5º, LV, aplicável expressamente aos litigantes em qualquer tipo de processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

do comprometido ética e politicamente com a causa da infância e da adolescência brasileira, importa numa garantia indisponível ante a complexidade das relações sociais.

Deve-se acrescentar, ainda, como bem afirmou Grinover, que, enquanto no Brasil não for instituído um órgão de controle externo do Poder Judiciário, parece evidente que tal atribuição seja dada aos advogados, os quais, “como verdadeiros engenheiros sociais, terão condições de atuar, por si e por seus órgãos de classe, na fiscalização do exercício da função jurisdicional, mobilizando a opinião pública e servindo como caixa de ressonância para o verdadeiro controle popular”²¹.

Bibliografia

- BARREIRA, Wilson, BRASIL, Paulo Grava. *O direito do menor na nova Constituição*. São Paulo : Ática, 1989.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- CURY, Munir et al (coors.). *Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Range. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989.
- _____. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo : *Revista dos Tribunais*, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*. a. 24, n. 98, p. 18-32, abr./jun. 1991.
- LUPPI, Carlos Alberto. *Agora e na hora de nossa morte : o massacre do menor no Brasil*. São Paulo : Brasil Debates, 1982.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1980. v. 1.
- SILVA, Antônio Fernando do Amaral E. *Justiça da Infância e da Juventude. Brasil, criança, urgente: o novo direito da criança e do adolescente*. São Paulo : Columbus Cultural, 1989.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. In : *Revista de Direito Público*. a. 24, n. 98, abr./jun. 1991. p. 25.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *A questão do menor no Brasil: uma abordagem político-jurídica*. Florianópolis, 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1988.

_____. *Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?* Florianópolis, 1994. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

Direito e poder

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Teorias sobre o poder.* 3. *A concepção de Michel Foucault.* 4. *A relação entre o direito e o poder.* 5. *Direito e poder como tema da filosofia do direito.* 6. *Conclusões.*

1. Introdução

O presente artigo intenta enfocar as principais abordagens teóricas e políticas sobre o poder feitas por Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, Charles Tocqueville, Friedrich Engels, Karl Marx, Carl Rogers e Michel Foucault.

Pretende-se também examinar a relação entre o direito e o poder, assim como a importância dessa relação para o estudo da filosofia do direito

Ressalte-se que será dado particular enfoque à concepção de Michel Foucault, que, em seu *Microfísica do Poder*, procura mostrar que o poder não está localizado exclusivamente no aparelho de Estado: ele se prolonga fora, abaixo e ao lado dos aparelhos de Estado, a um nível muito mais elementar.

2. Teorias sobre o poder

A questão do poder, para Hobbes, expressa-se no *Leviatã*, que simboliza o Estado autoritário, onde o poder único é condição básica para a existência da Cidade.¹

Para Hobbes, o soberano é o homem cuja vontade é considerada de cada pessoa em

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

¹ A definição hobbesiana da cidade e a seguinte: “uma multidão de homens, unidos numa pessoa única por um poder comum, para sua paz, sua defesa e seu proveito comuns.”

particular. Está investido do poder absoluto e livre do poder das leis. Estas, ainda que sejam fundamentadas em boas razões, contudo, dependem apenas de sua pura vontade. Ele pode mudá-las, e contra suas decisões é impossível haver recurso ou contestações. Sem dúvida, a lei visa à justiça, mas, no regime em que há um soberano, obedece-se à lei enquanto ela é a vontade do Príncipe.

O direito, para Hobbes, é o útil. Não existem normas preestabelecidas tais que devam sempre ser levadas em conta para quem ministra a justiça. Para compreender o direito, é preciso retornar ao estado de natureza:

“Este desejo natural de conservar-se, isto é, o que se chama direito ou (em latim) *jus*, é uma inocente liberdade de empregar o seu poder e a sua força natural. No estado de natureza, tendo ‘direito’ a tudo que quero, eu posso (fisicamente, e nos limites da minha força física) apoderar-me de tudo que é bom para mim, segundo o meu juízo. O direito (*jus*) é medido pelo útil (*utiles*).”²

Assim, segundo a concepção hobbesiana, não há necessidade de existir um poder que as pessoas temam ou obedeçam, porque é útil aceitar a palavra do juiz. Este é totalmente imparcial e a sua concepção do que é certo ou justo é também percebida por todas as pessoas. Ele é capaz de decidir com base em si e não sob a orientação de uma legislação externa à pessoa.

O Leviatã é, sem dúvida, o símbolo do Estado autoritário. Mas, como lembra Gerard Lebrun,

“foi graças à tutela de um poder único e centralizador que o indivíduo se viu capaz de compensar o seu isolamento e de reivindicar a sua condição de indivíduo.”³

Historicamente, Hobbes abriu caminho para o pensamento político, embora, perdurando sua proposta, o poder manifestar-se-ia menos pela repressão, mais pela sua necessidade. Seria exercido pelo consentimento, e não pela força.

Na concepção de John Locke, filósofo inglês, mantém-se o esquema da soberania, mas numa perspectiva burguesa, onde o poder é exposto, com toda a sua clareza, como nada mais que um fiel instrumento a serviço dos

proprietários. O Estado existe para a garantia do exercício da propriedade.

Para Locke, o poder não é mais a expressão do social: é conferido a indivíduos que governam baseados num contrato. Assim, a garantia dos direitos dos proprietários é a própria razão de ser do poder. A rigor, o poder deixa a sociedade funcionar, e não é ele que a faz funcionar.

Como observa Gérard Lebrun:

“Locke não mais considera o poder como o núcleo político do social: trata-se, simplesmente, de uma instância que exerce sua função social determinada. E o que se deve temer, acima de tudo, é que o poder ultrapasse esta função, e que os súditos fiquem privados de recurso contra ele. Está, portanto, no abuso do poder o maior risco de ruína para o corpo político.”⁴

Por seu turno, Immanuel Kant propõe um Estado cuja função é ordenar a multidão sob leis gerais. Pressupõe o “social” centrado na atividade econômica e ambiciona chegar a uma sociedade regida por leis tão invioláveis quanto as da natureza.

Como lembra Luciano Gruppi:

“Kant sustenta que toda lei é tão sagrada, tão inviolável, que é crime mesmo colocá-la em discussão. Adverte que o monarca nunca deixa de ser um justo intérprete da soberania do povo, do direito natural, e que as leis sempre correspondem ao direito natural, à própria soberania do povo.”⁵

Politizar o homem, para Kant, não consiste mais em educá-lo moralmente, mas em introduzi-lo num maquinismo que o sujeitará a fins (a paz e a segurança) que, apenas por suas disposições naturais, ele não poderia atingir. O modelo político é, pois, mecanicista.

Na concepção de Jean-Jacques Rousseau, o poder pertence só ao povo. Por via de consequência, o povo nunca deve criar um Estado distinto ou separado de si mesmo. O único órgão soberano é a assembleia e nesta é que repousa o poder.

Rousseau não faz distinção entre os poderes, visando afirmar, acima de tudo, o poder da

⁴ Ibidem, p. 62.

⁵ GRUPPI, Luciano. Tudo começou com Maquiavel : as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Porto Alegre : L&PM, 1980. p. 17.

² LEBRUN, Gérard. O que é poder. São Paulo : Abril Cultural, Brasiliense 1984. p. 38-39.

³ Ibidem, p. 45.

assembléia. Não pode existir um poder executivo distinto da assembléia, do poder representativo.

A concepção de Rousseau encontra, na prática, dificuldades de organização. A reunião do povo em assembléia é possível numa pequena cidade, mas provavelmente encontraria dificuldade num Estado moderno.

Dentro da proposta do liberalismo do século XIX, Charles Tocqueville teme a omissão das pessoas em favor do poder tutelar. Sustenta que o individualismo que se desenvolve nas sociedades democráticas pode fazer com que o poder se utilize do isolamento e da fraqueza das pessoas. Para ele, tal tendência só pode ser refreada por meio da participação das pessoas na condução dos negócios públicos.

O liberalismo se preocupou essencialmente com a independência dos agentes econômicos, enquanto Tocqueville enfatiza o perigo de o poder vir a privar os indivíduos de qualquer iniciativa política. Teme a dominação política, o poder apenas pelo mando, como forma de opressão.

Na concepção de Friedrich Engels, o Estado é consequência da divisão da sociedade em classes e começa a nascer quando surgem essas classes e, com elas, a luta de classes. É, pois, a expressão de uma classe sobre a outra, é a necessidade de regulamentar juridicamente a luta de classes a fim de que não se torne dilacerante.

Para Engels, a família e a sociedade são duas coisas que marcham juntas, pois a sociedade organiza as relações entre os sexos para sua própria vida e sobrevivência. Com o desenvolvimento da economia, surgem diferenciações econômicas, de classes, no interior da família. Então, vem a crise. É justamente nesse momento que surge a organização do Estado, o qual tende a dominar a sociedade.

É importante observar que Engels vê o Estado como um poder que, nascido da sociedade, vai tornando-se cada vez mais estranho a ela, isto é, transforma-se num corpo separado.

Na perspectiva de Karl Marx, somente a ascensão do proletariado poderia pôr termo ao poder político, culminando com a abolição das classes sociais e da coerção do Estado, que era a expressão da dominação de uma classe sobre a outra.

Marx sustenta que, quebrada a máquina da dominação, seriam vencidas as dificuldades que impediam a liberdade. Era sensível a desproporção entre o alcance do poder político e a

precariedade do quadro institucional, que reduziria esse poder a uma instância opressora, mantendo em funcionamento o sistema de produção. A instituição da propriedade coletiva dos meios de produção suprimiria, *ipso facto*, a instância do Estado, deixando espaço apenas para o problema técnico de planejamento, terminando assim os problemas políticos.

Dentro da lógica marxista, acreditava-se no fim dos dominadores e dos dominados, no fim do poder de um homem sobre outro homem. Essa postura é considerada por Gérard Lebrun⁶ como radical e que nega a necessidade de uma ordem política, considerada como condição fundamental para o funcionamento de uma sociedade moderna.

Por fim, Carl Rogers, em seu livro *Sobre o Poder Pessoal*, enfoca a questão do poder e o controle no cotidiano das pessoas, nos relacionamentos interpessoais.

Rogers contesta o ponto de vista de que a natureza do indivíduo é tal que não se possa confiar nele. Mas admite uma série de fatores que pesam contra o poder individual responsável. Observa que, na prática educacional, industrial e militar, as pessoas são guiadas, instruídas, recompensadas, punidas e controladas por aqueles que são mais sábios ou possuem *status* superior.

Numa abordagem audaciosa, Rogers, acreditando que a forma democrática, mais lembrada pelas violações do que pelo cumprimento, não subsistirá no tempo; proclama a sociedade centrada na pessoa responsável, que participa da tomada de decisão. A “pessoa de amanhã”, que emerge, sente profunda aversão às instituições altamente estruturadas, rígidas, burocráticas, posto que está convencida que as instituições existem para as pessoas, e não o contrário. Ela não concorda com a ordem pela ordem, com a forma pela forma, com a regra pela regra. Todo aspecto da estrutura formal é questionado e descartado, a menos que sirva a um propósito humano.

3. A concepção de Michel Foucault

Michel Foucault, filósofo contemporâneo, desenvolveu, em *Vigiar e Punir* e *A Vontade de Saber*, algumas idéias sobre o poder. Nessas obras, Foucault vê o poder moderno não mais como uma instância repressiva e transcendente (o rei acima dos súditos, o Estado superior ao

⁶ LEBRUN, op. cit., p. 107.

indivíduo), mas como instância de controle, que envolve mais o indivíduo, ao invés de dominá-lo abertamente. Podem reduzir-se as proibições, abolir-se a pena de morte, abrandar-se o regime de prisões etc., contudo o sistema disciplinar, a que estamos submetidos até em nossa privacidade, cresce, discreta mas ininterruptamente.

Portanto, o poder não é mais um caso extremo de exercício de autoridade. O fundamental é a análise de quem é capaz de exercer o poder com menor detrimento dos que estão excluídos dele.

O Estado moderno é menos abertamente dominador, é mais manipulador. Preocupa-se menos em reprimir a desobediência do que em preveni-la. Assim, o Estado existe mais para punir do que para disciplinar.

De outro lado, Foucault, noutra esplêndida obra, *Microfísica do Poder* – que é a nossa preocupação central –, aborda o poder num enfoque diferente, fora do aspecto puramente político, e mais próximo da natureza humana, em que ele se prolonga por ramificações inferiores da sociedade.

Nessa obra, Foucault sustenta que existe não uma coisa única chamada poder, porém formas variadas e em permanente transformação. Nesse sentido, o poder não é entendido como um objeto natural, mas sim como uma prática social construída historicamente. O poder não existe, existem relações ou práticas de poder, constituídas fora do Estado, essenciais para situar a genealogia dos saberes humanos.

Esse tipo de abordagem é chamada por Foucault de “descendente”,⁷ no sentido de que deduzira o poder partindo do Estado e procurando ver até onde ele se prolonga nos escalões mais baixos da sociedade, penetra e se reproduz em seus elementos mais atomizados. Não que assim minimize o papel do Estado como órgão central e único. A análise de Foucault retrata o poder não como uma dominação global e centralizada, que se pluraliza nos setores da vida social de modo homogêneo, mas como tendo vida própria e formas específicas ao nível mais elementar.

O interessante na abordagem de Foucault é que os poderes não foram localizados em outros pontos da estrutura social. Daí a idéia de que o poder não é algo que se detém como uma coisa, mas uma relação. Nesse sentido, afirma, pole-

micamente, que o poder não existe, existem relações de poder.

Foucault mostra que essas relações de poder não se passam fundamentalmente nem ao nível do direito, nem da violência; nem são basicamente contratuais, nem unicamente repressivas.

À concepção negativa que identifica o poder com o Estado e o considera essencialmente um aparelho repressivo, Foucault opõe uma concepção positiva que pretende dissociar os termos dominação e repressão. Procura mostrar que a dominação capitalista não conseguirá manter-se unicamente na repressão.

Foucault afirma que é necessário terminar com as descrições dos efeitos do poder em termos negativos, ou seja, que ele “exclui”, ele “censura”, ele “esconde”. De fato, prossegue, o poder produz coisas reais, produz domínios de objetos e rituais de verdade. O poder possui uma eficácia produtiva, a que explicaria seu alvo: o corpo humano. Não para fazê-lo sofrer, mas para aprimorá-lo, adestrá-lo.

Foucault, na sua formulação sobre a questão do poder, apresenta também o problema de uma relação específica de poder sobre os indivíduos enclausurados que incide sobre seus corpos e utiliza uma tecnologia de controle, que não é própria das prisões, encontrando-se também em outras organizações como o hospital, a escola, a fábrica etc.

A esse tipo específico de poder Foucault chamou de disciplinar. Seria uma técnica, com métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, assegurando a sujeição constante de suas forças e impondo-lhes uma relação de docilidade-utilidade.

A ação sobre o corpo, o controle do comportamento, a normatização do prazer, a interpretação do discurso, objetivando a tudo julgar e avaliar, faz despertar o homem para a produção do saber. Em suma, as técnicas disciplinares geram as ciências humanas.

A constituição histórica das ciências humanas é uma questão central das investigações de Foucault. Não relaciona o saber, entendido como idéia ou pensamento, diretamente com a economia, mas como peça de um dispositivo político que se articula com a estrutura econômica. Assim, o poder disciplinar é produtor do conhecimento e responsável pela formação de domínios de saber, a partir de práticas políticas disciplinares.

Todo conhecimento, seja ele científico ou

⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro : Graal, 5. ed. 1985. p. 13.

ideológico, só pode existir a partir de condições políticas que forjam o sujeito e os domínios de saber. Não há saber neutro. Todo saber é político, porque tem sua gênese nas relações de poder.

O fundamental desta análise é que saber e poder se implicam mutuamente: não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, como também, reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder.

Estes são alguns resultados a que tem chegado Foucault nas suas reflexões sobre o poder. Sua abordagem microscópica enfocando os inúmeros pequenos poderes que envolvem as pessoas (sem que elas tenham consciência) evidencia a existência de formas de exercício do poder diferentes do Estado, a ele articuladas e essenciais à sua sustentação e atuação eficaz.

E, na medida em que o poder se localiza fora do aparelho do Estado, nada mudará a sociedade se esses mecanismos de poder, que se prolongam a níveis mais elementares, não forem modificados.

4. A relação entre o direito e o poder

Cabe, de início, ressaltar que, antes de adentrarmos no exame das relações entre o direito e o poder, mister se faz tentarmos nos aproximar de um conceito de poder, no sentido amplo e estrito, recorrendo às contribuições de Roberto de Aguiar⁸ e às várias teorias descritas nas linhas antecedentes.

O poder é uma relação entre os homens. Significa, em termos singelos, que alguém comanda e outro obedece.

O exercício do poder se faz tendo em vista um resultado desejável por quem detém o poder. Esse resultado se traduz por uma mudança ou manutenção das atitudes ou comportamentos de quem se encontra subsumido ao poder.

O poder, que é exercido, no mínimo, por um homem sobre o outro, pode também se manifestar entre os grupos sociais para estabelecer uma ordem mais ampla conforme os seus interesses, seu modo de ser, pensar e produzir.

Nesse sentido, há vários fatores que explicam como os homens ou grupos exercem o poder sobre outros homens ou grupos. Sem descer a detalhes, podem ser agrupados como determinantes do poder: a força (econômica,

religiosa ou política), a ideologia, a liderança, a disciplina e a autoridade.

O poder não é, pois, uma coisa ou algo que pode ser guardado e transferido. É uma relação entre os homens ou grupos, temporal e mutável, podendo ser rompido.

Esse poder, que é uma relação entre homens ou grupos, atua em vários níveis e de várias formas em cada nível. Aparecem assim, como mostram as contribuições de Michel Foucault, os macropoderes (o Estado e as entidades transestatais) e os micropoderes (o controle sobre os corpos e as mentes), havendo a tendência destes reproduzirem os discursos daqueles em seus âmbitos de incidência.

Manifesta-se o poder nesse cenário repleto de ações, interações e contestações, necessitando ser aceito e obedecido para sobreviver, fortalecer, traduzir sua ideologia e organizar o corpo social segundo seus desígnios e interesses. É justamente aí que o direito surge como expressão normativa da mediação dos conflitos emergentes numa dada sociedade.

Assim, na medida em que o direito é emanado de um poder, que se configura como um representante do Estado, evidentemente a relação entre ambos se apresenta mais nitidamente. É o poder formal a manifestação de poder que está mais intimamente ligada ao direito.

O que é importante ressaltar é que o poder formal, como mostra Roberto de Aguiar,

“se configura como um conjunto de órgãos legalmente definidos, que exerce o poder legal numa sociedade, representando a ideologia e os interesses dos grupos que ali o colocaram e que, por consequência, o sustentam. Qualquer ruptura do aparelho de comando formal de um Estado com os grupos que o sustentam desencadeia uma ‘crise’ de governo, um conflito cujo instrumento dos mais eficazes para a sua resolução é o direito. Em sendo mantido o ‘governo’, ou as leis ‘endurecem’ em determinado sentido, ou ‘abrandam’, mas o importante, dentro de tudo isso, é que elas permaneçam dentro da mesma chave ideológica, dentro dos mesmos parâmetros.”⁹

Mas é preciso, também, trazer à colação outras espécies de poder que, para serem exercidos, prescindem do direito e de seu aparato normativo.

⁸ AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Alfa-Omega, 1980.

⁹ *Ibidem*, p. 58.

Assim, o poder disciplinador, estudado por Foucault para selecionar as condutas e os comportamentos aprováveis e desaprováveis e desenvolver as técnicas para implementar os aprováveis, tem de assumir uma postura normativa. A tarefa de disciplinar tem na norma jurídica um dos agentes mais eficazes.

As técnicas de disciplinamento e a consequente seleção, que explicitamente não sejam dadas como normativas, sempre o serão, posto que se traduzem num dever-ser prévio. E estarão sempre, direta ou indiretamente, ligadas às normas jurídicas.

De outro lado, o poder controlador precisa lançar mão do direito para exercer suas atribuições. Seus interesses, cristalizados ideologicamente, devem ser instrumentalizados em normas que, por meio das sanções, garantam a ordem implantada.

É preciso salientar que o direito, por sua própria função de dirigir, disciplinar ou controlar condutas e comportamentos, apresenta uma bilateralidade no tocante ao destinatário da norma, pois se dirige aos grupos detentores do poder e aos grupos que não o detêm. Assim, o poder se limita como limita os outros, a fim de que, de algum modo, sua autoridade seja mantida e sua unidade não seja rompida.

Vale, finalmente, referir que o direito realiza uma função social. Essa função é de controle social, entendido em sua acepção mais ampla. O direito é sempre instrumento com que os “donos do poder” conformam os comportamentos individuais e/ou coletivos aos limites desejados, autorizados ou tolerados pelo “consenso social”.

