



# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 141

janeiro/março – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista  
de  
Informação  
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

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

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Bernadete Aparecida de Carvalho e  
Dalcilene Rocha da Silva Furtado

REVISÃO DE PROVAS: Marcelle Carvalho Dela Bianca, Maria de Jesus Pimentel, Roberta  
Negromonte Vasconcelos e Teliana Maria Lopes Bezerra

EDITORACÃO ELETRÔNICA: Maria Helena Neves de Moraes e Lizandra Nunes M. da Costa

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

---

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

Solicita-se permuta.

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 36 · nº 141 · janeiro/março · 1999

Sálvio de Figueiredo Teixeira	A Lei 9.756/98 e suas inovações	5
Vladimir da Rocha França	Perfil constitucional da função social da propriedade	9
Rubens Pinto Lyra	As vicissitudes da democracia participativa no Brasil	23
Iacyr de Aguiar Vieira	O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas	39
Walney A. Diniz	Bloqueio e desbloqueio do fundo de participação dos Estados e Municípios – direito de retenção da Fazenda Pública	63
Adilson Abreu Dallari	Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas	75
Fábio Bittencourt da Rosa	Crime de sonegação fiscal	89
Paulo Luiz Netto Lôbo	Constitucionalização do direito civil	99
Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira	Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal	111
Izaías Dantas Freitas	A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar	119
Alberto do Amaral Júnior	Cláusula social: um tema em debate	129
Arnoldo Wald e Luiza Rangel de Moraes	Agências reguladoras	143
Eduardo Silva Costa	Os deveres e a Constituição	173
João Paulo M. Peixoto e Nelia Pamplona C. Lima	O controle dos recursos públicos e a função política do Legislativo: aspectos da experiência internacional	181
Mario Antônio Lobato de Paiva	A supremacia do advogado em face do <i>ius postulandi</i>	201
Ielbo Marcus Lobo de Souza	A natureza e eficácia do direito internacional	217

José Emílio Medauar Ommati	As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais 229
Oswaldo Agripino de Castro Jr.	Algumas reflexões sobre o impacto do sistema judicial no desenvolvimento brasileiro 239
Irapuan Sobral Filho	Tribunal do Júri e prerrogativa de foro 251
Artur Stamford	Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução 257

# A Lei 9.756/98 e suas inovações

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Após 20 anos de frustradas tentativas, vem o Código de Processo Civil de 1973 sendo substancialmente alterado por leis setoriais, como se deu com as Leis 8.038/90 (STF/STJ), 8.455/92 (perícia), 8.710/93 (citação e intimação), 8.898/94 (liquidação), 8.950/94 (recursos), 8.951/94 (consignação e usucapião), 8.952/94 (processo de conhecimento), 8.953/94 (processo de execução), 9.079/95 (procedimento monitorio), 9.139/95 (agravo) e 9.245/95 (procedimento sumário). Anuncia-se, agora (“Correio Brasileiro – Direito e Justiça”, 30.11.98), como início da 2<sup>a</sup> etapa da “Reforma”, um novo anteprojeto, no qual são propostas, além de retificações e outras sugestões:

- a) efeito apenas devolutivo das apelações;
- b) redução das hipóteses de embargos infringentes;
- c) convalidação do agravo de instrumento em agravo retido, em inexistindo perigo de dano dificilmente reparável;
- d) supressão do processo executivo, fundado em título judicial, nas modalidades de obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta e de fazer ou não fazer;
- e) introdução de mecanismos do *Common Law* (*injunction* e *contempt of Court*), para tornar mais efetiva e eficaz a prestação jurisdicional;
- f) não-inclusão, na contagem de prazos, dos dias não-úteis intercalados.

Sálvio de Figueiredo Teixeira é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor de Direito Processual Civil.

Tais iniciativas, longe de afirmar a má estrutura do referido Código, devem-se à circunstância de que este, sem embargo da

sua louvável arquitetura, muito deixou a desejar em termos de efetividade, preocupação inexistente em nossa doutrina à época, deficiência que se somou à incoerência de o seu projeto submeter-se ao debate democrático quando de sua elaboração e aprovação, em face do autoritarismo político em que vivia o País.

Agora, com a iniciativa do Superior Tribunal de Justiça e com o apoio do Legislativo, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, contando ainda com a contribuição do movimento reformista, o Executivo fez aprovar o projeto que resultou na *Lei 9.756/98*, a introduzir significativas mudanças no sistema recursal vigente.

Evidenciam-se os principais objetivos desse novo diploma: a) tornar mais ágil o sistema recursal, quer ao adotar-se a modalidade retida dos recursos extraordinário e especial, quer ao simplificar e coibir os excessos de índole procrastinatória, quer ao ampliar os poderes do relator; b) dar maior eficácia às decisões emanadas dos Tribunais Superiores, nestes incluído o Supremo Tribunal Federal, valorizando a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante; c) simplificar o controle da constitucionalidade das leis, valorizando, inclusive, as decisões do Supremo Tribunal Federal e dando-lhes, de forma indireta, efeito vinculante (CPC, art. 481, parágrafo único).

Há, no entanto, além desses, diversos outros aspectos merecedores de atenção.

O art. 2º, por exemplo, cuida especificamente de matéria processual no campo laboral, dando nova disciplina aos arts. 896/897, CLT.

O art. 511, CPC, por sua vez, na linha da jurisprudência que veio a formar-se no Superior Tribunal de Justiça, procurando mitigar a rigidez do pressuposto recursal, recebeu um novo parágrafo (2º), pelo qual se possibilita ao recorrente completar, no prazo de cinco (5) dias, o preparo insuficiente. A propósito, convém recordar que a intimação, de que fala a norma, deve efetivar-se na

pessoa do advogado do recorrente, nos termos dos arts. 236/237, CPC, não se aplicando à espécie a intimação “pessoal” da parte, o que somente se dá nos casos especificados em lei (v.g., arts. 267-§ 1º; 343-§ 1º).

Outra alteração, decorrente da experiência vivenciada pelo Superior Tribunal de Justiça, e de natureza simplificadora, com reflexos na rapidificação dos processos, situa-se na introdução do parágrafo único do art. 120, pelo qual se deferiu ao relator dos conflitos de competência poderes para decidir de plano e monocraticamente, desde que a questão em tela já tenha orientação tranqüila no tribunal.

Um dos pontos altos da nova lei, por outro lado, reside no § 3º que foi acrescentado ao art. 542 do Código. Com efeito, introduziram-se nesse parágrafo as figuras dos recursos extraordinário e especial *retidos*, para evitar que processos, nos quais ainda não proferida decisão final nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça para a definição de questões concernentes a decisões interlocutórias, a saber, decisões que no curso do processo resolvem questões incidentes (CPC, art. 162 - § 2º).

Em face do texto legal, é de questionar-se o que se deve entender por “decisão final”, expressão não classificada no Código (cfr. art. 162). Como os despachos são irrecorríveis (art. 504) e as decisões interlocutórias doravante somente ascenderão ao Supremo e ao STJ pela via retida, sobram as sentenças, de mérito (também chamadas “definitivas”, por definirem o mérito) ou terminativas. Como, entretanto, somente viabilizam o recurso especial (Constituição, art. 105-III) as causas decididas em única ou última instância, a conclusão a que se chega é que por “decisão final” devem ser entendidas (salvo exceções, v.g. Constituição, art. 102-III; Lei 6.830/80, art.34) as decisões colegiadas de segundo grau (v. art. 163, CPC) que tenham posto fim ao processo, apreciando ou não o mérito, ou sejam, as decisões

não-interlocutórias susceptíveis de serem examinadas em recurso especial.

Em um sistema recursal como o nosso, com tanta facilidade de acesso à instância extraordinária *lato sensu*, sem mecanismos de controle de aferição da relevância da questão a ser por ela apreciada, a exemplo do instituto do *writ of certiorari* do *Common Law*, a inovação, proposta pelo Superior Tribunal de Justiça, tem elevado alcance e talvez venha a constituir-se em efetivo embrião de uma mudança mais profunda.

Pelo § 3º do art. 544, CPC, em sua nova redação, inspirada em proposta da Comissão de Reforma do Código, enseja-se ao relator no STJ não só determinar a conversão do agravo em recurso especial, nos moldes como já autorizava a lei, como também prover, monocraticamente, o próprio recurso especial, desde que o acórdão impugnado esteja em oposição a jurisprudência sumulada ou predominante daquele Tribunal, sendo de notar-se que o novo texto somente não se referiu ao recurso extraordinário e ao Supremo Tribunal Federal em face do que já dispunha o § 4º, que já fazia remissão ao parágrafo anterior.

A nova redação dada ao art. 545, CPC, por seu turno, apenas buscou compatibilizar o seu texto com a inovação do § 3º do art. 544.

As modificações introduzidas no art. 557, igualmente inspiradas em propostas da “Comissão de Reforma”, têm afinidade com a alteração do art. 544, § 3º, mas seu círculo de incidência é diverso e mais amplo, considerando que inserida em capítulo aplicável a todos os recursos.

Com efeito, na instância ordinária (segundo grau), o relator poderá *negar seguimento* não só a recurso manifestamente inadmissível (relativo aos pressupostos), im procedente (relativo ao mérito do recurso) ou prejudicado, como também quando o mesmo estiver em “confronto” (leia-se divergência) com jurisprudência sumulada ou dominante do Supremo, de Tribunal Superior *ou do próprio tribunal*. Esse relator, porém, na instância ordinária, não poderá dar provi-

mento, monocraticamente, se a jurisprudência sumulada ou dominante não for do Supremo ou de Tribunal Superior. Em outras palavras, no segundo grau, o relator, isoladamente, em se tratando de jurisprudência sumulada ou dominante do respectivo tribunal, somente poderá negar seguimento, não lhe sendo permitido, todavia, dar provimento.

Este art. 557 prevê, por outro lado, multa de um (1) a dez por cento (10%) do valor corrigido da causa, em favor do agravado, e impossibilidade da interposição de qualquer outro recurso se não depositado o *quantum* dessa multa, para o caso de ser manifestamente inadmissível ou infundado o agravo eventualmente interposto contra a decisão do relator nas hipóteses nesse artigo contempladas.

No seu art. 3º, a Lei 9.756/98 acrescentou dois novos artigos (41-A e 41-B), ambos sugeridos também pelo Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro deles, para expressar que as decisões, no STJ, salvo nos casos de *habeas corpus*, exigem maioria absoluta do respectivo órgão, norma que se fazia necessária para evitar julgamentos, por Turmas daquele Tribunal, pela maioria simples de dois votos a um (2x1). Como se sabe, o Supremo, em decisão por muitos tida por discutível, afirmou ser possível tal *quorum* (2x1) ao argumento de inexistir lei exigindo o mínimo de três votos no sentido majoritário, como dispunha a norma regimental do STJ. Certa ou não a citada decisão, o fato é que agora a lei veio dirimir a questão, merecendo aplausos, por não ser razoável que um julgamento em instância especial provenha de *quorum* limitado a apenas dois votos no sentido vencedor.

No segundo, buscou-se disciplinar de forma objetiva o recolhimento das despesas de porte de remessa e retorno dos autos.

Impõe-se assinalar, outrossim, que, tendo entrado a lei em vigor na data de sua publicação (DOU de 18.12.1998), por força do seu art. 4º, é de observar-se a regra de



direito intertemporal que disciplina o sistema jurídico brasileiro no concernente à aplicação da lei processual no tempo, segundo a qual as normas processuais civis têm incidência imediata, salvo expressa dicção legal em contrário. Ademais, não se deve confundir incidência imediata de leis processuais, de natureza recursal procedimental, com a regra segundo a qual o recurso próprio é o existente à época em que publicada a decisão, como acentuaram, entre outros, *Roubier* e *Galeno*, este citando aquele em seu belo estudo “O novo direito processual civil e os feitos pendentes”, Forense, 1974. Se não se suprimiu o recurso, não há razão para que prevaleçam as regras anteriores do seu procedimento. Daí a justificativa da sustação

dos recursos interpostos, mesmo se já admitidos, ficando apensados aos autos da “causa”, na instância de sua competência. Ou sobrestados, nos tribunais de destino, na expectativa da subida do recurso contra a decisão final.

Em admirável livro, que se tornou clássico (“A vida do direito e a inutilidade das leis”), escreveu *Jean Cruet* que nunca se viu a lei reformar a sociedade, embora se veja todos os dias a sociedade reformar a lei. Se esta afirmação constitui truísmo, certo também é que nem por isso se deve menosprezar as novas leis que chegam com o objetivo manifesto de corrigir o que não funciona bem e de contribuir para o avanço da ciência e do bem comum, para a realização de uma Justiça mais próxima dos nossos sonhos.

# Perfil constitucional da função social da propriedade

Vladimir da Rocha França

## Sumário

1. Introdução. 2. Natureza constitucional da propriedade. 3. Princípio da função social da propriedade. 3.1. Função social da propriedade como base constitucional da propriedade privada. 3.2. O princípio da função social da propriedade e as regras constitucionais programáticas. 4. Conclusão.

## *1. Introdução*

A propriedade sempre constituiu um foco constante de tensões sociais e econômicas, instabilizando relações jurídicas, causando acirrados conflitos entre as pessoas e entre estas e o Estado; enfim, tem fortes repercussões em todas as esferas sociais.

O Direito sempre procurou criar instrumentos e meios que pudessem defendê-la e pacificá-la, no sentido de superar as violentas controvérsias que explodem ao seu redor. Hodiernamente, identificamos um objetivo que as pressões sócio-econômicas produziram para o operador jurídico: efetivar e concretizar a função social da propriedade. Não apresentaremos aqui um conceito acabado e claro do que seja a função social da propriedade e nem temos tal pretensão neste trabalho. O que procuramos é oferecer um ponto de partida do qual pode ser edificada uma nova concepção dogmática para o direito de propriedade e de sua função social.

A sociedade, após um longo e doloroso processo de lutas e convulsões, assumiu o compromisso de redistribuir a riqueza por

Vladimir da Rocha França é Mestrando em Direito Público pela UFPE, Professor da UFRN e Advogado em Natal/RN.

ela produzida, ou seja, integrar aquelas camadas marginalizadas pela concentração abusiva de renda, transformar a massa em cidadãos. Entretanto, as camadas que detêm os meios e bens de produção, a elite composta pelos grandes latifundiários e conglomerados empresariais, impõem resistências a esse escopo e aferram-se às suas posses de modo intransigente e, muitas vezes, violento, num esforço cego e inconseqüente. E esse fenômeno se reproduz com bastante frequência nas classes sociais baixas, não sendo portanto privativo da elite dirigente. Da bicicleta ao automóvel, da pequena gleba rural ao latifúndio, da pequena empresa à grande corporação industrial, ninguém se dispõe a renunciar ao direito de propriedade em prol desse interesse coletivo (cf. França, 1995: 7).

Existe, no direito positivo brasileiro, todo um sistema integrado por institutos de direito material e processual para a propriedade e todas as suas manifestações. Tem a propriedade um regime jurídico constitucional e infraconstitucional em que se faz sempre presente um rígido e cauteloso cuidado para com o direito de propriedade. Nunca o operador jurídico se ressentiu da ausência de meios legais para garantir a posse e a propriedade individual, haja vista o conjunto dos poderosos interesses que surgem em sua defesa. O que se reivindica hoje do Direito são soluções pacíficas e legais para a posse e propriedade sociais (cf. França: 1995: 7/8; e 1997b: 480/482).

O objetivo do presente trabalho consiste em propor uma revisão dos conceitos da propriedade privada e do papel que sua função social tem no mundo jurídico. Procuraremos inicialmente fixar os conceitos que empregaremos neste trabalho, de direitos e garantias constitucionais e de norma constitucional; logo após, o modo como foi inserida e juridicamente regulamentada pela Constituição brasileira vigente a instituição da propriedade. Tentaremos esclarecer qual a natureza constitucional da propriedade, demonstrando sua submissão incon-

dicional ao princípio da função social da propriedade.

## 2. Natureza constitucional da propriedade

A inserção da instituição da propriedade no art. 5º da Lei Maior deve ser estudada com cuidado. A Constituição reflete as várias faces desse instituto, que estão em constante tensão.

Ao estabelecer o constituinte (art. 5º, *caput, in fine*) que a propriedade constitui uma garantia inviolável do indivíduo, elevou-se a instituição da propriedade à condição de garantia fundamental. Contudo, a posição da garantia fundamental da propriedade no texto constitucional não deve ser interpretada necessariamente como uma matéria restrita à esfera privada.

No inciso XXII, no mesmo dispositivo, declara que “é garantido o direito de propriedade” e, logo mais, “a propriedade atenderá a sua função social”. A propriedade não pode ser mais vista como um direito estritamente individual nem como uma instituição de direito privado.

No capítulo que se refere aos “princípios gerais da atividade econômica”, a Constituição assim estatui:

“Art. 170. 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:

I - *omissis*

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

(...)”

Inicialmente o direito de propriedade foi concebido como direito absoluto, natural e imprescritível (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), seja como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, seja como entre um indivíduo e um sujeito passivo universal, dentro da visão civilista. Predomina atualmente o entendimento de

que a propriedade compreende um complexo de normas jurídicas de direito privado e de direito público, cujo conteúdo é determinado pelo direito positivo (cf. Silva, 1991: 240).

O regime jurídico da propriedade não se restringe às normas de direito civil, compreendendo sim todo um complexo de normas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais e, evidentemente, civis, fundamentado nas normas constitucionais. Cabe ao direito civil disciplinar as relações jurídicas civis decorrentes do direito de propriedade. A Constituição confere à propriedade uma concepção mais ampla, determinando juridicamente a sua limitação positiva (até onde vai o conteúdo) e a sua limitação negativa (até onde vêm ou podem vir as incursões dos outros), procurando orientá-la como um instrumento de bem-estar social (França, 1995: 8/9).

O direito de propriedade não é superior ao direito à vida, este, efetivamente, direito constitucional fundamental (cf. França, 1995: 9). É a lei que

“hierarquiza os valores socialmente protegidos, e ao interesse de um antepõe o direito de outro.

*Em nosso ordenamento jurídico positivo, encimado pela Constituição, tem supremacia o direito à vida, mesmo porque é esse direito — em grau mais próximo ou remoto — que explica a existência dos demais”* (Cunha, 1994: 53; grifo nosso).

Para identificar o caráter jurídico da propriedade, é preciso antes distinguir claramente os direitos fundamentais das garantias fundamentais, segundo a nossa Constituição.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais (individuais, sociais, econômicos, políticos e ambientais), baseados na norma constitucional (princípios e regras constitucionais), que têm existência jurídica incondicionada e inviolável, gozando de supremacia jurídica sobre os demais direitos constitucionais e infraconstitucionais. Sua concreção não pode estar condiciona-

da por normas remissivas ou programáticas, sob pena de paralisia constitucional (Saraiva, 1993: 30; cf. CRFB, art. 5º, § 1º).

As garantias fundamentais compreendem as garantias constitucionais e as garantias institucionais, destinadas a viabilizar à concretização dos direitos fundamentais.

As garantias constitucionais consistem em instrumentos jurídicos postos à disposição do cidadão para a concretização dos direitos consagrados no texto constitucional (Saraiva, 1993: 45).

As garantias institucionais compreendem, por sua vez, o reconhecimento constitucional de determinadas instituições jurídicas como fundamentais para o desenvolvimento pacífico das relações jurídicas de uma dada sociedade, submetida a uma determinada Constituição. Podem tanto se referir a instituições político-jurídicas (como o município, os sindicatos, os partidos políticos), como a instituições jurídicas originariamente concebidas como da seara do direito privado (contrato, família, propriedade) (ver França, 1997b: 470/471).

Carl Schmitt é apontado como o criador da distinção entre “direitos fundamentais” e “garantias institucionais”. Aqueles caracterizam-se-iam como direitos incondicionados, típicos do indivíduo e invioláveis pelo Estado; já estas, nas palavras de Nicolau Pérez Serrano (1984: 674),

*“son derechos que se reconocen a determinadas instituciones, como ya el proprio nome indica, y no afectan a los Individuos, o a lo sumo repercuten oblicua e indirectamente en ellos; no pueden valer contra el Estado, sino para su adecuado funcionamiento; no se conciben antes ni por encima del Estado, sino dentro de él, y no implican órbita previa de competencia ilimitada, sino radio de acción, más o menos amplio, marcado por la Constitución; se trata, en suma, de protección especial dispensada por el poder constituyente a instituciones que no conviene dejar entregadas a veleidades de la Ley ordinaria”.*

Pontes de Miranda (1987: 396/397; ver tb. Canotilho & Moreira, 1991: 110 e 163) ensina-nos que a liberdade pessoal não é instituição estatal que exija garantias. É direito fundamental, supra-estatal, que os Estados não podem desrespeitar. Quanto à propriedade privada, “é instituição, a que as Constituições dão o broquel da garantia institucional”. Inexiste um conceito fixo da propriedade e

“nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendentemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade”.

Está vedado apenas ao legislador extinguir o instituto jurídico, com o direito de propriedade. Lembra o jurista alagoano que o direito de propriedade é garantido quanto ao sujeito, que o tem, já que assegura, em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, a pretensão à indenização prévia; sendo o seu conteúdo e os seus limites suscetíveis de mudança em virtude de legislação, assim como o seu exercício.

A idéia de um direito supra-estatal deve ser encarada com cautela. Embora se possa afirmar que os direitos podem-se consolidar historicamente como “fundamentais”, somente com o seu reconhecimento pela Constituição é possível considerá-lo formalmente positivado. Se uma Constituição é feita com “os faróis voltados para trás”, como costuma dizer José Gláucio Veiga<sup>1</sup>, ela é condenada pela história e pela sociologia, não pelo direito. Isso não significa dizer que o jurista deva ignorar a história ou a sociologia, pois, do contrário, tudo o que estuda torna-se passível de inutilidade. Levada a sério, a Constituição pode ajudar concretamente a evolução da sociedade; embora não se deva esquecer que um interesse jurídico supra-estatal do primeiro mundo tende a ser mais “supra-estatal” que um interesse jurídico supra-estatal latino-americano...

A propriedade consiste no anteparo constitucional entre o domínio privado e o público, havendo a sua tutela constitucional em razão da limitação imposta ao Estado no campo econômico, pois a apropriação particular dos bens econômicos não pode ser sacrificada. Tanto que a mutação subjetiva que a desloque do particular para o Estado somente pode ocorrer mediante desapropriação nos termos da lei, conforme a necessidade de utilidade pública ou interesse social, após prévia indenização (cf. art. 5º, XXIV).

“O Texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do Texto Constitucional, que assim repele modalidades outras de resolução da questão domínial como, por exemplo, a coletivização estatal”. (Bastos, 1989: 193).