5. Direito e poder como tema da filosofia do direito

A relação entre direito e poder se insere no contexto da filosofia do direito, na medida em que procura captar, dentre as visões que percorrem a doutrina jurídica, aquela que corresponde à concreção, isto é, ao direito como mediador dos conflitos segundo os “valores” do legislador, que pertence a grupos que detêm, por meio do poder, o munus de legislar.

Nesse sentido, o direito não é neutro. Ele sempre traduz a ideologia do poder legiferante.

O direito é a ideologia que sanciona, é a

linguagem normativa que instrumentaliza a ideologia do poder, amoldando-a às pressões contrárias a fim de que sobreviva.

A ordem jurídica, composta pelas diferentes normas de direito que tratam da organização do Estado e de regular as condutas dos indivíduos, é a expressão mais alta da tradução ideológica do poder.

Toda essa problemática estudada nas linhas antecedentes é, sem dúvida, de singular interesse para a filosofia do direito, na medida em que examina o direito como fenômeno observável e valorativo.

Por fim, não se pode deixar de destacar as contribuições de Michel Foucault para o estudo das relações do direito com o poder, que se constituem vertente de inequívoca eficácia para o equacionamento da teoria jurídica.

Não se esgota nisso, contudo, a identificação da importância da relação entre direito e poder para os estudos da filosofia do direito, assunto esse que pode comportar longas e eruditas dissertações, tal a riqueza de aspectos nele envolvidos.

6. Conclusões

Em síntese conclusiva, parece-nos que:

a) As idéias de Hobbes, ainda que passíveis de crítica, partem de uma análise psicológica da natureza humana, ao considerar possível que as pessoas se associem unicamente para a satisfação de seus interesses, aceitando a proteção da instância política.

b) A obra de Marx fundou um modo original de pensar a sociedade burguesa e a sua dinâmica, que inclui necessariamente a alternativa da revolução socialista. No entanto, a afirmação de que a ascensão do proletariado suprimiria o poder político parece não se ter confirmado.

c) A perspectiva de Rogers é otimista quando crê na possibilidade de confiar nas pessoas, dando-lhes o natural poder de participação. Contudo, não se pode esperar que tal pressuposto venha a prevalecer na sociedade moderna, onde as pessoas são ensinadas a suspeitar e a desconfiar de outrem.

d) A contribuição de Foucault sobre o poder disciplinar constitui o ponto de partida para uma séria indagação de como é que os homens, mesmo sabendo das tantas modalidades de jogos e adestramento, submetem-se e continuam

a submeter-se de forma tão resignada aos excessos de poder.

e) Para a compreensão do fenômeno jurídico, é importante a introdução de elementos, extraídos de Foucault, como a relação do direito com a corporeidade, com a temporareidade e com o saber.

f) A idéia de poder envolve a possibilidade, qualquer que seja o seu fundamento, de impor a própria vontade dentro de uma relação social, ainda que havendo resistência.

g) A relação entre o direito e o poder torna-se mais nitidamente observável na medida em que o identificamos como emanado do Estado, que se irroga a qualidade de próprio poder legiferante.

h) A ideologia assume, claramente, um papel de extrema importância para a compreensão de toda a complexa inter-relação dos conceitos de direito e poder. Ela informa, precisamente, a instância jurídica, como aliás informa a instância política.

i) O exercício do poder, no Estado de direito democrático, envolve dinâmica e permanente oposição de vetores divergentes, que se

equilibram nas pressões e contrapressões impedoras da dominação da sociedade por uma única fonte de mando.

Bibliografia

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Alfa-Omega, 1980.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e Tradução de Roberto Machado. 5. ed. Rio de Janeiro : Graal, 1985.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. Porto Alegre : L&PM, 1980.
- LEBRUN, Gérard. *O Que é poder*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara Ribeiro. São Paulo : Abril Cultural, 1984.
- LITRENTO, Oliveiros. *Curso de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro : Rio, 1980.
- ROGERS, Carl Ransom. *Sobre o poder pessoal*. Tradução de Wilson Milan Alves Penteado. São Paulo : Martins Fontes, 1978.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia*. Rio de Janeiro : Achiamé, 1980.

Inconstitucionalidade de emendas à Constituição

EDÍLIO FERREIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O poder constituinte 3. Emendas à Constituição. 4. As cláusulas pétreas e o poder constituinte derivado. 5. A inconstitucionalidade de emendas à Constituição. 6. A inconstitucionalidade formal de emendas à Constituição. 7. A inconstitucionalidade material de emendas à Constituição. 8. Conclusão.

1. Introdução

Compete a todos os entes da Federação “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas” (*Constituição Federal*, art. 23, I).

O Supremo Tribunal Federal tem a competência precípua de ser o guardião da Constituição.

O controle da constitucionalidade visa impedir que preceitos contrários à Constituição tenham eficácia. Destina-se, também, a conferir eficácia plena ao texto constitucional, mediante ação de inconstitucionalidade por omissão.

2. O poder constituinte

O poder constituinte originário é convocado pela nação para, soberanamente, elaborar e promulgar a sua Constituição.

No ensinamento de Paulo Bonavides,

“costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado. O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder prima-

cialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional” (*Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Malheiros, 1993. p. 125).

Adverte, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na ementa do Mandado de Segurança nº 21.747:

“O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar.”

3. Emendas à Constituição

A Constituição, como manifestação da soberania nacional e como organizadora da vida política, jurídica, econômica e social do país, é um documento permanente. Não pode estar sujeita às ações inopinadas de mandatários que são detentores fugazes do poder. O poder e os mandatários é que devem submeter-se à soberania popular de que a Constituição é depositária.

A Constituição pode ser modificada, sim, por meio de emendas, possibilitando a adequação de suas normas – e não de seus princípios – às novas realidades que se sucedem. A Constituição pode ser alterada por emendas constitucionais, mas não pode ser violentada em seus princípios, em sua estrutura fundamental. É como leciona José Afonso da Silva: “o processo de emendas se reserva a mudanças pontuais e circunstanciais” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. Revista dos Tribunais, p. 55).

O princípio da supremacia da Constituição e a conseqüente rigidez normativa determinam que o procedimento de sua modificação tenha limitações jurídicas constitucionalmente definidas.

A Constituição de 1988, em seu artigo 60, trata do assunto, dizendo que ela pode ser emendada mediante proposta de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa de seus membros. Numa interpretação

sistemática da Constituição (parágrafo único do art. 1º, *in fine*, art. 14, III, e § 2º do art. 61 da CF), há, como defende José Afonso da Silva, a possibilidade da iniciativa popular de proposta de emenda constitucional, subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A Constituição, também em seu artigo 60, estabelece os limites circunstanciais, processuais e materiais para que seu texto possa ser modificado.

* *Limites circunstanciais*: a Constituição não pode ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º).

* *Limites processuais*:

a) a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2º);

b) a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3º);

c) a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º).

* *Limites materiais*: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, I, II, III e IV).

A respeito dos limites estabelecidos pelo constituinte originário, sintetiza Canotilho:

“Dada a existência de limites formais e materiais, as leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista formal e material” (*Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina. p. 1.145).

Os limites materiais impostos ao rígido procedimento de eventual modificação do texto constitucional – os pontos intocáveis da Constituição – são, também, denominados de *cláusulas pétreas*, *cláusulas de eternidade*, *núcleo temático intangível* ou *cerne inalterável da Constituição*. Eis o que ensina Gilmar Ferreira Mendes sobre a questão:

“Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas cláusulas pétreas ou da garantia de eternidade (*Ewigkeitsgarantie*), que limitam o poder de reforma sobre determinados objetos. (...) Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. (...) Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional, mas, também, qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica” (*Controle de Constitucionalidade*. Saraiva, 1990. p. 96, 97 e 98).

4. As cláusulas pétreas e o poder constituinte derivado

É contundente a manifestação do Ministro Carlos Veloso, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-5 – DF, a respeito das cláusulas pétreas e do poder constituinte derivado:

“As matérias que se inscrevem nos incisos do § 4º do art. 60 são intangíveis à mão dos congressistas investidos de poder constituinte derivado. Aliás, poder constituinte derivado, segundo o magistério de Canotilho, não passa de uma paródia.”

A respeito do cerne inalterável da Constituição, assim se manifesta José Afonso da Silva:

“É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...’, ou o *habeas corpus* ou o mandado de segurança...’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringe a liberdade religiosa ou de comunicação ou outro direito e garantia individual. Basta que a proposta de emenda se

encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto), para sua abolição. Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência de abolir o princípio da separação dos poderes” (op. cit., p. 59).

No exercício do poder constituinte derivado, que, como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é um poder “subordinado, secundário e condicionado”, Deputados Federais e Senadores não podem, portanto, desfigurar a Constituição, com propostas de emendas constitucionais que agridam seus princípios fundamentais e sua estrutura de valores.

5. A inconstitucionalidade de emendas à Constituição

As emendas constitucionais, oriundas de propostas cujo processo de elaboração não tenha cumprido o procedimento constitucionalmente estabelecido (§§ 2º, 3º e 5º do art. 60 da CF) ou tenha infringido, mesmo que remotamente, o núcleo intangível da Lei Maior (§ 4º do art. 60), podem ser declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade. O descumprimento das normas procedimentais gera inconstitucionalidade formal e a ofensa às cláusulas pétreas origina inconstitucionalidade material.

Em outras palavras, é o que defende José Afonso da Silva:

“Toda modificação constitucional feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, *quorum* etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias” (op. cit., p. 60).

Não é outra a posição da Ordem dos Advogados do Brasil, quando ressalta:

“O art. 60 da Lei Fundamental da

República constitui-se limite material e formal à reforma constitucional, pelo que a inobservância de seus preceitos macula do vício invalável de inconstitucionalidade os atos subseqüentes, inclusive a Emenda que venha ser promulgada em desrespeito ao quanto ali disposto” (Nota Oficial publicada na *Folha de São Paulo*, 18 abr. 1996. p. 10).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem consolidando tal posicionamento doutrinário. Senão, vejamos:

* “As normas de uma Emenda Constitucional, emanadas, que são, de constituinte derivada, podem, em tese, ser objeto de controle, mediante ação direta de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, quando confrontadas com normas elaboradas pela Assembléia Nacional Constituinte (originária) (art. 102, I, *a*)” (Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-5 - DF).

* “As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade” (Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466).

* “Emendas à Constituição – que não são normas constitucionais originárias – podem, assim, incidir, elas próprias, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias” (Voto do Ministro Celso de Mello, como relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466).

* “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, *a*, da CF)” (Ementa da ADIN nº 939-7 – DF).

É de registrar que o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1891, que não previa o controle abstrato, mas somente o controle incidental ou concreto de constitucionalidade, no julgamento do *Habeas*

Corpus nº 18.178, apreciou aspectos da Reforma Constitucional de 1926, concluindo por sua validade.

Têm legitimidade ativa para propor ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (incisos do *caput* do art. 103 da CF). O cidadão pode, também, fazê-lo indiretamente, desde que solicite a um dos que têm legitimidade, convencendo-o a propor tal ação junto ao Supremo Tribunal Federal.

6. A inconstitucionalidade formal de emendas à Constituição

O não-cumprimento dos limites processuais, quando da apreciação de proposta de emenda constitucional pelas Casas do Congresso Nacional, gera a inconstitucionalidade formal da emenda dela decorrente, podendo ser argüida perante o Supremo Tribunal Federal.

Não cabe, portanto, ação direta de inconstitucionalidade contra proposta de emenda à Constituição. Somente será possível legitimá-la contra emenda constitucional devidamente promulgada. Não há controle abstrato preventivo de constitucionalidade incidente sobre proposições em tramitação no Congresso Nacional. No transcorrer do processo legislativo, o congressista tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança contra possível inconstitucionalidade no próprio andamento procedimental a que se devem submeter as propostas de emenda constitucional e os projetos de lei.

É o que tem entendido o Supremo Tribunal Federal, como podemos observar nas seguintes decisões:

* “A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle *sucessivo* ou *repressivo* de constitucionalidade” (Ementa da ADIN nº 466).

* “Cabimento de mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição” (Ementa do Mandado de Segurança nº 20.257 - DF – decisão com base na Emenda Constitucional nº 1/69).

* “Cabe mandado de segurança, no curso do processo legislativo, contra emenda constitucional que viole o art. 60, § 4º, da Constituição.

A legitimidade ativa é de congressista, cujo direito subjetivo é ofendido, e não de partido político.

...

Convém ressaltar, neste ponto, que mesmo as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas, quanto à análise de seu conteúdo material e quanto ao exame dos pressupostos de sua formação, da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário” (Mandado de Segurança nº 21.747).

Para sintetizar o que abordamos neste item, nada melhor do que a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A violação de preceito constitucional, mesmo de caráter estritamente formal, importa em inconstitucionalidade e, portanto, seguindo a doutrina clássica, em nulidade do ato violador” (*Do Processo Legislativo*. 3. ed. Saraiva, p. 243).

Exemplo típico de inconstitucionalidade formal é o que se poderá alegar contra uma possível emenda constitucional decorrente da chamada proposta de emenda da previdência social, cujo substitutivo tinha sido rejeitado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, sendo reapresentado em forma de emenda aglutinativa na qual se inseriram dispositivos do substitutivo rejeitado. A matéria, aprovada pela Câmara dos

Deputados, em forma de emenda aglutinativa, tramita no Senado Federal. Reafirmamos que, se aprovada nos turnos restantes e promulgada como emenda constitucional, padecerá ela do vício de inconstitucionalidade formal, ficando sujeita ao controle normativo abstrato de constitucionalidade, por ter infringido, quando de sua tramitação, um dos limites procedimentais constitucionalmente estabelecidos (art. 60, § 5º).

São enfáticas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito:

“Diz a Constituição, em seu art. 60, § 5º: ‘A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa’. Como se sabe, em 6 de março, a emenda em questão foi rejeitada.

Logo, não poderia a mesma matéria volver a ser apreciada na presente sessão legislativa. Contudo o foi, inconstitucionalmente, sob a forma de emenda aglutinativa” (Ainda há juízes em Berlim. Artigo publicado na *Folha de São Paulo*, 18 abr. 1996. p. 3).

7. A inconstitucionalidade material de emendas à Constituição

Como assinalamos anteriormente, ressaltando doutrina e jurisprudência pertinentes, o § 4º do artigo 60 da Constituição tornou imunes a qualquer alteração posterior os fundamentos explícitos da estrutura constitucional brasileira. As emendas constitucionais que não respeitarem esses limites serão inconstitucionais sob o ponto de vista material.

A emenda constitucional, por exemplo, que busque a centralização na União de competência originária atribuída aos Estados-membros fere o princípio federativo, definido como cláusula pétreia pelo inciso I do § 4º do artigo 60 da Constituição, gerando inconstitucionalidade material.

É o caso da Emenda Constitucional nº 15, promulgada em 12 de setembro de 1996, que, alterando a redação do § 4º do artigo 18 da Constituição, retira a competência dos Estados-membros para, mediante lei complementar, fixar os requisitos para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, transferindo-a para a União, num desrespeito flagrante ao princípio federativo.

Relembramos, a respeito, a já citada lição de José Afonso da Silva:

“A autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica a tendência a abolir a forma federativa de Estado”.

No mesmo sentido é o posicionamento da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, ao opinar unanimemente pela inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 107, de 1995, nos termos do Parecer do Relator Régis Fernandes de Oliveira:

“Há, efetivamente, um escalonamento de princípios, ordenando-os na ordem de prioridades. Não é por outro motivo que o constituinte elencou no § 4º do art. 60 os fundamentos centrais do sistema normativo brasileiro. Ali imunizou alguns pontos contra toda sorte de alteração posterior. Instituiu o que os doutrinadores chamam de cláusulas pétreas do sistema.

A Federação, por exemplo (inciso I), foi elevada ao nível de categoria central. Não é só a fórmula que diga sobre a extinção dela que deixa de ser objeto da apreciação pelo Congresso Nacional. O que está por detrás do preceito é a intenção subreptícia. A pura revogação da Federação seria evidentemente inconstitucional. Entretanto, não é só isso. É, também, a fórmula que indiretamente ou por meios mais sutis objetive abalar o princípio.”

Emenda Constitucional que fira a autonomia dos entes federados padece do vício de inconstitucionalidade material, passível de controle normativo abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A Federação, adaptando à Lei Fundamental de 1988 o ensinamento de Sampaio Dória, é a autonomia recíproca da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob a égide da Constituição Federal.

Fazendo o mesmo com relação à lição de Geraldo Ataliba, acrescentaríamos, com fundamento nos artigos 1º, 18 e 60, § 4º, I, da Constituição, que a Federação brasileira se fundamenta na autonomia recíproca, porque autônomos são a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios: cada qual faz as próprias regras de vida e um não faz regras para o outro; logo um não manda no outro, um não é superior ao outro. Não há superioridade, não há hierarquia da União sobre os Estados, sobre o Distrito Federal e sobre os Municípios, nem destes entre si e sobre ela.

Para o Supremo Tribunal Federal, a estabilidade da Federação, “em princípio, a um primeiro exame, não pode ser afetada, sequer, por emenda constitucional” (Ementa da ADIN nº 926-5).

O Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 939-7 – DF, decide sobre a inconstitucionalidade de expressão do § 2º do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 3/93 que, entre outros, violou o princípio da imunidade tributária recíproca “que é garantia da Federação”. O STF, na referida ADIN, declara a inconstitucionalidade material de parte de emenda constitucional, por violar “princípios e normas constitucionais imutáveis”.

Tramita, na Câmara dos Deputados, com Parecer pela admissibilidade, emitido por sua Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, a Proposta de Emenda à Constituição nº 89, de 1995, que “dá nova redação ao inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal”, alterando o número de Vereadores das Câmaras Municipais e dando aos Tribunais Regionais Eleitorais a competência para fixá-lo.

A referida Proposta de Emenda à Constituição (PEC) é um atentado à autonomia municipal, que é princípio constitucional (artigos 1º, 18 e 34, VII, c, da CF), pois retira da Câmara Municipal, nos termos da Lei Orgânica, a competência para a fixação do número de Vereadores, nos limites constitucionalmente estabelecidos, passando-a para a Justiça Eleitoral.

Tal Proposta não poderia sequer ser apreciada, pois contraria frontalmente a Constituição que elege, como integrante de seu núcleo temático intangível, a Federação. Os argumentos a respeito foram anteriormente declinados, enfatizando-se o princípio federativo como cláusula pétreia.

Violar o princípio da autonomia municipal, consagrado expressamente pela Constituição, é violar a Federação. É o que tenta fazer a PEC nº 89, de 1995, como fica evidente na Justificativa apresentada por seu autor:

“A elogiável autonomia conferida aos municípios na Constituição atual tem alguns pontos que necessitam revisão.

Um deles, entendemos, está justamente no fato de ser dada aos municípios a competência para estabelecer o número de Vereadores às Câmaras Municipais. A prática comprovou que isso gerou distorções. (...) Ante os fatos, e para evitar excessos ou distorções, entendemos que o número de Vereadores para cada município deve ser fixado por um único Órgão em cada Estado. (...) Quanto ao Órgão, o mais indicado para fixar o número de Vereadores de cada município é o Tribunal Regional Eleitoral do Estado.”

A Proposta pretende, pois, revisar, em alguns pontos, a autonomia municipal, quer restringi-la, em flagrante ofensa ao princípio federativo. Não se revisa, não se restringe princípio constitucional. Proposta de Emenda que procura retirar dos Municípios parcela, “por mínima que seja, da capacidade de auto-organização, de autogoverno e auto-administração, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado”, repetindo o ensinamento de José Afonso da Silva. E, pois, inconstitucional.

Alega seu autor, na Justificativa, que há necessidade de combater “excessos ou distorções”, fazendo-o, no entanto, por meios inconstitucionais. Diríamos, usando expressão do Ministro Marco Aurélio, do STF, que se procura “homenagear o fim, em detrimento do meio”.

Excessos e distorções, porventura existentes, combatem-se pelo exercício pleno da cidadania e não com afronta a princípios constitucionais. Excessos e distorções combatem-se na prática do processo democrático e no respeito à Constituição.

No constitucionalismo brasileiro, os Municípios “desfrutam de uma autonomia similar à dos Estados-membros, visto que não lhes falta um campo de atuação delimitado, leis próprias e autoridade sua. Isto dá ao nosso Município a qualidade de autônomo e, mais do que isto, autônomo por força da própria Constituição” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva. V. 1, p. 221).

A Proposta de Emenda à Constituição nº 89, de 1995, representa, também, um retrocesso histórico, ao tentar reduzir o número mínimo de Vereadores de nove para sete. Está voltando ao tempo do Império. Senão vejamos o que preceituava a Lei de 1º de outubro de 1828, na redação original:

“Art. 1º As Câmaras das cidades se comporão de nove membros, e as das villas de sete, e de um Secretário.”