A garantia institucional da propriedade pode ensejar a criação de direitos e deveres para o indivíduo e para a sociedade (cf. Serrano, 1984: 675). Inexistem propriamente compartimentos estanques e incomunicáveis entre os direitos e garantias fundamentais. O direito é dinâmico e não se prende apenas ao que foi expressamente exposto no Texto Constitucional, como ele mesmo reconhece no seu art. 5º, § 2º, ao determinar que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

### *3. Princípio da função social da propriedade*

#### *3.1. Função social da propriedade como base constitucional da propriedade privada*

A norma constitucional não consegue abranger todas as formas nas quais a insti-

tuição da propriedade se manifesta, até pela própria dinâmica do sistema capitalista. Mas a instituição da propriedade é uma só, incidindo sobre tudo o que for economicamente apreciável e apropriável pelo indivíduo (em sentido contrário, ver Grau, 1990: 248).

A propriedade tem duas faces. Tem-se as propriedades estáticas e as propriedades dinâmicas.

As propriedades estáticas referem-se às propriedades imobiliárias, os créditos e as relações jurídicas delas derivadas para os seus titulares, que são regidas eminentemente pelo Código Civil (Vaz, 1993: 145). Já as propriedades dinâmicas estão relacionadas às atividades econômicas, industriais e comerciais, que se destinam “a produzir e promover a circulação, a distribuição e consumo de bens”, estando sua regulamentação parcialmente assentada em outros diplomas legais (Vaz, 1993: 145). Estas tratam diretamente dos bens de produção, enquanto aquelas, dos bens de consumo.

E lembra Isabel Vaz (1993: 151):

“Retirar o capital, os bens de produção do estado de ócio (aspecto estático), consiste, pois, em utilizá-los em qualquer empresa proveitosa a si mesma e à comunidade. É dinamizá-los para produzirem novas riquezas, gerando empregos e sustento aos cooperadores da empresa e à comunidade. É substituir o dever individual, religioso, de dar esmola pelo dever jurídico inspirado no compromisso com a comunidade, de proporcionar-lhe trabalho útil e adequadamente remunerado”.

Há um núcleo mínimo de propriedade privada, essencial à preservação da dignidade humana e do acesso material aos bens da educação, cultura, segurança, moradia etc. (Vaz, 1993: 48). Nesse caso, configura-se um direito fundamental à propriedade, consagrado no art. 5º, *caput*, da nossa Constituição. A Constituição preserva, assim, o acesso do indivíduo à propriedade, como

instrumento de manutenção de sua sobrevivência mínima. E, ao mesmo tempo, reconhece a garantia institucional da propriedade.

Já o direito de propriedade, configurado no art. 5º, inciso XXII, estabelece um direito individual, que confere soberania (bastante relativa) ao indivíduo ao dispor, usufruir e gozar das comodidades dos bens que legitimamente possuir. *In casu*, inexistente uma inviolabilidade e um caráter sacro no direito de propriedade, podendo ou não estar limitado pela legislação infraconstitucional. O seu exercício é extremamente condicionado pelas leis do Estado, que esvaziaram em muito a plenitude do art. 524 e seguintes do Código Civil.

No art. 5º, inciso XXIII, declara expressamente a existência do princípio constitucional fundamental da função social da propriedade, que se encontra também exposto no art. 170, III, elencado entre os princípios da ordem econômica. Como já dissemos, em outra oportunidade (*cf.* França, 1997a: 486), os princípios constitucionais expostos no art. 5º são princípios constitucionais fundamentais, plenamente eficazes e vinculantes da conduta do indivíduo e do Estado.

Segundo Eros Roberto Grau (1990: 247), enquanto a propriedade é encarada como instrumento, como uma garantia da subsistência individual e familiar, tem uma função individual, isenta da função social, limitada tão-somente pelo poder de polícia estatal, que estaria relacionada com o art. 5º, inciso XXII, da Carta Magna. Estando a propriedade relacionada com os bens de produção, teríamos não um direito de propriedade, mas uma propriedade-função, perdendo sua condição de direito e passando a de dever, estando assentada no texto constitucional no art. 170, inciso III, da Constituição. Lembra ainda o jurista (Grau, 1990: 247):

“(…) quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem

o condão de não apenas afetá-los pela função social — conúbio entre os incisos II e III do art. 170 — mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.

Não há, segundo Eros Roberto Grau (1990: 244), possibilidade em se considerar o princípio da função social da propriedade como elemento isolado da propriedade privada, pois, afinal, a “alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública”.

Isabel Vaz (1993: 154) não aceita o critério proposto por Grau para se identificar juridicamente a incidência do princípio da função social da propriedade. E assim se manifesta:

“O direito subjetivo do proprietário dos bens de produção, da ‘propriedade dinâmica’, ao contrário do que afirma Eros Grau, não pode ser considerado abolido simplesmente porque a empresa privada tem uma função social a cumprir. Essa função impõe compromissos e deveres ao acionista controlador, conforme o artigo 170, *caput*, e inciso III da Carta vigente e ainda nos termos do parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/76, mas não lhe retira a qualidade de titular de direitos subjetivos sobre os lucros ou os dividendos resultantes da atividade empresarial. Caso contrário, não se justificariam a inserção da ‘livre iniciativa’ no *caput* do citado artigo 170 nem do princípio da ‘propriedade privada’ no inciso II do mesmo dispositivo”.

Assim nos posicionamos quanto à questão.

O tratamento constitucional das propriedades estáticas e dinâmicas não segue, evidentemente, o mesmo ritmo. Mas destacar a

função social da propriedade das propriedades estáticas não nos parece acertado. Alerta Isabel Vaz (1993: 153):

“A interpretação mais adequada, a nosso ver, seria considerar tanto a propriedade estática quanto a dinâmica submetidas ao preceito da função social, que não acarreta, em nenhuma das hipóteses, a supressão do princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada. Existem, evidentemente, limitações ‘de direito privado’ e limitações de ‘direito público’, conceituadas como gênero, das quais as espécies ‘restrições’ limitam o seu caráter absoluto; as ‘servidões’ limitam o caráter exclusivo e as ‘desapropriações’, o caráter perpétuo do direito de propriedade”.

A função social é intrínseca à propriedade privada. As concepções individualistas sucumbiram ante a força das pressões sociais em prol de sua democratização. Pode-se dizer que não basta apenas o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade: é preciso que o seu titular, ao utilizar o feixe dos poderes — absolutos, amplos ou restringidos — integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal (França, 1995: 10).

Sem o atendimento da função social que lhe foi imposta pela Constituição, a propriedade perde sua legitimidade jurídica e o seu titular, no nosso entender, não pode mais argüir em seu favor o direito individual de propriedade, devendo submeter-se às sanções do ordenamento jurídico para ressocializar a propriedade.

A inclusão do direito individual de propriedade entre os direitos fundamentais no texto constitucional foi um grave equívoco do constituinte. Somente o direito à propriedade tem natureza compatível com os direitos fundamentais, por ser inviolável e incondicionado. O disposto no art. 5º, XXII, deve ser interpretado como uma especificação complementar e acessória de um dos

aspectos da garantia institucional da propriedade, estabelecida no *caput* do dispositivo constitucional *supra* citado.

O princípio fundamental da função social da propriedade constitui, no nosso entender, o alicerce constitucional do regime jurídico-constitucional da propriedade, estando todos os demais princípios e regras constitucionais a ele submetidos, inclusive o princípio da propriedade privada estabelecido no art. 170, II, da Lei Maior. Se o constituinte desejasse colocar o princípio da apropriação privada dos bens econômicos como superior ao da função social, deveria tê-lo posto como princípio constitucional fundamental, o que seria histórica e sociologicamente irreal. Como nos ensina J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991: 49), os “princípios são núcleos de condensação nos quais confluem os bens e valores constitucionais, i.e, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas”.

Não vemos no art. 5º da Carta Magna uma inserção do princípio da propriedade privada, mas sim da instituição da propriedade, submetida ao princípio da função social da propriedade. Somente se insistirmos numa concepção individualista da propriedade, fulminada pela Constituição e pelos fatos, será possível se admitir que a função social constitui um elemento acessório da propriedade privada. Nem se fale que, ao inserir a instituição da propriedade, o constituinte pôs no núcleo fundamental da Constituição o princípio da propriedade privada. A propriedade privada e a função social da propriedade, quando encaradas como princípios, se postos no mesmo patamar hierárquico, produzem uma contradição sem solução. Um ou outro assume um caráter acessório, no nosso entender. Optamos por colocar a função social da propriedade como princípio superior ao da propriedade privada, já que é justamente aquela o núcleo de sustentação e estabilidade da instituição da propriedade nos dias atuais.

“A grande contradição dialética das Constituições na área das propriedades está em resolver por *adjetivos* o que pede solução através de substantivos. (...) Na abóbada constitucional, a chave que sustenta esta cúpula é a *propriedade privada* que dia a dia torna-se menos individual e mais social, menos *privada* e mais *associativa*” (José Gláucio Veiga, em parecer gentilmente prestado em razão de consulta por nós formulada sobre o tema que estamos a discorrer).

Mas a relativização e alteração do núcleo normativo tradicional empreendido pelo texto constitucional não implica uma abolição da propriedade, ou numa tendência em prol de sua coletivização.

O princípio da função social tem como objetivo conceder legitimidade jurídica à propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva (*cf.* França, 1997b: 485), e, por conseguinte, resguardar os fundamentos e diretrizes fundamentais expostos nos arts. 1º e 3º da Carta Magna, bem como os demais fundamentos e diretrizes constitucionais relacionados com a matéria (*cf.* França, 1997a: 475 e 478).

Cabe ao princípio da função social, enfim, dar a estabilidade necessária à propriedade privada, tutelando sua integridade jurídica e procurando tornar sua existência sensível ao impacto social do exercício dos poderes concedidos ao titular do domínio. A função social da propriedade informa, direciona, instrui e determina o modo de concreção jurídica de todo e qualquer princípio e regra jurídica, constitucional ou infraconstitucional, relacionada à instituição jurídica da propriedade.

Imputar uma função social à propriedade não significa estabelecer um direito ou um dever ao bem.

“O capital não é sujeito de direitos e deveres, que apenas mediatamente lhe podem ser impostos como funções ao cumprir, através do reconheci-



mento e da imposição de direitos e deveres ao seu titular” (Vaz, 1993: 149).

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1989: 194), a função social da propriedade “nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal”. Para o jurista, há o predomínio do critério econômico no conteúdo da função social da propriedade, abrangendo a mesma as sanções determinadas e aceitas na Constituição ao uso deturpado e degenerado, no que vai de encontro à Ordem Jurídica. Tais sanções referem-se às decorrentes do atentado das normas do poder de polícia, ou então à perda da propriedade na forma da Constituição Federal. A função social da propriedade careceria de um regime único haja vista a diversidade de domínios nos quais se manifesta a propriedade, dependendo sua eficácia de uma rígida e expressa regulamentação constitucional e infraconstitucional.

Por esses critérios, teríamos a função social da propriedade como um elemento acessório, expresso e corretor; uma retificação dos desvios tomados por sua utilização excessivamente individualista e não conciliada com o interesse social; um fator que determina claramente o que se considerará danoso à coletividade no exercício do feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade; enfim, mais um instrumento de harmonização da propriedade privada, como “direito fundamental”, com a sua destinação social, não servindo, na sua ausência, como uma justificativa que lhe retire sua legitimidade. Nesse sentido, somente o direito agrário teria conseguido regulamentar a função social da propriedade no direito positivo (França, 1995: 11).

Todavia, entendemos (cf. França, 1995: 11) que a função social da propriedade não pode ser confundida com os sistemas de limitação de propriedade, ou seja, a afetação de seus caracteres tradicionais (direito absoluto, exclusivo e perpétuo). Dizem sim respeito ao exercício do direito, ao proprietá-

rio, e não à estrutura interna do direito à propriedade, estando sim subordinados à função social da propriedade, como bem leciona José Afonso da Silva (1991: 294):

“(…) a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a *propriedade atenderá a sua função*, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da *constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, *princípio também da ordem econômica*, e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim. Pois, limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia”.

A norma constitucional que dispõe sobre a função social da propriedade possui aplicabilidade imediata, pois

“tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando numa instituição de direito público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como nada tivesse mudado” (1991: 250).

Entretanto, os princípios esculpidos na Lei Maior precisam materializar-se de modo mais consistente no direito positivo.

Apesar de a Constituição Federal ter vinculado a propriedade à sua função social, é preciso que o operador jurídico se disponha a construir meios para a consecução do escopo fundamental da República que é o bem-estar social. Nada vale a existência do formal sem o material (*cf.* Souto, 1992: 17).

### *3.2. O princípio da função social da propriedade e as regras constitucionais programáticas*

O princípio da função social da propriedade tem sido posto por importante parcela da doutrina como uma norma constitucional programática (como, por exemplo, Barroso, 1993: 173), fruto talvez da grande controvérsia que naturalmente gira em torno da regulamentação jurídica da propriedade privada.

Cabe mais uma vez lembrar o enunciado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ao determinar inequivocamente que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cláusula que não deve ficar restrita ao art. 5º, devendo ser interpretada como vinculante para os demais direitos e garantias expostos no texto constitucional, no Título II, sob o enunciado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Os princípios constitucionais e as chamadas “normas constitucionais programáticas” não podem ser colocados indiscriminadamente na mesma categoria. As diretrizes constitucionais propostas no texto constitucional podem vir ligadas tanto a princípios como a regras constitucionais (ver França, 1997a: 477/478). Mas nunca um princípio pode estar restrito a indicar singelamente uma diretriz.

A diretriz constitucional apenas se limita a propor um objetivo que será imposto pela norma constitucional. Se um dispositivo constitucional se limita a estabelecer uma diretriz, sem indicar expressamente os meios jurídicos necessários para sua realização, a Constituição, ao nosso ver, está remetendo ao ordenamento jurídico como um

todo a tarefa de concretizá-la. Como bem ensina Eros Roberto Grau (1990: 181), “jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo”. Nesse caso, temos uma regra constitucional programática, cuja eficácia está vinculada à concreção de todo o ordenamento jurídico-constitucional.

A rigor, nenhuma norma constitucional tem eficácia enquanto não houver a concretização normativa do texto constitucional (Neves, 1994: *passim*; ver tb. França, 1997c: 13/14).

O princípio constitucional pode ou não abranger um conteúdo programático. Contudo, sua eficácia e aplicabilidade não podem estar condicionadas a regulamentação ulterior. Se o princípio consagra uma diretriz, a diretriz se torna plenamente exigível e juridicamente imperativa, independentemente de regulamentação infraconstitucional.

Os princípios constitucionais são normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas, em que o fundamento e/ou diretriz constitucionais encontram-se imperativamente determinadas, objetivando o seu conteúdo e tornando-o concretizável juridicamente (França, 1997a: 480).

“A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam” (Rocha, 1994: 26).

Os princípios fundamentais da Constituição, entre eles o da função social da propriedade, não podem ter sua aplicabilidade comprometida por uma regra remissiva ou programática. Se os elementos principiológicos essenciais do ordenamento jurídico-constitucional são apenas programáticos, dependendo de regulamentação infraconstitucional, é deixar à arbitrária discricção do legislador, do administrador e do juiz

a decisão de aplicar ou não princípio constitucional.

Os princípios constitucionais não necessitam de regulamentação infraconstitucional para se fazerem valer no ordenamento jurídico-constitucional. Constituem os pontos de direção, sistematização e controle do processo de concretização do texto constitucional, que tornam viáveis a determinação objetiva dos conceitos, fundamentos e diretrizes diante do caso concreto posto à apreciação do operador jurídico.

Também não constituem “programas” para o operador jurídico, já que o princípio constitucional representa justamente a objetivação das diretrizes e fundamentos constitucionais.

A técnica constitucional de estabelecer fins sem indicar os meios, sob a forma de regras programáticas e remissivas, é fenômeno bastante presente na época contemporânea.

“Se o econômico, cada dia, juridiciza-se intensamente, ou seja, exige uma multiplicidade de leis, regulamentos, instruções, portarias, etc., implicando uma proeminência do Poder Executivo, por outro lado, o D. Econômico ‘desjuridiciza’ no sentido de estabelecer uma relação de oposição com a chamada ‘segurança do Direito’, a ‘*certeza del diritto*’ dos italianos” (Veiga, s/d: 3),

o que tem provocado a expansão da atividade legislativa para o Poder Executivo, e, por conseguinte, do poder discricionário posto à sua disposição (França, 1997c: 40).

A tarefa do princípio é ordenar a utilização e concretização dos meios e fins jurídicos postos à disposição do operador jurídico. Colocar os mandamentos nucleares do sistema jurídico como meros “programas” e sujeitos a “remissões” a legislação hierarquicamente inferior é tornar precários e inconsistentes os alicerces da própria ordem jurídica. Os princípios não foram feitos para serem apenas contemplados, mas sim aplicados e concretizados na realidade social,

determinando objetivamente as diretrizes e os fundamentos que devem ser efetivamente obedecidos no processo de concretização do ordenamento jurídico posto.

Se a função social da propriedade serve apenas para a contemplação da sociedade, não vinculando e nem podendo vincular objetivamente a concretização do regime jurídico-constitucional da propriedade, então ela é inútil juridicamente, representando um discurso retórico e mítico.

Se a concretização dos direitos e garantias fundamentais encontra-se emperrada por uma regra remissiva ou programática, esta padece do vício de inconstitucionalidade (Saraiva, 1993: 31). Portanto, um princípio não deve estar condicionado por estas também.

Isso não significa dizer que a aplicação do princípio fundamental da função social da propriedade possa se dar na ausência de parâmetros jurídicos. Estes existem e são construídos e sistematizados em todo o ordenamento jurídico, segundo as prescrições normativas da Constituição.

Diante da resistência do Estado ou do particular em obedecer ao determinado pelo princípio fundamental da função social da propriedade para o caso concreto, ao tolerar ou empreender a utilização anti-social do direito individual de propriedade, comprometendo a estabilidade da garantia institucional da propriedade ou negando o direito fundamental à propriedade, cabe ao prejudicado ou ao Estado ingressar e pedir a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CRFB), ou mesmo implementar os instrumentos jurídicos postos no ordenamento jurídico (servidões, limitações, desapropriação) para a delimitação da propriedade; havendo falta de dispositivo regulamentador para o caso concreto, o prejudicado pode impetrar o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB).

Inexiste desculpa legal para a omissão do Judiciário em concretizar a função social da propriedade. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece expressamen-

te que, na aplicação da lei, “o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, devendo ainda, na omissão da lei, decidir o caso conforme a analogia, os princípios gerais do direito e os costumes (art. 4º do mesmo diploma legal).

O art. 126 do Código de Processo Civil estabelece que o juiz não pode se eximir em sentenciar ou despachar alegando lacuna e obscuridade da lei. Não deseja o dispositivo que deva haver a substituição do legislador pelo juiz<sup>2</sup>, mas sim a justa adequação da lei com todo o ordenamento jurídico posto. Como bem lembra o Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira (*apud* Negrão, 1995: 161):

“A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum”.

Não é tarefa do presente trabalho fazer uma análise do mandado de injunção e de suas potencialidades. Apenas identificamos nessa garantia constitucional, uma grande contribuição do constituinte para a concretização da função social da propriedade, ainda não explorada pelos nossos tribunais.

Outra ressalva a ser feita é a de que os princípios constitucionais não constituem elementos subsidiários à interpretação da norma constitucional. Todo o processo de concretização da norma constitucional deve partir justamente do princípio, para que se possa dar à norma individual a ser produzida no caso concreto a necessária coerência e adequação com o ordenamento jurídico posto.

Se há demanda por uma regra *in concreto* para a aplicação setorizada do princípio constitucional e, por conseguinte, dos direitos constitucionais por ele informados, o próprio ordenamento concede o mandado

de injunção, para que o prejudicado possa vir até o Poder Judiciário, que tem a última palavra na resolução dos conflitos sociais de relevância jurídica, pedir a tutela jurisdicional sob a forma do suprimento da ausência de norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; medida que seria interessante para a concretização do direito fundamental à propriedade.

Embora o mandado de injunção não tenha sido bem aceito pelo Supremo Tribunal Federal (Saraiva, 1993: 48/50), resta-nos aguardar por uma nova apreciação da jurisprudência quanto a essa garantia constitucional, em que, certamente, descobrirá a força que recusou a aplicar.

Há uma importante ressalva a ser feita. Se há norma constitucional definindo *in concreto* o conteúdo que a função social da propriedade deve assumir, não há espaço para uma interpretação que lhe seja diretamente divergente. Se o constituinte definiu que a propriedade rural em que estejam presentes os requisitos do art. 186 da Constituição (aproveitamento racional e adequado do solo; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores) e a propriedade urbana, ao atender as exigências do plano diretor do Município (art. 182, § 2º, da Constituição), estão cumprindo sua função social, não há razão útil para propor um conteúdo diferente para o caso concreto. A não ser, numa reformulação desses conceitos, por meio de emenda à constituição, pois, afinal, estes não estão afastados do Poder de Reforma (art. 60, § 4º, da CRFB).

O que é isento de qualquer reforma constitucional é o princípio constitucional fundamental da função social da propriedade, preceito basilar, essencial e estabilizador da instituição da propriedade.

#### 4. Conclusão

“Sem uma mudança estrutural do conceito e das bases da propriedade, jamais haverá desenvolvimento e justiça social”, leciona Paulo Lopo Saraiva (1993: 44). A eficácia e a concretização da função social da propriedade passa pela reformulação material das estruturas do instituto da propriedade. É preciso a edificação de uma nova concepção da propriedade, de uma nova tutela processual para esse direito, de mecanismos que possam representar a material, além da formal, democratização do acesso à propriedade.

Esses são os elementos indispensáveis, ao nosso ver, na busca de melhores parâmetros para a normatização e aplicação do direito de propriedade e de sua indissociável função social. Trata-se de um esforço lento e gradual, no qual deve-se comprometer o operador jurídico a desbravar os caminhos traçados pela Lei Fundamental para a propriedade, para reconciliá-la com sua destinação social.

A função social da propriedade representa um dos pontos fundamentais da estabilidade da ordem econômica, pois sua ausência enseja o abuso e o comprometimento da própria legitimidade jurídica da propriedade.

Na ordem econômica atual, a propriedade privada encontra um sentido cada vez mais relativizado, exigindo do operador do direito sua inserção no ordenamento jurídico positivo como um fato disciplinado não só pelo direito privado, e cada vez mais relativizado pelo direito público.

A propriedade privada dissociativa representa um foco de instabilidade nas relações entre os sujeitos econômicos, ao retirar a legitimidade jurídica da disposição do bem economicamente apreciável (ver França, 1997b: 481/482).