Não se pode aceitar que, a cada excesso ou distorção alegados, se tente mudar a Constituição, ferindo-lhe, inclusive, princípio fundamental, pois “nenhum exegeta que se preze interpretaria o Direito, atribuindo-lhe a instauração de absurdos, incongruências e inocuidades” (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit.). É lapidar, também, a advertência de Aliomar Baleeiro, fixando regra de hermenêutica constitucional:

“A Constituição não poderá ser interpretada de sorte que ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e Municípios” (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 5. ed. Forense, 1977).

Se promulgada, a emenda constitucional decorrente da PEC nº 89, de 1995, por conter vício de inconstitucionalidade material, ao ferir cláusula pétreia (CF, art. 60, § 4º, I), ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo STF.

8. Conclusão

Compete aos entes federativos “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas”. O poder constituinte originário – a Assembleia Nacional Constituinte – faz a Constituição. É o poder de fato. O poder constituinte derivado é poder constituído. É o poder jurídico, subordinado aos limites circunstanciais (art. 60, § 1º, da CF), procedimentais (art. 60, §§ 2º, 3º e 5º) e materiais, as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), além de submeter-se aos limites implícitos decorrentes dos princípios constitucionais. A emenda constitucional, proveniente que é do poder constituinte derivado, que desrespeite tais limitações, expressas e implícitas no texto da Lei Maior, ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Há precedentes jurisprudenciais, já na vigência da Constituição de 1988, em que o STF declara a inconstitucionalidade de dispositivo de emenda constitucional. A emenda constitucional que atente contra o princípio federativo, contra a autonomia dos entes federados, pode, portanto, ser declarada inconstitucional, por ferir o cerne inalterável da Constituição (art. 60, § 4º, I).

Jurisdição constitucional e política: interpretativismo, não-interpretativismo e suas alternativas políticas e jurídicas

Teoria estética – Estudo da obra *Contemporary constitutional lawmaking* de Lief H. Carter

MÁRCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Questões de Interpretação Constitucional. 3. Crítica ao Preservacionismo. 3.1. Terminologia e defensores do interpretativismo. 3.2. Premissas da teoria interpretativista e sua crítica. 4. Alternativas políticas ao interpretacionismo. 4.1. Parâmetros das soluções políticas ao problema da legislação judicial. 4.2. Herbert Wechsler e os “neutral principles”. 4.3. Alexander Bickel e a teoria da autolimitação judicial. 5. Alternativas normativas ao interpretativismo. 6. Teoria estética. 6.1. Conceitos preliminares: nomos e narrativa. 6.2. Defesa e conteúdo de uma teoria estética. 7. Conclusão.

1. Introdução

A procura por *standards* que dêem coerência às decisões da Corte Constitucional¹, a importância na determinação de balizas não-fluidas a nortear as decisões daquela Corte², a necessidade de estabelecimento de critérios que

¹ “If courts cannot escape the duty of deciding whether actions of the other branches of the government are consistent with the Constitution, when a case is properly before them in the sense I have attempted to describe, you will not doubt the relevancy and importance of demanding what, if any, are the standards to be followed in interpretation” (WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: _____ . *Principles, politics, and fundamental law: selected essays*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1961. p.15).

² “(...) I mean criteria that can be framed and tested as an exercise of reason and not merely as an act of willfulness or will. (...) The man who simply lets his judgment turn on the immediate result may not, however, realize that his position implies that the courts are free to function as a naked power organ (...) You will not charge me with exaggeration if I say that this type of *ad hoc* evaluation is, as it has always been, the deepest problem of our constitutionalism” (WECHSLER, op. cit., p. 16-17.)

possibilitem a análise da correção³ da decisão judicial, o embate entre as teorias interpretativistas e não-interpretativistas, e o papel da Suprema Corte na manutenção, interpretação e desenvolvimento da Constituição Federal⁴ exprimem algumas das preocupações mais atuais no estudo da jurisdição constitucional e política. Tais concepções mostraram-se quase que imperceptíveis aos olhos dos estudos dos doutrinadores pátrios, conquanto o tema fosse e, mais do que nunca, apresenta-se como um dos temas centrais para a análise do fenômeno da jurisdição constitucional dos países, que, semelhantemente ao Brasil, elegeram uma Corte Constitucional imbuída do papel fundamental de defesa e interpretação dos mandamentos da Carta Magna.

As teorias norte-americanas sofreram o desinteresse dos doutrinadores nacionais tanto pela associação que se fazia entre estas e a tomada de posição política dos seus defensores, entendendo-as como meros instrumentos justificadores de opções políticas⁵, quanto, provavelmente, também pela constatação da

³ Note-se, desde já, que a palavra “correção” será utilizada neste trabalho com o sentido literal e objetivo da mesma: qualidade de correto. Não deve ser confundido com a correção almejada nas decisões judiciais mediante a idéia de que tal qualificativo significa a concordância do receptor com a decisão em si. Deve ser entendido por correção que o receptor percebeu na decisão virtudes tais que lhe imprimem o qualificativo desta ser boa, conquanto possa dela discordar.

⁴ Herbert Wechsler afirma que a discussão do papel da Suprema Corte na tradição constitucional dos EUA e suas funções de manutenção, interpretação e de desenvolvimento da Carta Magna configuram a questão mais duradoura do Direito Público norte-americano: “(...) that most abiding problem of our public law: the role of courts in general and the Supreme Court in particular in our constitutional tradition; their special function in the maintenance, interpretation, and development of the organic charter that provides the framework of our government, the charter that declares itself the ‘supreme law.’” (WECHSLER, op. cit., p.3.).

⁵ John Hart Ely ressalta a desvinculação entre a opção filosófico-política e o posicionamento filosófico-constitucional, analisando, para tanto, as decisões do juiz Hugo Black, e acrescenta, firmemente, o autor, sua rejeição à necessária correlação interpretativismo-conservadorismo. Os trechos esclarecedores do pensamento do autor a seguir são transcritos:

“It would be a mistake to suppose that there is any necessary correlation between an interpretivist approach to constitutional adjudication and political conservatism or even what is commonly called judicial self-restraint.

“(....)

“(....) It happened that in enforcing the principles stated in the Constitution, Black was generally in the position of enforcing liberal principles, and there is every reason to suppose that that suited him fine. But when his constitutional philosophy (interpretivism) and his political philosophy (liberalism) diverged, as they did in Griswold, ‘the Judge’ went with his constitutional philosophy”. (ELY, John Hart.

existência de uma vinculação da exposição de tais teorias a uma análise puramente jurisprudencial e estatística dos *cases* da Suprema Corte com os males que tal vinculação pode revelar devido a uma perceptível desconexão das decisões da mesma⁶.

O autor que se pretende introduzir neste estudo afastou-se o bastante desses vícios para imprimir a sua obra um caráter de abstração, trazendo consigo a virtude da universalidade necessária à qualificação de sua contribuição como apta a integrar os pólos de discussão sobre o tema da jurisdição constitucional e política.

Lief H. Carter é crítico da teoria interpretativista, que chama de preservacionismo, dedicando o capítulo III do seu livro ao combate de tal teoria, intitulando-o: “O fracasso da Teoria Interpretativista”.

Afigura-se, neste ponto, de contribuição inegável, a distinção sumária entre as teorias norte-americanas do interpretativismo e o não-interpretativismo, nas palavras de John Hart Ely. O interpretativismo indica que o juiz, ao decidir questões constitucionais, deveria ater-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou evidentemente implícitas na Constituição escrita, enquanto o não-interpretativismo indica que as Cortes deveriam ir além daquele conjunto de referências – normas declaradas ou claramente implícitas na Constituição – e fazer cumprir normas que não pudessem ser descobertas no texto da

Democracy and distrust : a theory of judicial review. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1987. p.1-2).

⁶ A detecção da ausência de pautas e a desconexão da jurisprudência constitucional são afirmadas como um dos pontos essenciais da tese de Lief H. Carter: “(...) el proceso constitucional es una colección de acontecimientos desconectados. No hay nada, en la materia prima, que sugiera formas obvias de clasificar los temas. Ninguna teoría política de los derechos humanos, ninguna teoría del significado de las instituciones norteamericanas y ninguna teoría del papel constitucional de los tribunales, los liga en su conjunto”, e acrescenta, “la jurisprudencia constitucional es desconectada y carente de pautas. Las elecciones judiciales (parecem) semejar a las que hacemos a medianoche cuando elegimos en la heladera un bocado de cualquier cosa que parezca en ese momento apetecible”. (CARTER, Lief H. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington : Pergamon Press PLC, 1985. _____ Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español (L.E.D.). *Derecho constitucional contemporáneo* : la Suprema Corte y el arte de la política. Org. por Carlos Alberto Pazos. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. p.58).

Carta.⁷ Também a título propedêutico, entende-se por bem ressaltar a importância da tomada de posição por uma dessas teorias. Dessa tomada de posição decorre primordialmente a maior ou menor liberdade ou, ao menos, o maior ou menor ônus argumentativo, na prolação de uma decisão pela Corte. Wechsler, na visão de um interpretativista, expressa o perigo na adoção da teoria não-interpretativista como estimuladora da assimilação do mero juízo de oportunidade política às decisões judiciais constitucionais, isentando-as do ônus de demonstração de sua correção⁸, amenizando contudo um rígido interpretativismo por meio da assertiva de que um texto constitucional escrito não deve ser entendido como uma declaração de regras finitas de direito e, sim, de valores a possibilitar adaptações e ajustes eventuais⁹. Carter, por outro lado, sob o enfoque de um não-interpretativista, procura ressaltar as desvirtudes daquela estrita vinculação ao texto constitucional, dizendo, por sua vez, que são os interpretativistas que, apegados ao texto, desoneram-se do ônus argumentativo, ao que, pela teoria estética que propugna, maior é a demanda por uma argumentação convincente, fundamentada que é aquela teoria na retórica.

Empreendendo a análise da teoria jurídica constitucional contemporânea, Lief Carter procura, acima de tudo, derrubar mitos – determinismo dos textos legais, inteligibilidade das intenções ou dos fins dos legisladores, existência de um consenso nacional em torno de valores políticos fundamentais, definitividade e permanência da norma constitucional traduzida em imutabilidade das conclusões que

⁷ “(...) Today we are likely to call the contending sides ‘interpretivism’ and ‘noninterpretivism’ – the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document” (ELY, op. cit., p.1).

⁸ WECHSLER, op. cit., p.9.

⁹ “So far as possible, to finish with my point, I argue that we should prefer to see the other clauses of the Bill of Rights read as an affirmation of the special values they embody rather than as statements of a finite rule or law, its limits fixed by the consensus of a century long past, with problems very different from our own. To read them in the former way is to leave room for adaptation and adjustment if and when competing values, also having constitutional dimension, enter on the scene” (WECHSLER, op. cit., p. 26-27).

destas advém –, ressaltando que o problema central da filosofia legal contemporânea encontra-se na solução da tensão existente entre o colapso da teoria constitucional convencional¹⁰ e a necessária manutenção da fé e da bondade normativa de nossa participação nas instituições (leia-se: na Constituição). Para tanto, propõe a assimilação da teoria estética no âmbito de discussão da teoria jurídica constitucional contemporânea, procurando dar àquela teoria o seu delineamento básico e as razões para sua adoção.

2. Questões de interpretação constitucional

Uma questão de jurisdição constitucional e política, que se configura em cerne da presente discussão, refere-se ao respeito a preceitos estabelecidos na Carta Magna de um país no curso de sua efetivação ao longo da vigência da mesma. Respeito que pode ser levado ao extremo, mediante aquilo que se convencionou chamar de *regresso à Constituição*, ou que pode ser mitigado por intermédio de teorias outras, como a de que o direito constitucional deve obedecer a regras do *raciocínio legal correto*, ou mesmo a de que é a natureza procedural a norteadora da reeducação continuada dos valores fundamentais de um povo, todas justificadoras de um *paradoxo* identificado como premissa fundamental da obra analisada, qual seja: o processo de interpretação constitucional deve incorporar algumas verdades fixas e objetivas, porém tal fato não pode ser encontrado pela análise do comportamento da Corte Constitucional¹¹.

¹⁰ O colapso da teoria constitucional convencional estaria, segundo o autor, na dificuldade de conciliação entre as teorias do pragmatismo norte-americano, da hermenêutica alemã e do desconstrutivismo francês. (CARTER, op.cit.,p.15).

¹¹ Lief Carter realiza uma análise jurisprudencial da história da jurisdição constitucional da Suprema Corte norte-americana para demonstrar que tais decisões nunca seguiram um parâmetro normativo passível de explicação por qualquer das teorias do *interpretativismo* legal. Dedicou, para tanto, um capítulo intitulado *La Corte Suprema en la Política Norte-Americana*, em que expõe detalhadamente diversos *cases* daquela Corte, chegando à conclusão de que não se pode neles identificar a adoção de qualquer teoria interpretativista. Por outro lado, analisa, mediante a utilização de um artifício de argumentação, as conclusões tomadas hipoteticamente por um ser imaginário, identificado como uma marciana onipotente, onipresente e onissapiente, que, mediante a análise de toda a história constitucional, pudesse tirar uma conclusão isenta do que observara. Desta visão neutral almejada, chega à conclusão de que o processo constitucional é uma coleção de acontecimentos desconectados e carentes de pautas (p.52), significando que o

A solução desse *paradoxo* entre a suposição de que a Constituição é uma fonte primária das relações humanas, incorporadora de verdades fixas e objetivas, e a constatação de sua ausência nas decisões da Suprema Corte norte-americana encontra-se, segundo o autor, em pelo menos quatro *respostas jurídicas*¹²: a) o texto constitucional contém, em si, tudo que for preciso para a solução de um caso concreto, não transigindo com decisões contrárias aos seus preceitos expressos, condenando-se, pois, as decisões da Suprema Corte seduzidas pela necessidade de satisfação célere de demandas políticas; b) alternativas políticas, como os princípios neutros de Wechsler e a autolimitação judicial de Bickel; c) alternativas normativas, sobretudo a teoria do instrumentalismo pragmático; d) finalmente, a posição do autor de que o paradoxo inexistente.

3. Crítica ao preservacionismo

3.1. Terminologia e defensores do interpretativismo

Sob o título de *preservacionismo*¹³, Carter denomina a chamada escola do *regresso* à

Direito Constitucional, concebido como um corpo de regras, princípios e mandatos legalmente definidos, não implica um peso significativo sobre as soluções das questões políticas e sociais (p. 47) e que, conseqüentemente, a prática constitucional e a erudição convencional são empresas fundamentalmente distintas, jogos de linguagem diferentes, nos termos de Wittgenstein. Há, detrás das formas legais das decisões, uma razão prática, o que significa que, em muitos casos analisados, verifica-se que o fim justificou o meio (p. 60). Os juízes não aparentam aplicar o Direito mas, sim, combinar suas idéias sobre as condições sociais e seus valores normativos com o fito de alcançar resultados *raciocinados praticamente* (p. 61 e 290 [“(....) El Juez (CARDOZO) podía cambiar aparentemente de opinión varias veces antes de la argumentación, o cambiar sobre la argumentación, pero raramente después. Sin embargo, *tengo la sensación de que todo el tiempo estaba yendo en la dirección que pensaba era la más justa*”]). Para se chegar a uma decisão coletiva, os juízes negociam rotineiramente qual a forma de justificação que se haverá de adotar caso a caso explicando-se, dessa forma, o que chama, o autor, de *pauta de inexistência de pautas* (p. 58). Chega, por fim, à conclusão de que o fenômeno constitucional é uma coleção de confrontações pessoais específicas com problemas concretos, não havendo um parâmetro que vincule tais casos concretos (p. 47). CARTER, op. cit.

¹² CARTER, op. cit., p. 80.

¹³ A utilização dos termos “interpretativismo” e “originalismo” encontra em Lief Carter a seguinte crítica:

Constituição ou escola *interpretativista* ou *originalismo*¹⁴. A terminologia utilizada para a designação do aqui chamado preservacionismo é vária e bastante diversificada, muito

“Ambos términos inducen a confusión. ‘Interpretativismo’ da por sobreentendida la proposición de que los jueces podrían interpretar si quisiesen y los critica por errar al no elegir esta opción, lo que confunde porque, en primer lugar, los jueces no tienen esta opción. ‘Originalismo’ también induce a confusión, tanto porque implica que las cláusulas constitucionales tienen esta significado originarios con referencia a temas constitucionales contemporáneos, como porque yo, al menos, asocio originalidad con ‘creatividad’, algo que los originalistas condenan”. CARTER, op. cit., p. 81.

¹⁴ O originalismo tem como um dos seus mais eminentes defensores Robert H. BORK, indicado à Suprema Corte norte-americana, em 1987, mas rejeitado por força de sua opção política conservadora e também por ser um expoente da doutrina do originalismo. Uma síntese de seu pensamento e, portanto, do originalismo nos dá Walter Sinnott-Armstrong: “Like other originalists, Bork tells us both what judges should do and what they should not do. Judges should interpret the Constitution by reading the document and its history. In an early article, ‘Neutral Principles and Some First Amendment Problems’, Bork argued that judges must follow the intentions of the framers. In our selection from his recent book ‘The Tempting of America’, Bork says instead that judges should follow the original understanding, which is ‘what the public of that time would have understood the words to mean.’ Either way, judges are required to base their interpretations on facts about the time when the amendment was passed. (§) What judges should not do is impose their own values. Bork argues that judicial neutrality is necessary in order to escape the Madisonian dilemma: Majority rule in the United States is limited by rights of minorities and individuals, but who determines which rights exist? Majorities have incentives to underestimate these rights, minorities have incentives to overestimate them, and judges cannot be trusted not to take sides in such conflicts. A truly impartial determination is supposed to come only from the document itself. The present majority then gets limited by the past super-majority of ratifiers, but the present majority still should rule whenever the document and its history are not clear. (§) Bork’s opponents counter that his view prevents judges from protecting minority rights against the majority and also that there is no neutral way for judges to discover any original understanding that is precise enough to decide particular, controversial cases.” BRISON, Susan J. & SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Contemporary perspectives on constitutional interpretation*. Boulder: Westview Press Inc, 1993. p.47).

O chamado *Madisonian dilemma* é considerado, por Bork, o problema central a ser resolvido pela Corte Constitucional. A Corte deve ser enérgica na proteção dos direitos individuais enquanto deve ser igualmente escrupulosa no respeito do direito da maioria em governar. O papel da Suprema Corte reside em manter o *sistema de governo* que a Constituição criou. Tal sistema é chamado por Bork de *Madisonian system* e que significa, nas palavras do autor: “The United States was founded as a Madisonian system, which means that it contains two opposing principles that must be continually reconciled. The first principle is self-government, which means that in wide areas of life majorities are entitled to rule, if they wish, simply because they are majorities. The second is that there are nonetheless some things majorities must not do to minorities, some areas of life in

embora atualmente pareça estar melhor uniformizada com a adoção majoritária dos termos interpretativismo e não-interpretativismo¹⁵.

Nos últimos anos, despontaram como expoentes da teoria interpretativista os seguintes juristas norte-americanos: Philip Kurland, Raoul Berger, Frank Easterbrook, Henry Monahan, Joseph Grano, Bernard Siegen e Robert Bork. Os cientistas políticos adeptos de tal teoria são: Gary Mcdowell, Jeremy Rabkin, John Agresto, Christopher Wolfe, Walter Berns e Ralph Rossum. Por outro lado, afirmam-se como contrários ao preservacionismo: Benjamín Cardozo, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Roscoe Pound, Edward S. Corwin, H.L.A. Hart e Ronald Dworkin.

3.2 Premissas da teoria interpretativista e sua crítica

Os interpretativistas entendem que a única decisão constitucional adequada é a que outorga autoridade obrigatória à Carta ou à intenção de seus criadores – *framers*; os legisladores originais da Constituição norte-americana teriam elaborado um direito que transcenderia o tempo de sua criação e poderia impor aos tribunais o papel limitado de respeito estrito ao texto e à história que a Carta incorporava, pois as mudanças constitucionais somente seriam aceitáveis por via de processos democráticos e nunca pelo *governo dos juízes*¹⁶.

A crítica apontada como derradeira concerne à premissa fundamental do preservacionismo

which the individual must be free of majority rule.” (p. 48). O dilema, diz Bork, reside no fato de que a maioria, bem como a minoria, não podem ser confiáveis na delimitação das esferas de *democratic authority* e de *individual liberty*, pois, como partes interessadas, levariam certamente ou à tirania da maioria ou à tirania da minoria. E justamente por isso é que a Constituição deixou a resolução desta questão nas mãos de uma instituição não-política: o Judiciário federal. Mas para isso, obviamente, é imperativo para a liberdade que o poder do Judiciário restrinja-se ao seu escopo próprio, que carece de um critério para delimitação do mesmo, qual seja, *the approach of original understanding* (BORK, Robert H. *The Original Understanding*. In: BRISON, op. cit., p. 50).

¹⁵ John Hart Ely ressalta em seu livro *Democracy and Distrust* que o termo *estrutivismo* poderia ser usado para designar o interpretativismo; todavia, a utilização dada ao termo pelo Presidente Nixon desvirtuou-o e o tornou impróprio para a designação daquela corrente. Ely afirma, ainda, que o choque entre interpretativismo e não-interpretativismo seria uma perpetuação do antigo debate entre o positivismo e o direito natural. Não parece, contudo, ser essa uma posição correta, pois tais conceitos não necessariamente se confundem.

¹⁶ CARTER, op. cit., p. 91.

como sendo a crença na autoridade do passado. Justamente tal autoridade é que possibilita, mediante a análise dos *cases* da Suprema Corte, inferir que a mesma não seguiu padrões preservacionistas, mas, por outro lado, que modificou suas posições ao sabor das necessidades políticas de cada época.

Ainda, a premissa central dos preservacionistas, referente à crença na autoridade do passado, vai de encontro ao argumento comum de que as condições sociais, às quais o direito deve-se adequar, modificam-se¹⁷ e, portanto, tal crença na autoridade do passado não pode subsistir. Assim, quanto à questão da tomada de posição entre as teorias não-interpretativistas e a aceitação da necessidade de que a interpretação constitucional deve prender-se ao complexo histórico e à estrita leitura dos textos que provieram dele, contra-argumenta-se com base na *natural dinâmica das condições sociais* a influir no conteúdo do texto constitucional. Soma-se a essa constatação a observação feita por Thomas Grey, de que, da análise dos arquivos dos fundadores da Constituição, fica evidente que estes criaram, *conscientemente*, o texto constitucional com vaguezas aptas a terem seus significados preenchidos com o tempo e que os sentidos extraídos das normas de então poderiam traduzir idéias não-sustentadas pelos *framers*, ou mesmo sequer consideradas¹⁸. Prender-se estritamente ao passado significa, pois, olvidar a própria autoridade do mesmo.

Mas o ataque à teoria preservacionista concentra-se, sobretudo, na observação de que, mesmo em se aceitando como correta a defesa da necessidade de obrigatório condicionamento da decisão jurisdicional presente ao tempo e letra passados, tal intento revela-se, na prática, *impossível de ser alcançado*¹⁹ em sua plenitude. As tentativas realizadas com vistas a atingir a compreensão do significado original do texto constitucional chegam frequentemente a

¹⁷ CARTER, op. cit., p. 99.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ “Si los preservacionistas buscan un mundo en el cual los jueces razonen como expertos historiadores y nos devuelvan por lo tanto a nuestro pasado, *compran un producto inexistente*. La posición depende de un sistema filosófico que demostrara que la Sagrada Biblia tiene solamente un significado, obligatorio a través de los tiempos para todos aquellos que le profesasen obediencia. Menuda pretensión!”. CARTER, op. cit., p. 101 (grifos nossos).

conclusões contraditórias²⁰, demonstrando que *a intenção dos fundadores da Constituição é imprecisa e não está sujeita a um mínimo de rigor científico*²¹, professado por seus defensores. Para contornar essa crítica, os preservacionistas fazem constante uso dos *Federalist Papers*, sob a forte censura de que esses documentos destinavam-se à propaganda política e, portanto, não se viam comprometidos com um embasamento jurídico²².

Ainda assim, resta o ponto fundamental, a nosso ver, de distinção entre os não-interpretativistas e os interpretativistas: a aceitação, ou não, de que há diversas soluções possíveis e corretas que podem ser extraídas da Constituição, já que os não-interpretativistas não chegam a dizer que a Constituição deve ser olvidada pura e simplesmente mas, ao contrário, que ela deve fornecer a moldura dentro da qual

²⁰ Citam-se, como exemplo desta constatação da presença de conclusões contraditórias entre as análises que se intitulam de estrita fidelidade ao passado, aquelas tomadas por Raoul Berger, Charles Fairman e William Crosskey, que, tentando inferir verdades por intermédio dos registros históricos, chegam a conclusões muito diferentes BERGER, Raoul. *Lawyering vs. Philosophizing : facts or fancies*. 9 *Dayton Law Review* 171, 1984; MCAFFEE, Thomas. *Berger vs. The Supreme Court : the implications of his exception-clause odyssey*. 9 *Dayton Law Review* 219, 1984; KRASH, Abe. *The Legacy of William Crosskey*. 93 *Yale Law Journal*, 954, 1984. (In : CARTER, op. cit., p. 101.).

²¹ “El obstáculo más grande para los preservacionistas, en la doctrina moderna sobre el razonamiento legal, es que todas las interpretaciones jurídicas de las intenciones son especulativas y no inequívocas. William Anderson escribió en 1955: Todo hombre, por ser un individuo diferente, tiene inevitablemente intenciones que son algo diferentes de las de cualquier otro. Algo como una intención sólida, unificada, de todos los miembros de cualquier grupo sería difícil si no imposible de hallar... (p. 345). Soy simplemente incapaz de imaginar qué tipos y cantidades de registros serían necesarios para determinar cualquier punto importante en los diversos problemas importantes que surgen. No puedo tampoco imaginar cómo cualquier método conocido de psicoanálisis, análisis de contenido, o directamente visiones de la bola de cristal, aplicadas a tales archivos o a las gentes que los dejaron pueden dar respuestas irrefutables y enteramente confiables sobre las intenciones de los últimos fundadores. La transición que es necesario hacer desde los hechos duraderos y objetivos, que reflejan las palabras escritas, hasta los hechos efímeros, en gran medida inesperados y subjetivos de las intenciones de los fundadores, que tuvieron lugar hace muchos años, está allá de la capacidad humana (p. 350)”. ANDERSON, William. *The intention of the framers : a note on constitutional interpretation*. 49 *American Political Science Review* 340, 1955 (CARTER, op.cit.,p.100).

²² Surge, neste ponto, uma crítica pertinente. Se se admite que a jurisdição da Suprema Corte é uma jurisdição que se distingue das demais por ter em si inserido o qualificativo político, a constatação de que os *Federalist Papers* não refletiam uma abordagem jurídica, mas, sim, política, somente vem a fortalecer a importância daqueles documentos frente ao papel político desempenhado pela Corte Constitucional.

se criarão as interpretações possíveis para cada época. Logo, o foco de desentendimento reside principalmente na crença dos interpretativistas de que há somente uma verdade a ser, não guiada, mas extraída do texto mediante o recurso ao contexto histórico²³. Uma verdade que não é alcançada, porém descoberta.

Com o fim de extirpar dúvidas quanto à afirmação de que é impossível crer nessa unidade de conclusão em que se apóiam os interpretativistas, Carter chama à luz a Teoria do Conhecimento Social, cujas basesificadoras encontram-se em Hegel, Marx, Nietzsche, Mannheim, Wittgenstein, Gadamer e Habermas, e que esclarece, em última análise, que a verdade de cada um não se prende a uma realidade exterior, mas sim à natureza das comunicações sociais e aos intercâmbios que mantemos²⁴. A importância disso está em que a “consciência da verdade”, de que fala Habermas, não é o descobrimento do passado, mas sim o estado de conhecimento alcançado, no presente, em uma comunidade pluralista²⁵. Dessa forma, Carter chega à conclusão de que a Corte Constitucional não interpreta a Constituição²⁶, pois exerce a função de contri-

²³ “La teoría preservacionista se reduce a sostener que el texto de la Constitución y las intenciones de quienes la formularon prescribe una manera de conocer la realidad, o la ‘verdad de’ ciertos principios legales bastante específicos. Mas aún, los preservacionistas suponen que todos los abogados y jueces – por cierto todos los ciudadanos – pueden y deben llegar a las mismas verdades en virtud de este método. Para que el preservacionismo nos persuada de sua validez, debe convencernos primero de que la gente es capaz de alcanzar, de esta forma, un conocimiento común de la realidad”. CARTER, op.cit., p.106-107.

²⁴ “Un jurista que dijera que descubrió la intención de los fundadores, tendría que decir más honestamente que creó una versión de sus intenciones a partir del material simbólico que tiene sentido para él. Mas aún, las instituciones constituyen realidades dentro de los relativos confines de tiempo y lugar. Contrariamente a las prescripciones preservacionistas, los tribunales funcionan inexorablemente para mantener la conciencia política colectiva.” CARTER, op. cit., p. 116.

²⁵ *Ibidem*, p.111.

²⁶ Há de se fazer uma distinção importante: dizer, com Lief Carter, que a Suprema Corte não interpreta a Constituição é entender a interpretação da Constituição nos termos que a querem os interpretativistas, ou seja, como o alcance das verdades transcendentais contidas no seu texto fixo. A afirmação de Carter faz sentido mediante a utilização deste conceito de Constituição. Logo, a questão básica está na formulação daquele conceito. Se se adotar a teoria de Habermas, tudo leva a crer que esta trará consigo o conceito de Constituição como aquele conteúdo que se mantém em dia com a evolução social, podendo-se, com isso, agora nesse contexto, afirmar que a Corte Constitucional interpreta a Constituição, alcançando-lhe verdades temporárias, todavia com um *plus*: o da consciência do seu papel institucional.

buir, de uma posição privilegiada, para a formação social da realidade. Entenda-se, por enquanto, assim: o ideal vislumbrado pelos interpretativistas é um sonho inalcançável na prática, pois a pretensa verdade única adormecida no texto constitucional somente pode ser percebida dentro do universo de conhecimento social em uma comunidade pluralista, universo esse mutável e dinâmico, sujeito a alteração pelos próprios intérpretes da Constituição, havendo algo como uma necessária interferência daqueles observadores privilegiados (juizes da Suprema Corte) no seu objeto de análise. O sentido do que se contém na Carta modifica-se com a sua apreciação; esta que é condicionada ao universo de conhecimento social profundamente abalado por uma declaração de uma instituição suprema de influência indiscutível, que é a Corte Constitucional. O papel da Corte, enquanto mantenedora da consciência coletiva, aproxima esta da interpretação constitucional em uma influência recíproca²⁷. Aqui a importância do conhecimento pela Corte de seu papel. A Corte, sabedora de sua função, seria muito mais sensível àquela consciência coletiva, originando daí uma maior precisão de suas decisões no sentido de acompanhar a evolução do estado de conhecimento de que fala Habermas e se aproximar, dessa forma, de uma correteude desejada para suas decisões ou, por outras palavras, de uma almejada verdade do presente, já que a consciência da verdade é medida, segundo Habermas, pelo estado de conhecimento de cada época. O estado de conhecimento, influenciado sobremaneira pela decisão da Corte, é que dá o conteúdo da Constituição e, esta, por sua vez, imprime o caráter de correteude à decisão exarada. Voltar-se-á à abordagem dessa questão quando da exposição da teoria estética.

Por derradeiro, pode-se afirmar que a teoria preservacionista, ou interpretativista, tem por consequência obstaculizar a evolução da Constituição, quer por contribuições legais e políticas, quer por contribuições meramente teóricas²⁸. A petrificação da mesma não se coaduna com a dinâmica social.

²⁷ Explicando tal influência, Charles Beard escreveu: a Constituição “está siempre convirtiéndose en algo distinto, y aquellos que la critican y critican los actos realizados bajo su imperio, así como aquéllos que la ensalzan, ayudan a hacerla tal como será mañana” (*apud* CARTER, op.cit., p. 126).

²⁸ “Si institucionalizar la Constitución requiere preservar las historias, mantener la integridad de la narrativa de la nación y limitar la fuente del Derecho a la intención de los fundadores no se contradice la noción de narrativa cuando se bloquean todas las subsecuentes contribuciones legales y políticas a la misma? Del mismo modo, si el mérito del derecho natural es permitir la constante verificación de principios fundamentales.

4. Alternativas políticas ao interpretacionismo

Partindo-se da premissa de que o direito constitucional é um *processo essencialmente político*, Carter dedica um capítulo de seu livro à análise das propostas inclinadas a afirmar a *bondade* das decisões constitucionais mediante o grau de coerência com normas de política alcançado por aquelas. O fator de descrimen utilizado para aferir a correção da decisão constitucional baseia-se, assim, em critério político, e não jurídico, de ponderação²⁹, o que faz com que os autores expositores dessas teorias discutam incessantemente um problema, considerado por eles fundamental: o da legitimidade da Corte Constitucional em fazer política. Carter, por sua vez, ressalta a supervalorização dada à questão da legitimidade da Suprema Corte em determinar políticas, apontando que tal questão somente incomoda os acadêmicos de direito e não o resto da comunidade nacional, pelo simples fato de que legítimo é aquilo plenamente aceito, e o papel político da Suprema Corte americana é da essência do sistema consuetudinário norte-americano.

Os autores aqui tratados buscam legitimar a criação judicial de direito por meio de teorias democráticas extraídas do sistema constitucional³⁰.

4.1. Parâmetros das soluções políticas ao problema da legislação judicial

As soluções políticas para esse problema são, entre outras: *a*) que a legitimidade de decisão constitucional se afere mediante a sua capacidade de justificar-se por intermédio de *princípios neutros*; *b*) que se considera legítima a decisão que leve em conta, como seu fundamento determinante, o *limite do financeiramente razoável*; *c*) que, por força do conceito de Poder vertical, inserto no modelo do sistema federativo, torna-se legítima a atitude da Corte Constitucional em estabelecer fronteiras estruturais entre os poderes, desde que reservados assuntos eminentemente políticos ao processo político democrático; *d*) que, ao contrário, somente são legítimas decisões judiciais que

Una teoría que proponga una fuente de derecho estática (y terrenal), no logrará precisamente lo contrario? No tiende esto a cerrar, más bien que a mantener abiertas, las líneas de comunicación?” CARTER, op.cit., p.122.

²⁹ CARTER, op.cit., p. 125-172.

³⁰ CARTER, op.cit., p. 142.

digam respeito diretamente a direitos e liberdades, deixando-se de lado problemas de limites institucionais, os quais devem ser resolvidos pelas próprias instituições; e) que a legitimidade afere-se por decisões aptas a proteger tão-somente o próprio processo político pela defesa das liberdades democráticas, como *meios de proteção das minorias*; f) que a legitimidade das decisões da Corte Constitucional somente devem adentrar questões em relação às quais a Corte detenha *recursos e estruturas institucionais* que possibilitem a análise da informação política com pelo menos a mesma segurança com que o fazem os órgãos que têm suas posições atacadas; g) que a atividade da Corte é legítima enquanto preserva *valores morais centrais* que dão a identidade própria da política.

De uma análise superficial, verifica-se claramente o patente desacordo entre as propostas de solução do problema da legitimidade da Corte Constitucional em adentrar assuntos políticos.

Identifica-se, entretanto, a insistência na procura de uma solução pela simples razão de que, aceito o realismo legal de que no texto constitucional não é possível encontrarem-se respostas a todas as interações constitucionais, a necessidade imanente de uma segurança jurídica leva os juristas a perquirirem por respostas legais extraíveis do direito, já que partem do pressuposto de que algo fora daí implicaria arbítrio judicial.

4.2. Herbert Wechsler e os "neutral principles"

É nesta linha que Wechsler³¹ expõe sua teoria dos *princípios neutros*, entendidos como aqueles que transcendem o caso concreto e que devem estar demonstrados nas razões em que

³¹ A fundamentação do pensamento de Wechsler é transcrita a seguir nas palavras do próprio autor: "Let me repeat what I have thus far tried to say. The courts have both the title and the duty when a case is properly before them to review the actions of the other branches in the light of constitutional provisions, even though the action involves value choices, as invariably action does. In doing so, however, they are bound to function otherwise than as a naked power organ; they participate as courts of law. This calls for facing how determinations of this kind can be asserted to have any legal quality. The answer, I suggest, inheres primarily in that they are – or are obliged to be – entirely principled. A principled decision, in the sense I have in mind, is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that is involved" (WECHSLER, op. cit., p.27).

se apóia dada sentença. Na coerência entre tais razões e a decisão tomada, visualiza-se o fator de determinação da correção da decisão judicial. A beleza do sistema idealizado por Wechsler está em que o autor não tenta estabelecer um sistema fechado de resultados judiciais, mas, sim, erige os princípios neutros com o intuito de estabelecer requisitos mínimos de coerência para a decisão judicial, dizendo que a mesma deve primar pelo delineamento preciso de quais os tipos de casos envolvidos pelo princípio exposto e quais os casos não abarcados pelo mesmo. A partir disso, uma decisão judicial pode ser *má* e estar fundamentada em princípios, mas nunca poderá ser boa sem estar fundamentada nos mesmos. Por meio da busca consciente dos princípios neutros que devem expor as sentenças, impulsiona-se o debate sobre determinado tema constitucional relevante e valoriza-se a concepção da teoria estética defendida por Lief Carter, concepção essa que leva em conta os emissores da decisão, mas, principalmente, a sua inter-relação com os destinatários da mesma. A análise das decisões judiciais que Wechsler propõe, por se basear no grau de coerência atingido pelas mesmas, merece os aplausos de Carter já que valoriza, sobremaneira, o *caráter persuasivo da sentença*, por força de sua autoridade, alcançada, por sua vez, pelo peso das coerências argumentativas.

4.3. Alexander Bickel e a teoria da autolimitação judicial

Outra teoria relevante, ao se falar em alternativas políticas para explicação do paradoxo exposto anteriormente, diz respeito à chamada autolimitação judicial, ou *self-restraint*.

Alexander Bickel notabilizou-se como expositor da teoria da autolimitação judicial³². Carter oferece uma síntese de sua obra:

"La teoría se presenta en dos partes, pragmática y heroica.

La parte pragmática sostiene que, como todos los cuerpos políticos, la Corte tiene recursos limitados que no debe ni acaparar ni despilfarrar sino gastar sabiamente. Estén o no basadas sobre

³² Três livros expressam a teoria de Bickel sobre a limitação judicial: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch* : the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis : Bobbs-Merrill, 1962; _____. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York : Harper&Row, 1970; _____. *The morality of consent*. New Haven : Yale University Press, 1975.

princípios, algumas decisões costarão a curto prazo mais de lo que valen. Por lo tanto, asumiendo que los principios de libertad individual e igualdad racial constituyen un caso concluyente para la inconstitucionalidad de las leyes estatales que prohíben los matrimonios interraciales, Bickel cree que la Corte eludió sabiamente el tema en 1956 a efectos de reservar sus recursos para la más significativa batalla de la integración escolar (1962, p.174). Bickel elaboró con alguna extensión los muchos dispositivos procesales que la Corte puede utilizar de modo pragmático para evitar decidir temas constitucionales. Estas “*virtudes pasivas*” – la no concesión de pedidos de certiorari, la denegación de apelaciones, los requisitos del derecho a la justiciabilidad bajo los casos del Artículo III y las particularidades de las controversias – permiten por ejemplo a la Corte acomodar los principios a las realidades políticas al negarse a decidir.

La parte heroica de la prescripción de Bickel insistía, con Burke, en que el objeto de la vida política no es purificar la teoría o la ideología sino acomodar intereses contradictorios (...). Los jueces deben restringir su entusiasmo por los principios porque estos son a menudo inadecuados para la delicada tarea de conciliar los intereses políticos en conflicto. (...) *El activismo judicial trastorna los compromisos sociales y políticos hasta ponerlos en peligro. El carácter antimayoritario de la revisión judicial usualmente cuesta más, al desestabilizar el consenso político, que los valores ganados a partir de los derechos que confiere su doctrina.* (...) Minimizando el acceso a los tribunales y por lo tanto la tentación de litigar, la Corte puede maximizar la utilización del proceso democrático de toma de decisiones, lo que es más saludable. La Corte comete un error cuando libera al electorado de su carga de debatir temas morales de manera democrática (1962, pág.156)”. CARTER, op.cit., p.138-139 (grifos nossos).

As chamadas *virtudes passivas* são o ponto central da tese da autolimitação, pois configuram-se em seu aspecto teleológico: preservar-se para fortalecer-se.

Carter refuta tal tese, dizendo, basicamente, que a atitude ativista da Corte Constitucional é que lhe mantém seu respeito e poder e que pouca influência tem a modificação da substância das doutrinas na vida política, o que é um golpe às premissas da teoria da autolimitação judicial, pois esta apóia-se na crença de que o desenvolvimento doutrinário promove, com o tempo, necessárias consequências políticas.

Carter busca, em última análise, não criticar, mas, sim, fazer ver a preocupação dos estudiosos de direito constitucional acerca da determinação da correção das decisões constitucionais³³ e da constatação de ser tal questão um ponto comum a todas as teorias preocupadas em explicar a jurisdição constitucional.

5. Alternativas normativas ao interpretativismo

Passando-se à análise das alternativas normativas³⁴ ao paradoxo apresentado páginas atrás, tem-se como teorias abordadas as do instrumentalismo pragmático, dos modelos econômicos da doutrina constitucional e as teorias de Dworkin e Murphy.