A sociedade confere ao Estado, por meio da concessão de vários mecanismos legais, prescritos na lei constitucional e infraconstitucional, poderes de intervenção na propriedade privada que tem inobservado sua

função social, para retificar o curso social de sua disposição.

O princípio da função social da propriedade legitima juridicamente a intervenção do Estado na propriedade em todos de seus diversos graus: da limitação do exercício do direito de propriedade até a própria expropriação.

Reiteramos aqui nossa advertência, já exposta anteriormente (França, 1995: 13):

“Nós defendemos a existência da propriedade privada pois acreditamos na livre iniciativa. Mas o direito de propriedade não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria do povo brasileiro. A atual sistemática da propriedade, embora a função social esteja prevista expressamente na Carta Magna como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica, induz necessariamente a instabilidade institucional e social brasileira, ameaçando não só a subsistência dos trabalhadores excluídos da sociedade, mas também, da própria propriedade privada. Não é preciso suprimi-la, pois ainda constitui o melhor instrumento para a produção de riqueza: *faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade.*

*A função social da propriedade não constitui sacrifício à propriedade privada, mas sim a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica”.*

#### Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

- CUNHA, Sérgio Sérulo da. A Nova Proteção Possessória. In: Sílvio Donizete Chagas (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Função Social da Propriedade na Constituição Federal. In: *Revista Jurídica In Verbis - 1/1*, Natal, UFRN/CCSA/Curso de Direito, maio/junho de 1995. pp. 7/13.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*. Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMape, abril/junho de 1997(a). pp. 467/495.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Instituição da Propriedade e sua Função Social. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*. Vol. 2. Nº 6. Recife: ESMape, outubro/dezembro de 1997(b). pp. 457/488.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Discricionariedade e Estado Intervencionista - Aspectos Constitucionais e Administrativos*. Natal: mimeo, 1997c.
- GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT, 1990.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Nº 1 de 1969*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo V.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil - Promulgada em 5 de Outubro de 1988*. 14 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *A Constituição deles não é a nossa*. Natal, Cooperativa Cultural, 1993.
- SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de Derecho Político*. 2 ed. Madrid: Civitas, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7 ed. rev. amp., São Paulo: RT, 1991.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito - Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: saFE, 1992.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- VEIGA, José Gláucio. *A Constituição Econômica*. Recife: mimeo, s/d.
- VEIGA, José Gláucio. *Direito Econômico*. Recife: mimeo, s/d.

#### Notas

<sup>1</sup> Em notas tomadas durante as aulas da disciplina “Direito Econômico” do curso de mestrado em direito da Universidade Federal de Pernambuco, ministrada pelo *supra* citado jurista.

<sup>2</sup> “Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério” (STF - RBDP 50/159, *apud* Theotônio Negrão, 1995: 161).

# As vicissitudes da democracia participativa no Brasil

Rubens Pinto Lyra

## Sumário

1. As fontes geradoras – uma nova sociabilidade política. 2. A nova ordem jurídico-institucional. 3. Os obstáculos à expansão da participação popular: corporativismo, autoritarismo e conservadorismo. 4. Rumo à disseminação da democracia participativa?

### *1. As fontes geradoras – uma nova sociabilidade política*

Do ponto de vista sociológico, a fonte geradora das práticas participativas que hoje integram a institucionalidade jurídico-política brasileira foi a luta pela redemocratização, levada a cabo nos anos setenta e que teve no “novo sindicalismo” e nos movimentos sociais emergentes os seus mais conspícuos protagonistas. Os operários do ABC, liderados por Luís Inácio Lula da Silva, organizaram as primeiras greves sob a ditadura, visando à melhoria de salários, a direitos trabalhistas e à conquista das liberdades sindicais, tendo como forma de organização a participação direta das bases no processo decisório.

O exemplo dos metalúrgicos do ABC irradiou-se para as categorias mais politizadas de trabalhadores, na esfera pública e privada, em todo o país, gerando uma nova sociabilidade política lastreada na ação corporativa e na democracia direta.

O incremento dessas lutas contra a institucionalidade ocorreu *espontaneamente*

Rubens Pinto Lyra é Doutor em Direito, na área de política, pela Universidade de Nancy (França). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Sociologia e em Direito da UFPB. Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba (1992-1996) e 1º Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ouvidores (1995-1997). Autor de diversos livros e artigos sobre a temática de direitos humanos, da democracia e do socialismo.

(pois o objetivo não estava previamente traçado), contribuindo, de forma decisiva, para pôr em cheque a transição “lenta, gradual e segura”, substituindo-a por um processo que culminou, mediante a promulgação da “Constituição cidadã”, com o pleno reconhecimento institucional do regime democrático<sup>1</sup>.

Nesse sentido, a democracia brasileira pode ser considerada como um subproduto de lutas corporativas, diferentemente de outras transições, como, por exemplo, as da Espanha e de Portugal, onde a oposição política, ainda que impulsionada pelas lutas sindicais, teve papel crucial na liquidação do autoritarismo, seja por meio de um pacto congregando as “forças vivas da Nação” (Espanha) ou pela mediação revolucionária de militares “progressistas” (Portugal). Em ambos os casos, a restauração da democracia constituiu-se no pólo aglutinador e na razão de ser da luta contra o autoritarismo.

No Brasil, a nova sociabilidade política gerada pelos embates contra a ditadura produziu, como não podia deixar de ser, importantes repercussões na esfera jurídico-institucional, materializadas na Constituição de 1988.

Algumas manifestações dessa nova sociabilidade concorreram diretamente para a mobilização social pró-participação popular na Constituinte: a ampla difusão da democracia direta no sindicalismo, o “basismo” particularmente forte nos movimentos sociais hegemoneizados pela Igreja Católica, o papel das Organizações Não Governamentais (ONGs) ligadas à promoção da cidadania e o engajamento crescente de importantes setores da classe média nas práticas participacionistas.

É de se observar, todavia, que o corporativismo dominante na sociedade civil organizada restringiu o ímpeto de participar à apresentação de emendas constitucionais de interesse mais direto para o movimento ou para a organização proponente.

Somente as entidades religiosas, com destaque para a Igreja Católica, efetuaram

ampla mobilização nacional objetivando inserir, no texto constitucional, mecanismos de democracia direta.

No caso específico da emenda nº 21, sobre participação popular, aquelas organizações lideraram a coleta de assinaturas em todas as regiões do país. Foi a partir dessa emenda que se consolidaram alguns dos princípios fundamentais da democracia direta, como o plebiscito, a iniciativa popular de lei e o referendo.

Por essas razões, das sete emendas à constituição que conseguiram recolher mais de 500.000 assinaturas, cinco foram apoiadas por organizações religiosas (Doimo, 1994: 195).

Afora essas organizações, apenas entidades ligadas à saúde e à assistência social mostraram capacidade de mobilização para viabilizar, primeiro, na Constituição brasileira, e depois, na legislação federal, a instituição de canais de participação da cidadania na formulação de políticas públicas.

Nesse processo, desempenharam papel central o Movimento Popular de Saúde (MOPS) – situado na órbita da Igreja – e o Movimento de Reforma Sanitária – formado por profissionais da saúde, funcionários públicos e professores universitários. A ação desses movimentos possibilitou a inserção, no texto constitucional, de garantia de participação da sociedade na formulação da política de saúde e, posteriormente, a criação, em nível municipal, regional e nacional, de Conselhos ligados à área.

Já no âmbito das políticas relacionadas com a assistência social, alcançou papel de destaque o Movimento Nacional dos Meninos de Rua. Atuando como pólo aglutinador de um conjunto de entidades empenhadas na luta pelos direitos da criança e do adolescente, o Movimento garantiu, na Constituinte, a participação da cidadania nas ações de governo atinentes à política da criança e do adolescente e contribuiu, de forma decisiva, para a aprovação do respectivo Estatuto.

No âmbito do movimento sindical, a Associação Nacional dos Docentes do Ensino



Superior (ANDES) foi uma das raras entidades a formular uma proposta mais abrangente para o texto constitucional. Tal proposta contemplava, entre outros pontos, as várias modalidades de democracia direta, posteriormente inscritas na Constituição de 1988. Postulava, também, a criação do cargo de “Defensor do Povo” (Ombudsman),

“eleito pelo parlamento mediante a indicação de candidatos pelas organizações da sociedade civil” (ANDES, 1987:31).

Todavia, a aprovação das propostas de índole não-corporativa teve caráter sobretudo formal, tendo sido votada sem nenhum debate ou mobilização da categoria, por um plenário sonolento e esvaziado<sup>2</sup>.

## 2. A nova ordem jurídico-institucional

A participação direta do cidadão na gestão pública é princípio consolidado há quase cinquenta anos, inscrito na própria Declaração dos Direitos do Homem, na qual se lê que

“todo homem tem o direito a tomar parte no governo de seu país *diretamente* ou por intermédio de representantes livremente escolhidos” (art. XXI, inciso I).

Todavia, poucas constituições reproduziram o conteúdo desse dispositivo, sendo que a brasileira o fez apenas em 1988:

“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

Além dessa norma genérica, vários artigos da Constituição prevêem a participação da cidadania na gestão pública, seja por meio da participação da comunidade, no sistema único de saúde e na seguridade social (art. 198, III e art. 194, VII) seja como, no caso da política agrícola, “com participação efetiva dos diferentes agentes econômicos envolvidos em cada setor de produção” (art. 187, *caput*). Somente nos casos da assistência social e das políticas referentes

à criança e ao adolescente se especifica como se dá a participação da população: “por meio de organizações representativas” (art. 204, 22).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criado pela Lei nº 8.059, de 12 de julho de 1990, dá conteúdo ainda mais preciso às inovações introduzidas na Carta Magna em matéria de participação popular. Assim, nos Conselhos da Criança e do Adolescente – cuja instalação, em nível nacional, estadual e municipal, o ECA torna obrigatória –, “deverão ter assegurada a paridade entre as organizações representativas da população e os órgãos do Governo” (art. 88, I).

Vale salientar que o ECA tornou-se o primeiro diploma legal a consagrar, em nível nacional, a democracia participativa paritária, na definição e implementação de uma política setorial.

Já no caso dos Conselhos Tutelares, importante órgão previsto no Estatuto acima referido, todos os seus integrantes são representantes da sociedade eleitos pelos cidadãos locais para mandato de três anos (art. 132).

Também na área da saúde, a legislação federal introduz, em todo o país, a participação da sociedade na gestão pública, mediante as Conferências de Saúde, órgão de caráter propositivo, e os Conselhos de Saúde, a quem compete

“formular estratégias e controlar a execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros” (Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

Por outro lado, as Constituições estaduais, por iniciativa de seus legisladores, tendo em vista o chamado “efeito dominó”, estenderam a participação popular a diversas outras áreas, notadamente àquela referente ao monitoramento das políticas de direitos humanos.

Cabe ainda observar que, mesmo sem amparo constitucional, outros órgãos da democracia participativa vêm-se insinuando no

ordenamento jurídico pátrio. Nesse campo, a principal inovação é a Ouvidoria (Ombudsman). Esse instituto de caráter unipessoal vem-se desenvolvendo de forma pouco homogênea, mas alcançando diferentes esferas do serviço público, especialmente alguns municípios (sobretudo no caso do Estado do Paraná, o primeiro dotado de um Ouvidor-Geral), as instituições policiais e as universidades públicas, com destaque para as federais.

Por outro lado, ainda que não plenamente recepcionadas pelo ordenamento jurídico vigente, vêm-se desenvolvendo, com diferentes graus de informalidade<sup>3</sup>, muitas experiências de democracia direta ou semi-indireta<sup>4</sup>.

O exemplo de maior impacto relativo à primeira é, de longe, o Orçamento Participativo, tendo como paradigma, cantado em verso e prosa, o da cidade de Porto Alegre. O destaque a essa experiência se deve, não somente ao seu caráter original e bem sucedido, mas também ao fato de, no caso em espécie, colocar-se, nas mãos do cidadão comum – o munícipe (quer dizer, potencialmente, de toda a população do Município), a deliberação última sobre a alocação de vultosos recursos financeiros<sup>5</sup>.

Quanto à segunda, o melhor exemplo talvez seja a democratização levada a cabo, na prática, pelas universidades públicas, entre essas as federais, que comentaremos adiante. Nessas instituições, os titulares de funções executivas (Reitor, Diretores de Centros, Chefes e Coordenadores) e deliberativas (Conselheiros integrantes dos Colegiados Superiores) não são, na prática, escolhidos de cima para baixo, como prevê a lei, mas de baixo para cima, pelos seus docentes e servidores técnico-administrativos.

### *3. Os obstáculos à expansão da participação popular: corporativismo, autoritarismo e conservadorismo*

Um dos principais óbices à disseminação da democracia participativa no Brasil relaciona-se com a indiferença – quando

não com a hostilidade velada – que lhe dedica o “novo sindicalismo” e o “movimento popular”.

Trata-se de um aparente paradoxo: as entidades populares e os sindicatos ligados à Central Única dos Trabalhadores (CUT) – principal central sindical – funcionam (se bem ou mal, é outra questão) com base em mecanismos de deliberação da democracia direta ou semi-indireta.

Por que então não existe entusiasmo em transportar a experiência da democracia participativa da esfera privada para a pública?

Em primeiro lugar, devido à presença hegemônica do corporativismo nos diferentes arraiais da esquerda brasileira. Um exemplo dado por Tarso Genro ilustra de forma contundente o que foi dito acima.

Genro lembra o episódio das greves selvagens dos trabalhadores da Companhia Municipal de Transportes Urbanos (CMTC) da cidade de São Paulo, no Governo Erundina, que terminou por inviabilizar aquela empresa.

Para Genro,

“o caso da CMTC é emblemático... Apenas para lembrar a cegueira dos valores políticos a que chegaram determinados setores operários, é bom lembrar que os trabalhadores dessa empresa vanguardaram o seu sucateamento durante o governo Erundina. Esse governo defendia a viabilização da CMTC como empresa pública modelo. O sindicalismo jamais colocou em debate um milímetro sequer do interesse da população, transformando a sua luta corporativa num centro de desgaste de um governo que precisamente defendia o Estado como protagonista das atividades essenciais” (Genro: 1995 a:142).

Se o interesse público é, para Genro, “a medida da aferição da cidadania” e, poderíamos acrescentar, de aferição de uma postura verdadeiramente democrática, grande parte da esquerda se encontra bastante

distanciada dele. Na verdade, para essa esquerda, democracia é compreendida e praticada como sendo apenas (ou sobretudo) o espaço de liberdade que possibilita a luta por mais benefícios e direitos para determinada categoria<sup>6</sup>.

Ora, a democracia direta na esfera privada não implica qualquer compromisso com a *res publica*, quaisquer limites aos direitos, qualquer imposição, por parte da sociedade, de deveres e responsabilidades.

Já o exercício da democracia direta ou semi-indireta na esfera pública se faz com base na aceitação, *a priori*, de deveres como contrapartida de direitos, devendo as decisões tomadas terem sempre como referencial o interesse público, por definição restritivo em relação aos interesses particularistas desta ou daquela categoria.

Não obstante, as práticas participativas de índole corporativista podem alcançar a esfera pública. Mas, ao fazê-lo, limitam o seu campo de intervenção apenas aos espaços institucionais onde o exercício do poder possa contemplar os seus interesses específicos.

O caso da “democratização corporativa” das Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) ilustra, como poucos, o alcance e os limites de certas experiências da democracia participativa na esfera pública.

Docentes e servidores técnico-administrativos conseguiram, no início dos anos oitenta, por termo ao processo autoritário de escolha dos dirigentes do ensino superior federal, fazendo com que estes fossem, de fato, eleitos diretamente pela comunidade universitária, ao invés de serem escolhidos por meio de listas trípliques ou sêxtuplas elaboradas pelos colegiados daquelas instituições.

Todavia, deram por encerrada, na prática, a luta pela democratização da Universidade na medida em que conquistaram para si o poder institucional. Assim, mesmo tratando-se apenas de democratização do poder para a corporação, esta foi apresentada como sendo a conquista da democratização *tout court* da Universidade.

Porém, quinze anos após a consolidação das eleições diretas nas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), o poder continua, na prática, concentrado nas mãos do “executivo” (Reitores e Diretores de Centro), apesar de a legislação (por sinal anterior ao processo de democratização do país) já atribuir aos Colegiados (Conselhos Universitários e de Centro) a formulação das políticas a serem implementadas nas Universidades.

Tão ou mais grave: a democratização da Universidade para a sociedade, que a financia e a quem deve servir, sequer foi tentada na grande maioria das IFES, e, onde foi, tem sido apenas timidamente ensaiada. Nenhuma proposta foi, a esse respeito, apresentada pelo movimento docente, que se quer paladino das lutas pela democratização da Universidade brasileira. Na realidade, pouco ou nada tem sido feito, no que se refere à participação das forças vivas da sociedade nas diferentes instâncias decisórias das IFES.

Em um tal contexto, as propostas para a criação de Ouvidorias nas Universidades têm-se defrontado – via de regra – com uma atitude de indiferença, ou de velada hostilidade, dos segmentos universitários que se dizem comprometidos com a democracia.

Seria porque o Ombudsman, eleito pelo Conselho Universitário (CONSUNI), dispõe de independência funcional suficiente para exercitar sua ação fiscalizadora, sem se dobrar às pressões corporativistas?

À resistência corporativa à democracia participativa se associa uma postura marcadamente anti-institucional – em franco declínio, mas, até recentemente, hegemônica no seio da esquerda brasileira.

Com efeito, prevaleceu, até há alguns anos, a concepção leninista de democracia, qualificada pejorativamente de “burguesa”, que não admite a possibilidade de, por meio da ação institucional, promover-se mudanças substanciais de caráter econômico-social ou político.

Durante um Encontro Nacional do Movimento Nacional de Direitos Humanos,

em 1985, Frei Leonardo Boff declarou:

“Por causa de sua raiz liberal e individualista, grande parte da luta pelos direitos humanos até os dias de hoje se concentra em alguns eixos *que interessam mais às classes burguesas*, como são os direitos à liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de imprensa, liberdade de propriedade (...).”

Se faz, pois, necessário, para Boff, priorizar, entre os direitos humanos, os direitos sociais, a partir dos quais seriam definidos os outros direitos.

Seguindo o mesmo diapasão, Frei Betto, de regresso de uma viagem à Cuba, em 1986, justifica a ditadura nesse país ao esclarecer que o critério de valoração de um regime político, para um cristão, é “se ele traz mais ou menos vida a seu povo. Porque a questão de voto não é o critério fundamental” (Apud Oliveira, 1996:87 e 23).

Vê-se que, com base em tais concepções, o estímulo efetivo à democracia participativa não poderia legitimar a participação na esfera pública institucional e sim a substituição desta por uma teia organizada de movimentos a fim de compatibilizar a democracia política (cujos procedimentos seriam definidos pelos próprios movimentos organizados) com a democracia social (Doimo, 1994:182).

As dificuldades de expansão dos institutos da democracia participativa não se limitam, porém, aos movimentos sociais de índole corporativa e anti-institucional. Na verdade, as tradições de exercício da cidadania no país praticamente inexistem. Por isso, o interesse pela promoção da democracia participativa é, em muitos casos, limitado, ou mesmo inexistente.

A professora Odária Battini observou que um dos limites impostos ao funcionamento exitoso dos Conselhos da Criança e do Adolescente é

“a resistência de forças da sociedade para essa nova forma de controle social e para a nova prática decisória em nível local”.

A maior resistência à quebra de valores institucionais

“se encontra no interior dos grupos organizados da sociedade que desenharam o perfil dominante nos municípios” (Battini, 1993:33).

Mesmo as organizações de classe média (OAB, conselhos profissionais, entidades de classe), as próprias Universidades, muitas ONGs estão longe de considerar a participação nos órgãos da cidadania da esfera pública como importante, sobretudo as que objetivam a promoção de interesses de caráter universal (Conselhos de Direitos Humanos, de Segurança, de Comunicação, Ouvidorias, etc). A participação nesses órgãos seria menos atrativa, pois, na maioria dos casos, estão longe de oferecer os meios materiais e a projeção social que conferem cargos de direção de muitas organizações de representação profissional ou classista.

Na apresentação de um trabalho intitulado “Cidadania e Imprensa na Paraíba”, referi-me à

“existência de uma cultura autoritária de que não escapa nem mesmo a nossa melhor sociedade civil organizada. Assim, o caso Gulliver<sup>7</sup>, as campanhas ilegais de publicidade dos governantes, as graves restrições à liberdade de imprensa, a utilização descarada de jornais pagos pelo contribuinte - como A União - que apenas expressam a voz do dono, não chegam a comover entidades que, na retórica, se dizem guardiãs e paladinas da democracia mas, na prática, parecem mesmo adeptas do *bata que eu gosto*”.

E arrematava:

“omite-se a sociedade, omitem-se as autoridades: onde está o Ministério Público que até hoje não denunciou a farra radiofônica contra o regime democrático?” (Lyra, 1996<sup>a</sup>:6).

As questões que afligem a democracia, assim como a indiferença de muitos setores organizados perante elas, podem apresentar

nuanças regionais, mas têm, seguramente, dimensão nacional.

Vale referir-se, a esse respeito, a artigo do jornalista Marcelo Coelho. Este considera que

“o melhor do homem é o espanto. Mas o fato de haver o espanto que só fica nisso – no espanto – é o que há de mais espantoso no caso do Brasil”.

Com efeito, Coelho lembra que

“a cultura dominante, autoritária e corporativista, faz com que, por exemplo, não se criem movimentos e não se façam manifestações para rever as regras da imunidade parlamentar, para protestar contra a tortura *ao ar livre* em Diadema, para, enfim, reivindicar *reformas reais na constituição*”.

Entretanto, em nome de seus “legítimos interesses, pára-se o trânsito, organizam-se passeatas, irrita-se quem não tem nada a ver com o peixe”. Isso porque, conclui Coelho, “se perdeu, no meio da briga entre taxistas, camelôs ou perueiros, o sentido do que é coletivo e público”.

Entretanto, o mais poderoso foco de resistência à democracia participativa provém dos políticos no poder, ligados aos “partidos da ordem”. Em todo o país, a maioria dos Governadores mostra-se indiferente ou hostil à criação de Conselhos de Direitos Humanos. Estes, quando já instalados, sofrem com as restrições impostas pelo Poder Executivo<sup>8</sup>; Poder que consegue, por vezes, desfigurar completamente a proposta de criação de um Conselho de Direitos Humanos, autônomo em relação ao Executivo, substituindo-o por um conselho de Governo<sup>9</sup>.

Mesmo quando o governante admite uma participação importante da sociedade civil no Conselho, mantém, apesar disso, um vínculo de subordinação, por meio da livre escolha, pelo Governador, de seu Presidente, ou por meio de dispositivos legais que reservam esta função para um Secretário de Estado. O resultado de tudo isso é que, entre as vinte e sete unidades da Federação, em apenas sete estão em funcionamento Con-

selhos de Direitos Humanos, sendo que somente cinco deles são independentes.