A importância do instrumentalismo pragmático detecta-se nos Estados Unidos da América por ser o mesmo a origem dessa corrente filosófica³⁵. Mas não está somente no qualificativo de nascedouro de uma teoria a razão de ter, nos EUA, o pragmatismo se firmado; está, principalmente, no fato de que o pragmatismo está impregnado na própria cultura norte-americana, explicando-se daí a facilidade dos seus nacionais em aceitarem sentenças judiciais

³³“(…) He pasado revista, con alguna extensión, a las tentativas de algunos eruditos por volver a la Constitución y a las tentativas de otros por justificar alternativas no-interpretativas, no tanto para criticarlas, como para demostrar que los eruditos se preocupan profundamente acerca del problema de la bondad constitucional. La misma preocupación por la bondad motiva igualmente a los juristas preservadores y a los Críticos, aun cuando difieran virtualmente en todos los otros asuntos.” CARTER, op. cit., p. 174.

³⁴ São consideradas, por Carter, normativas as teorias que definem o bem jurídico e prescrevem o comportamento para alcançá-lo. (CARTER, op. cit., p. 178).

³⁵“Pragmatism is an extremely diverse philosophical movement that began in the nineteenth century with Charles Sanders Pierce and was continued by William James, John Dewey, and many others. Today pragmatism is espoused by philosophers and legal scholars whose political views vary from the far left to the far right and whose backgrounds vary from literary theory to economics.” (SINNOT-ARMSTRONG, Walter. Pragmatism. In: BRISON, op. cit. p. 101).

contrárias aos textos jurídicos expressos, contudo coerentes com o direito consuetudinário.

O pragmatismo tem como nomes expressivos Charles S. Pierce, William James, John Dewey, Jerome Frank e Oliver Wendell Holmes. Por tal teoria, os juízes deveriam atuar pragmaticamente, justificando-se a constatação de que a Corte Constitucional não se fixa a parâmetros únicos estáticos no tempo, mas às contingências de cada época. Aqui está um ponto de contato com a teoria estética, pois a natureza da teoria pragmática não se coaduna com os princípios rígidos e absolutos que defendem os preservacionistas. Por outro lado, porém, Carter detecta-lhe uma falha:

*“Es el desprecio del pragmatismo por las soluciones verbales, por las malas razones a priori, por los principios rígidos, los sistemas cerrados, los absolutos y los orígenes pretendidos”, lo que liberó totalmente al Derecho de la necesidad de justificarse a sí mismo en base a grandes teorías. El pragmatismo, según resultó, ayuda a explicar por qué la historia constitucional produce tan poca teoría y tanto cambio constitucional a lo largo del tiempo”*³⁶.

Explica-se, assim, um dos problemas que a teoria estética vem buscar resolver e que diz respeito à oneração, ou não, do juiz em fundamentar sua decisão³⁷.

O modelo econômico de doutrina constitucional adquiriu, no modelo norte-americano, uma grande importância com base no conceito de busca de eficiência econômica como justificção normativa de um pressuposto dessa doutrina: a supremacia do princípio da eficiência sobre outros princípios do sistema constitucional³⁸. A análise desta doutrina importa principalmente porque lograram êxito, utili-

zando-se de guias estéticas, que, segundo Carter, fizeram aparentar coerência no seu sistema.

Após, Carter analisa as teorias de John Rawls, Ronald Dworkin e Walter Murphy, salientando que a teoria de Rawls teve repercussão por razões estéticas³⁹ e que as teorias de Dworkin e Murphy aproximaram-se muito das idéias defendidas por Carter no que se refere às análises das interpretações constitucionais mediante padrões estéticos⁴⁰. O esmiuçamento das posições defendidas por esses teóricos não concerne aos objetivos deste trabalho e muito menos é possível em tão exíguo espaço.

6. Teoria estética

A resposta de Carter ao paradoxo⁴¹ que ele mesmo apresenta vela pela sua inexistência, pois ataca sua premissa fundamental, ou seja, a assertiva de que o processo de interpretação constitucional deve incorporar verdades fixas e objetivas. A solução buscada, ao longo das teorias convencionais, das alternativas políticas e normativas estaria em equívoco, pois procuraria solucionar uma questão que, na realidade, não existe. A “realização eficaz da arte da política não depende nem da objetividade nem da constância legal ou normativa que buscam os eruditos”⁴². Estar-se-ia tentando harmonizar a realidade a uma falsa justificativa da mesma. O sistema de interpretação constitucional não carece de orientações baseadas em verdades apodíticas, muito embora Carter identifique, em seu lugar, o conceito de coerência. Para tanto, o autor desenvolve as bases de sua teoria estética, fornecendo uma abordagem que busca provar, em suas palavras:

“primero, que este modelo (estético) describe mejor que los modelos legales, tanto lo que la Corte hace como la evaluación que deseamos hacer acerca

³⁶ CARTER, op. cit., p. 180.

³⁷ Vide cap. 6.2: Defesa e conteúdo de uma teoria estética.

³⁸ “El modelo económico para el Derecho y la política es lo que califico como teoría normativa más bien que política. Es normativa porque propone soluciones sustanciales a disputas que una norma societaria – eficiencia – justifica sostenidamente. Parece deseable y adecuado que los que formulan todo tipo de políticas, busquen eficiencia económica y esto establece una justificación normativa para la supremacia del principio de eficiencia en comparación con otros principios. Los modelos económicos parecen enpujar la lógica de la investigación pragmática hasta sus últimas consecuencias. Sólo los modelos económicos pueden realizar las metas del pragmatismo social porque sólo el uso de una unidad de valor estandarizada – la moneda – permite construir políticas sociales a partir de observaciones empíricas.” CARTER, op. cit., p. 182.

³⁹ “Pienso, en otras palabras, que Rawls tuvo repercusión porque creó para su público una visión de un grupo humano que tiene actualmente consenso normativo” CARTER, op.cit., p.191.

⁴⁰ “Es significativo que tanto Dworkin como Murphy, aunque comenzaron desde lugares muy diferentes, juzgaron apropiado describir sus interpretaciones constitucionales con referencia a la metáfora del ‘arte’.” CARTER, op. cit., p. 191.

⁴¹ Vide cap. 2 : Questões de interpretação constitucional.

⁴² CARTER, op.cit., p.80 (trad.).

*de ella; segundo, que la posición política de la Corte le impide efectivamente operar de cualquier otra forma; y tercero, que la teoría estética provee de un marco más constructivo para evaluar la bondad de sentencias específicas que los modelos teóricos más difundidos*⁴³.

A importância da análise da teoria estética está em que tal teoria busca dar um fundamento comum que explique simultaneamente a adequada função constitucional da Corte e proveja critérios para se avaliar a qualidade das decisões constitucionais individuais⁴⁴. Ela serviria de marco de referência normativo⁴⁵, pois a arte satisfaz a necessidade de fé no modelo constitucional na medida em que ordena repetidamente o significado das experiências, implicando a afirmação de que não se almeja, na interpretação constitucional, a demonstração de um significado único e duradouro. Não é o sentido objetivo único de uma decisão de interpretação de uma norma constitucional que preserva a fé no sistema, mas, sim, o ato mesmo de ordenar persuasivamente, que tem o condão de perpetuar uma fé genuína, com a reiteração, e a consequente impressão – *shock* – causada nos receptores, de uma bondade normativa⁴⁶.

⁴³ CARTER, op. cit., p. 73.

⁴⁴ CARTER, op. cit., p. 223.

⁴⁵ O marco de referência normativo é aspiração comum, que se reflete na fé genuína que importe em ordem no caos. “Necesitamos genuína fe en la existencia de principios morales, pero no satisfacemos (y en cualquier caso no podemos satisfacer) esta necesidad discutiendo académicamente respecto de cuáles principios morales son verdaderos y cuáles falsos.” CARTER, op. cit., p. 222.

⁴⁶ “El arte satisface la necesidad de fe ordenando repetidamente el significado de las experiencias. No es la ‘corrección’ de cualquier orden específico, sino el acto mismo de ordenar persuasivamente el que preserva la fe. Como en cualquier actividad religiosa, esos actos deben repetirse con regularidad. Las partes de un caso litigioso enmarcan los temas para la Corte, de modo de dramatizar e iluminar un problema que ‘sumió en discordia y confusión’ a la experiencia política. Los jueces deben hacer surgir la experiencia de su confusión, esto es realizar lo que Santayana llama ‘La función del arte’, y por lo tanto tratar de ‘hacer la vida mejor’. CARTER, op. cit., p. 222-223. Note-se que Carter utiliza o termo ‘correção’ aqui para qualificar a crença em que há somente uma decisão correta, e que as demais decisões devem seguir aquela sob pena de não lhes ser atribuído o mesmo qualificativo. Vide nota 3, onde se explicita que, na abordagem que se faz a respeito do autor, utiliza-se o termo correção como sinônimo do que o autor chama de bondade, logo sem o estigma de ligação necessária com as teorias convencionais.

6.1. Conceitos preliminares: nomos e narrativa

Analisando a obra de Robert Cover⁴⁷, Carter introduz o conceito de *nomos* e a sua intrínseca relação necessária com a *narrativa* para apoiar, sobre tal relação, os fundamentos de sua teoria estética.

A explicitação da relação existente entre o *nomos* e a narrativa encontra-se bem demonstrada pelo próprio Cover, que remete à teoria do conhecimento social de Berger y Luckmann a constatação de que a realidade é socialmente construída e, se essas construções são inevitavelmente normativas, o direito constitucional contribui necessariamente para a construção da realidade mediante a narrativa, que é uma das bases da construção social nas sociedades⁴⁸.

“Habitamos un *nomos*; un universo normativo. Creamos y mantenemos constantemente un mundo de lo bueno y lo malo, de lo legal y lo ilegal, de lo válido y lo prohibido... *Las reglas y principios de justicia, la parafernalia formal del control social y las convenciones de un orden social son*, por cierto, importantes para ese mundo; pero *no obstante son sólo una pequeña parte del universo normativo* que debiera llamar nuestra atención. *No existe ningún conjunto de prescripciones o instituciones legales, aparte de los RELATOS QUE LOS LOCALIZAN Y LES DAN SIGNIFICADO*. Para cada constitución hay una épica, para cada decálogo una escritura. *Una vez que entendemos al Derecho en el contexto de la narrativa que le da significado, éste se transforma no en un simple sistema de reglas que deben ser observadas, sino en un mundo en el cual vivimos*.

En este mundo normativo, *el Derecho y la narrativa están inseparablemente relacionados*. *CADA PRESCRIPCIÓN ES INSISTENTE EN SU SOLICITUD DE SER LOCALIZADA EN EL DISCURSO – DE SER PROVISTA DE HISTORIA Y DESTINO, COMIENZO Y FIN, EXPLICACIÓN Y PROPÓSITO*. Y cada narrativa insiste en su solicitud de un punto prescriptivo, en su moral. La historia y la literatura no pueden escapar a su localización en un universo normativo, ni tampoco puede la prescripción, aun cuando esté incor-

⁴⁷ COVER, Robert. *Foreword*: nomos and narrative. 97 Harvard Law Review 1.; COVER, Robert. *The framing of Justice Brandeis*. The New Republic, May 5.

⁴⁸ CARTER, op. cit., p. 226.

porada en un texto legal, escapar a su origen y a su finalidad en la experiencia y en la narrativa que son las trayectorias trazadas por nuestra imaginación a partir de la realidad material.⁴⁹

A Corte Constitucional não deve atuar como um juízo ordinário, com o objetivo maior de ver-se livre dos processos que lhe acometem, ou, em palavras menos incisivas, de solucionar o caso concreto para o proveito do caso concreto. A Corte atua para amoldar o futuro e para influir na sociedade mediante a determinação do universo normativo (*nomos*). Decisões *cautelosas*⁵⁰ da Suprema Corte não esta-

⁴⁹ COVER, *apud* CARTER, op. cit., p. 226-227. grifos nossos.

⁵⁰ Cover descreve como uma decisão cautelosa a do caso *Bob Jones University vs. United States (1983)*, em que se perquiria, no fundo, sobre parâmetros de determinação do *nomos* privado frente ao poder de uma autarquia em, mediante uma *linguagem legal geral*, restringir este *nomos* privado de *liberdade de criação de mundos legais privados* (liberdade de associação, de religião, etc.), mas sobre o que a Corte restringiu-se em perfazer uma análise específica de ponderação entre a liberdade de associação e a proibição de discriminação racial, quedando inerte em cumprir seu papel de determinação estética ou de um obstáculo constitucional contra a mera administração, ou, por outro lado, de um compromisso constitucional de proibição do subsídio público ao racismo. A Corte Constitucional, segundo Cover, teria pecado em se afastar de sua responsabilidade de manter a experiência na discussão por meio da criação de visões normativas que harmonizariam os reclamos em questão: autonomia das comunidades primárias e remoção do estigma racial. A seguir, alguns esclarecimentos do caso e a transcrição de trechos elucidadores das idéias expostas: “En este caso, la Oficina de Impuestos Internos negó la exención de impuestos a la Universidad porque sus autoridades prohibían las citas entre personas de raza diferente. La Universidad sostuvo que su interpretación de las narrativas bíblicas le requerían seguir esa práctica. La O.I.I. no actuó en esta circunstancia como consecuencia de lenguaje legal directo proveniente del Congreso. Impuestos Internos adoptó la política de negar exenciones a instituciones que practicasen la discriminación racial por propia iniciativa, utilizando solamente como apoyo el lenguaje legal general.” CARTER, op. cit., p. 228. “La fuerza de la interpretación de la Corte en *Bob Jones University* es muy débil. Es débil no por la forma del argumento, sino por el fracaso en cuanto al cometido de la Corte, fracaso que se manifiesta en la designación de la autoridad para la decisión (a Impuestos Internos). La Corte asume una posición en la que no corre ningún riesgo y desde la cual no hace absolutamente ningún gesto interpretativo, salvo la... afirmación de que el ejercicio de la autoridad política no era inconstitucional. A la gran tarea nacional contra la discriminación no se le ha dado status normativo en la sentencia de la Corte, salvo que significa que la O.I.I. no estuvo incorrecta. Las comunidades insulares, los Menonitas y los Amish están correctamente habilitados para cuestionar el alcance de la decisión de la Corte: estamos a merced de cada decisión política pública que no sea incorrecta? Si la política pública en cuestión tiene un status especial, cuál es? Puede el Congreso cambiar la política?... (§) Las comunidades insulares merecen algo mejor – merecen una valla constitucional contra la mera administración. Y la comunidad

belecem *rumos* e, portanto, não contribuem eficazmente para a formação do *nomos*.

6.2. Defesa e conteúdo de uma teoria estética

A antes demonstrada impossibilidade de identificação de um consenso político e a importância da existência de marcos de avaliação das decisões constitucionais levam à insuficiência das teorias convencionais de interpretação constitucional e à argumentação em favor da teoria estética.

Uma vez rechaçada a crença em interpretações constitucionais objetivas ou deduzíveis logicamente⁵¹, surge a assertiva de que as comunidades são continuamente reconstituídas por atos políticos que criam visões de uma ordem normativa coerente. Tal coerência existe quando tais visões, judicialmente criadas, estimulam nossa fé de que nosso mundo normativo (*nomos*) é real e significativo; julgamento fundado menos na correção percebida do resultado do que por sua coerência. Mas a coerência de decisões constitucionais através do tempo não é faticamente determinável em uma cultura pragmática⁵², como a norte-americana. As decisões são, até um certo ponto, únicas. Logo, o alcance da coerência não se dá pela reiteração de um posicionamento interpretativo⁵³, mas pela percepção, em cada decisão constitucional, de uma autoridade persuasiva apta a servir *de ponto de partida para intercâmbios acerca do que é politicamente bom*⁵⁴.

Assim, erige-se, como valor primordial que um sistema constitucional deve sustentar, a *integridade dos intercâmbios* que, em última análise, constitui-se no problema político fundamental de nossa era. Diminuir barreiras de entendimento (intercâmbio) significa facilitar a comunicação eficaz e, com isso,

minoritaria merece más – merece un compromiso constitucional para prohibir el subsidio público al racismo. (§)...Los jueces... no tuvieron ganas de aventurarse en compromisos, de hacer una firme promesa y de proyectar su entendimiento del derecho hacia el futuro. *Bob Jones University* es una obra teatral para actores sagaces y cautelosos de 1983, algo elocuente, pero no comprometida (p. 66-67)”. COVER, *apud* CARTER, op. cit., p. 230).

⁵¹ Vide nota 11

⁵² Relacionar o problema da coerência das decisões constitucionais com a prática significa retirar força do argumento da existência de uma verdade única.

⁵³ A coerência que se almeja, como se verá mais adiante, diz respeito a uma *coerência pontual*.

⁵⁴ CARTER, op. cit., p. 231.

lubrificar as engrenagens do progresso das relações humanas⁵⁵.

A Corte Constitucional, portanto, tem à frente uma questão estratégica de otimização de sua sobrevivência. Às instituições estatais cumpre manter o marco de referência normativo em dia, mediante a atualização persuasiva, que somente pode ser realizada com a manutenção de canais abertos de comunicação. A estratégia, de que aqui se fala, em nada se confunde com aquela característica estratégica da teoria de autolimitação judicial de que fala Bickel⁵⁶. Ao contrário, distanciam-se em seus pontos fundamentais. O único ponto de contato é o caráter estratégico de agir segundo um fim proposto a alcançar. A finalidade é diversa: criar e nutrir a comunidade⁵⁷ vs. preservação da Corte. Também o é o meio: *ativismo* para sedução do público (persuasão) vs. *autolimitação* mediante a *contenção* das decisões da Corte.

A teoria estética significa que a Corte Constitucional tem o papel de promover a formação de um universo normativo que faça sentido; fazer de uma crença compartilhada uma realidade.

“Por lo general definimos a aquéllos que están en el negocio de crear ilusiones como artistas, y llamamos a su tecnología ‘interpretación’. Una ‘buena interpretación’ no identifica simplemente visiones previamente ‘presentes’ en el entendimiento de un espectador. La gente va a las representaciones con muy diversos estados de ánimo y con muchas expectativas incoherentes. *Las buenas interpretaciones crean en ese público la creencia de que comparte una experiencia comunitaria*. Por lo tanto, las interpretaciones enseñan con debilidad, si retrotraen a la mente una visión comunitaria alguna vez compartida pero

⁵⁵ “Bernstein (BERNSTEIN, Richard. *Beyond Objectivism and Relativism*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1983) llegó a la conclusión de que *los políticos norte-americanos deben y por cierto suponen buscar este fin (manter abertos os canais de comunicação para criação de uma mais perfeita comunidade discursiva* (Hannah Arendt)), y que disminuir las barreras para lograrlo es un problema práctico vital que enfrenta nuestro sistema.” CARTER, op. cit., p. 239. (grifos nossos).

⁵⁶ Vide cap. 4.3 : Alexander Bickel e a teoria da autolimitação judicial.

⁵⁷ CARTER, op. cit., p. 240.

temporariamente olvidada. Enseñan en un sentido más pleno cuando crean y hacen recomendables a nuevas ideas y visiones acerca de las posibilidades de la comunidad. *Crear visiones de orden comunitario es la característica definitoria de las interpretaciones públicas. ‘Hacer justicia’ es un subproducto de este fenómeno.*”⁵⁸

O papel da Corte Constitucional, e das instituições políticas como um todo, está em *recriar continuamente visões de ordem e significado* para a comunidade nacional⁵⁹. As interpretações jurídicas, acompanhadas das teatrais, musicais e religiosas, são subprodutos das narrativas públicas que tendem a alcançar alguma forma de conclusão normativa ou moral. A interpretação tenta criar, em um público de diferentes membros, uma experiência compartilhada de conclusão moral⁶⁰.

Por meio dessa visão finalística em que se apresenta a Corte Constitucional, tem-se que a boa decisão constitucional é aferida pelo grau de sedução⁶¹ de seu público, a modelar suas experiências comuns⁶².

Não se esperam decisões constitucionais uniformes⁶³, mas, sim, a *coerência pontual com base na persuasão*⁶⁴. Tal coerência impõe, contudo, um maior ônus argumentativo por parte do órgão prolator da decisão, o que, obviamente, expressa-se em um grande ganho para a segurança jurídica com o seu reflexo necessário na certeza política do indivíduo.

Enfim, a teoria estética traz um alento aos esforços de sistematização da interpretação constitucional, na medida em que, afirmando a necessidade de análise pontual das decisões constitucionais, cujos parâmetros se acomodam

⁵⁸ CARTER, op. cit., p. 242 (grifos nossos).

⁵⁹ CARTER, op. cit., p. 245.

⁶⁰ CARTER, op. cit., p. 246-247.

⁶¹ “El ejecutante cautiva a su público no prestándose a sus caprichos, sino tomando los valores y experiencias que el público conoce y adaptándolas en su conjunto en formas nuevas y por lo tanto reveladoras”. CARTER, op. cit., p. 260.

⁶² CARTER, op. cit., p. 250.

⁶³ “(...) pienso que es útil sentir que podemos apreciar la bondad de una sentencia constitucional liberados de la inoportuna preocupación de que, a menos que la sentencia sea terminantemente correcta, es terminantemente errónea”. CARTER, op. cit., p. 306.

⁶⁴ “En un modelo teatral de jurisprudencia, un caso o probablemente un juez, son suficientes. La experiencia de una comunidad de normas compartidas es siempre de corta vida. La coherencia es puesta de nuevo a prueba, ganada o perdida, en cada interpretación” (grifos nossos). CARTER, op. cit., p. 251.

à evolução do universo normativo, afirma, também, que as decisões não são definitivas, retirando-lhes o caráter ameaçador que o qualificativo lhes imprime. A significação final da decisão constitucional dependerá da sua recepção política⁶⁵.

7. Conclusão

Alicerçado nas críticas anteriormente feitas e ciente de que as teorias convencionais não respondem à prática constitucional da Suprema Corte norte-americana⁶⁶, Lief Carter propõe, como resposta, sua teoria estética, que não busca uma coerência doutrinária inalcançável nas decisões constitucionais e, sim, a análise de tais decisões pela medida de seu potencial virtuoso de promover o intercâmbio problemático na comunidade acadêmica e, sobretudo, nacional⁶⁷. Tal visão realista é que caracteriza a teoria de Lief Carter, valorizando, com isso, a citação que o próprio autor faz de John Rawls:

“Los filósofos contribuyen a construir la sociedad como una imagen de ellos mismos. Un régimen constitucional como el nuestro tiene que tener alguna

⁶⁵ “Si todo esto aparece bastante precipitado, por favor recuerden que si vemos cualquier sentencia de la Corte como única en una serie interminable de esfuerzos para dar significado a la experiencia primaria y si abandonamos nuestro hábito de evaluar el trabajo de la Corte en términos legalistas, entonces las sentencias se tornan menos amenazadoras. No son realmente definitivas. Su recepción política determinará su significación final.” CARTER, op. cit., p. 262 (grifos nossos).

⁶⁶ “(...) prima facie el análisis convencional de las opiniones constitucionales tiene una retribución potencial muy limitada. La Corte nunca se ha adecuado a los principios de razonamiento legal convencionales”. E acrescenta: “Algún marco de referencia guía supuestamente el proceso constitucional. Las sentencias, los ‘llamados’ formales en el juego constitucional, tienen supuestamente algún objetivo. Si la teoría del derecho no puede encontrarlo, el problema reside supuestamente en la teoría. Aquéllos que critican a la Corte por dejar de hacer hoy lo que nunca hizo con coherencia en el pasado se asemejan mas bien al físico o al químico que, cuando sus experimentos confirman regularmente la hipótesis nula, insisten en que la Madre Naturaleza ha pecado y debiera enmendar su camino. En otras palabras, tanto las decisiones judiciales como los balbuceos académicos sobre la Corte, son datos que desestiman la teoría convencional e impulsan la búsqueda de otras teorías.” CARTER, op. cit., p. 68-71.

⁶⁷ “El Derecho es una invitación al intercambio, y las diferencias en las decisiones constitucionales estimulan diferentes clases de intercambio en niveles que encuentran a bastante distancia de la coherencia doctrinaria, la fidelidad a la Constitución, los principios supremos neutros, que por lo tanto son aceptados; o el razonamiento legal rigurosamente disciplinado.” CARTER, op. cit., p. 70.

concepción de sí mismo a efectos de funcionar bien”⁶⁸.

Os argumentos fundamentais justificadores do esforço de Carter na procura de uma nova teoria apresentam-se, em resumo:

a) na constatação de que o direito constitucional, por estar fortemente influenciado por crenças sociais e por políticas imediatistas, não segue nenhum método racional legal⁶⁹ e que, portanto, a única tarefa idônea do juiz está em persuadir a comunidade nacional de que seus valores pessoais contribuem para formação de uma comunidade política⁷⁰;

b) na constatação de que os teóricos da jurisdição constitucional e política, conquanto discrepantes em quase todos os pontos, concordam em identificar uma preocupação central refletida no interesse sobre o problema do estabelecimento de critérios para se determinar a correção das decisões constitucionais⁷¹;

c) na constatação de que as teorias preservacionistas, ou mesmo as teorias que fogem ao rigor delimitativo daquelas (alternativas políticas e normativas), erigem, como bandeira de luta, a assertiva de que muitas decisões judiciais não se adaptam ao significado das palavras constitucionais em seu contexto

⁶⁸ *apud* CARTER, op. cit., p. 173.

⁶⁹ “(...) la producción del Derecho Constitucional no sigue ningún método o razonamiento legal coherente, y que está fuertemente influida por creencias sociales y políticas inmediatas y de vida relativamente corta”. CARTER, op. cit., p. 174 (grifos nossos).

⁷⁰ “(...) los estándares evaluativos que buscamos, deben concordar con la realidad política de que los jueces de todo tipo, incluyendo a aquéllos cuyas teorías académicas niegan que los valores personales importen, deciden de acuerdo con sus valores personales. La tarea estética del juez es persuadirnos de que los valores personales que aporta al caso ayudan simultáneamente a constituir nuestra comunidad política. Una vez más, la meta es constituir sobre lo que podrían ser teorías políticas atractivas aquéllo de lo que carecen: estándares de evaluación de la bondad de las decisiones mismas.” CARTER, op. cit., p. 175-176.

⁷¹ “Sin embargo, a pesar de esta evidencia (nota 69), es inherente a la naturaleza de la Constitución que aquellos a quienes ésta preocupa se interesen profundamente por la bondad de las decisiones constitucionales. He pasado revista, con alguna extensión, a las tentativas de algunos eruditos por volver a la Constitución y a las tentativas de otros por justificar alternativas no-interpretativas, no tanto para criticarlas, como para demostrar que los eruditos se preocupan profundamente acerca del problema de la bondad constitucional. La misma preocupación por la bondad motiva igualmente a los juristas preservadores y a los Críticos, aun cuando difieran virtualmente en todos los otros asuntos.” CARTER, op. cit., p. 174.

Bibliografía

histórico e, portanto, falham na missão de retratá-las, configurando-se em norte desejável a adaptação das decisões judiciais à teoria criada⁷²;

d) na percepção, daí, que, se o denominador comum jurisprudencial expressa-se na preocupação por tal adaptação, é obrigatório o entendimento em se determinar a *bondade* constitucional por meio da teoria estética, já que o fenômeno constitucional caracteriza-se como um fenômeno estético⁷³ e que a natureza das decisões constitucionais não transigem com a concepção das teorias convencionais de que há somente uma solução ótima para uma questão proposta⁷⁴.

Enfim, a proposta que Carter sustenta tem o condão de realçar um ponto de vista não-convencional de se encarar e de se analisar, ou mesmo julgar as decisões da Corte Constitucional⁷⁵, vindo a enriquecer a discussão sobre o tema da jurisdição constitucional e política.

⁷² "(...) cada una y todas las tentativas de generar una teoría constitucional se presentan a sí mismas como una buena teoría. porque alegan que han logrado una buena adaptación entre los elementos que tratan como importantes. Por lo tanto el núcleo del problema, desde la perspectiva preservadora, es que demasiadas decisiones judiciales no se adaptan de modo evidente al significado de las palabras constitucionales en su contexto histórico (...) Las teorías legales convencionales no se adaptan a la realidad política." CARTER, op. cit., p. 174.

⁷³ "(...) que este común denominador jurisprudencial, la preocupación por la adaptación, nos obliga a tratar la bondad constitucional como un fenómeno estético." CARTER, op. cit., p. 174.

⁷⁴ "Cada uno de estos enfoques (refere-se aos enfoques das teorias convencionais) no puede sacudir el hábito legal, tan central en el pensamiento preservador, de que la lógica debiera generar una sola solución óptima para cualquier problema analítico. La dificultad no es simplemente que la gente no puede coincidir en cuanto la premisa inicial, aunque los constitucionalistas obviamente no pueden. Aun si coincidieran en una, la lógica social no opera de manera lineal o expresa. Robert BORK dijo que debemos ir adonde conduce la lógica, como siguiendo un sendero en el bosque. Pero el símil adecuado para la lógica legal no se parece a un sendero en el bosque sino a un recorrido por una ciudad poco familiar sin tener metas expresadas ni un mapa de sus calles. Cada esquina requiere una opción para continuar o para girar a la derecha o a la izquierda, y cada intersección revela nueva información respecto de dónde podría uno querer ir." CARTER, op. cit., p. 174-175.

⁷⁵ "Mi replanteo me ha llevado a la conclusión de que podemos entender mejor a la Corte si vemos su historia como una serie de realizaciones que intentan sustentar conversaciones sobre la naturaleza normativa de nuestra comunidad nacional. Hacia el final del libro tengo la esperanza de que usted apreciará tres puntos: primero, que este modelo describe mejor que los modelos legales, tanto lo que la Corte hace como la evaluación que deseamos hacer acerca de ella; segundo, que la posición política de la Corte le

BRISON, Susan J. & SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Contemporary perspectives on constitutional interpretation*. Boulder : Westview Press Inc, 1993.

CARTER, Lief H. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington : Pergamon Press PLC, 1985. (Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español).

_____. *Derecho constitucional contemporáneo : la Suprema Corte y el arte de la política*. Org. por Carlos Alberto Pazos. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1985. p. 333.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge : Massachusetts. Harvard University Press, 1987.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas : razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.

WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: _____. *Principles, politics, and fundamental law : selected essays*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press. 1961. p. 3-48.

_____. *impide efectivamente operar de cualquier otra forma; y tercero, que la teoría estética provee de un marco más CONSTRUCTIVO para evaluar la bondad de sentencias específicas que los modelos teóricos más difundidos.*" CARTER, op. cit., p. 73 – grifos nossos.

A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

SUMÁRIO

1. Introdução ao tema. 2. O direito de propriedade no mundo em evolução. 3. A propriedade e sua função social. 4. O direito de propriedade no Brasil: a visão civilista e a visão constitucional. 5. A propriedade urbana 5.1. A função social da propriedade urbana e a desapropriação. 5.2. O plano diretor e seus efeitos sobre o direito de propriedade 5.3. A separação entre o direito de propriedade do solo e o direito de construir. 6. A função social da propriedade e o Poder Judiciário. 7. Considerações finais.

1. Introdução ao tema

O presente trabalho visa abordar o direito de propriedade, considerando-o dentro do direito urbanístico. A evolução da visão acerca da propriedade privada, desde a noção de direito absoluto até a sua função social, também encontra ressonância ao estudarmos esse direito no que pertine às cidades e não só ao campo, como costumeiramente se ocupam os jornais e revistas desse país.

Para tanto, é imprescindível a compreensão do significado contemporâneo do direito de propriedade e o significado da função social consagrada constitucionalmente, para que possamos captar como se opera tal direito no contexto do direito urbanístico.

Não nos ocuparemos em analisar as características que os doutrinadores atribuem à propriedade, tais como seus atributos de caráter absoluto, perpétuo e exclusivo, salvo quando essenciais para alcançar o objetivo desse trabalho, qual seja estudar o direito de propriedade na *urbs*.

Não podemos deixar de ressaltar a dificuldade de tratar de um tema tão cotidiana-

namente abordado por nossos doutrinadores, mas que incita, tanto hoje como sempre, tantas divergências e tantas paixões, havendo inclusive teorias que sequer admitem a propriedade como direito fundamental, como, por exemplo, a marxista, para quem a propriedade privada é, mais que qualquer outra coisa, um instrumento de subjugação e opressão.

2. O direito de propriedade no mundo em evolução

A propriedade, enquanto direito, foi difundida para o mundo com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que a definia como direito inviolável e sagrado (art. 17), bem em consonância com as necessidades da época, que pressentia de uma propriedade sem vínculos, conforme a noção explicitada por Savigny, segundo o qual a propriedade constituía “o domínio irrestrito e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa”.¹

Discorrendo sobre os vínculos concepcionais entre propriedade e liberdade, o alemão Ernst Benda relatou :

“A liberdade econômica alcançada com a extinção das corporações e restrições às atividades empresariais só era realizável mediante uma ordem da propriedade móvel e não-condicionada. E aqui, mesmo no isolamento da garantia da propriedade, vamos encontrar o vínculo entre liberdade e propriedade, que alcançava, todavia, apenas a propriedade material, ou seja, as coisas móveis ou imóveis. Isso correspondia plenamente à então dominante constituição social agrário-burguesa. Tratava-se da propriedade da burguesia para quem a propriedade significava sua liberdade. Para os que não possuísem propriedade – principalmente para a classe trabalhadora em surgimento – para estes, esta disposição interativa entre propriedade e liberdade parecia duvidosa.

Demorou bastante até que se afirmasse a constatação de que a propriedade

¹ A presente citação de Savigny foi extraída da palestra de abertura do II Congresso Internacional da Sociedade de Estudos Jurídicos Brasil-Alemanha, São Paulo, setembro de 1986. O palestrante, Ernst Benda, foi Presidente da Corte Constitucional da Alemanha e é professor de Direito Público da Universidade de Freiburg.

também pode significar falta de liberdade”².

Vê-se, pois, que, assim como os vínculos entre propriedade e liberdade foram pertinentes a épocas próprias, o conceito de propriedade esteve nitidamente vinculado aos condicionamentos econômicos. Antes, por exemplo, a propriedade material constituía a base fundamental da noção econômica de propriedade, enquanto hoje, na era industrial, é apenas uma forma, entre outras (direitos reais, direito de obrigações), de acumulação do patrimônio.

No prisma acima aludido, caminhou bem a Constituição brasileira no reconhecimento do elo propriedade-atividade econômica, ao inserir a propriedade privada entre um dos princípios da ordem econômica, consoante o art. 170.

3. A propriedade e sua função social

A partir da superação da propriedade desvinculada, surge a noção de uma propriedade com função social, o que levou a uma série de polêmicas, tais como: seria a propriedade, em si mesma, uma função social? A função social constituiria uma característica tão intrinsecamente condicionante ao ponto de configurar uma *conditio juris*?³

Para o autor espanhol Jose Castan Tobeñas, a expressão função social possui conteúdo amplo e vago, o que explica sua acolhida tanto pelos positivistas como pelos naturalistas, e,

² A palestra do eminente Professor alemão foi publicada na Revista dos Tribunais, ano 1, outubro a dezembro de 1992, nos Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.

Na conferência aludida, Ernst Benda cita a apaixonada citação de Jhering contra o conceito de propriedade individualista : “Quando for reconhecida à verdade a vitória no mundo, então virá a era em que a propriedade se investirá em uma outra forma que hoje, na qual a sociedade reconhecerá tão pouco o pretensão direito do proprietário de acumular os bens deste mundo na quantidade que lhe aprover, como o direito do pai romano de dispor sobre a vida de seus filhos, o direito de desafio e o assalto de estradas dos cavaleiros medievais, como o direito corporativo da Idade Média”.

³ ENNECCERUS apud CASTAN TOBEÑAS. *La propiedad y sus problemas actuales*. Madrid : Instituto Editorial Reus, 1963. p. 117, que chama “conditio juris a “*un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio según su naturaleza, su objeto o una especial disposición del Derecho*”.

embora defenda o autor que a propriedade deve servir não somente para assegurar a hegemonia do proprietário como para a realização de seus fins, de modo que o direito de propriedade de um grupo não impeça a propriedade dos demais, defende que a função social não é uma condição em seu sentido técnico, apesar da interpretação do que seja “um direito condicionado a sua função social” merecer esclarecimentos atrelados aos princípios da Lei Fundamental.⁴

Ocorre que, sendo a propriedade privada um direito subjetivo constitucionalmente garantido, há de se concluir que a antiga característica de direito absoluto, na qual o proprietário poderia livremente usar e dispor ao seu prazer individual, já não mais pode prevalecer, vez que, ao impor direitos, a ordem jurídica também impõe deveres; portanto, o proprietário, seja urbano, seja rural, tem o direito de dispor de sua propriedade desde que atendendo a sua função social.

A Professora Magnólia Guerra já tratara do tema, entendendo que tal correspondência entre direitos e deveres era inerente à essência do direito, constituindo a bilateralidade atributiva.⁵

Ressalte-se, nesse tocante, que a Lei Fundamental Alemã estatui, em seu artigo 14, que “a propriedade obriga. Seu uso deverá, ao mesmo tempo, servir ao bem da coletividade”, reafirmando a moderna teoria da propriedade atrelada ao princípio jurídico de que “todo direito corresponde a um dever”.

Para o jurista pátrio José Afonso da Silva, o princípio da funcionalização da propriedade é um processo longo e não é uma limitação da propriedade, visto que esta diz respeito ao exercício do direito, e aquela, à função social, interferindo, pois, com a própria estrutura do direito. Alega ainda o citado professor que a função social da propriedade modifica-se com as mudanças na relação de produção. Em suas palavras, continua o mestre :

“E toda vez que isso ocorreu, houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao

⁴ A discussão levantada foi extraída da obra supracitada.

⁵ Extraído do texto “Direito de propriedade”, de autoria da Professora de Direito Urbanístico do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

estabelecer expressamente que a *propriedade atenderá a sua função social*, mas especialmente quando a reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando, em geral ou com certos tipos de propriedade, seu uso, gozo e disposição”.⁶

4. O direito de propriedade no Brasil: a visão civilista e a visão constitucional

Em primeiro lugar, importa acentuar que o direito de propriedade tem caráter primordialmente constitucional, estando inserido no Título II, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 5º, inciso XXII : “é garantido o direito de propriedade”, combinado com o inciso XXIII : “a propriedade atenderá a sua função social”, motivo pelo qual não se pode concebê-la como um regime jurídico meramente subordinado ao direito civil.

A antiga dicotomia que aceitava a propriedade ora como direito civil subjetivo, ora como direito público subjetivo já não pode prosperar se entendermos a função social da propriedade como um “princípio ordenador da propriedade privada”, que impõe novo conteúdo ao direito de propriedade.⁷

Enquanto nosso Código Civil adotou a concepção clássica de propriedade, herança do direito romano, nossa Constituição adotou a concepção contemporânea, consentânea com a evolução da nossa sociedade atual.

A propriedade já não é mais um direito absoluto e desvinculado, afirmação que serve para a propriedade agrária, urbana e inclusive para a propriedade dos meios de produção, que também estão sujeitas às limitações estatais e sociais, econômicas e fiscais, civis e trabalhistas.

A propriedade deve servir ao bem geral; portanto, não só os direitos daí inerentes como

⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 65-66.

⁷ *Ibidem*.

os deveres devem ser adequados para o alcance do equilíbrio na coletividade.

Segundo o supracitado Ernst Benda, “a garantia constitucional da propriedade tem, por fim, também uma função de distribuição de poderes que caracterizam um estado de direito”,⁸o que implica dizer que sua concentração exacerbada pode prejudicar a comunidade, causando-lhe a restrição de bens socialmente relevantes. A função da distribuição de poderes, todavia, só pode ser alcançada quando todos, ou pelo menos muitos, tenham acesso real à aquisição da propriedade.

5. A propriedade urbana

5.1. A função social da propriedade urbana e a desapropriação

Com o crescimento das cidades e sua predominância nas áreas culturais, políticas e de desenvolvimento, surgiram preocupações concretas com a política urbana. É que as cidades, por aglomerarem um número maior de pessoas que o campo, necessitam, ainda com mais veemência, de um planejamento, de uma ordenação que venha a favorecer o bem-estar de seus cidadãos.

Infelizmente, os grandes centros urbanos de nosso país crescerem de maneira desordenada, criando situações de difíceis, mas não impossíveis, reversões, a exemplo do que ocorre no tumultuadíssimo centro da cidade de São Paulo, com prédios imponentes, construídos sem que se respeitasse a preservação do meio ambiente ou mínimas noções de ventilação, para não falar no congestionamento permanente no trânsito nessa e em praticamente todas as capitais do Brasil.

A questão da função social da propriedade, diante do acima exposto, torna-se ainda mais grave, vez que precisamos harmonizar a convivência das pessoas nos centros urbanos, o que significa soluções enérgicas visando à proteção das pessoas individuais, bem como o bom desenvolvimento dos negócios realizados pelas pessoas jurídicas.

Nesse tocante, é bom lembrar a imprescindível e efetiva participação da Administração Pública para regular a atividade urbanística, visto que essa atividade é função da Administração.

A Constituição Federal insere, de maneira expressa, a *propriedade urbana*, no artigo 21, inciso XX, e 182, aclarando que a política urbana tem por objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*. Para isso, fala a *Lex Magna* do *plano diretor*, aprovado pelo Legislativo municipal e obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, que serviria como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Significa dizer que a cidade possui funções sociais a desenvolver, o que apenas serve para reafirmar que qualquer propriedade assentada nessa cidade há de possuir, por consequência, uma função social que venha a compatibilizar com as próprias funções da cidade, tais como, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, vias de acesso e trânsito razoáveis, edificações ventiladas e com distâncias mínimas, garantias de habitação, recreação e trabalho, entre outras que assegurem uma boa convivência entre os cidadãos.

Por outro lado, a Constituição vincula o cumprimento da função social da propriedade ao atendimento das exigências constantes no plano diretor, consoante § 2º do artigo 182, facultando ao Poder municipal, nos termos de lei federal, *exigir do proprietário do solo não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promoção de seu adequado aproveitamento*, desde que, mediante, evidentemente, lei específica para a área incluída no plano diretor.