Mesmo com relação aos Conselhos de Saúde, da Criança e do Adolescente e Tutelar, cujo funcionamento é, por lei, obrigatório, as atitudes de Governadores e Prefeitos são freqüentemente marcadas pela lerdeza, ou mesmo completa inação. Foi necessário o Governo Federal ameaçar o não-repasse de verbas à saúde e à assistência social para obrigar os governantes a deixarem de ser omissos na matéria.

Algumas pesquisas sobre o funcionamento dos Conselhos da Criança e do Adolescente revelam que predomina, por parte de dirigentes dos órgãos de Estado, o peso da tradição de “*decisões centralizadas por segmentos ligados aos poderes constituídos*”, pouca disposição desses poderes de

“enfrentar confrontos entre pensamentos múltiplos e práticas plurais que necessariamente se evidenciam nos processos mais abertos, havendo a preferência por definições em uma esfera mais restrita”.

Trata-se, em suma, de

“uma prática de definição do problema da criança e do adolescente de natureza pontual e focalista, centrada nos organismos do poder público, negando os termos da lei” (Battini, 1993:12).

Assim, na Paraíba, o Prefeito de Patos, uma das principais cidades do Estado, é acusado de omissão pela presidente do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente por deixar de indicar seus representantes no órgão (O Norte, 14-2-1998).

Pergunta formulada a Battini, após palestra proferida sobre o tema, sintetiza as dificuldades dos conselheiros representantes de entidades da sociedade civil:

“todo o poder no município fecha as portas para o Conselho. Não só a Prefeitura, mas também a Delegacia, o Poder Judiciário... Na maioria das vezes os conselheiros são obrigados a ceder à vontade dos dirigentes para

conseguir trabalhar. O que fazer? Sempre chegar e pedir, subordinando-se aos mandantes?” (Battini, 1994:16).

Já o funcionamento dos conselhos de saúde desvela

“a existência de uma cultura centralizada e autoritária das secretarias estaduais de saúde e do Ministério da Saúde” (Santos, 1998:3).

Também, em nível municipal, constata-se que muitos prefeitos entendem que

“o conselho só tem abuso. É um espaço manipulado pela oposição. Não dá certo. Não quero que dê certo” (Carvalho, 1998:2).

Essa predisposição negativa de prefeitos, em nível nacional, é confirmada na Paraíba pela denúncia do Procurador da República Antonio Edílio Texeira, para quem

“95% dos Conselhos existentes na área de saúde só funcionam no papel. Na prática não existem e isso é muito preocupante porque quem deve decidir sobre a saúde é o Conselho e não o prefeito, como ocorre atualmente” (Correio da Paraíba, 9-5- 1998).

Com relação às Ouvidorias, é notória a resistência de parlamentares e Chefes de Executivo (Governadores e Prefeitos) à sua criação, sobretudo quando tais Ouvidorias são dotadas de autonomia perante os governos. Temem uma fiscalização independente porque não suportam a transparência que seria imposta ao funcionamento de suas administrações.

Tomemos o exemplo do gasto com verbas publicitárias. O caráter das licitações, a natureza dos contratos, o montante e a destinação das verbas alocadas à publicidade, a função e o objetivo desta (educativo? informativo? propagandístico?), a sua conformidade com a legislação vigente, tudo seria objeto de fiscalização, cobrança e debate. Quando se conhece o clientelismo, o personalismo e o caráter ilegal presentes na publicidade de inúmeros Governos, compreende-se melhor as resistências de políticos conservadores a formas de controle social do serviço público, como as Ouvidorias.

Tudo isso explica que não existam, no Brasil, Ouvidorias estaduais ou municipais, dotadas de autonomia em relação aos Governos que fiscalizam; que as que existiam com essas características, em Campinas e em Santos, tenham sido extintas ou desativadas já que suas críticas e denúncias não agradaram os administradores de plantão<sup>10</sup>.

No que diz respeito às Ouvidorias de Polícia, a última criada mereceu reportagem do jornal Estado de Minas Gerais, na qual o Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos denuncia o fato de o nome do Ouvidor de Polícia do Estado de Minas, indicado, nos termos da lei, pelo Conselho, encontrar-se, há mais de cem dias, no Gabinete do Governador, aguardando nomeação (Magalhães, 1998).

#### *4. Rumo à disseminação da democracia participativa?*

Transformações recentes vêm contribuindo para quebrar as resistências à expansão dos institutos da democracia participativa no Brasil. No plano econômico-social, as mudanças no mundo do trabalho, decorrentes do processo de globalização. Na esfera institucional, a crescente defasagem entre o ordenamento jurídico e as instituições do Estado em face das novas realidades sociais. No plano político mais geral, a queda do Muro de Berlim, com a conseqüente valorização da democracia, enquanto regime político e forma de acesso ao poder.

Examinemos, inicialmente, as questões relacionadas com a esfera econômica e social. A globalização é, na verdade, uma faca de dois gumes. Ela encerra elementos potencialmente capazes de conduzir à barbárie, mas também traz em seu bojo a possibilidade de viabilizar uma estratégia de mudança radicalmente democrática e anticorporativa<sup>11</sup>.

Na atual etapa do desenvolvimento capitalista, o proletariado, classe operária tradicional, é profundamente atingido, assumindo, no seu lugar, papel de destaque os “colarinhos brancos” (organizadores

técnicos e cientistas do processo produtivo). A revolução tecnológica torna o trabalho assalariado dos operários qualitativamente menos importante e sua força social diminuída; o que conduz o velho proletariado a “uma posição cada vez mais ‘concorrencial’, corporativa, entre as diversas categorias de trabalhadores, chamando apenas para si um melhor padrão de vida, pois uma revolução verdadeiramente modernizante tornaria ainda mais supérflua a sua existência”.

Trata-se, na visão de Genro, de uma classe “atada a uma forma de produzir superada” sendo “sua situação mais ou menos a mesma, do ponto de vista político, do ‘campeinato’ no capitalismo tardio” (Genro, 1995:125-126)<sup>a</sup>.

Enquanto a classe operária se constituía no *pivot* da resistência e do combate ao capitalismo, funcionando como o motor da mudança, cabia ao Estado apenas reconhecer e generalizar as conquistas oriundas de sua luta. Agora, porém, o quadro é outro. O processo de globalização fragmenta e desestrutura as relações sociais, fragilizando as relações de trabalho. E faz, também, emergir novos sujeitos no processo produtivo, nem de longe dotados da organicidade própria do antigo proletariado, ampliando, concomitantemente, o desemprego e a exclusão social.

Esses novos sujeitos – que têm em comum a precarização das relações de trabalho – contam como aliados naturais diversas categorias de excluídos da sociedade capitalista: os subempregados, os sem-emprego, os *inempregáveis*, os sem-teto, os sem-terra e os antigos *lumpens*. Mas conta também com o consumidor insatisfeito, o camponês e o pequeno proprietário desamparados, e com a própria classe operária em declínio.

A essas forças do mundo da produção se somam entidades defensoras dos direitos humanos e do cidadão, grupos culturais descontentes, militantes ecológicos e diversos setores engajados na luta contra a discriminação de mulheres, negros, homossexuais, etc.

Dessa sorte, uma nova e decisiva polarização substitui a luta de classe tradicional: a que opõe esse amplo espectro de “atores sociais”, acima destacado, a um Estado descomprometido com políticas de integração social.

Ora, somente políticas regulatórias levadas a cabo pelo Estado serão capazes de promover, sob a pressão das lutas populares, a inserção dos deserdados no sistema produtivo. Todavia, em face da incapacidade do atual ordenamento jurídico para assegurar canais de participação popular e acolher as demandas dos excluídos, a tarefa prioritária será a de superar a

“crescente deslegitimação dos Estados nacionais que, sugados e decompostos, antes, pelas suas direções oligárquicas e, hoje, pelo ideário neoliberal, são incapazes de engajar politicamente a cidadania para compartilhar de uma ousada proposta de mudanças” (Genro, 1995:2).

Isso em virtude de o direito do Estado moderno

“não conter instituições públicas capazes de abranger esse novo universo social, nem no plano interno, nem no âmbito do direito internacional”.

As reformas propostas sob o ângulo liberal...

“visam a despontencializar os novos e velhos sujeitos, cujos interesses são contraditórios com a ordem neoliberal, e suas exigências só podem ser contempladas por... um novo tipo de Estado e uma nova organização social, apta para socializar – não para concentrar os benefícios da terceira revolução tecnológica” (Genro, 1996 a).

Dessarte, somente

“as lutas que encaminhem as exigências do Estado, a partir dos velhos e principalmente novos focos de conflitividade, para mudar o Estado, para controlá-lo a partir da sociedade civil... “só estas lutas que ‘unem’ os dispersos... podem reduzir “o potencial excludente do corporativismo e pro-

por uma nova cidadania, transgressora dos limites formais da velha cidadania burguesa e proponente de novas formas de legitimidade”. (Genro, 1996 b).

Essa transgressão aos limites formais da “velha cidadania burguesa” será feita mediante a construção de um novo espaço público, no qual o exercício da democracia direta possa vir a “desconstituir” o ordenamento jurídico-institucional vigente e a construir um Estado que garanta a mobilização transformadora de milhões de cidadãos.

Conforme sublinha Tarso Genro,

“esta nova esfera pública, popular... já contém elementos novos que apontam diretamente para a construção de uma nova ordem, já que recorrem a um sistema de pressões que se realiza incidindo diretamente sobre o Estado, ao contrário das lutas tradicionais que opõem, corporativamente, patrões e empregados”.

Trata-se, portanto, de construir uma “nova esfera pública (que) recupera as exclusões e reorganiza, num sentido estrito, os mais poderosos interesses econômicos privados para lhes dar forma de interesses públicos, e isso de maneira que a eles sejam incorporadas as necessidades da massa” (Genro, 1995 a:117).

Na síntese de Genro:

“o projeto é democratizar radicalmente o Estado atual para criar outro Estado, com duas esferas de decisão combinadas e contraditórias: uma esfera decisória, oriunda de representação política, que já existe; e uma segunda esfera de decisões, oriunda de um novo espaço público, originário da presença direta das organizações da sociedade civil, que deve ser combinada com mecanismos universais consultivos, de referendo e plebiscitários. O Estado representativo passa a produzir e a implementar suas políticas

– nestas condições – por meio de uma dinâmica democrática inovadora, que incorpora à vida pública todos os que dela quiserem participar” (Genro, 1997:3).

Poderíamos nos perguntar se a força do corporativismo – ainda hegemônico no sindicalismo da esquerda e no “movimento popular” – não seria capaz de inviabilizar esse novo espaço público em construção. E, também, se esse não estaria ameaçado pela influência ainda marcante de correntes ideológicas, hostis ou reticentes em relação à institucionalidade.

Difícilmente, por três razões básicas:

Primeiro, as de ordem sociológica, relacionadas com os rebatimentos do processo de globalização econômica, entre os quais o declínio da classe operária tradicional, conforme anteriormente exposto. Processo que exige, de forma aguda, a intervenção do Estado (ainda que reformado pela ação do *campo popular*), como única forma de prover as demandas dos novos sujeitos que compõem (ou que gravitam em torno) o mundo do trabalho.

Segundo, por razões políticas: os impasses e desgastes a que conduziu o corporativismo contribuíram para uma maior aceitação da esfera institucional como *locus* de luta política.

Assim como o fato de o partido mais estreitamente ligado ao *movimento popular*, o Partido dos Trabalhadores – PT, vir assumindo crescentes responsabilidades nessa esfera (passando de “estilingue” à “vidraça”) pesa decisivamente na “caminhada” do “movimento popular” rumo à plena aceitação das regras do jogo próprias ao regime democrático vigente.

Por fim, em nível internacional, a queda do Muro de Berlim repercutiu em todo o mundo, com a valorização da democracia, considerada, doravante, como valor estratégico pelos partidos de esquerda<sup>12</sup>.

Dissipadas as ilusões relativas à via insurrecional para o poder, e a um governo de “ditadura do proletariado”, sabe-se agora,



ao aludir-se à democracia, que se trata de um regime baseado no pluralismo e na alternância ao poder, devendo esse ser alcançado pela mediação soberana do sufrágio universal<sup>13</sup>.

Tudo isso faz com que o “sentimento de recusa ao espaço institucional”, prevalecente no período autoritário, ceda lugar, progressivamente, a sua contraparte “dada pela linguagem dos direitos”, assentada em práticas que requerem a institucionalidade política” (Doimo, 1995:127).

Assim, *o sentido arrogante de auto-suficiência*, a face “expressiva-disruptiva” de importantes setores da esquerda vai sendo substituída por condutas de “seletividade positiva” em face da institucionalidade. O “paralelismo” que persiste com vigor – a democracia direta praticada no Orçamento Participativo de Porto Alegre e alhures – recupera o dinamismo do movimento social para a constituição de um espaço público não-estatal. Este, porém, interage “dialeticamente” com a institucionalidade, sem, aliás, compactuar com o corporativismo e com o assembleísmo, nem avançar fora dos limites consentidos pela autoridade legitimada pelo sufrágio universal.

Dessa sorte, observa-se que a radicalidade democrática dos “novos atores sociais” vem desenvolvendo crescente compreensão da importância da *res publica*, das questões de interesse geral da sociedade, e de seu tratamento na esfera institucional, ou em harmonia com ela, sem perder de vista a necessidade de seu controle pela sociedade.

Nas palavras de Doimo:

“Os segmentos de esquerda, antes comprometidos com a causa da grande transformação social, não raro pela via do duplo poder, passam a assumir crescentes compromissos com o sistema partidário, a reforma do Estado e a gestão da coisa pública” (Doimo, 1995:202).

Prova disso, em nível partidário, é o prestígio de que hoje goza, no PT, um líder radicalmente anticorporativo como Tarso Genro, e o empenho desse partido na dissemi-

nação dos institutos da democracia direta e semi-direta, como o Orçamento Participativo e os Conselhos de formulação e fiscalização das políticas públicas.

Outro sinal de mudança nas hostes do Partido dos Trabalhadores se manifesta em posições como a do Professor Cristovam Buarque, para quem o

“caminho [do PT] deve ser o de se libertar das amarras do corporativismo e interesses específicos para se tornar um grande partido de massas”,

necessário à construção de “um projeto alternativo da esquerda” (Buarque, 1998).

No âmbito da sociedade civil, merece registro “o reposicionamento institucional da OAB”, tornado público pelo seu novo Presidente nacional, advogado Reginaldo Oscar de Castro.

Tendo até então ostentado um comportamento visceralmente corporativista, a OAB compreende agora que, no debate sobre questões de interesse público, “é importante que todos os segmentos se dispam de seus preconceitos e interesses corporativistas” (Nassif, 1998).

Um outro exemplo marcante das mudanças que estão a ocorrer diz respeito ao movimento dos docentes universitários. Em 1996, por ocasião das eleições para a Diretoria da ANDES, surgem propostas, apresentadas pela Chapa Três, que pela primeira vez discutem “os limites que o privilégio corporativo impõe à construção de um espaço público”<sup>14</sup>.

Os integrantes dessa Chapa entendem que “somente a crítica política ao modelo da sociedade e da Universidade vigentes legitima a defesa dos interesses corporativos. Ora, ocorre que “a transformação da ANDES em sindicato coincidiu com a perda desse referencial de origem: a capacidade crítica reduziu-se a um doutrinário mais ou menos estéril e o corporativismo assumiu o comando, aliado à noção mais ou menos obscura de classismo” (Chapa Três, 1996: 16 e 40).

Para combater o corporativismo, importa fortalecer o espaço público, o que só pode ocorrer “se o próprio Estado for objeto do controle social mediado pelo interesse público”. Essa transformação, segundo a Chapa Três, “deve ser operada de forma a permitir que a sociedade literalmente *entre* no Estado, assumindo aí a lógica que esteve na origem da constituição do Estado, isto é, a lógica do interesse público” (Chapa Três, 1996:16).

Para que isso ocorra, enfatiza-se a necessidade de reformas do Poder Judiciário “no sentido de torná-lo um poder democrático que garanta o princípio de soberania do cidadão”. Mas essa reforma

“deve ser defendida na perspectiva da reforma do próprio Estado, que se contraponha ao Estado-mínimo... e que aprofunde as conquistas democráticas garantidas pela Constituição” (Chapa Três, 1996:38-39).

Nas eleições da ANDES, em maio de 1998, os antigos integrantes da Chapa Três, constituída, na sua maioria, por simpatizantes do PT, uniram-se a militantes de outros partidos de esquerda (PSB, PC do B, PCB), formando a Chapa Dois. A oposição unificada à Diretoria da ANDES mereceu o apoio do professor Roberto Romano, por este acreditar “ter chegado a hora e a vez dos que se preocupam com o movimento no plano acadêmico, político-institucional e societário, não se prendendo aos limites dos interesses corporativos” (Romano, 1998).

A chapa oposicionista derrotou a direção da entidade, pondo fim a uma longa hegemonia de posições exacerbadamente corporativistas no movimento docente.

Esse é, com certeza, o exemplo de um movimento que começa a pensar “além de seu próprio umbigo”, convertendo sua energia sócio-política em ações propositivas que rompem com o espírito refratário à institucionalidade e com a ação reivindicativa meramente corporativista.

Enquanto as mudanças se desenvolvem, ainda embrionariamente, no movimento

sindical, mais notáveis parecem ser os novos ventos que sopram nas ONGs envolvidas com a promoção da cidadania.

Até recentemente, essas ONGs adotavam um comportamento “do contra”, mais defensivo, de denúncia e de cobrança em face da violação dos direitos humanos.

Doravante, a valorização da democracia, com o concomitante declínio da ideologia e das práticas “basistas”, por um lado, e por outro, a pressão de agências financiadoras, no âmbito da cooperação internacional, no sentido de elaborarem propostas construtivas, conduzem as ONGs a uma mudança substantiva no direcionamento de seus trabalhos.

A esse respeito, Doimo lembra a Campanha Contra a Fome, de Betinho, a qual, segundo a Misereor, além de

“conscientizar a sociedade brasileira, mobilizar a solidariedade e politizar a questão da fome, atingiu camadas não atingidas pelas organizações e conseguiu criar uma instância complementar, o CONSEA – Conselho de Segurança Alimentar...” (Misereor, apud Doimo: 1995:211).

Na trilha dessas inovações,

“muitas ONGs estão agora empenhadas em ‘conquistar direitos de cidadania e influir na mudança das relações entre a sociedade e o Estado, pela via conselhistas’”.

Trata-se, em suma, de

“fortalecer a sociedade civil para que ela possa influir nas políticas públicas, ampliando-se os espaços de participação da sociedade para além dos tradicionais formatos de intermediação política” (Doimo, 1995:210).

De fato, é notória a mudança de comportamento dessas entidades, especialmente as ligadas aos direitos humanos. Ela se expressa em uma revalorização da ação institucional, ora como parceiras dessa ação, ora tendo o Estado como o único protagonista.

Segundo Gatica, Conselheiro Nacional do Movimento Nacional dos Direitos Humanos

(MNDH), o grande divisor de águas na questão foi o lançamento, pelo Governo Federal, do Plano Nacional dos Direitos Humanos (Gatica, 1998). A partir daí, as ONGs atuantes nessa área passaram a desenvolver efetiva parceria com o Governo Federal e, na seqüência, com alguns Governos estaduais, com vistas à implementação do Programa Nacional de Direitos Humanos.

A I Conferência Nacional dos Direitos Humanos, convocada para subsidiar o referido Programa, realizou-se nos dias 26 e 27 de abril de 1996. Contou com o apoio e a participação de oficiais do MNDH e com a presença efetiva de dezenas de entidades de Direitos Humanos. Uma de suas primeiras propostas é de que os Planos Estaduais de Direitos Humanos sejam elaborados com a participação, no seu órgão gestor, em igual número, de representantes da sociedade civil e de órgãos do Estado.

As outras propostas que interessam diretamente à democracia participativa dizem respeito à criação da Ouvidoria-Geral da República e de Ouvidorias Estaduais; a criação de Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos Humanos,

“a serem compostos majoritariamente por representantes da sociedade civil, indicados por entidades de defesa dos direitos humanos”;

a criação do Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle do Judiciário e do Ministério Público, “a ser composto majoritariamente por entidades não-governamentais”; a criação de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e Tutelares e, finalmente, a

“criação de Ouvidorias de Polícia, como representantes da sociedade civil, nos Estados, com autonomia e independência para desenvolver suas funções de investigação e fiscalização das irregularidades cometidas por agentes” (Relatório, 1996: 6,8,9,10 e 11)<sup>15</sup>.

Nas Conferências de Direitos Humanos, as ONGs atuantes na área têm apoiado

todas essas teses e, além disso, participado ativamente na criação e no funcionamento dos diferentes conselhos que incorporam representantes da sociedade civil a seus Colegiados.

Exemplos eloqüentes, que, em definitivo, ilustram a importância conferida pelas organizações de direitos humanos à atuação na esfera pública da cidadania, dizem respeito ao fato de que quadros de grande destaque do MNDH, como Domingos Mariano e Valéria Brito – esta última Coordenadora do Conselho Nacional do Movimento – tenham escolhido essa nova esfera pública para o exercício de sua militância ao assumirem, respectivamente, as funções de Ouvidor das Polícias Civil e Militar do Estado de São Paulo e de Presidente do Conselho Distrital de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

Vê-se, pois, que as mudanças em curso na vida social e política, nacional e internacional, e, especialmente, as que afetam os partidos, sindicatos e movimentos ligados ao “campo popular” parecem tender, progressivamente, a sobrepujar os óbices à disseminação da democracia participativa.

A essas mudanças estruturais deve-se acrescentar as exigências crescentes, por parte de setores sempre mais expressivos da sociedade, no sentido de assegurar maior controle social em relação à *res publica* e mais respeito aos direitos do cidadão.

Recentes episódios, que trouxeram estrepitosamente à tona a barbárie policial e a “falta de assepsia” de setores ponderáveis do *establishment* político, deram um novo e inesperado alento às forças sociais que lutam para tornar efetivo o fortalecimento da cidadania.

A aprovação, em um átimo, da lei que criminaliza a tortura, que se arrastava há anos nas comissões do Congresso Nacional, mostra o quanto pesam manifestações da sociedade na produção de uma normatividade jurídica renovadora.

Por outro lado – da parte do Governo – o lançamento do Plano Nacional de Direitos

Humanos, a despeito de seus limites, e do limitado engajamento do Presidente da República na sua implementação, gera uma dinâmica de participação, de cobrança e de pressão. Essa dinâmica contribui, ainda que de forma “molecular”, para sedimentar uma cultura de cidadania e coloca em situação de desconforto governos municipais e estaduais resistentes às mudanças, obrigando esses governos a cessarem a sua oposição aos institutos de defesa do cidadão, inscritos no Plano.