A exigência supra-referida, feita pelo Poder municipal ao proprietário omissivo na utilização de seu imóvel, tem o intuito de garantir a função social inerente ao direito de propriedade, podendo levar à aplicação de penas sucessivas, correspondentes a: I – parcelamento ou edificações compulsórias; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação.

No que concerne ao parcelamento ou edificação compulsórias, a matéria carece de melhor disciplinamento, vez que lei federal irá estabelecer as regras sobre a aplicação dessas penas, cabendo ao município estabelecer as regras específicas para a efetividade das sanções. Quanto ao imposto progressivo, é importante observar que não se trata da progressividade aplicada aos impostos para a arrecadação tributária, e sim como sanção, objetivando coibir comportamentos contrários aos valores urbanísticos.

⁸ Cf. autor e obra citados, p. 248.

Quanto à previsão de desapropriação, concordamos com o entendimento do Professor José Afonso da Silva,⁹ em que a propriedade urbana pode ser desapropriada como qualquer outro bem privado, sendo que existem para ela dois tipos de desapropriação: uma prevista no art. 5º, XXIV, que trata da desapropriação por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social e a prevista no art. 182, § 3º (desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro); o outro tipo é a desapropriação-sanção (art. 182, § 4º da CF), originada pelo descumprimento de sua função social, ocasionando a substituição da indenização em dinheiro por indenização mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas iguais e sucessivas, o que importa dizer que, embora fique assegurado o valor real da indenização e os juros, não haverá o pagamento prévio, o que torna tal indenização, no mínimo, indesejável para o proprietário.

Ressalte-se que a propriedade também possui sua *vinculação situacional*, o que pode ocorrer tanto no caso de o plano diretor configurar certo terreno como de condição especial, como quando o planejamento estipulado para uma determinada área acabar por modificar a situação do terreno.

5.2. O plano diretor e seus efeitos sobre o direito de propriedade

Já ressaltamos várias vezes a vinculação estabelecida constitucionalmente entre a propriedade urbana e o plano diretor, realizado pelos municípios; entretanto, o direito de propriedade também condiciona o plano e influencia o seu conteúdo, ou seja, o *direito de propriedade constitui também um limite à discricionariedade de conteúdo do plano*.¹⁰

Segundo o português Fernando Alves Correia¹¹, o direito de propriedade atua como limite à liberdade de plasmação ou de conformação do plano urbanístico, particularmente de duas formas:

a) mediante a garantia da *existência ou da manutenção*, na medida em que os planos diretores ou planos urbanísticos, conforme a

terminologia usada em Portugal, devem respeitar as edificações já existentes à data de sua vigência, só operando para as edificações futuras, não podendo o edifício construído legalmente pelas normas anteriores ser eliminado sem a conseqüente *indenização*;

b) mediante a obrigação da ponderação dos interesses dos proprietários do solo, que devem ser levados em consideração pelos elaboradores do plano. Trata-se do velho direito de ser ouvido, e, embora os proprietários não tenham o poder de exigir que seus interesses sejam expressos no plano diretor, vez que não possuem preferência sobre o interesse público, deve-lhes ser resguardado o direito de ponderar perante os agentes públicos responsáveis.

No Brasil, tais limites ainda não se encontram suficientemente delineados, mesmo porque a doutrina acerca do direito urbanístico é escassa, e até mesmo o conhecimento dos administradores sobre as atividades urbanísticas e o significado e conteúdo do plano diretor é nebuloso até para os seus operadores.

5.3. A separação entre o direito de propriedade do solo e o direito de construir

Finalmente, é proveitoso observar que o direito de propriedade abrange o uso, o gozo e a disposição sobre o qual incide, o que dá ao proprietário, entre outros direitos, o direito de construir, citado nessa conjuntura apenas para demonstrar o quanto o direito de propriedade vem passando por evoluções.

É que o direito de construir ou edificar tem cada vez mais encontrado argumentos doutrinários favoráveis a sua separação do direito de propriedade, até porque o direito de construir é reconhecido por autorização ou concessão administrativas, em face do interesse público presente, e não apenas em função do direito de propriedade do solo pura e simplesmente; ou seja, o direito de construir concerne à possibilidade de edificação em um determinado terreno, direcionado pelo planejamento urbanístico.

Da separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, surge, por sua vez, o direito de superfície, que permite a construção em solo de outro proprietário, com tempo e regras previamente fixadas, tratando-se, pois, de um direito real, assim como surge a noção

⁹ SILVA, op. cit. p. 67.

¹⁰ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 343.

¹¹ Ibidem. p. 299-391.

de solo criado, que seria o direito de edificar ou utilizar área superior aos limites permitidos pelo coeficiente de aproveitamento, legalmente definido.

6. A função social da propriedade e o poder judiciário

Não há dúvida acerca da evolução constitucional legislativa e das modernas construções doutrinárias sobre o dever de o proprietário atender às funções sociais da propriedade para o pleno e legítimo exercício de seu direito de propriedade, mas será que o Judiciário tem acompanhado, na essência, tais transformações ?

Tal análise torna-se necessária na medida em que uma resposta negativa à pergunta supraformulada demonstra não só um entrave jurisprudencial, como também uma dificuldade constitucional; além do que, um instituto novo só fica bem delineado ao passar pelo filtro do Judiciário.

Parece-nos que a evolução legislativa nessa matéria foi superior à evolução jurisprudencial. Pouco se tem conhecimento de decisões que restrinjam a propriedade por não estar sendo-lhe destinada uma função social.

Sabemos que os institutos jurídicos tendem a se fortalecer quando são divulgados e encravados por meio de decisões concretas e não só assegurados em plano abstrato. As leis expressam um conteúdo que se abatece em cada situação em que é exigido, ou seja, a jurisprudência é importantíssima na cristalização de direitos e de expressiva contribuição seria a constância de decisões que viessem a responsabilizar proprietários que utilizem a propriedade em prejuízo da comunidade, com a finalidade, por exemplo, meramente especulativa, enquanto a cidade e seus habitantes têm de conviver com um imóvel que não oferece nenhum tipo de benefício ao interesse público e coletivo.

Os Tribunais italianos e alemães, por exemplo, têm sido de grande contribuição para a fixação e delimitação da vinculação do direito de propriedade. O Tribunal Constitucional Alemão, em sentença proferida em 12-1-67, já determinava a obrigação social da propriedade do solo ao estatuir:

“O facto de o solo ser indispensável

e de não ser multiplicável impede que a sua utilização seja abandonada completamente ao jogo não controlável da livre iniciativa e à vontade do particular; uma ordem social e jurídica justa exige, pelo contrário, que os interesses gerais sejam salientados no caso do solo numa medida mais forte do que nos outros bens econômicos.”¹²

Do exposto, depreende-se que o sentido hermenêutico da visão constitucional do direito de propriedade, no direito pátrio, depende também de ativa jurisprudência, afirmando, nos casos concretos, a impossibilidade de o ordenamento jurídico admitir, na atualidade, a preferência incondicional de interesses particulares sobre os interesses gerais da sociedade.

7. Considerações finais

O objetivo do presente trabalho foi apresentar uma visão geral sobre o direito de propriedade vigente no Brasil de hoje, acentuando os aspectos polêmicos e ressaltando a vinculação do *direito* de propriedade com o *dever* de exercê-lo com função social.

Tal preceito justifica-se sobretudo pelo fato de a propriedade do solo ser escassa e não possuir a característica de, por si só, reproduzir-se, além de ser um instrumento importantíssimo na satisfação das necessidades humanas, seja o solo rural, na produção de alimentos, seja o solo urbano, na realização do direito de moradia.

Do que foi dito, conclui-se que a propriedade urbana, ponto específico da nossa pesquisa, há de atender a sua função social, por obediência ao texto da Lei Suprema, a Constituição Federal, e cabe não só aos legisladores, aos doutrinadores e aos juízes compreenderem e garantirem a eficácia desse preceito, como também cabe à própria sociedade romper com as pilastras do individualismo, pois disso também depende a salvaguarda do almejado Estado Social.

Bibliografia

ABELA, José Manuel Merelo. *Régimen jurídico del suelo y gestión urbanística*. Barcelona : Praxis, 1995.

¹² CORREIA, op. cit. p. 322.

- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- BASTOS, Celso. Desapropriação e imissão provisória na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, a. 1, n. 4, p. 6-12.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Direito de propriedade e direito de construir. *Revista dos Tribunais*, a. 2, n. 8. p. 93-100.
- BENDA, Ernst. Função da garantia da propriedade na Constituição moderna. *Revista dos Tribunais*, a. 1, out/dez/ 1992, p.238-249.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra : Almedina, 1989.
- GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Direito de propriedade*. Nota de aula publicada no curso de Mestrado da UFC.
- MOTA, Leda Pereira e SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Constitucional*. São Paulo : Terra, 1994.
- PIOVEZANE, Pedro de Milanelo. *Elementos de direito urbanístico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- CASTAN TOBENAS, José. *La propiedad y sus problemas actuales*. 2. ed. Madrid : Instituto Editorial Reus, 1963.

Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder

MARCELO NEVES

SUMÁRIO

1. Permanência e mudança da Constituição na teoria constitucional corrente. 2. Concretização desconstitucionalizante do texto constitucional como manutenção das estruturas reais de poder. 3. “Constitucionalização” como mudança simbólica da Constituição. 4. Ponderações finais.

1. Permanência e mudança da Constituição na teoria constitucional corrente

A discussão corrente em torno da permanência e mudança das Constituições tem como ponto de partida o modelo das “Constituições normativas”, definidas como aquelas que regulam relevantemente as relações reais de poder. Nessa perspectiva, aponta-se para um núcleo permanente das Constituições, do qual elas retiram sua própria identidade. Entretanto, enfatiza-se a possibilidade de mutações constitucionais. A respeito dessas, podem-se verificar duas espécies básicas: mudanças da normatividade constitucional decorrentes diretamente de alterações do texto constitucional; mudanças do sentido normativo da Constituição em face do processo de concretização ou realização constitucional.

A mudança da Constituição que resulta diretamente da modificação do texto constitucional pode ocorrer de acordo com o procedimento estabelecido na própria Constituição ou resultar de ruptura com o ordenamento jurídico constitucional. No primeiro caso, a mutação jurídica da Constituição é denominada, freqüentemente, reforma constitucional. Alguns autores procuram classificar as reformas em emenda e revisão: as primeiras seriam mais específicas; as últimas teriam uma pretensão de atingir mais genericamente o texto

Marcelo Neves é Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco.

Trabalho apresentado à XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Foz do Iguaçu, de 04 a 08 de setembro de 1994. Para a presente publicação procedeu-se a uma breve revisão de texto e bibliografia.

constitucional (cf. *Jacques*, 1983:515; *Menezes*, 1972: 226s.). Porém, não há univocidade no uso de tais expressões no Direito constitucional positivo (cf. *Horta*, 1992: 21ss.; *Pinto Ferreira*, 1983: 116s.). A rigor, cabe, sim, uma distinção entre a reforma constitucional, como mutação jurídico-positiva, e as mutações fáticas ou meramente políticas da Constituição. Produz-se, então, um novo texto constitucional sem vínculo consistente com a normatividade que decorria do anterior, sobretudo sem qualquer base em procedimentos jurídicos preestabelecidos. Normalmente, a doutrina constitucional reduz tal situação ao poder constituinte revolucionário – do qual vai distinguir o poder constituinte fundacional (cf. *Vanossi*, 1975:136s.), que, na verdade, assume características revolucionárias quando implica uma ruptura com a ordem jurídico-política colonial imposta pela metrópole. Contudo, além da mutação constitucional de fato que resulta de uma ruptura radical com o conteúdo da ordem jurídica anterior, há também a possibilidade de poder constituinte resultante de processo de transição política, sem respeitar o procedimento de alteração constitucional previsto no sistema anterior. No caso de revolução, além de realizar-se em desconformidade com o procedimento de mutação constitucional preestabelecido, há uma ruptura radical e brusca com o conteúdo da ordem jurídica anterior. Na hipótese do poder constituinte (originário) de transição política, também não se atua conforme os procedimentos preestabelecidos, mas há acordos políticos entre agentes da antiga e nova ordem em torno do conteúdo da futura Constituição; há, então, continuidade política e descontinuidade jurídica.

Quanto às mutações constitucionais que resultam da transformação do sentido normativo do texto constitucional no processo de sua concretização, podem-se distinguir duas possibilidades: mudanças decorrentes da interpretação/aplicação constitucional; alterações resultantes da práxis política independentemente de atividade hermenêutica em face do texto constitucional.

É indiscutível que o sentido normativo do texto constitucional modifica-se profundamente pela variação interpretativa (cf., em perspectiva as mais diversas, *Kelsen*, 1960: 348s. – tr. br., 1974: 465ss.; *Smend*, 1968: 236; *Erllich*, 1967: 295; *Ross*, 1971: 111s. e 130; *Pontes de Miranda*, 1972: 99; *Carbonnier*, 1972: 150-52). A hermenêutica tem sublinhado que o

intérprete, ao construir o sentido normativo de textos jurídicos, fica condicionado pelo contexto histórico-social em que os mesmos são aplicados (cf. *Gadamer*, 1990: 330ss.). Tal variação semântica no tempo e no espaço é indissociável dos condicionamentos pragmáticos, ou seja, dos interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação/aplicação (*Neves*, 1988: 127ss.; *Edelman*, 1967:141). E isso não só com relação aos órgãos oficiais de interpretação/aplicação jurídica (“intérpretes stricto sensu”), mas também ao público, enquanto dirige suas expectativas ao texto constitucional (*Häberle*, 1980). Daí por que se torna insustentável a “doutrina originalista” radical nos Estados Unidos da América, que defende um retorno ao sentido que os membros da Convenção de Filadélfia atribuíam ao texto constitucional de 1787 (a respeito, cf. *Rakove*, 1990). É sobretudo no sistema norte-americano que se verifica o quanto se destaca a mutação constitucional decorrente da atividade jurisprudencial. Mas também no sistema eurocontinental explicita-se cada vez mais o papel de construção e reconstrução constitucional desempenhado pelos tribunais constitucionais.

A mudança da Constituição no processo de sua concretização ou realização resulta também da práxis constitucional não-vinculada à atividade de interpretação/aplicação normativa. A maneira como se desenvolvem concretamente as relações básicas de poder, como atuam os órgãos estatais supremos, como se relacionam os cidadãos com o Estado e entre si podem implicar transformações constitucionais relevantes. É possível tanto que isso resulte em mutações de sentido normativo do texto da Constituição ou no preenchimento de “lacunas constitucionais”, quanto no surgimento de uma normatividade constitucional marginal em face do texto constitucional ou no desuso em relação a certos dispositivos da Constituição. Além do mais, essa forma de transformação constitucional é típica das Constituições costumeiras, não-intermediadas por texto constitucional.

2. Concretização desconstitucionalizante do texto constitucional como manutenção das estruturas reais de poder

Quando tratamos dos modos de mudança da Constituição nos termos da teoria constitucional corrente, partimos das

“Constituições normativas”, pressupomos “a força normativa da Constituição” (Hesse, 1984), entendida como a orientação das expectativas e o direcionamento das condutas na esfera pública de acordo com o modelo normativo constitucional. No caso das “Constituições nominalistas”, nas quais há um hiato radical entre texto e realidade constitucionais (cf. Loewenstein, 1975: 151-57, 1956: 222-25; Neves, 1992a: 91ss., 1994: 95-99), exige-se uma avaliação mais cuidadosa do problema de sua mutação. De um lado, a deturpação do texto constitucional no processo de concretização, sem base em critérios normativos generalizáveis, torna discutível a aplicação da semântica de “mudança da Constituição”. Nessas situações, cabe falar de desconstitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante. Por outro lado, o problema passa a ser mais complexo quando consideramos a função hipertroficamente simbólica das mutações do texto constitucional. A “mudança da Constituição” torna-se, então, topos de constitucionalização simbólica.

A desconstitucionalização a que nos referimos aqui não é aquela que vem sendo discutida no âmbito do debate mais amplo sobre desjuridicização (cf. Voigt, 1983). Não se trata da redução das matérias e relações constitucionalizáveis, ou seja, reguláveis por normas constitucionais. Esse é um problema típico dos países centrais, onde as “Constituições normativas” levaram a uma juridificação radical da esfera pública (cf. Voigt, 1980; Habermas, 1982: 522ss.; Werle, 1982), possibilitando o surgimento de contratendências desconstitucionalizantes ou desjuridicizantes. A questão da desconstitucionalização fática nos países periféricos com “Constituições nominalistas” diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização. Em tal contexto, não surge, de maneira generalizada, uma relação consistente da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional. Não se pode falar, então, de “generalização congruente de expectativas normativas” (Luhmann, 1987: 94-106) estruturada e operacionalizada com base no texto constitucional. Não está presente, portanto, uma esfera pública pluralista constitucionalmente integrada. A concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada (não simplesmente condicionada) de forma permanente e generali-

zada por injunções econômicas, políticas, familiares, de boas relações etc., implicando, contrariamente à codificação binária nos termos da teoria dos sistemas autopoiéticos (cf. Luhmann, 1986a: 75ss., 1986b, 1993: 165ss.), a própria quebra de autonomia operacional do sistema jurídico e uma miscelânea social auto-destrutiva e heterodestrutiva dos códigos jurídico, econômico, político, “relacional” etc. A desconstitucionalização significa, pois, a desjuridicização pela fragilidade do código jurídico na sua incapacidade de generalização congruente e a falta de autonomia/identidade consistente de uma esfera de juridicidade (Neves, 1993).

Aqui caberiam referências à teoria normativo-estruturante de Müller (1989, 1990a, 1990b, 1994a, 1994b; cf. Canotilho, 1991: 208ss. e 221ss.). Observa-se, no âmbito desse paradigma teórico, que não só a “norma de decisão” (norma individual), mas também a “norma jurídica” (norma geral) é construída no processo de concretização. O texto constitucional apresenta-se, por um lado, como “o mais importante dado de entrada” desse processo (Müller, 1990b: 20; cf. *ibid.*, 127 e 129; Jeand’Heur, 1989: 22). Por outro lado, a decisão concretizante deve ser reconduzível consistentemente ao texto, embora possa apresentar conteúdos os mais variáveis (Müller, 1994b: 134). Quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre texto e atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se frequentemente à margem do modelo textual de Constituição.

A perspectiva predominantemente semântica de Müller cabe acrescentar a concepção eminentemente pragmática de Häberle (1980) a respeito da interpretação constitucional. Além dos intérpretes *stricto sensu* (agentes técnico-jurídicos de interpretação/aplicação constitucional), Häberle inclui toda a esfera pública no processo de interpretação da Constituição:

“Nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” (1980: 79s.).

A força normativa da Constituição estaria assegurada quando a esfera pública pluralista fosse integrada no processo de concretização constitucional. Nessa perspectiva, os interesses

e valores do público, os mais divergentes, devem ser levados em consideração pelo intérprete em sentido estrito. Em linguagem sistêmica, pode-se dizer que os procedimentos oficiais de interpretação/aplicação jurídica apresentam-se, então, como mecanismos seletivos das diversas expectativas do público em torno do texto constitucional. Tal seletividade teria uma função estabilizadora e congruentemente generalizante das expectativas normativas constitucionais. Porém, na hipótese de concretização desconstitucionalizante, não está presente, em primeiro lugar, uma esfera pública pluralista. As relações excludentes de subintegração e sobreintegração na sociedade, especialmente no sistema jurídico, impedem a construção de uma esfera pública pluralista formada de cidadãos como indivíduos integrados igualmente, do ponto de vista jurídico, na sociedade (cf. *Neves*, 1992a: 94ss. e 155ss., 1992b). O agir e o vivenciar normativos do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a própria Constituição como modelo jurídico-político da esfera pública. Nesse contexto, a referência à esfera pública deve ser ponderada pela observação de que se trata de uma “esfera pública restrita” a certos grupos e organizações, de tal maneira que a noção ético-discursiva de autonomia privada e pública (direitos humanos e soberania do povo) (*Habermas*, 1992: 112ss.) torna-se carente de relevância empírica. Ao problema da insuficiente construção da esfera pública nos casos de concretização desconstitucionalizante vincula-se a deficiência de seletividade adequada por parte dos procedimentos oficiais de interpretação/aplicação constitucional diante das expectativas políticas de indivíduos e grupos. Não só essas expectativas são, em ampla medida, constitucionalmente marginais ou destrutivas, como também os procedimentos conduzem, com frequência, à distorção casuística do sentido normativo do texto constitucional. Tal situação não significa desconstrução do texto constitucional na perspectiva pós-moderna, mas antes uma prática destrutiva dos seus possíveis sentidos normativos.