De tal forma que, a médio e a longo prazo, na hipótese de consolidação da democracia no Brasil, a questão que se coloca não é tanto de saber se a democracia participativa se ampliará, e sim de se definir qual das suas modalidades irá prevalecer – a “seletiva” ou a “de massa” – e o peso que, conforme o caso, terão os institutos da democracia direta no processo participativo, sob a égide do Estado reformado<sup>16</sup>.

### Bibliografia

- ANDES, Plataforma dos docentes do ensino superior para a Constituinte. Brasília: Cadernos ANDES, n. 4, maio 1987. 31 p.
- BATTINI, Odária. Cidadania e participação popular. *Revista da Universidade Estadual de Londrina*, set. 1993.
- \_\_\_\_\_. O processo de reestruturação dos Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente. *Revista da Universidade Estadual de Londrina*, dez. 1994.
- BUARQUE, Cristovam. Um projeto de esquerda. *Correio da Paraíba*, João Pessoa, 5 maio 1998.
- CARVALHO, Gilson. Controle social: o mundo sob a visão do dono. *Pontos de vista*. Edição Especial. Brasília, Conselho Nacional da Saúde, abr. 1998.
- COELHO, Marcelo. Então é isso? Ah, é isso? Ah Então é isso! *Folha de São Paulo*, São Paulo, 4 mar. 1998. Ilustrada p. 7.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 1988. 188 p.
- CHAPA TRÊS. *Manifesto e Carta-Programa*. Brasília, 1996. 57 p.
- DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. 10 dez. 1948. IN: *Revista OAB-RJ*. Rio de Janeiro, p. 121-126, n. 19, out./nov./dez. 1982.
- DEPOIMENTO de Oscar Gatica, João Pessoa, 10 maio 1998.
- DOIMO, Ana Maria. *A vez e a voz do popular*. Rio de Janeiro: ANPOCS - Relume - Dumará, 1995, 355 p.
- ESTATUTO da Criança e do Adolescente, Rio de Janeiro, IBM, Brasil, s/d. 56 p.
- FREDERICO, Celso. *Crise do socialismo e movimento operário*. São Paulo: Cortez, 1994. 94 p.
- GENRO, Tarso. *Utopia possível*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1995 a.
- \_\_\_\_\_. O enigma do México. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 25 fev. 1995 b
- \_\_\_\_\_. O novo espaço público. *Folha de São Paulo*, São Paulo, jun. 1996 a.
- \_\_\_\_\_. Entre a solidão e a solidariedade. Sociedade contemporânea sob o risco de extinção. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 14 abr. 1996 b.
- \_\_\_\_\_. *Uma estratégia socialista*. Publicação interna do Partido dos Trabalhadores, s.d. 1977.
- GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: Editora UNESP, 196 p.
- LEI federal nº 8.142, de 28 dez. 1990.
- LYRA, Rubens Pinto. *Uma plataforma constitucional unitária para o movimento sindical*. João Pessoa: Ed. Universitária, 1987. 23 p.
- \_\_\_\_\_. *Análise crítica das manifestações vanguardistas e corporativistas do movimento docente*. 40<sup>o</sup>. Reunião Anual da SBPC. Resumo publicado no suplemento Ciência e Cultura. Vol. 40, nº 7, jul. 1988.
- \_\_\_\_\_. *Cidadania e imprensa na Paraíba*. João Pessoa: FUNAPE/Ed. Universitária, 1996 a, 173 p.
- \_\_\_\_\_. *A nova esfera pública da cidadania*. João Pessoa: Ed. Universitária, 1996 b. 222 p.
- \_\_\_\_\_. Ouvidorias públicas: as ouvidorias universitárias. *Revista da Ouvidoria Geral do Paraná*, Curitiba, ano 1, n. 1, jan-jun. p. 44-58, 1997.
- KAUTSKY, Karl. *A ditadura do proletariado: Lenin: a revolução proletária e o renegado Kautsky*. São Paulo: Ciências Humanas, 1979. p. 195
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. “A Ouvidoria de Polícia de Minas”. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 26 fev 1998.
- OLIVEIRA, Luciano. *Imagens da democracia*. Recife: Pindorama, 1996. p. 153
- MINISTRO condecora ex-guerilheiro. *Folha de São Paulo*, S. Paulo, 13-dez. 1997.
- NASSIF, Luís. “A OAB e a reforma do Judiciário”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 abr. 1998.
- ORSI demite ouvidor público. *Diário do Povo*, Campinas, 29 maio 1996.
- PREFEITO de Patos acusado de omissão. *O Norte*, João Pessoa, 14 fev. 1998. Estadual. Reportagem de Marcos Eugênio.
- PROCURADOR cobra criação de conselhos. *Correio da Paraíba*, João Pessoa, 9 maio. 1998.

RELATÓRIO da I Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: *Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados*, 1996 (mimeo.).

RELATÓRIO da II Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: Câmara dos Deputados. *Centro de Documentação e Informação*. 1988, p. 230

REVISTA Ciência e Cultura, vol. 43, n. 7, jul. 1988.

RIDENTI, Marcelo. *Professores e ativistas da esfera pública*. São Paulo: Cortez, 1995. 86 p.

ROMANO, Roberto. *Apoio ao colega Renato de Oliveira*. Carta-aberta, mimeo, maio 1998.

SANTOS, Nelson Rodrigues. Os Conselhos de Saúde: balanço atual e algumas questões. *Pontos de vista*. Edição Especial. Brasília, Conselho Nacional de Saúde, abr. 1998.

SILVA, Luiz Inácio Lula da. *Vinte anos pela democracia*. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 maio 1998.

### Notas

<sup>1</sup> Nas palavras de Silva: “O gesto dos operários metalúrgicos somou-se aos demais movimentos e acabou desequilibrando a correlação de forças em favor da democracia. O autoritarismo tinha os seus dias contados.” (Silva, 1998).

<sup>2</sup> Fomos designados, à época da Constituinte, entre os Diretores da ANDES, como o responsável pela Coordenação das atividades da entidade relacionadas com o processo constituinte. Nessa condição, elaboramos uma “Plataforma constitucional unitária para o movimento sindical”, o qual jamais dela tomou conhecimento.

Na justificativa desse trabalho, aliás encomendado pela Diretoria da ANDES, sublinhávamos que cabia à sociedade civil um imenso papel, que, entretanto, só poderia ser cumprido com êxito se a mobilização nacional transcendesse as fronteiras corporativas na formulação de um projeto abrangente. (Cf. Lyra, 1987:7) Não tendo existido a mobilização, as propostas de interesse da sociedade somente poderiam ter, como efetivamente tiveram, caráter restrito.

<sup>3</sup> Mas também permanecem no domínio da informalidade várias Ouvidorias criadas em instituições de ensino superior e no sistema Telebrás. Aliás, estas últimas funcionam mais como Centrais de Reclamações que propriamente como Ouvidorias. Uma e outras são exercidas por Assesores, investidos, de fato mas não de direito, nas funções de Ombudsman, ou análogos a estas (Cf. Lyra, 1996:126-127, 132-133).

<sup>4</sup> Na democracia direta, o cidadão participa, pessoalmente, da formação dos atos de Governo, ou da fiscalização destes, enquanto na semi-indireta, a sua participação se dá pela mediação de

uma ou mais pessoas (Reitor, Ombudsman, etc), ou pelos representantes, em órgãos colegiados, da entidade que integra.

<sup>5</sup> Um opúsculo intitulado *Orçamento Participativo - a experiência de Porto Alegre* - de autoria de Tarso Genro e Ubiratan de Souza, com análises e informações detalhadas sobre a matéria, foi recentemente publicado pela Fundação Perseu Abramo.

<sup>6</sup> Celso Frederico considera que o corporativismo, “uma persistente orientação política comprometendo a ação da esquerda brasileira... manifesta-se sempre como um comportamento particularista, alheio aos interesses gerais” (Frederico, 1994:7).

Os principais trabalhos em que formulamos críticas ao corporativismo dos docentes universitários são referidos em livro de Marcelo Ridenti, *Professores e ativistas da esfera pública* (Ridenti, 1994).

<sup>7</sup> O “caso Gulliver” diz respeito à tentativa de homicídio perpetrada no dia 5 de novembro de 1993 pelo então Governador da Paraíba, Ronaldo Cunha Lima, contra o ex-Governador do mesmo Estado, Tarcísio Burity. Vários aspectos relativos ao *affaire* Gulliver foram abordados na brochura *Cidadania e Imprensa na Paraíba* (Lyra, 1995).

<sup>8</sup> No caso da Paraíba, meses após a instalação do Conselho Estadual de Direitos Humanos, a sua direção nada havia obtido junto à Secretaria de Justiça e Cidadania e ao Governo, faltando-lhe sede, móveis, recursos financeiros e telefone. Somente um ano após a sua instalação, graças à obstinação dos seus dirigentes, foi possível obter condições materiais que tornaram viáveis as suas atividades (Lyra, 1996:26)<sup>b</sup>.

<sup>9</sup> A resistência dos políticos conservadores à criação de Conselhos Estaduais independentes do Governo determinou, em Sergipe, a rejeição, em duas legislaturas, do projeto do Deputado Brandão sobre a questão. O Governo preferiu criar um Conselho presidido pelo Governador do Estado e composto de uma maioria de órgãos públicos, sem contar sequer com a participação de entidades de direitos humanos nem dispor do poder de fiscalização (Cf. Lyra, 1996:26-27)<sup>b</sup>.

<sup>10</sup> No que se refere à Ouvidoria de Campinas, o subtítulo de uma manchete de um jornal campineiro sobre a questão esclarece os motivos da extinção do cargo de Ombudsman: *Prefeito de Campinas estava contrariado com investigações internas que poderiam comprometer a Administração* (Diário do Povo, 29-5-1996).

<sup>11</sup> Partindo de um enfoque bastante diverso, Giddens chega a conclusões próximas de Genro ao considerar que o processo de globalização pode favorecer a luta pela democracia. Nas palavras de Giddens: “As pressões pela democratização - que sempre enfrentam influências contrárias - são criadas pelos processos gêmeos de globalização e

reflexividade institucional”. Assim “a globalização, a reflexividade e a destradicionalização criam espaços dialógicos que precisam, de alguma forma, serem preenchidos. Pode haver um engajamento dialógico com esses espaços ... mas eles também podem ser ocupados por fundamentalismos” (1996:149).

<sup>12</sup> Quase toda a esquerda reconhece, pelo menos na retórica, o que o “renegado Kautsky”, em plena hegemonia do leninismo, afirmava solitariamente: “consideramos que o socialismo está indissolúvelmente ligado à democracia, não há socialismo sem democracia” (Kautsky, 1979:6).

<sup>13</sup> A condecoração, pelo Ministro da Marinha, Almirante Mario César Pereira, do ex-guerrilheiro José Genoíno e do Deputado do Partido Comunista do Brasil, Aldo Rebelo, com a Medalha do Mérito Tamandaré, “pelos relevantes serviços prestados ao fortalecimento da Marinha”, expressa, em todo o seu simbolismo - mais do que qualquer texto analítico -, a evolução experimentada pela esquerda brasileira rumo à plena aceitação da institucionalidade (Folha de São Paulo, 13-12-97).

<sup>14</sup> O movimento docente desenvolve, desde a sua gênese, práticas corporativistas, consideravelmente exacerbadas nos últimos dez anos. Todavia, desde julho de 1998, apresentei, na 40ª Reunião Anual da

SBPC, estudo sobre a questão, sedimentado em longa militância no movimento, sob o título *Análise crítica das manifestações corporativistas e vanguardistas do movimento docente* (Lyra, 1988:309).

<sup>15</sup> O Relatório da II Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada nos dias 13 e 14 de maio de 1997, assim como as sugestões e os debates (ainda não publicados) ocorridos na III Conferência, levada a efeito nos dias 12 a 15 de maio de 1998, não apresentaram novidades na matéria (Cf. Relatório, 1998).

<sup>16</sup> A democracia participativa “de massa” se inspira sobretudo nas teses de Tarso Genro sobre a matéria, sendo a sua implementação compatível com os Conselhos que formulam políticas públicas ou que as fiscalizam, em cujos colegiados tomam assento representantes da sociedade organizada. A democracia participativa “seletiva” está associada às teses do Ministro de Estado da Administração, Bresser Pereira sobre o tema, centradas na proposta governamental de “organizações sociais”. Estas funcionariam com a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do seu desempenho. Estariam, porém, subordinadas à racionalidade competitiva e ao modelo gerencial.

# O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas

Iacyr de Aguiar Vieira

## Sumário

1. Introdução. 2. Sistemas de controle da constitucionalidade das leis. 2.1. O controle político. 2.2. O controle jurisdicional. 2.2.1. O sistema difuso ou “americano”. 2.2.2. O sistema concentrado ou “austríaco”. 2.3. O controle misto. 3. Efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis. 3.1. Controle político. 3.2. Controle jurisdicional. 3.3. Sistema difuso. 3.4. Os efeitos no sistema americano. 3.5. Os efeitos em alguns ordenamentos jurídicos europeus 4. Conclusão

## 1. Introdução

Como bem assinala Canotilho<sup>1</sup>, o problema do *controle principal* da conformidade dos atos dos poderes públicos com a Constituição apresenta-se como uma das questões-chave da moderna constitucionalidade, devido ao caráter de norma jurídica direta e imediatamente vinculativa atribuído à Constituição e à necessidade de considerar como uma das tarefas centrais do Estado democrático constitucional a garantia e a segurança imediata da lei fundamental.

Introduzido no mundo jurídico no início do século XIX (1803) por meio da construção jurisprudencial da Corte Suprema americana<sup>2</sup>, o controle de constitucionalidade somente neste século encontra maior campo de expansão<sup>3</sup>.

O controle de constitucionalidade constitui a “*verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição”<sup>4</sup>

Iacyr de Aguiar Vieira é Professora Assistente junto ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, MG, onde leciona Direito Civil e Direito Internacional. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

e deriva da concepção da Constituição como lei fundamental do ordenamento jurídico. Segundo José Afonso da Silva<sup>5</sup>, “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.

Também realçando a necessidade e o modo de resguardar a supremacia da Constituição, manifestam-se Canotilho e Vital Moreira<sup>6</sup>:

“através da fiscalização da constitucionalidade e do sistema de revisão afirma-se a inequívoca supremacia da Constituição como lei fundamental da ordem jurídica, impondo-se a toda a actividade do Estado (incluindo a de produção normativa) e definindo e demarcando os limites da sua própria alteração”.

Entre nós, Gilmar Ferreira Mendes<sup>7</sup>, confirmando o pensamento de Konrad Hesse<sup>8</sup>, destaca que o conceito de Constituição “parece preservar um núcleo permanente”, contendo a idéia de um princípio supremo que determina de forma integral o ordenamento estatal e a essência da comunidade que é constituída por esse ordenamento.

Para Hans Kelsen<sup>9</sup>, a Constituição, no sentido material, representa o escalão de Direito positivo mais elevado, isto é, a norma positiva por meio da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais – quanto à determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para produzi-las e também quanto ao seu conteúdo.

Assinala Kelsen<sup>10</sup> que a Constituição, ao determinar o conteúdo de normas gerais, pode ou prescrevê-lo, ou excluí-lo. A Constituição pode prescrever o conteúdo de futuras leis: “quando existe a promessa de leis a fixar”; como exemplo de exclusão pela Constituição, Kelsen aponta

“leis que violem direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas Constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir”.

Para Canotilho<sup>11</sup>, o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos deriva da união destas duas dimensões – superlegalidade formal (a Constituição como norma primária da produção jurídica, que justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais) e superlegalidade material (parametricidade material das normas constitucionais, ou seja, os atos normativos só estarão conformes com a Constituição quando não violarem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, para a produção desses atos, e quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais já fixados nas normas ou princípios constitucionais.

Karl Loewenstein<sup>12</sup>, considerando o controle da constitucionalidade como sendo, essencialmente, um controle político, e a decisão que decorre da sua imposição perante os outros poderes, uma decisão política, vai mais além quando afirma:

“quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem pelo próprio direito em um detentor do poder semelhante, quando não superior aos outros detentores do poder instituídos”.

Tal pensamento, no entanto, contraria as idéias de Montesquieu<sup>13</sup>, que caracterizava o poder judiciário como *invisível e quase nulo*, e de Hamilton<sup>14</sup>, que assim se expressava:

“o Judiciário pela própria natureza de suas funções será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem



da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem “força” nem “poderio”, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos”.

Não obstante essas palavras, Hamilton, no mesmo número do *Federalista*<sup>15</sup>, afirma o valor da Constituição e o papel preponderante das Cortes:

“Se se imaginar que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes”.

Para Hamilton, no entanto, essa atribuição do Judiciário não implica uma “supe-

rioridade do Judiciário sobre o Legislativo”, supondo apenas “que o poder do povo é superior a ambos”; e que, “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juizes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”<sup>16</sup>.

Loewenstein<sup>17</sup>, professor alemão que estudou profundamente a ciência política norte-americana, considera o controle judicial como sendo o traço mais significativo e próprio do sistema governamental americano e define os seus três campos de aplicação:

1) o campo das relações entre a União e os Estados, notadamente na ampliação da competência federal em relação aos Estados, o que “confirma o fato de que em qualquer ordem estatal federal é indispensável a existência de um órgão para ajustar os conflitos entre o Estado central e os Estados membros;

2) o segundo campo de aplicação do controle judicial

“é a proteção das liberdades civis e dos direitos fundamentais que ostentam de igual forma todos os destinatários do poder. O controle judicial aparece aqui também estreitamente ligado à relação Federação-Estado membro, mas sua razão de ser não é menos indiscutível nos Estados unitários. Neste campo, o controle judicial se mantém na maior parte dos casos dentro dos limites marcados para a função de executar a decisão política. A atividade dos juizes consiste aqui, fundamentalmente, só na aplicação daquelas normas que protegem as liberdades civis contra as intervenções da Legislação e da administração”.

3) como terceiro campo de aplicação, Loewenstein<sup>18</sup> aponta o controle jurisdicional entre os órgãos do poder. Ocorre quando os juizes proclamam seu direito de valorizar uma decisão político-social e político-

econômica do governo e/ou do parlamento. Segundo o professor alemão<sup>19</sup>,

“o controle judicial pode, de fato, ocupar o lugar de decisão do detentor político do poder. Carece de importância que a Suprema Corte prescinda de declarar a lei formalmente nula; sua inaplicabilidade no caso em litígio significa sua suspensão definitiva segundo a regra do *stare decisis*.”

Como exemplo, Loewenstein recorda o período de 1890 a 1836 em que a Suprema Corte,

“através de suas decisões aplicando disposições constitucionais – em particular a cláusula *due process* da quinta e da décima quarta emenda, e da cláusula *commerce*, foi capaz de impor à nação a ideologia econômica do *laissez faire* contra a regulamentação governamental sobre a economia e a indústria, evitando o cerco à justiça social exigido pelas maiorias progressistas nas assembléias legislativas federais e nas assembléias legislativas dos Estados membros”.

É conhecida de todos a afirmação de que a Constituição americana é o que a Suprema Corte diz que ela é<sup>20</sup>, nos casos concretos que lhe são apresentados. Em matéria de Constitucionalidade, não há controle *in abstracto* no sistema americano, como veremos.

O controle jurisdicional da constitucionalidade foi desenvolvido a partir da noção jusnaturalista de *higher law*<sup>21</sup>, consagrado no Federalista e concretizado em 1803 na sentença do Juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison*: “*the constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”; “*an act of the legislature repugnant to the constitution is void*”. É conhecido como sistema difuso ou americano: É também conhecido como *judicial review*.

O sistema concentrado ou austríaco foi desenvolvido por Kelsen. Esse sistema diverge substancialmente do sistema difuso ou americano:

“o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial,

mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa”<sup>22</sup>.

O controle da constitucionalidade das leis também pode ser feito por órgãos políticos – é o sistema designado por “sistema francês”, em que o controle é feito *a priori*.

Neste trabalho serão estudados os vários sistemas de controle de constitucionalidade das leis e, numa análise comparativa, os efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis.

## 2. Sistemas de controle da constitucionalidade das leis

O controle de constitucionalidade das leis tem sido exercido sob as mais variadas formas.

Para uma análise mais clara, devem ser observados vários aspectos que influenciam a classificação dos tipos e sistemas de controle.

Quanto ao momento em que ocorre o controle, há que se distinguir entre *controle preventivo* e *controle repressivo*. O primeiro ocorre antes que se perfeccione o ato legislativo. O controle repressivo ou *sucessivo* dá-se quando o ato normativo já é um ato perfeito, pleno de eficácia jurídica. O primeiro é um controle *a priori*. O segundo, um controle *a posteriori*.

Quanto ao órgão que exerce o controle, há que se distinguir entre *controle político* e *controle jurisdicional*. O primeiro é exercido por órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. O segundo é exercido por órgãos integrados ao Poder Judiciário e pode ser *difuso* ou *concentrado*.

O terceiro aspecto a ser analisado e que interfere no controle é o modo com que se efetiva o controle de constitucionalidade.

Canotilho<sup>23</sup> classifica o modo de controle em *controle por via incidental* e *controle por via principal*, e ainda: *controle abstrato* e *controle concreto*. O *controle preventivo* está associado ao controle político. Tem como precedente histórico o exercido pelo Senado conser-

vador da Constituição francesa do ano VIII (1799) e a Corte Constitucional austríaca, prevista na Constituição de 1920 (art. 138, n. 2), que, incumbida do controle preventivo, apresentou resultado desanimador<sup>24</sup>.

Conforme dados do Relatório geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus<sup>25</sup>, em relação aos países em que a Justiça Constitucional se encontra institucionalizada num Tribunal Constitucional ou instituição similar, o controle preventivo é, em princípio, a única modalidade admitida pela França, com ressalva da hipótese prevista no art. 37, alínea e, da Constituição Francesa, que trata do controle obrigatório das 'leis orgânicas' e dos 'regimentos' das câmaras do Parlamento e do controle facultativo de acordos internacionais e leis parlamentares. O controle preventivo encontra-se expressamente consagrado também em Portugal, Áustria, Itália e Espanha. Em Portugal, esse controle alcança todos os diplomas com valor legislativo ou equiparado (convenções internacionais, leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais); já na Áustria, Itália e Espanha, tem um âmbito muito mais limitado, pois é admitido apenas quanto a questões de repartição de competência entre a Federação e os Estados federados (Áustria); quanto a leis regionais reprovadas pela respectiva assembléia depois da oposição do Governo (Itália), ou quanto a tratados internacionais (Espanha, onde, a partir de 1985, desapareceu a possibilidade de controle preventivo dos estatutos das "Comunidades Autônomas" e das "Leis Orgânicas").

Também na República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional chegou a admitir, mesmo sem texto expreso, o controle preventivo de leis de aprovação dos tratados internacionais. Na Bélgica, o Conselho de Estado emite parecer prévio sobre o texto dos projetos e propostas de lei e de decreto, sem que nada impeça que o respectivo exame abranja a questão da constitucionalidade.

Em relação ao controle preventivo, afirma Ferreira Filho<sup>26</sup> que

"a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis".

O *controle repressivo* ou *sucessivo* é exercido após a entrada em vigor do ato normativo. Considerado válido, pleno de eficácia jurídica, é o ato normativo submetido à apreciação seja pelo juiz que conhecer da causa, de *modo concreto*, pelo sistema difuso, seja pelo órgão competente para conhecer do pedido *in abstracto*, pelo sistema concentrado. Associa-se o controle repressivo ou sucessivo ao controle jurisdicional.

### 2.1. O controle político

A França é apontada como o país que oferece "os mais típicos e numerosos exemplos de um *controle político*, não judicial, de constitucionalidade"<sup>27</sup>.

As Constituições francesas, por razões históricas e ideológicas, sempre afirmaram a exclusão de um controle judicial de constitucionalidade<sup>28</sup>.

Desde 1789, por meio das doutrinas e dos dogmas que fundamentaram o Estado democrático e liberal francês, foi a Constituição concebida como um pacto social essencial e superior, que legitima e ao mesmo tempo delimita a competência das autoridades públicas instituídas por ela. Os direitos individuais, tidos como inalienáveis e intocáveis, foram colocados acima da lei e do direito pela Declaração de direitos do Homem e do Cidadão (1789), que insistia

sobre os limites do Poder Legislativo: “*La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société*” (art. 5).

A Declaração de direitos de 1789 proclama em seu artigo 16: “*toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”<sup>29</sup>.

A Constituição francesa de 3 de setembro de 1791, em prolongamento à Declaração de 1789, formulou de maneira clara: “*Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l’exercice des droits naturels et civils... garantis par la Constitution*”.

Os constituintes de 1789 insistiram sobre a preeminência da Constituição, mas não instituíram nada para garantir os possíveis abusos do poder legislativo. No entanto, fizeram tudo para impedir a aparição de um controle das leis pelos juízes ordinários<sup>30</sup>.

A Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária, à qual se deve também a separação das autoridades administrativas e judiciárias, anunciava em seu artigo 10: “*les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l’exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ni suspendre l’exécution des décrets du corps législatif sanctionnées par le Roi, à peine de forfaiture*”. O que será consagrado na Constituição de 1791: “*les tribunaux ne peuvent ni s’immiscer dans l’exercice du pouvoir législatif ou suspendre l’exécution des lois...*”<sup>31</sup>.

Segundo Gaston Jèze<sup>32</sup>, foi sob a influência dessas considerações, fortalecidas pelo dogma da separação dos poderes, que “o poder lógico, normal, natural dos tribunais de verificar a constitucionalidade das leis antes de aplicá-las foi afastado”. Considerando a proibição endereçada aos juízes pela Lei de 1790 e pela Constituição de 1791 como contraditória ao princípio da separação dos poderes, atribuída à proibição origens de ordem exclusivamente política.

Houve experiências de um controle de Constitucionalidade pelo *Sénat* nas Constituições napoleônicas do Ano 8 e na de 1852.

Em 1875, nada foi instituído para assegurar a primazia das leis constitucionais da III República.

Em 1946, com o nascimento da IV República, a nova Constituição previu um “*comité constitutionnel*” competente para verificar “*si les lois votées par l’Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution*”, deixando claro que, em caso de julgamento negativo, “*la loi ne peut être promulguée avant que la présente Constitution n’ait été révisée*”<sup>33</sup>.

Bernard Pacteau<sup>34</sup> observa que essa inovação trazida pela Constituição de 1946 foi recebida com prudência. O Preâmbulo não podia ser utilizado contra uma lei e o procedimento do *Comité* era complexo; exigia uma petição conjunta do Presidente da República. O *comité constitutionnel* se reuniu apenas uma vez, em 1948.

Apenas em 1958 assiste-se ao verdadeiro nascimento de um órgão constitucional na França: o *Conseil Constitutionnel*, criado pela Constituição de 4 de outubro de 1958, que dedica os artigos 56 a 63 à sua estruturação.

O artigo 46 da Constituição de 1958 dispõe que as leis orgânicas não podem ser promulgadas senão após a declaração, pelo *Conseil Constitutionnel*, de sua conformidade com a Constituição.

O *Conseil Constitutionnel* compreende nove membros, cujos mandatos duram nove anos e não são renováveis. O *Conseil* é renovado por um terço de três em três anos. Três membros são nomeados pelo Presidente da República; três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado (artigo 56).

Além dos nove membros acima referidos, fazem parte do *Conseil Constitutionnel* os antigos Presidentes da República (artigo 56).

O Presidente do *Conseil Constitutionnel* é nomeado pelo Presidente da República e tem voz preponderante em caso de empate (artigo 56).

As funções dos membros do *Conseil Constitutionnel* são incompatíveis com

as de ministro ou de membro do Parlamento. As demais incompatibilidades são fixadas por uma lei orgânica (artigo 57).

O *Conseil Constitutionnel* vela pela regularidade da eleição do Presidente da República, examina as reclamações e proclama o resultado do escrutínio (artigo 58).

O *Conseil Constitutionnel* estatui, em caso de contestação, sobre a regularidade da eleição dos deputados e dos senadores (artigo 59).

Vela pela regularidade das operações de *referendum* e dele proclama os resultados (artigo 60).

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de entrarem em vigor, devem ser submetidos ao *Conseil Constitutionnel*, que se pronuncia sobre sua conformidade à Constituição (artigo 61).

Para os mesmos fins, devem as leis ser deferidas ao *Conseil Constitutionnel*, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado ou por sessenta senadores (Lei Constitucional nº 74.904 de 29 de outubro de 1974). Nos casos previstos no artigo 61 da Constituição de 1958 e na Lei Constitucional acima referida, o *Conseil Constitutionnel* deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do governo, se há urgência, esse prazo é reduzido para oito dias.

Nesses casos, o embargo do *Conseil Constitutionnel* suspende o prazo de promulgação. Uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem aplicada (artigo 62) e as decisões do *Conseil Constitutionnel* não são susceptíveis de recurso algum. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais (artigo 62).

Uma lei orgânica determina as regras de organização e de funcionamento do *Conseil Constitutionnel*, o processo que é seguido diante dele e os prazos abertos para oposição de contestação (artigo 63 da Constituição de 1958 – Ordonnance nº 58-1067 de

7 de novembro de 1958 – Lei orgânica sobre o *Conseil Constitutionnel*).

Para Canotilho<sup>35</sup>,

“a inexistência de um controlo jurisdicional e a acentuação do controlo político não é apenas, como por vezes se defende, uma conseqüência das concepções rousseauiano-jacobinas (a lei como instrumento da ‘vontade geral’). Ela é também típica da doutrina da soberania do parlamento inglês. A posição paradigmática de Blackstone merece ser referida: ‘*The Power of Parliament is absolute and without control*’.”

Em Portugal, o controle político dominou durante o constitucionalismo monárquico. Com a Constituição de 1911 (art. 63º), foi introduzido o sistema difuso, incidental e concreto; a Constituição de 1933, no entanto, reafirmou o controle político para as inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas promulgados pelo Presidente da República (art. 123º)<sup>36</sup>.

A Itália também conhece o controle político – não judicial. A Constituição italiana prevê um controle judicial, confiado à Corte Constitucional, e um controle político que compete ao Presidente da República. Este pode, quando julgar oportuno, suspender a promulgação das leis aprovadas pelo Parlamento, pedindo às Câmaras, com mensagem motivada, que submetam o texto legislativo a uma nova deliberação<sup>37</sup>.

## 2.2. O Controle Jurisdicional

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tem sido exercido por meio de dois modelos básicos: o *difuso* e o *concentrado*.

### 2.2.1. O sistema difuso ou “americano”

É exercido por qualquer membro do Poder Judiciário: “A competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial”<sup>38</sup>.

O sistema difuso é também conhecido como sistema ou tipo “americano” de controle, pelo fato de ter sido concretizado pela primeira vez nos Estados Unidos da América; constitui um traço característico no ordenamento daquele país.

O sistema americano de *judicial review* encontra-se, também, em muitas das ex-colônias inglesas como o Canadá, a Austrália e a Índia. A Inglaterra se vê excluída, por força do princípio fundamental da *supremacy of the Parliament*, do controle judicial da legislação. Não há controle de constitucionalidade na Inglaterra<sup>39</sup>.

Também experimentaram o sistema difuso a Alemanha de Weimar e a Itália, de 1948 a 1956, que corresponde ao período da entrada em vigor da Constituição de 1947, até o início do funcionamento da Corte Constitucional, conforme a previsão do art. VII, § 2º, das “Disposições transitórias e finais”<sup>40</sup>.

Portugal adotou o sistema difuso de controle pela Constituição de 1911 (art. 63º), por influência da Constituição Brasileira de 1891 (arts. 207 e 280)<sup>41</sup>.

Os critérios que constituem a base do mecanismo do controle difuso são apresentados por Cappelletti<sup>42</sup>:

“a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, etc; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quan-

do a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como na França, sobre o regulamento”.

O controle difuso é exercido incidentalmente no caso concreto, como alegação da parte, para exigir a prática de um ato coartado por lei tida por contrária à Constituição, ou como alegação de defesa contra a prática de um ato exigido com fundamento numa lei viciada de igual modo. “A questão é levantada, por *via de incidente*, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto”<sup>43</sup>.

Canotilho<sup>44</sup>, no entanto, adverte que não se deve identificar o controle por via incidental com o controle difuso, uma vez que este pode conduzir a um controle concentrado por meio do Tribunal Constitucional. Acrescenta o mestre português que

“noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente da inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo*, a suspender a questão da inconstitucionalidade, fazendo-a subir para o Tribunal Constitucional (ex.: sistema alemão, sistema italiano)”.

Também associado ao controle jurisdicional difuso incidental, tem-se o controle *concreto*. Também chamado de ação judicial ou *judicial review*: qualquer juiz que tenha de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela Constituição, a verificar se as normas políticas aplicáveis ao caso são ou não são válidas. É um poder-dever do juiz.

O juiz Marshall, no citado caso *Marbury v. Madison*, explicou o controle concreto de forma clara:

“é, sem dúvida, da competência e dever do Poder Judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos

particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariarem, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a constituição, e se tanto uma como a outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha de decidir de acordo com a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem observar a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do poder legislativo, é a Constituição e não a lei ordinária que há-de regular o caso a que ambas dizem respeito<sup>45</sup>.

### 2.2.2. O sistema concentrado ou “austríaco”

Coube a Kelsen a criação deste sistema de controle da constitucionalidade das leis. Kelsen o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920.

Esse sistema importa na reserva da competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade a um único órgão, que tanto pode ser um órgão de jurisdição ordinária (ex.: Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para esse fim (ex.: um Tribunal Constitucional)<sup>46</sup>.

Esse sistema encontrou recepção após a Segunda Grande Guerra, estando consagrado na Constituição da República Italiana, de 1º de Janeiro de 1948, estando em vigor desde a data da criação da Corte Constitucional (1956); na Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949; na Constituição da República do Chipre, de 16 de agosto de 1960; na Constituição da República Turca, de 9 de julho de 1961<sup>47</sup>.

Canotilho acrescenta aos países que adotaram o sistema concentrado de controle de constitucionalidade das leis a Grécia, Espanha e Portugal<sup>48</sup>.

Segundo Canotilho<sup>49</sup>:

“a concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review*

americana: o controlo constitucional não é propriamente uma *fiscalização judicial*, mas uma *função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa*.”

No *sistema concentrado*, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser julgada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis<sup>50</sup>.

Ao *sistema concentrado* associam-se o controle por via principal e o controle abstrato. As questões são levantadas a título principal, mediante processo constitucional autônomo<sup>51</sup>, e a impugnação da constitucionalidade de uma lei é feita independentemente de qualquer litígio concreto<sup>52</sup>.

O *controle abstrato* de normas não é um processo contraditório de partes; é um processo que visa sobretudo à garantia da Constituição, à defesa da Constituição e da legalidade democrática por meio da eliminação de atos normativos contrários à Constituição<sup>53</sup>.

A legitimidade ativa é reservada a um número restrito de *entidades*, no sistema abstrato de controle, ao contrário do que ocorre no sistema difuso, em que a legitimidade ativa está circunscrita ao juiz, ao Ministério Público e às partes na causa *sub-judice*.

Como modelo de sistema concentrado de controle podemos destacar o exercido na Alemanha pelo *Bundesverfassungsgericht* (a seguir denominado BVerfG), sediado em Karlsruhe. Instituído pela Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, o BVerfG é mencionado junto com outros quatro órgãos constitucionais que são o

Presidente da República, o Parlamento Federal, o Conselho Federal ou Senado e o Governo Federal.

O BVerfG foi constituído em 1951; é independente em relação aos demais órgãos constitucionais. Compõe-se de duas câmaras chamadas senados (o primeiro ocupa-se com a Lei Fundamental e o segundo, com o Direito Público), cada um é formado por oito juizes. Metade deles é designada pelo Parlamento e a outra, pelo Conselho Federal. Não poderão pertencer nem ao Parlamento Federal nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem a órgãos correspondentes de um Estado (artigo 94, (1), da Lei Fundamental).

Os juizes devem ter pelo menos 40 anos de idade; são eleitos para um período de doze anos e devem deixar o cargo, a mais tardar, ao completar os 68 anos de idade.

Todas as tarefas e competências do BVerfG estão regulamentadas no artigo 93, (1), da Lei Fundamental. Além de atuar nos casos que lhe forem conferidos por lei federal (artigo 93, (2)), o BVerfG decide:

1º – sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão supremo da Federação, ou de outros interessados dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental, ou pelo regulamento interno de um órgão federal supremo;

2º – no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental, ou com a compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal;

3º – no caso de divergência de opinião sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução das leis federais

pelos Estados e do exercício da fiscalização federal;

4º – em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial;

4ª – sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo o cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104;

4ºb – sobre processos constitucionais de municípios e entidades comunais por infração ao direito de auto-administração de acordo com o artigo 28 por uma lei; em casos de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no Tribunal Constitucional Estadual respectivo;

5º – Nos demais casos previstos nesta Lei Fundamental.”

O controle das normas é previsto no artigo 100 (1) da Lei Fundamental de Bonn:

“Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal”.

A iniciativa do *controle abstrato* no ordenamento jurídico alemão é facultada ao Governo Federal, ao Governo dos *Landers*, a minorias parlamentares (1/3 do *Bundestag*) e admite-se recurso constitucional do cidadão (com acesso direto ao BVerfG, artigo 19, 4, da



Lei Fundamental de Bonn) contra a administração pública para defesa de seus direitos fundamentais.

A organização do BVerfG, o processo e a determinação dos casos em que as suas decisões terão força de lei são regulamentadas por meio de Lei Federal (Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, de 12-3-1951).

### 2.3. Controle misto

Segundo José Afonso da Silva<sup>54</sup>,

“o controle misto realiza-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.”

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>55</sup> apresenta como um terceiro modelo ‘misto’ “a combinação com temperamentos e adequações a uma dada realidade nacional, dos modelos americano e austríaco”, enquadrando nesse “novo” modelo o sistema de controle no Brasil.

Para o Professor Ricardo A. M. Fiuza<sup>56</sup>, há controle misto

“quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado, reunidos, todos, em tribunal não judicial, de competência especializada”.

Aponta como controle misto o “modelo austríaco” – Constituição austríaca de 1920; o sistema adotado na Itália – artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 1947, modificado o artigo 137 pela Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967, que estabelece a composição da *Corte Costituzionale*: “*La Corte Costituzionale é composta de quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un*

*terzo dalle Supreme Magistrature ordinaria ed amministrative*”.

O professor mineiro inclui ainda a Espanha e Portugal no rol dos ordenamentos que admitem o controle misto.

A Constituição espanhola, de 1978, no Título IX, artigos 159 e seguintes, estabelece a composição e a estrutura do Tribunal Constitucional, que se compõe de 12 membros nomeados pelo Rei, sendo 4 propostos pelo Congresso (dos Deputados) por maioria de 3/5 dos seus membros; 4 propostos pelo Senado, com idêntica maioria; 2 propostos pelo Governo e 2 propostos pelo *Consejo General del Poder Judicial*.

Portugal, após a revisão constitucional de 1982, também se enquadra no sistema misto de controle. O Tribunal Constitucional português foi inserido na Parte III (Organização do Poder Político), Título V, que trata dos Tribunais em geral e sua composição se encontra na Parte IV, que trata da Garantia e Revisão da Constituição, demonstrando o seu caráter de órgão jurisdicional especial<sup>57</sup>.

Segundo o professor mineiro<sup>58</sup>, o “controle” de constitucionalidade em Portugal atualmente é feito mediante a fiscalização preventiva, requerida pelo Presidente da República ao Tribunal Constitucional para a “apreciação da constitucionalidade de qualquer norma constante de ato legislativo que lhe tenha sido enviado para promulgação; é feito através da *fiscalização sucessiva concreta* – conforme o artigo 207 da Constituição da República Portuguesa (CRP), os juízes e tribunais judiciais, nos feitos submetidos a seu julgamento, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou nos princípios nela contidos; através de *fiscalização sucessiva abstrata* – “o artigo 281 da CRP estabelece que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléia da

República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembléia da República.”

Portugal conhece também a *fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*<sup>59</sup>.

Como modelo de sistema misto, aponta-se, ainda, o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, além de manter o controle de constitucionalidade em concreto (que vinha desde 1891) e de ampliar o controle em abstrato (que tínhamos desde 1946), consagrou o controle de constitucionalidade por omissão, a exemplo do modelo português.

### 3. *Análise comparativa dos efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis*<sup>60</sup>

Para uma abordagem eficaz dos efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis, há que se analisar, primeiramente, o conteúdo das decisões que são proferidas em cada sistema por meio dos modos específicos com que a questão da constitucionalidade é interposta.

Nos ordenamentos jurídicos estudados, apresentam-se dois modelos básicos de controle da constitucionalidade: o controle político e o controle jurisdicional.

#### 3.1. *Controle político*

No controle político, não há uma decisão judicial, mas há uma verificação prévia da constitucionalidade dos atos normativos apresentados ao órgão competente e há um pronunciamento a respeito.

No controle preventivo, o conteúdo dispositivo do pronunciamento traduz-se em impedir a entrada em vigor da norma não conforme com a Constituição.

Na França, o *Conseil Constitutionnel* se manifesta por meio de três grandes modali-

dades: *l'invalidation*, *l'interprétation* e *l'intimidation*<sup>61</sup>.

1. *L'invalidation*, isto é, a declaração de não-conformidade de uma norma à Constituição; é a modalidade mais natural e a mais radical censura de irregularidades constitucionais de uma lei. Tem por efeito interditar a promulgação de estipulações julgadas contrárias à Constituição, o que não impede o re-início do procedimento parlamentar<sup>62</sup>.

2. *L'interprétation*, que significa colocar a lei “em conformidade” com a Constituição. Neste caso a lei não é invalidada, mas ao mesmo tempo uma determinada significação e uma determinada aplicação lhe são impostas; fala-se então de declaração de conformidade “*sous reserve*”, ou mesmo de “*strictes réserves d'interprétation*”<sup>63</sup>.

3. *L'intimidation*, que significa, na verdade, uma advertência, um efeito dissuasivo que exerce indiretamente a Jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* contra os excessos ou potenciais desvarios legislativos. O temor de uma desaprovação detém o Governo quando da preparação de seus projetos de Lei (o *Conseil d'État*, obrigatoriamente consultado, advertirá justamente o Executivo dos riscos incorridos. Ele pode também deter os parlamentares)<sup>64</sup>.

#### 3.2. *Controle jurisdicional*

No controle jurisdicional, os ordenamentos jurídicos têm-se utilizado ora do controle difuso, ora do controle concentrado, ora de ambos. Antes de tratar dos efeitos das decisões, necessário se faz estabelecer uma primeira distinção entre o conteúdo das decisões nos dois sistemas:

“no controle concentrado a decisão versa *diretamente* sobre a questão da constitucionalidade e incorpora no seu teor o correspondente juízo; no controle difuso a decisão visa imedia-

tamente resolver outra questão jurídica (a questão principal) submetida ao tribunal ou ao juiz singular e, em geral, só nos seus fundamentos integra um juízo sobre a constitucionalidade da norma, juízo que se resolve na ‘aplicação’ ou ‘não aplicação’ desta norma ao caso concreto”<sup>65</sup>.

Uma segunda distinção, decorrente da primeira, refere-se ao modo pelo qual a questão da constitucionalidade se apresenta: *sistema difuso* ou *sistema concentrado*. No *sistema difuso*, o controle das leis “tem o caráter de um controle que se exerce em *via incidental*”. No *sistema concentrado*, o controle da constitucionalidade tem “o caráter de um controle que se exerce em *via principal*”<sup>66</sup>.

### 3.3. Sistema difuso

Para Mauro Cappelletti<sup>67</sup>, nos países em que vigora o *controle difuso* ou análogo, como no Canadá, no Japão, na Noruega, na Dinamarca, na Suécia e também na Suíça (com limites),

“as questões de constitucionalidade das leis somente podem ser argüidas *incidenter*, ou seja, no curso e por ocasião de um ‘*case or controversy*’ – um concreto processo comum (civil, penal ou de outra natureza) e na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja *relevante* para a decisão do caso concreto. O órgão judiciário competente para resolver as questões de legitimidade constitucional das leis será, em geral, o mesmo órgão judiciário competente para decidir o caso concreto apresentado para apreciação e em cujo seio a questão de constitucionalidade tenha nascido”.

Segundo Mauro Cappelletti<sup>68</sup>, “no sistema americano, que, sem dúvida é o mais típico entre os sistemas nos quais o controle de constitucionalidade se realiza em via incidental, a questão de constitucionalidade pode ser incidentalmente argüida no curso de *qualquer* tipo de proce-

dimento judiciário: ‘*regardless of the nature of the proceeding*’. Tal procedimento não é observado no *controle concentrado* ou *sistema austríaco*, onde, aliás, ocorre o contrário. A Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 criou uma especial Corte Constitucional na qual ‘concentrou’ a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de um *pedido especial*, isto é, do *exercício de uma ação especial* por parte de alguns órgãos políticos”.