A concretização desconstitucionalizante não deve ser lida com base na dicotomia clássica “Constituição formal *versus* Constituição material”. Os bloqueios políticos, econômicos e “relacionais” do processo de concretização normativo-jurídica do texto constitucional não implicam, então, congruente generalização de expectativas normativas em torno das relações

políticas fundamentais. Há uma tendência particularista e difusa, impedindo a própria construção de constitucionalidade jurídica material, que exigiria critérios normativos generalizáveis. E isso significa, como já observamos acima, uma miscelânea autodestrutiva e heterodestrutiva de códigos de comportamento, atingindo a própria autonomia/identidade da(s) esfera(s) de juridicidade. Desconstitucionalização fática apresenta-se, portanto, como forma principal de desjuridicização no processo concretizador.

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das “Constituições nominalistas” dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais. Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição. Indaga-se, então, qual o sentido da elaboração de textos constitucionais em tais circunstâncias.

3. “Constitucionalização” como mudança simbólica da Constituição

O problema da mutação freqüente dos textos constitucionais sem uma relevante repercussão normativo-jurídica nas relações de poder complica-se quando introduzimos a discussão sobre constitucionalização simbólica (*Neves*, 1994, 1992a: 61-65 e 104-6). A concretização desconstitucionalizante é um requisito imprescindível da constitucionalização simbólica. Mas esta distingue-se especialmente pelo seu significado positivo: a função hipertroficamente político-ideológica do modelo textual de Constituição.

A discussão em torno de constitucionalização simbólica desenvolve-se a partir do debate sobre legislação simbólica (*Kindermann*, 1988, 1989; *Noll*, 1981; *Hegenbarth*, 1981). A própria ambigüidade dos termos ‘símbolo’, ‘simbólico’ e ‘simbolismo’ já dificulta uma delimitação semântica dessa expressão (*Neves*, 1994: 11ss.). Talvez se possa vislumbrar uma analogia com a concepção de simbolismo freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto (cf. *Freud*, 1969: 159-77, 1972: 345-94) e afirma-se que

na legislação simbólica a sua função latente prevalece sobre a manifesta (cf. *Aubert*, 1967).

Entretanto, a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas no âmbito das ciências sociais. As funções instrumentais implicariam uma relação de meio/fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. Na atitude expressiva, há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade. Enquanto a ação instrumental constitui-se “veículo de conflito”, o agir expressivo é “veículo de catarse” (*Gusfield*, 1986: 179). Afastando-se de outros autores que abordaram o problema da política simbólica, *Gusfield* distinguiu o simbólico não apenas do instrumental, mas também do expressivo (1986: 77ss.). Em contraposição à atitude expressiva e semelhantemente à ação instrumental, a postura simbólica não é caracterizada pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades e se relaciona com o problema da solução de conflitos de interesses (1986:183). Contudo, diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio/fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente (1967: 176s.). Como bem observou *Gusfield*,

“a distinção entre ação instrumental e simbólica é, em muitos aspectos, similar à diferença entre discurso denotativo e conotativo” (1986: 170).

Na denotação, há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo; na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação, a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto (1986: 170; 1967: 177), e prevalece em relação ao mesmo.

Evidentemente, a distinção entre função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente; na prática dos sistemas sociais, estão sempre presentes essas três variáveis. Porém, quando se afirma que um plexo de ação tem função simbólica, instrumental ou expressiva, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim é que ‘legislação simbó-

lica’ aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

Não se trata aqui das concepções da política simbólica (*Edelman*, 1967; 1977) ou do Direito como simbolismo (*Arnold*, 1935: esp. 33ss., ou 1971), que reduzem, respectivamente, a análise de todo e qualquer sistema político ou jurídico à sua “eficácia simbólica”. Embora Direito e Política tenham sempre uma dimensão simbólica, há variáveis instrumentais relevantes em ambos sistemas. A própria força normativa da legislação depende de uma combinação de variáveis instrumentais e simbólicas. É todo sistema jurídico funciona com base em ambas variáveis. O problema surge quando há efeitos hipertroficadamente simbólicos da legislação, em detrimento de sua eficácia instrumental-normativa.

Enquanto a legislação simbólica atinge apenas setores específicos do sistema jurídico, a constitucionalização simbólica, pela maior amplitude do âmbito material e pessoal de vigência do Direito constitucional, atinge o núcleo do sistema jurídico, comprometendo toda a sua estrutura operacional e a sua própria autonomia/identidade. Aqui não se desconhece que também as “Constituições normativas” desempenham função simbólica, como bem enfatizaram *Burdeau* (1962: 398; cf. *outrossim Massing*, 1989) e *Edelman* (1967: 18s.), amparados, respectivamente, na experiência constitucional européia e norte-americana; tampouco que a distinção entre “Constituição normativa” e “Constituição simbólica” é relativa, tratando-se “antes de dois pontos extremos de uma escala do que de uma dicotomia” (*Bryde*, 1982: 27). Porém, a função simbólica das “Constituições normativas” está vinculada à sua relevância jurídico-instrumental, isto é, a um amplo grau de concretização normativa generalizada das disposições constitucionais. Além de servir de expressão simbólica da “consistência”, “liberdade”, “igualdade”, “participação” etc. como elementos caracterizadores da ordem política fundada na Constituição, é inegável que as “Constituições normativas” implicam juridicamente um grau elevado de direção da conduta em interferência intersubjetiva e de orientação das expectativas de comportamento. Às respectivas disposições constitucionais correspondem, numa amplitude maior ou menor, mas sempre de forma social-

mente relevante, “expectativas normativas congruentemente generalizadas”. O “simbólico” e o “instrumental” interagem reciprocamente para possibilitar a concretização das normas constitucionais. A Constituição funciona realmente como instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz.

Já no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. Assim como já afirmamos em relação à legislação simbólica, o elemento de distinção é também a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais. Portanto, o sentido positivo da constitucionalização simbólica está vinculado à sua característica negativa, já considerada no item anterior (cf. *Villegas*, 1991: 120, com relação à experiência colombiana). Sua definição engloba esses dois momentos: de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos.

“Isso pode ser a reverência retórica diante de determinados valores (democracia, paz). Pode tratar-se também de propaganda perante o estrangeiro” (*Bryde*, 1982: 28).

Nós nos encontramos aqui na esfera do ideológico no sentido de Habermas (1987: 246 – tr. br., 1980: 115):

“O que chamamos ideologia são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns”.

Mas não se trata de ideologia como deformação de uma verdade essencial. Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como *ideal*, que por meio dos “donos do poder” e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da

“boa intenção” do legislador constituinte e dos governantes em geral (cf. *Schindler*, 1967: 66s.).

O “Constitucionalismo aparente” (*Grimm*, 1989: 634 ou 1991: 13) implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Por meio dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais (*Bryde*, 1982: 28s.), mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional (Cabe advertir, porém, que mesmo as Constituições normativas não podem resolver diretamente os problemas sociais, mas apenas influenciá-los mediatamente a solução – *Grimm*, 1989: 638 ou 1991: 19). Ao discurso do poder pertence, então, a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), da “divisão” de poderes e da eleição democrática, e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do Estado-Governo e provas da existência da democracia no país. A fórmula ideologicamente carregada “sociedade democrática” é utilizada pelos governantes (em sentido amplo) com “Constituições simbólicas” tão regularmente como pelos seus colegas *sob* “Constituições normativas”, supondo-se que se trata da mesma realidade constitucional. Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Isso importa que a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista.

Não se confunde o problema da constitucionalização simbólica com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, mesmo que, nesse caso, a ausência de concretização normativa esteja relacionada com a função simbólica. É sempre possível a existência de disposições constitucionais com efeito simplesmente simbólico, sem

que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas fundamentais. Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e do texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas é sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código ‘lícito/ilícito’, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do Direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição, a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente incluyente contrapõe-se a “realidade constitucional” excluyente. Os direitos fundamentais, a “separação de poderes”, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, na medida em que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Nesse contexto, só caberia falar de normatividade restrita e, portanto, excluyente, particularista, em suma, contrária à normatividade generalizada e incluyente proclamada no texto constitucional. Mas as “instituições jurídicas” consagradas no texto constitucional permanecem relevantes como referências simbólicas do discurso do poder.

Por fim, quero advertir que não se confunde aqui o simbólico com o ideológico. Inegavelmente, o simbólico da legislação pode ter um papel relevante na tomada de consciência e, portanto, efeitos “emancipatórios”. Lefort aponta para a relevância das declarações “legais” dos “direitos do homem” no Estado de Direito democrático, cuja função simbólica teria contribuído para a conquista e ampliação desses direitos (1981: 67ss. e 82 – tr. br., 1987: 56ss. e 68). Mas, no caso da constitucionalização simbólica, principalmente enquanto constitu-

cionalização-álibi (Neves, 1994: 92ss.; cf. Kindermann, 1989), ocorre antes uma interseção entre simbólico e ideológico do que um processo crítico de conscientização dos direitos, na medida mesmo em que se imuniza o sistema político contra outras possibilidades e transfere-se a solução dos problemas para um futuro remoto.

A compreensão da constitucionalização simbólica como álbi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional encontra respaldo nas observações de Bryde (1982: 29) a respeito da experiência africana: as “Constituições simbólicas”, em oposição às “normativas”, fundamentam-se sobretudo nas “pretensões (correspondentes a necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal”. Delas não decorre qualquer modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.

4. Ponderações finais

A análise no sentido de que a constitucionalização simbólica implica mudança de(o) texto constitucional sem correspondente alteração das estruturas reais subjacentes, servindo mesmo como mecanismo construtivo de ilusões, pode conduzir a interpretações simplistas de que seriam totalmente vãs as tentativas de transformações sociais intermediadas por mutações de(o) documento constitucional. Entretanto, a função hipertroficamente simbólica do texto constitucional não se refere apenas à retórica “legitimadora” da elite dirigente. Também no discurso político dos críticos do sistema de dominação, a invocação aos valores proclamados no texto constitucional desempenha relevante papel simbólico. Por exemplo, a retórica político-social dos “direitos humanos”, paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional.

A constitucionalização simbólica, embora relevante no jogo político, não se segue, principalmente na estrutura excluyente da sociedade brasileira, “lealdade das massas”, que pressuporia um Estado de bem-estar eficiente (cf. Neves, 1994: 107ss.). Contraditoriamente, à medida que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do documento

constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiância no Estado. A autoridade pública cai em descrédito. A inconsistência da “ordem constitucional” desgasta o próprio discurso constitucionalista dos críticos do sistema de dominação. Desmascarada a farsa constitucionalista, segue-se o cinismo das elites e a apatia do público (cf. *Kindermann*, 1989: 270, especificamente em relação   legislação política). Tal situação pode levar à estagnação política.   possível que, como reação, recorra-se ao “realismo constitucional” ou “idealismo objetivo”, em contraposição ao “idealismo utópico” existente (cf. *Vianna*, 1939: esp. 7ss. e 303ss.; *Reale*, 1983: 67; *Torres*, 1978: 160ss.). Mas, como ensinaram as experiências de “constitucionalismo instrumental” de 1937 e 1964, o recurso a essa semântica autoritária não implicará, seguramente, a “reconciliação do Estado com a realidade nacional”, mas, antes, a *identificação* excludente do sistema jurídico estatal com as “ideologias” e interesses dos detentores eventuais do poder. Nesse caso, serão impostas “regras-do-silêncio” ditatoriais, negando-se a possibilidade de críticas generalizadas ao sistema de poder, típica da constitucionalização simbólica.

É principalmente por isso que não se deve interpretar a constitucionalização simbólica como um jogo de soma zero na luta política pela ampliação ou restrição da cidadania, equiparando-a ao “instrumentalismo constitucional” das experiências autocr ticas (em sentido diverso, *Loewenstein*, 1956: 224). Enquanto não estão presentes “regras-do-silêncio” democráticas nem ditatoriais (*Neves*, 1992a: 106s., 1994: 110ss.; cf. *Holmes*, 1988), o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Assim sendo,   possível a construção de uma esfera pública pluralista que, embora restrita, tenha capacidade de articular-se com êxito mediante os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional. Não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecida. E isso torna-se tanto mais provável na medida em que os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional são de-

turpados no processo concretizador, não se operacionalizando como mecanismos de legitimação do Estado.

Bibliografia

- ARNOLD, Thurman W. *The symbols of government*. New Haven : Yale University Press, 5. impr. 1948.
- ARNOLD, Thurman W. El derecho como simbolismo. In: AUBERT, Vilhelm (org.). *Sociología del derecho*. Tradu  o esp. de J.V. Roberts. Caracas : Tiempo Nuevo, 1971.
- AUBERT, Vilhelm. Einige soziale funktionen der gesetzgebung. In: HIRSCH, Ernst E., REHBINDER, Manfred (orgs.) *Studien und materialien zur rechtssoziologie. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Köln, n  11, p. 284-309, 1967. Suplemento.
- BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung : Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden : Nomos. 1982.
- BURDEAU, Georges. *Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs*. Berlin : Duncker & Humblot, p. 389-404, 1962, (Der Staat 1).
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991. 1214 p.
- CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*. Paris : A. Colin, 1972.
- EDELMAN, Murray. *The symbolic uses of politics*. Urbana : University of Illinois Press, 1967.
- EDELMAN, Murray. *Political language : words that succeed and policies that fail*. New York : Academic Press, 1977.
- EHRlich, Eugen. *Grundlegung der soziologie des rechts*. 3. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1967. Reimpressão inalterada da 1. ed. de 1913.
- FERREIRA, [Luiz] Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. 6. ed. S o Paulo : Saraiva, 1983. v. 1.
- FREUD, Sigmund. *Freud - Studienausgabe*. Frankfurt am Main : Fischer, 1969. v. 1, p. 33-445: Vorlesungen zur Einführung in die psychoanalyse : 1916-17 [1915-17].
- _____. *Die Traumdeutung* : 1900, Freud-studienausgabe. Frankfurt am Main : Fischer, 1972.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode : Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 6. ed. Tübingen : Mohr, 1990.

- GRIMM, Dieter. *Staatslexikon* : recht, wirtschaft, gesellschaft. Organizado pela Görres-Gesellschaft. 7. ed. Freiburg : Herder, 1989. 5 v. Col. 633-643 : Verfassung.
- _____. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1991.
- GUSFIELD, Joseph R. Moral passage : the symbolic process in public designations of deviance. In: *Social Problems*, Detroit, v. 15, n. 2, p. 173-188, 1967.
- _____. *Symbolic crusade* : status politics and the american temperance movement. 2. ed. Urbana : University of Illinois Press, 1986.
- HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus* : Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein : Athenäum, 1980. p. 79-105: Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten: ein beitrag zur pluralistischen und prozessualen verfassungsinterpretation.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen handelns*. 2. ed. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1982. v. 2.
- _____. *Philosophisch-politische profile*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1987. p. 228-248: Hannah Arendts Begriff der Macht.
- _____. *Sociologia*. Tradução brasileira. São Paulo : Ática, 1980. p. 100-118 : O Conceito de Poder de Hannah Arendt.
- _____. *Faktizität und Geltung* : Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1992.
- HEGENBARTH, Rainer. *Symbolische und instrumentelle funktionen moderner gesetze*. München : Beck, 1981. p. 202-204. (Zeitschrift für Rechtspolitik, 14).
- HESSE, Konrad. *Ausgewählte Schriften*. Organizado por P. Häberle e A. Hollerbach, Heidelberg : Müller, 1984. p. 3-18: Die normative Kraft der verfassung.
- HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: ELSTER, Jon, SLAGSTAD, R. (orgs.), *Constitutionalism and democracy* : studies in rationality and social change. Cambridge : Cambridge University Press. 1988. p. 19-58.
- HORTA, Raul Machado. *Permanência e mudança na Constituição*. 1992. Conferência proferida no III Fórum Nacional de Direito Constitucional, realizado em Belo Horizonte, em 23 de abril de 1992. 31 p. (repro.).
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- JEAND'HEUR, Bernd. Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre. In: MÜLLER, Friedrich. (org.) 1989. p. 17-26.
- KELSEN, Hans. *Reine rechtslehre*. 2. ed. Wien : Franz Deuticke, 1960. Reimpressão inalterada – 1983.
- _____. Tradução portuguesa. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Coimbra : A. Amado, 1974.
- KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, Dieter, MAIHOFFER, Werner (orgs.) *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1988. p. 222-245.
- _____. Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung. In: VOIGT, Rüdiger (org.) *Symbole der politik, politik der symbole*. Opladen : Leske + Budrich, 1989. p. 257-273.
- LEFORT, Claude. *L'Invention démocratique*: les limites de la domination totalitaire. Paris : Fayard, 1981. p. 45-83: Droits de l'homme et politique.
- _____. *A invenção democrática*: os limites do totalitarismo. Tradução brasileira. São Paulo : Brasiliense, 1987. p. 37-69: Direitos do homem e política.
- LOEWENSTEIN, Karl. Gedanken über den wert von verfassungen in unserem revolutionären Zeitalter. In: ZURCHER, Arnold J. (org.) *Verfassungen nach dem zweiten Weltkrieg* Tradução alemã de Ebba Vockrodt. Meisenheim am Glan : Hain, 1956. p. 210-246.
- _____. *Verfassungslehre*. Tradução alemã de Rüdiger Boerner. 3. ed. Tübingen : Mohr, 1975.
- LUHMANN, Niklas. *Ökologische kommunikation*: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen? Opladen : Westdeutscher Verlag, 1986a.
- _____. *Die codierung des rechts-systems*. Berlin : Duncker & Humblot, 1986b. p. 171-203. (Rechtstheorie, 17).
- _____. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987.
- _____. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1983.
- MASSING, Otwin. Identität als mythopoem : zur politischen symbolisierungsfunktion verfassungsgerechtlcher spruchweisheiten. In: VOIGT, Rüdiger. (org.) *Politik der symbole, symbole der politik*. Opladen : Leske + Budrich, 1989. p. 235-256.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro : Forense, 1972.
- MÜLLER, Friedrich (org.). *Grundfragen der juristischen Methodik*. Berlin : Duncker & Humblot, 1989. Untersuchungen zur rechtslinguistik:

- interdisziplinäre studien zu praktischer semantik und strukturierender rechtslehre.
- _____. *Die Positivität der Grundrechte* : Fragen einer praktischen grundrechtsdogmatik. 2. ed, Berlim : Duncker & Humblot, 1990a.
- _____. *Essays zur Theorie von Recht und Verfassung*. Organizado por Ralph Christensen. Berlim : Duncker & Humblot, 1990b.
- _____. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed. Berlim : Duncker & Humblot, 1994a.
- _____. *Juristische methodik*: ein gespräch im umkreis der rechtstheorie. Stuttgart : Kohlhammer, 1994b. p. 133-136. (Verwaltungsrundschau, 4) Entrevista concedida a Jan Möller.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- _____. *Verfassung und positivität des rechts in der peripheren moderne* : eine theoretische betrachtung und eine interpretation des falls brasilien. Berlim : Duncker & Humblot, 1992a.
- _____. Entre subintegração e sobreintegração : a cidadania inexistente. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Recife. v. 75, p. 77-103, 1992b.
- _____. Do pluralismo jurídico à miscelânea social : o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife : Universidade Federal de Pernambuco, p. 313-357, 1993.
- _____. *A constitucionalização simbólica*. Guarulhos : Acadêmica, 1994.
- NOLL, Peter. *Symbolische gesetzgebung*. Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1983, p. 347-364. (Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Nova Série, 100).
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1983. v. 1.
- PONTES DE MIRANDA, [F.C.]. *Sistema de ciência positiva do direito*: introdução à ciência do direito. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1972.
- RAKOVE, Jack N. (ed.). *Interpreting the Constitution : the debate over original intent*. Boston : Northeastern University Press, 1990.
- REALE, Miguel. Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 20, n. 77, p. 57-68, 1983.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Tradução especial de José Hierro, Madrid : Technos, 1971.
- SCHINDLER, Dietrich. *Verfassungsrecht und soziale Struktur*. 4. ed. Zürich : Schulthess, 1967.
- SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche abhandlungen und andere aufsätze*. 2. ed. Berlim : Duncker & Humblot, 1968. p. 119-276: Verfassung und verfassungsrecht.
- TORRES, Alberto. *A organização nacional* : primeira parte, a Constituição. 3. ed. São Paulo : Ed. Nacional, 1978.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional I : poder constituyente, fundacional, revolucionario, reformador*, Buenos Aires : Depalma, 1975.
- VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. 2. ed. São Paulo : Ed. Nacional, 1939.
- VILLEGAS, Maurício García. La Constitución e su eficacia simbólica. *Revista Universidad de Antioquia*, Medellín, v. 60, n. 225, p. 4-21, 1991.
- VOIGT, Rüdiger (org.). *Verrechtlichung* : analysen zu funktion und wirkung von parlamentarisierung, bürokratisierung und justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer prozesse. Königstein : Athenäum, 1980.
- VOIGT, Rüdiger (org.). *Gegentendenzen zur verrechtlichung* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 9) Opladen : Westdeutscher Verlag, 1983.
- WERLE, Raymund. *Aspekte der verrechtlichung*. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1982. p. 2-13. (Zeitschrift für Rechtssoziologie, 3).