Na Áustria, o controle de legitimidade das leis ocorria de forma “inteiramente desvinculada dos casos concretos”; ocorria apenas “via principal”, ou seja, “em via de ação”, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional”<sup>69</sup>.

Assim, na formulação originária do sistema austríaco, “não só os juízes – exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof* quer dizer, exclusivamente para a Corte Constitucional – não tinham qualquer poder de controlar a Constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (...), mas os juízes austríacos, além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Com efeito, a questão da constitucionalidade das leis podia ser argüida perante a Corte Constitucional austríaca somente por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos, que estavam indicados na Constituição”<sup>70</sup>.

Tal situação se modificou com a revisão da Constituição em 1929, de forma parcial: acrescentou à legitimação dos órgãos políticos também a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários: o *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema para as causas civis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (Corte

Suprema para as causas administrativas), que “não podem argüir perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade ‘em via principal’, isto é, ‘em via de ação’, mas, antes, só ‘em via incidental’ ou ‘de exceção’, quer dizer, apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo) desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante”, dando, assim, início ao caráter híbrido do sistema austríaco<sup>71</sup>.

Na Itália (sistema previsto na Constituição de 1948 e posto em prática a partir de 1956) e na Alemanha (sistema introduzido com a Lei Fundamental de Bonn – 1949), como também na Áustria, há proibição aos juízes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuarem um controle de constitucionalidade das leis. Os juízes, nesses ordenamentos jurídicos, “são *incompetentes* para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países”.

Ao contrário da Áustria, tanto na Itália como na Alemanha,

“todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória, ficando, assim, suspenso o julgamento do caso concreto, até que a Corte Constitucional decida a questão prejudicial de constitucionalidade”<sup>72</sup>.

A Itália e a Alemanha também conferem legitimação a outros órgãos não judiciários “que podem *agir diretamente*, ‘em via principal’, portanto, ou seja, ‘em via de ação’, e não apenas em via meramente ‘incidental’ ou ‘de exceção’, perante as Cortes Constitucionais”<sup>73</sup>. Aqui opera-se o controle em

abstrato, ao contrário do sistema americano, que só admite controle “*of a concrete case or controversy*”. As Cortes norte-americanas não decidem questões abstratas<sup>74</sup>.

Após tais considerações, passemos à análise dos efeitos produzidos pelos pronunciamentos, mediante o controle jurisdicional – difuso e o concentrado.

No sistema americano, “segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada *absolutamente nula* (*null and void*) e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional”. Efeito declarativo<sup>75</sup>.

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa (aufhebt)* uma lei que, enquanto não ocorrer a publicação do pronunciamento, é válida e eficaz, ainda que inconstitucional. Efeito constitutivo<sup>76</sup>.

No sistema americano ou difuso, a eficácia meramente declarativa opera, em princípio, *ex tunc*, isto é, retroativamente. No sistema austríaco ou concentrado, a eficácia constitutiva negativa, ou seja, de anulação do ato normativo eivado de inconstitucionalidade, opera *ex nunc*, ou seja, para o futuro<sup>77</sup>.

Conforme o Professor Almiro do Couto e Silva<sup>78</sup>,

“nos sistemas concentrados, a lei, mesmo em dissintonia com a Constituição, enquanto essa desarmonia não é proclamada pelo tribunal competente, existe e produz efeitos. A sentença somente impede que se formem efeitos futuros, deixando porém inapagados, pelo menos em princípio, os gerados no passado”.

Almiro do Couto e Silva<sup>79</sup>, citando Cappelletti, reitera posição muitas vezes defendida: a proteção de determinadas situações em que a “noção de justiça material sairia seriamente arranhada se o princípio da eficácia *ex tunc* fosse sempre aplicado de maneira invariável, sem atentar para as

peculiaridades e as circunstâncias de cada caso”, pois, conforme expressão da Suprema Corte americana, também citada pelo Professor Almiro do Couto e Silva<sup>80</sup>, “nem sempre o passado pode ser apagado por uma nova declaração judicial”. Trata-se, na verdade, de sustentação do princípio da segurança jurídica.

Cappelletti<sup>81</sup> assinala que,

“em matéria penal, as Cortes americanas têm sempre considerado – e agora a lei alemã e a italiana expressamente dispõem – que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém deva ser obrigado a cumprir uma pena que tenha sido imposta com fundamento em uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, ao invés, e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos ‘efeitos considerados’ (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas. Ainda quanto aos efeitos dos pronunciamentos convém destacar a classificação oferecida por Canotilho<sup>82</sup>: efeitos gerais e efeitos particulares; efeitos retroactivos e efeitos prospectivos; efeitos declarativos e efeitos constitutivos<sup>83</sup>.”

Os efeitos gerais correspondem ao efeito *erga omnes*, próprio do controle concentrado. O Tribunal Constitucional ou o órgão judicial competente afirma-se como “defensor da Constituição”, “legislando” negativamente. Uma vez declarada a inconstitucionalidade, é o ato normativo eliminado do ordenamento jurídico.

Os efeitos particulares correspondem ao efeito *inter partes*, próprio do controle difuso, da clássica *judicial review*. Os juízes exercem

o seu poder-dever-direito de examinar as leis que incidem sobre os casos concretos, controlando a sua validade, a sua conformidade com a Constituição. Constatada a inconstitucionalidade, é o ato normativo desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes.

A segunda classificação apresentada por Canotilho<sup>84</sup> refere-se à distinção entre a decisão de anulação, que atribui eficácia *ex nunc*, em que o efeito da invalidade só começa a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade, e a decisão que pronuncia sobre a nulidade do ato, atribuindo eficácia *ex tunc*, “com efeitos retroativos, próprios da nulidade em sentido técnico, quando a eficácia invalidante abrange todos os atos, mesmo os praticados antes da declaração da inconstitucionalidade”<sup>85</sup>.

Quanto à terceira classificação – efeitos declarativos e efeitos constitutivos – ocorrem os primeiros quando “a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo”. Sendo nulo o ato (*null and void*), o juiz ou o órgão competente reconhece declarativamente a sua nulidade. “É o regime típico do controlo difuso”<sup>86</sup>. Quanto aos segundos – efeitos constitutivos –, verificam-se quando o órgão que decide sobre a inconstitucionalidade anula um ato normativo considerado até então como válido e eficaz. “É o regime geral do controlo concentrado”.

### 3.4 Os efeitos no sistema americano

Aqui há de se destacar a *judicial review*, pela distinção que apresenta, inclusive em relação ao controle difuso que nela encontra suas bases mas que, praticado em países de *civil law*, adquire conotações próprias.

A particularidade da *judicial review* prende-se ao *stare decisis*, característica do sistema de *common Law*. As decisões proferidas pelos juízes, como precedentes que vinculam as decisões posteriores, geram efeitos que ultrapassam a eficácia *inter partes*. A

regra fundamental do sistema americano e dos sistemas que o imitaram é a de que “o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto”.

Não havendo, no sistema norte-americano, controle concentrado para decidir de forma abstrata sobre a constitucionalidade das leis, também não há o efeito de eficácia *erga omnes*, o qual, todavia, pode ser alcançado por meio do princípio do *stare decisis*, especialmente quando se trata de controle exercido pela *Supreme Court*<sup>87</sup>.

### 3.5. Os efeitos em alguns ordenamentos jurídicos europeus

Neste item nos deteremos no Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus<sup>88</sup>, que nos fornece uma visão panorâmica e ao mesmo tempo específica do que ocorreu, na prática, em vários Tribunais Constitucionais da Europa, no final da década de 80.

Os tipos mais simples de decisões sobre constitucionalidade das leis “reduzem-se a uma decisão pura e simples de *inconstitucionalidade* (decisões de ‘acolhimento’ na terminologia italiana) ou a uma decisão de sentido e alcance oposto (decisões de ‘rejeição’ na mesma terminologia)”. Apesar de ser uma emissão de juízo simples, sem reservas ou condições, apresenta-se com conteúdo diferente nos diversos ordenamentos e situações.

No ordenamento jurídico francês, como vimos, o controle preventivo afasta a promulgação da norma considerada não conforme com a Constituição.

Nos ordenamentos que adotam o controle sucessivo, a declaração ou pronúncia de inconstitucionalidade determina a eliminação da norma do ordenamento jurídico; verifica-se esse efeito tanto no controle concreto ou incidental (questão de constitucionalidade) como no controle abstrato ou principal.

Constitui exceção o sistema de controle adotado em Portugal devido às particularidades que apresenta em sua configuração. Nas hipóteses de controle concreto, o Tribunal Constitucional português é chamado,

em via de “recurso”, a “rever” de forma limitada a questão da constitucionalidade numa decisão judicial prévia de aplicação ou não aplicação de uma norma. Ou ele confirma a decisão (decisão de “não provimento” do recurso) ou ele a revoga (decisão de “provimento” do recurso), acrescentando à decisão do recurso o julgamento sobre a inconstitucionalidade da norma.

Na Alemanha, na Turquia e na Espanha, o efeito *cassatório* da norma liga-se ao da declaração de *nulidade da norma* e, na Espanha, acrescenta-se ainda o da “derrogação” diante de normas pré-constitucionais. Em outros países, liga-se, em princípio, um efeito de “revogação” – é o caso da Áustria, onde, todavia, estando em causa tratados internacionais ou normas revogadas, pronuncia-se apenas uma “declaração de inconstitucionalidade”; noutros, ainda, um efeito, por vezes qualificado de intermediário, de “anulação” (Itália, Bélgica); em Portugal, a Constituição e a lei referem-se apenas a “declaração de inconstitucionalidade”.

Conforme o Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, as decisões de sentido oposto ao da inconstitucionalidade assumem frequentemente um carácter puramente negativo (Suíça), traduzindo-se, ou numa “*não declaração de inconstitucionalidade*” (é a fórmula portuguesa, no controle abstrato sucessivo); ou então na “negação de provimento” (rejeição) da ação, do recurso ou da questão de constitucionalidade (Suíça, Espanha, Bélgica, Irlanda, Áustria). Em qualquer das duas vertentes, o que os Tribunais não pronunciam é uma declaração “positiva” da “constitucionalidade” da lei ou da norma questionada; pois só de maneira indireta o correspondente juízo poderá resultar da decisão (a exemplo do que ocorria na ex-Iugoslávia).

Nos controles preventivos praticados na Irlanda e na França, a declaração positiva de conformidade constitucional ou de não inconstitucionalidade são objetos de pronúncia, ao contrário do controle preventivo praticado em Portugal. Também há

pronunciamentos cujo conteúdo é a declaração positiva de conformidade constitucional ou de não inconstitucionalidade, como ocorre na Alemanha, na Polônia e na Turquia, no âmbito do controle sucessivo.

Ainda quanto ao conteúdo das decisões, o Relatório citado assinala os tipos intermediários que se situam “substancialmente” ou mesmo “formalmente” entre os dois extremos que compõem os tipos simples de decisões.

Utilizando-se de “técnicas de decisão”, os tribunais evitam retirar do legislador a autoridade. A primeira dessas técnicas é a da “*interpretação em conformidade com a Constituição*”; outro tipo é o da *declaração de uma inconstitucionalidade parcial*; outros tipos são as *decisões apelativas* e as de “*mero reconhecimento da inconstitucionalidade*”.

A primeira técnica consiste em “reinterpretar a norma, recusando-lhe o sentido ou sentidos que conduziriam à sua inconstitucionalidade e, eventualmente, fixando-lhe um outro compatível com a Constituição”. Muito aceita essa técnica, entendida como “interpretação sistemático-teleológica do direito” (Áustria) ou como “interpretação neutralizante”, como ocorre na França. Essa técnica tem sido utilizada inclusive em países em que o controle da constitucionalidade é vedado, funcionando como “compensação” pela ausência do controle. É o que ocorre na Suíça quanto às leis federais e na Finlândia.

A técnica de “interpretação conforme” conduz a decisões em que não se julga inconstitucional a norma questionada: são as decisões interpretativas de rejeição, produzidas na Itália. Em geral são decisões em que o sentido e o alcance são apurados por meio dos respectivos fundamentos, e por reenvio para estes, do teor da decisão ou dispositivo da sentença, ou diretamente por meio do dispositivo; é o que ocorre no controle preventivo francês e no Tribunal Constitucional espanhol.

Da utilização dessa técnica surgem problemas quanto à amplitude e quanto aos limites dos poderes dos Tribunais Consti-

tucionais, em face do legislador e em face dos tribunais em geral.

A interpretação conforme à Constituição tem os seus limites “na letra e na clara vontade do legislador” (Alemanha), devendo “respeitar a economia da lei” (Bélgica) e “não podendo traduzir-se na ‘reconstrução’ de uma norma que não esteja devidamente explícita num texto” (Espanha). Dentro dessa orientação comum, é possível assinalar diferentes modos na aplicação do método, ou da técnica. Na Suíça há especial empenho do Tribunal Federal na procura de uma interpretação conforme, enquanto na Irlanda e na Áustria há “*presunção* de interpretação conforme no caso de leis post-constitucionais e *presunção* inversa no caso de leis pré-constitucionais”.

Outro problema deriva do fato de a interpretação conforme não ser monopólio dos Tribunais Constitucionais (Áustria) e de a interpretação da lei competir primariamente aos tribunais comuns. “Daí que se pergunte se aos Tribunais Constitucionais é lícito, não apenas afastarem as interpretações desconformes com a Constituição, mas imporem a sua própria interpretação da lei”. No primeiro sentido, Áustria e Alemanha; já na Itália, ocorreram dois tipos de interpretação conforme: uma, segundo o “direito vivente”, isto é, de acordo com a orientação interpretativa fixada pelos tribunais em geral, e em especial pela Cassação, e outra em que o Tribunal Constitucional define a sua própria interpretação. Na França, se a “constitucionalidade” do texto tiver sido baseada numa interpretação neutralizante, adquire esta um caráter obrigatório. Em Portugal, a própria lei do Tribunal Constitucional dispõe que a “interpretação conforme” feita pelo Tribunal é obrigatória para os demais tribunais que intervenham no processo em causa.

O segundo tipo de decisões intermediárias é o da declaração de uma inconstitucionalidade parcial. São decisões em que se julga inconstitucional apenas uma parte do preceito questionado no pedido ou na

“questão prejudicial”. O pronunciamento pode alcançar uma parte correspondente a uma das “disposições” do preceito, ou mesmo só um período ou frase do respectivo texto (inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa); ou pode alcançar uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (uma norma que dele se extrai), o que poderá chamar-se inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal ou vertical. Correspondem ao contrário do tipo anterior – *interpretação conforme à Constituição*. Apesar de guiada pela idêntica preocupação em não “desautorizar o legislador”, busca a *inconstitucionalidade parcial* julgar inconstitucional o preceito “enquanto” ou “na medida em que” ou “na parte em que” incorpora um certo conteúdo de sentido ou uma certa dimensão aplicativa. Recebidas na doutrina italiana como *decisões interpretativas de acolhimento*, quando a inconstitucionalidade parcial é definida por reenvio do dispositivo decisório para os respectivos fundamentos, ou de *acolhimento parcial*, quando a correspondente declaração constar do próprio dispositivo.

O terceiro e o quarto tipos intermediários de decisão – o das *decisões apelativas* e o das *decisões de mero reconhecimento da inconstitucionalidade* desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional alemão – não são tão utilizados quanto os dois primeiros – *interpretação em conformidade com a Constituição e inconstitucionalidade parcial*.

Nas decisões apelativas, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou que uma lei ou situação jurídica ainda não é inconstitucional, mas liga a essa declaração um apelo ao legislador para modificar essa situação, eventualmente fixando-lhe um prazo para o efeito.

Também é possível falar em *decisões apelativas* quando o Tribunal, sob a forma de uma decisão de inconstitucionalidade, enuncia também uma série de princípios que uma nova lei com o mesmo objeto deve conter para se conformar com a Constituição, quando não emite ele mesmo uma normação provisória para substituir a declarada

inconstitucional – é o caso de Portugal. Na Espanha, tais decisões são denominadas *constitutivas*.

Nas *decisões de mero reconhecimento da inconstitucionalidade*, o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma, mas não liga a essa declaração a da correspondente nulidade. “O sentido comum dessas decisões é o de que o Tribunal Constitucional considera ‘que a situação atual não pode permanecer’, mas deixa ao legislador a ‘decisão’ política sobre o modo como deve configurar-se a regulamentação futura”.

Quanto à vinculabilidade das decisões, prevalece a distinção entre a extensão da eficácia: *erga omnes* e *inter partes* ou limitada ao caso. Assim, a generalidade das decisões proferidas em controle difuso produzem eficácia limitada ao caso; fazem exceção as decisões em que os tribunais irlandeses (*maxime*, a *Supreme Court* e a *High Court*) emitem uma declaração de inconstitucionalidade. A mesma eficácia limitada produzem, ainda, certas decisões dos Tribunais Constitucionais a que corresponde, no fundo, um simples controle incidental da constitucionalidade – por exemplo, em processos de “queixa constitucional”.

Quanto às decisões diretas sobre a constitucionalidade de normas jurídicas, proferidas em controle concentrado, é necessário fazer uma distinção: se elas são no sentido da inconstitucionalidade ou no sentido contrário e se elas incorporam ou não uma correspondente declaração.

As primeiras produzem eficácia *erga omnes*, pois em princípio incorporam uma “declaração” formal da inconstitucionalidade. Não acontece assim, porém, nas decisões proferidas em controle concreto pelo Tribunal Constitucional português e pelo Tribunal de Arbitragem belga, as quais têm eficácia limitada ao caso, fazendo coisa julgada no processo quanto àquela questão, vinculando não só o tribunal recorrido ou proponente, como todos os que venham a intervir no processo.

As decisões em sentido inverso ao da inconstitucionalidade limitam-se a julgar



improcedente o pedido ou a questão da inconstitucionalidade, evitando uma declaração formal de constitucionalidade ou de não inconstitucionalidade, não gerando, por isso, uma eficácia obrigatória geral. Tratando-se de decisões proferidas em controle concreto, terão eficácia limitada ao caso; sendo proferidas em controle abstrato, dir-se-á que *não produzem um efeito preclusivo*.

Caso os Tribunais emitam uma declaração de constitucionalidade ou de “conformidade constitucional” da norma sujeita ao controle, essa declaração tem eficácia idêntica à da declaração de inconstitucionalidade – Alemanha e Polônia. Na Áustria, as decisões em causa têm eficácia geral no tocante às questões de constitucionalidade apreciadas, produzindo uma correspondente força de coisa julgada nos respectivos fundamentos; na Espanha, a lei prevê que as declarações de negação de provimento produzam um “efeito preclusivo” em relação à apreciação do mesmo problema de constitucionalidade, não estando, todavia, fixado em jurisprudência o alcance dessa disposição – quais as situações em que se deve aplicá-las; na Bélgica, as decisões de rejeição de um recurso de constitucionalidade – em controle abstrato – são obrigatórias para os tribunais quanto à questão decidida.

Em relação à coisa julgada, o Relatório afirma que “o único ponto que se pode ter como firme é o de que as decisões em causa adquirem, em geral, força de caso julgado *formal*, ou uma eficácia equivalente. Isto é, são decisões finais, não passíveis de recurso e que precludem a possibilidade de a questão por elas resolvida vir a ser reposta, de qualquer forma, no mesmo processo”.

Verifica-se uma exceção no ordenamento da Polônia, que admite a possibilidade de revisão no tocante a decisões declaratórias da inconstitucionalidade de normas infra-legais. Também se verifica exceção no ordenamento português, em face da possibilidade de o Parlamento português “confirmar”, por maioria qualificada, normas por ele aprovadas, julgadas inconstitucio-

nais em controle preventivo, ficando reservada, no entanto, ao Presidente da República a faculdade de promulgar ou não o respectivo diploma legal ou de ratificar ou não o tratado internacional, se for o caso.

Em relação à coisa julgada material, há acentuadas divergências nos ordenamentos europeus. Na Áustria e na Bélgica reconduzem-se a essa noção (caso julgado com eficácia geral ou caso julgado absoluto) os efeitos *erga omnes* das decisões; em França, também às decisões do *Conseil Constitutionnel* se reconhece uma autoridade comparável à do caso julgado; na Alemanha, distingue-se a eficácia *erga omnes* do efeito de caso julgado (limitado ao dispositivo da decisão); na Suíça, o efeito de caso julgado material é recusado mesmo às decisões proferidas em controle abstrato, e com eficácia *erga omnes*.

Em alguns ordenamentos, a eficácia *erga omnes* das decisões é qualificada como força de lei. Assim na Alemanha, conforme disposição expressa da Lei do Tribunal Constitucional, e na Itália.

Também alguns ordenamentos dispõem expressamente que as decisões do respectivo Tribunal Constitucional ou órgão equivalente são obrigatórias para todos os poderes públicos e autoridades ou entidades públicas (e privadas), ou para os restantes órgãos constitucionais do Estado e para todos os tribunais e autoridades administrativas. É o que acontece na Alemanha, Espanha, Portugal, França e Turquia. A força obrigatória geral de todas as decisões tem um alcance muito mais amplo do que o específico efeito ou eficácia – *erga omnes, caso julgado, efeito preclusivo* – que deva ser reconhecido a cada espécie ou categoria em particular.

Outro aspecto a ser salientado no controle de constitucionalidade das leis e que se refere à eficácia obrigatória geral das decisões dos Tribunais Constitucionais é o da vinculação do legislador às decisões declaratórias da inconstitucionalidade.

Na Áustria, essa vinculação do legislador às decisões do Tribunal Constitucional é negada. Na Alemanha, a vinculação do

legislador corresponde a um dos aspectos da “força obrigatória geral” das decisões. Na Itália, a pura e simples reprodução, sem mais, de uma norma declarada inconstitucional violará, desde logo, o princípio constitucional da eficácia cassatória das decisões de acolhimento. Na Turquia, as decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para os órgãos legislativos e servem de orientação para o Parlamento. Quanto à vinculação dos órgãos de justiça constitucional às suas próprias decisões, a única vinculação que pode ocorrer é a decorrente do caso julgado. As decisões não representam um precedente obrigatório para esses órgãos, que admitem a possibilidade de “revisão” da doutrina firmada em decisões anteriores, diante de alterações circunstanciais, de modificação do próprio direito ordinário, de uma evolução da consciência ético-jurídica ou ainda de uma simples reconsideração argumentativa.

Vale acrescentar que, não obstante esses fatores que podem levar a uma revisão, são os precedentes considerados fatores de grande importância no desenvolvimento da jurisprudência constitucional, numa preocupação de manter uma coerência decisória.

Quanto à eficácia temporal das decisões, cumpre assinalar que a questão fundamental é a de saber se a declaração de inconstitucionalidade opera com eficácia *ex tunc* ou mera eficácia *ex nunc*. No primeiro caso, a decisão de inconstitucionalidade opera um efeito de invalidação da norma; no segundo, um efeito puramente revogatório.

Na Áustria, Suíça, Turquia e Polônia, reconhece-se às decisões de inconstitucionalidade uma eficácia, em princípio, simplesmente *ex nunc* ou revogatória. Na Alemanha e em Portugal, reconhece-se-lhes eficácia *ex tunc* ou de invalidação, eficácia essa expressamente prevista na Constituição e na lei. Na Itália, o efeito é de *revogação* e na Espanha, embora o ordenamento jurídico determine de forma expressa que as decisões de inconstitucionalidade comportam a “declaração de nulidade” dos preceitos, subsistem

interrogações quanto à caracterização do efeito de tais decisões.

Alguns ordenamentos – Áustria, Liechtenstein, Bélgica e Portugal – “conferem expressamente aos respectivos Tribunais Constitucionais a faculdade de delimitarem, em certos termos, a eficácia temporal de suas decisões de inconstitucionalidade”.

#### 4. Conclusão

A partir da análise dos vários sistemas de controle da constitucionalidade das leis, verifica-se que assiste razão a Loewenstein quando afirma ser o controle da constitucionalidade “um controle essencialmente político”<sup>89</sup>.

Também nesse sentido Mauro Cappelletti<sup>90</sup>, ao afirmar “que o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração ‘política’ mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado”.

Na verdade, no delicado campo do controle da constitucionalidade há sempre o envolvimento político nas questões. Podem surgir situações em que juridicamente seja a norma a ser aplicada não conforme à constituição mas conforme ao interesse público de excepcional relevância<sup>91</sup>. Apesar da discussão em torno do que seja “interesse público” é assente o princípio da supremacia do interesse público e a sua observância, quando a necessidade se impõe.

O caráter político do controle da constitucionalidade das leis toma vulto diante do conteúdo das Constituições modernas, “que não se limitam”, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da

atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei<sup>92</sup>, sobretudo em uma *polêmica contra o passado e em um programa de reformas em direção ao futuro*”.

### Bibliografia

- ARDANT, Philippe. *Décisions du Conseil Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos Jurídicos*. Obras Seletas de Rui Barbosa, vol. XI. Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 1962.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editôra, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a Constitucionalidade de Normas Jurídicas. Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais. *Boletim do Ministério da Justiça* nº 127/28. Lisboa, 1986.
- SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, Out/Dez. 1987. Ano XX. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1987.
- ENTERRIA, García de. Controle de Constitucionalidade na Europa. In: *Revista de Direito Público*, n. 84. Out/Dez. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dez. de 1990. pp. 27-44.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *O Controle de Constitucionalidade das Leis (Direito Comparado)*. Conferência proferida no Foro da Justiça Federal. Belo Horizonte, 07-04-1994 (texto datilografado - inédito).
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Pensamento Político nº 62. [Trad. de Heitor Almeida Herrera]. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [Trad. de João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Promulgada pelo Conselho Parlamentar em 23/05/49. Wiesbaden, 1983.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. [Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte]. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. In: *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 03. abr/jun. 1993. pp. 182-205.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. [Trad. de Cristina Murchco]. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- PACTEAU, Bernard. La Juridiction Constitutionnelle en France. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. n. Spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988. Paris, 1988. pp. 101-117.
- RIALS, Stéphane. *Textes Constitutionnels Français*. 7ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- ROBERT, Jacques. Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en France. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. n. spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988. Paris, 1988. pp. 171-184.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Controle de Constitucionalidade no Brasil e Portugal. In: *Revista de Direito Público*, n. 28, pp. 18-36.

### Notas

<sup>1</sup>José J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5. ed. Almedina. Coimbra, 1991, p. 974.

<sup>2</sup>Mauro Cappelletti. Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis. [Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves]. 2. ed. Fabris. Porto Alegre, 1992. pp. 49 e ss. apresenta os precedentes históricos do Constitucionalismo, destacando a antiga civilização ateniense. Neste estudo será considerado apenas o Constitucionalismo Moderno, iniciado com a Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

<sup>3</sup>Anna Cândida da Cunha Ferraz. Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade. In: *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n. 34. Dez. de 1990. p. 28. A autora aponta como uma das causas da expansão do controle da

constitucionalidade a redescoberta da noção de “Constituição” após a Segunda Guerra Mundial, “como forma de reação às experiências trágicas dos governos tirânicos e absurdos do antes-guerra”; e como decorrência, “a necessidade de protegê-la e resguardá-la [a Constituição] principalmente contra a ação dos poderes políticos” (op. cit., p. 28). O interesse pelo tema, no entanto, não é novo. Entre nós, Rui Barbosa, em 1893, tornava viva, as lições aprendidas do Constitucionalismo americano. Cfr. Rui Barbosa, Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, In: *Trabalhos Jurídicos*, Obras Seletas de Rui Barbosa, vol. XI. Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1962.

<sup>4</sup>Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. Saraiva. São Paulo, 1990, p. 30.

<sup>5</sup>*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1992. p. 48.

<sup>6</sup>J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora. Coimbra, 1991. p. 236.

<sup>7</sup>Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de Constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. Saraiva, São Paulo, 1990. pp. 3 e 4.

<sup>8</sup>Citado por Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 4. Para uma análise do pensamento de Konrad Hesse, como contraponto ao pensamento de Lassalle, ver artigo da autora, publicado na *Revista de Informação Legislativa* n. 139, pp. 71-81: A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse.

<sup>9</sup>Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. [Trad. de João Baptista Machado]. 3. ed. Martins Fontes. São Paulo, 1991.

<sup>10</sup>Op. cit., p. 242. Segundo Hans Kelsen (op. cit., p. 241): “Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento, designado como “Constituição” que – como Constituição escrita – não só tem normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas da mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das mesmas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica do Estado”.

<sup>11</sup>*Direito Constitucional*, cit., p. 972 - 973.

<sup>12</sup>*Teoría de La Constitución*. [Trad. espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte]. Editorial Ariel. Barcelona. 1976. p. 309.

<sup>13</sup>Citado por Karl Loewenstein. Op. cit., p. 309.

Montesquieu, *O Espírito das Leis*. [Trad. de Cristina Murachco]. Martins Fontes. São Paulo, 1993, afirmara: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (p. 173).

<sup>14</sup>Citado por Karl Loewenstein, op. cit., p. 309. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. *O Federalista*. [Trad. de Heitor Almeida Herrera]. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1984, p. 576.

<sup>15</sup>*O Federalista*, cit., p. 578.

<sup>16</sup>*O Federalista*, cit., p. 578.

<sup>17</sup>Karl Loewenstein, op. cit., p. 310 e 311.

<sup>18</sup>Karl Loewenstein, op. cit., p. 312.

Segundo Loewenstein (op. cit., p. 314): “Dentro do contexto dos controles entre os órgãos do poder, o controle judicial aparece como uma anomalia. O controle judicial da constitucionalidade das leis emitidas conjuntamente pelos detentores do poder estabelecidos é incompatível, estruturalmente, com o princípio da distribuição de funções entre diferentes detentores do poder”.

<sup>19</sup>Karl Loewenstein, op. cit., p. 312.

<sup>20</sup>Karl Loewenstein, op. cit., p. 313, assinala que a “Suprema Corte, no exercício de seu controle político, tem se imposto certas restrições que, consideradas em sua totalidade, tendem a atenuar o que de outra maneira conduziria à absoluta supremacia judicial: a intervenção dos tribunais se limita àqueles casos e litígios autênticos, à diferença dos ditames jurídicos e sentenças antecipadas *in abstracto* (controle abstrato das normas). Também rege o princípio de que a vontade do Congresso deve ser respeitada sempre e quando não viole claramente a Constituição, tal como é interpretada pela Suprema Corte. Finalmente, os tribunais – e isto é extremamente importante desde o ponto de vista dos controles entre os órgãos do poder – recusam tratar as chamadas “questões políticas” (*political questions*), e justamente nestas há freqüentemente a decisão fundamental no processo político”.

<sup>21</sup>J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, cit., p. 979. Mauro Cappelletti, em *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, cit., pp. 56 e 57, sustenta a origem jusnaturalista do sistema norte-americano de controle judicial da constitucionalidade das leis.

<sup>22</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980.

<sup>23</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 981-982.

<sup>24</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 31. J.J.Gomes Canotilho, Op. Cit., p. 983.

<sup>25</sup>Relatório geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Relator: José Manuel M. Cardoso da Costa. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Procuradoria Geral da República. Boletim do Ministério da Justiça nº 27/28 – Lisboa, 1986, pp. 43 e 44.

<sup>26</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 31.

<sup>27</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 27.

<sup>28</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 96 a 98.

<sup>29</sup> Bernard Pacteau. La Jurisdiction constitutionnelle en France. In: Revue Internationale de Droit Comparé. n. spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988. Paris, 1988. p. 101.

<sup>30</sup>Bernard Pacteau, op. cit., p. 102.

<sup>31</sup>Bernard Pacteau, op. cit., p. 102.

<sup>32</sup>Citado por Bernard Pacteau, op. cit., p. 102.

<sup>33</sup>Bernard Pacteau, op. cit., p. 104.

<sup>34</sup>Bernard Pacteau, op. cit., p. 104.

<sup>35</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 978 – 979.

<sup>36</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 979.

<sup>37</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 30 e 31. A ex-URSS também adotava o controle político, que era exercido pelo Presidium do Soviete Supremo, após provocação do Procurador Geral (artigos 121, nº 4 e 164, da antiga Constituição Soviética).

<sup>38</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 979.

<sup>39</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 68.

<sup>40</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 71 e 72.

<sup>41</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980.

<sup>42</sup>Op. cit., p. 75.

<sup>43</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 981.

<sup>44</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 981.

Conforme o Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais, cit., p. 45: “No que diz respeito ao controle *concreto*, ou em via incidental, tem ele lugar, na generalidade dos sistemas jurídico-constitucionais com jurisdição constitucional institucionalizada, através do mecanismo da ‘questão prejudicial’ da constitucionalidade, que é reenviada pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional. Nalguns ordenamentos (Áustria, Polónia) esse reenvio ocorre qualquer que seja a natureza da norma cuja constitucionalidade (ou legalidade) é posta em causa; noutros, apenas ocorre quando a norma questionada seja de uma lei ou diploma com força legislativa ou equivalente (R. F. Alemanha, Itália, Espanha), o que permite dizer que a intervenção do Tribunal Constitucional, em tal caso, se justifica também pela ‘defesa da lei’. Neste último tipo de situação cabe à generalidade dos tribunais o controle concreto da constitucionalidade das restantes normas jurídicas, mormente das normas com valor infra-legal”.

<sup>45</sup>Extrato da sentença proferida em 1803, pelo juiz John Marshall, citado por J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 982.

<sup>46</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 67: no sistema concentrado, “o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário”.

<sup>47</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 73.

<sup>48</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 980.

<sup>49</sup>J. J. Canotilho, op. cit., p. 980. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 84, também afirma que a base doutrinária dos dois sistemas – o difuso e o concentrado – é “radicalmente contraposta”.

<sup>50</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 84 – 85.

<sup>51</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 981.

<sup>52</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 982.

<sup>53</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 982.

<sup>54</sup>Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 50.

<sup>55</sup>Op. cit., p. 33.

<sup>56</sup>Em Conferência proferida no Foro da Justiça Federal, em Belo Horizonte, MG, em 07.04.94 (texto datilografado). p. 8.

<sup>57</sup>Ricardo A. M. Fiuza, op. cit., p. 9.

<sup>58</sup>Ricardo A. M. Fiuza, op. cit., pp. 11a 15.

<sup>59</sup>Ricardo A. M. Fiuza, op. cit., pp. 15.

<sup>60</sup>Adotamos de forma simplificada o título utilizado por Mauro Cappelletti no Capítulo V da sua obra *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, cit., por nos parecer o mais apropriado para abordar a temática dos efeitos.

<sup>61</sup>Bernard Pacteau, op. cit., pp. 112 a 115. Para uma análise crítica das atividades do *Conseil Constitutionnel*, Bernard Pacteau, op. cit., pp. 115 a 117, e Jacques Robert, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en France*. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. nº spécial. vol. 10. Journées de la Société de Législation Comparée. Année 1988, esp. pp. 179 a 184.

<sup>62</sup>Bernard Pacteau, op. cit., pp. 112 e 113.

<sup>63</sup>Bernard Pacteau, op. cit., pp. 114 e 115.

<sup>64</sup>Bernard Pacteau, op. cit., p. 116.

<sup>65</sup>José Manuel M. Cardoso Costa, Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, cit., p. 53. O ordenamento irlandês apresenta um desvio à regra geral prevista para o primeiro dos modelos indicados: na hipótese de inconstitucionalidade, o procedimento mais usual é o de o tribunal emitir uma correspondente declaração formal, embora possam ocorrer casos em que o juízo sobre a inconstitucionalidade figure apenas nos fundamentos da decisão. (Relatório cit., pp. 53 e 54).

<sup>66</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 102.

<sup>67</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 102 e 103.

<sup>68</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 104.

<sup>69</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 104 e 105.

<sup>70</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 105. Os órgãos políticos indicados pela Constituição da Áustria (1920) no originário Sistema: “o Governo Federal (*Bundesregierung*) tratando-se de pedir o controle

da legitimidade constitucional de leis dos *Länder* (*Landesgesetze*), pelos Governos dos *Länder* (*Landesregierungen*) tratando-se de controle de leis federais. Nenhum limite de tempo era fixado para o exercício, por parte destes órgãos políticos, do direito de ação, para o qual eles eram únicos legitimados” (Mauro Cappelletti, op. cit. p. 105).

<sup>71</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 106.

<sup>72</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 109.

<sup>73</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 110. “Na Itália, a legitimação “em via de ação” pertence aos órgãos dos Governos das Regiões (Juntas Regionais), tratando-se de leis nacionais ou regionais que uma Região considere serem tais que invadam esfera de competência a ela reservada pela Constituição (Lei Constitucional nº 1, de 9 de fevereiro de 1948, art. 2º, parágrafos 1º e 2º), e pertence ao Governo Central no caso de inconstitucionalidade de Leis regionais (art. 127, último parágrafo, da Constituição italiana). Na Alemanha, a legitimação para dirigir-se “em via de ação” à Corte Constitucional Federal ou às Cortes Constitucionais dos *Länder*, para controle das leis, pertence a uma ainda mais vasta série de órgãos ou de pessoas: de modo particular, ao Governo Federal, aos Governos dos *Länder*, a um terço dos membros do *Bundestag* (art. 93 da Constituição de Bonn), e até às pessoas individualmente consideradas, se a lei implicar uma lesão imediata e atual de um seu “direito fundamental” (M. Cappelletti, op. cit., p. 110).

<sup>74</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 112.

<sup>75</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 115 a 117.

<sup>76</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 116.

<sup>77</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., p. 118.

<sup>78</sup>No artigo “Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo” publicado na *Revista de Direito Público*, n. 84 Out/Dez – 1987 – Ano XX – Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1987. p. 58.

<sup>79</sup>No artigo citado, p. 58.

<sup>80</sup>Idem, idem, p. 58.

<sup>81</sup>Mauro Cappelletti, p. 124.

<sup>82</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., pp. 984 a 986

<sup>83</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 984.

Mauro Cappelletti, op. cit., p. 119, trata de maneira específica quanto a eficácia temporal das decisões.

<sup>84</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 985.

<sup>85</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 985.

<sup>86</sup>J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 986.

<sup>87</sup>Mauro Cappelletti, op. cit., pp. 112 e 118.

<sup>88</sup>Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, por José Manuel M. Cardoso da Costa, cit., esp. pp. 54 a 71.

<sup>89</sup>Karl Loewenstein, op. cit., p. 309.

<sup>90</sup>Op. cit., p. 114

<sup>91</sup>Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, op. cit., p. 21.

<sup>92</sup>Citado por Mauro Cappelletti, op. cit., p. 89.

# **Bloqueio e desbloqueio do fundo de participação dos Estados e Municípios – direito de retenção da Fazenda Pública**

Walney A. Diniz

## Sumário

1. Introdução. 2. Do compromisso político na CRFB. 3. Dos requisitos processuais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário. 4. Da interpretação normativa. 5. Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

## *1. Introdução*

Ultimamente o tema em epígrafe tem ganhado foros de espécie relevante no meio jurídico, nos tribunais e, ainda que incipientemente, na doutrina, por causa de certa perplexidade quanto às exigências legais autorizadas do levantamento da retenção dos créditos da Fazenda Pública, ou seja, qual ou quais os instrumentos legais têm o condão de conferir o direito ao desbloqueio do FPE ou FPM, e ainda, principalmente, porque o entendimento em processo de cristalização por parte dos órgãos arrecadadores, naturalmente subsidiado pelo setor jurídico respectivo, é o de que não basta que a pessoa jurídica de direito público interno na condição de inadimplente adentre os pórticos do Judiciário brandindo Embargos do Devedor na Execução Fiscal ou, ainda, a ação desconstitutiva do débito fiscal, sem qualquer garantia de instância ou fora dos casos legais que suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

O bloqueio do FPM ou FPE, atualmente, tem seu assento constitucional no art. 160, parágrafo único, que por sua vez foi alterado pela Emenda Constitucional nº 3/93

Walney A. Diniz é Procurador do INSS em Minas Gerais.

para incluir ali a inadimplência para com as autarquias daqueles entes estatais ali referidos como situação autorizadora à retenção.

Anteriormente a isso, o art. 57 do ADCT previu, como forma de remediar o rombo do sistema previdenciário, ou mais explicitamente o calote oficial de Estados e Municípios para com a Previdência Social, o parcelamento de seus débitos em condições especialíssimas se cotejadas com a cobrança dos débitos dos demais inadimplentes.

Do disciplinamento ali constante, vê-se que a retenção de créditos pela Fazenda Pública *versus* Fazenda Pública já continua, desde a sua primeira versão na Constituição Federal, mecanismos de garantia muito mais rígidos do que os atuais, a fim de assegurar o cumprimento do acordo de parcelamento, pois, no parágrafo 3º do artigo citado, havia a obrigatoriedade dos Estados e Municípios consignarem, em seus respectivos orçamentos, as dotações orçamentárias necessárias para o pagamento das parcelas do acordo, em perfeita simetria com as normas orçamentárias relativas à União (art. 165 e ss. da CRFB). Porém, não deve passar despercebido que a obrigatoriedade da consignação não tinha só a finalidade de adequar a operação às normas orçamentárias, mas, sobretudo, como diz o texto, “em garantia do cumprimento do parcelamento”, vale dizer, revestia-se de verdadeira natureza assecuratória dos direitos do credor, partindo-se da premissa de que toda execução é verdadeiramente real.

O parágrafo 4º do mesmo artigo prescrevia, aqui sim, a retenção do FPE ou FPM quando descumprida qualquer das condições do parcelamento. Mas não só isso. Prevvia também, e isso é relevante para a conclusão a que se quer chegar, a apropriação, por parte da Previdência Social, dos montantes bloqueados, num verdadeiro ato de seqüestro constitucional da quantia retida.

Editadas as leis previdenciárias, após a Constituição Federal de 1988, conforme previa o art. 59 do ADCT, veio o bloqueio dos fundos regulados no art. 56 da Lei 8.212/91

e art. 91 do Decreto 612/91, que cuidavam do custeio dos planos previdenciários, os quais permanecem inalterados até hoje.

Vale lembrar que tais Diplomas, para regular o custeio previdenciário e seus temperamentos, tiveram sua origem no art. 195, *caput* c/c art. 59 do ADCT, portanto, afinados com o princípio da supremacia da Constituição e ombreado com outro princípio, qual seja o da compatibilidade vertical do ordenamento jurídico, de nascedouro lá em Kelsen, e passando ao largo da necessidade de virem consignados em lei complementar. Logo, a regulamentação infraconstitucional dessa matéria, como se vê, tem lugar por meio das leis ordinárias previdenciárias.

## 2. Do compromisso político na CRFB

De ver-se, portanto, que o disciplinamento primevo do bloqueio dos fundos mencionados, como tratado no ADCT, era muito mais rigoroso, vez que hoje somente pode ter validade o ato que impede o recebimento daquela cota constitucional, mas não a apropriação por parte do credor.

Lógico que não há razão, portanto, em acoimar-se a medida de abusiva, malgrado a sua descarada índole constitucional, o que implicaria manifesta incompatibilidade de termos (“medida constitucional abusiva”), ou mesmo de draconiana, visto que, em passado recente, o constituinte foi bem menos complacente e mais incisivo na forma de assegurar o recebimento do que efetivamente devido à Fazenda Pública.

Também entra em cena o fato conhecido de as regras para o parcelamento dos débitos tributários da Fazenda Pública para com autarquias ou para com outras pessoas jurídicas de direito público serem imensamente mais benevolentes quanto à aplicação dos juros, da multa, do período do parcelamento, do valor das parcelas, etc.

Logo, não se olvidou o legislador de proteger o ente público, principalmente porque, de acordo com o arranjo constitucional na constelação federalista, não interessa a ninguém a insolvência de qualquer deles, assim como importa igualmente, e com a mesma



intensidade, assegurar os recursos financeiros para que a Fazenda Pública, aqui englobados entes estatais e autarquias, possam fazer caixa.

Tanto é verdade o afirmado no tópico retro que, no bojo mesmo da Constituição, constata-se que o legislador tratou de remediar a indigesta medida, abrindo ensanchas para que os vitimados pela cobrança indireta pudessem negociar de uma forma toda especial, i. é, vinculando parcelas de suas receitas próprias ou do Fundo de Participação Constitucional repassadas periodicamente para adimplir suas dívidas para com a União. É esta a literalidade do art. 167, § 4º, da CRFB:

§ 4º – É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, *a e b*, e II, para prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para como esta.

De notar de especial nesse dispositivo que, novamente se refere à possibilidade única de os entes federados vincularem suas receitas em favor da União, numa roboração incontestada da priorização de garantia aos débitos da União.

Ainda nesse tom, mister notar que uma outra regra constitucional revela também a mesma técnica adotada pelo Constituinte para obrigar um membro da Federação ao repasse de verbas a outro. De perfil drástico e excepcional a medida vertida no art. 34, inc. V, “b” (muito mais rigorosa que o bloqueio do FPM e FPE), a intervenção Federal é admissível quando o Estado-membro deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas pela Constituição. Nota-se, portanto, que o bloqueio constitucional, assim como a medida interventiva, muito mais rigorosa, por sinal, indica alternativa encontrada pelo Constituinte para forçar o recebimento por quem de direito, em se tratando de pessoa jurídica de direito interno, de receitas qualificadas pela sua destinação constitucional – manutenção de atividades do Estado.

Indicativo também de que o Constituinte atribuiu grande importância ao repasse dos Fundos de Participação, ganhando contornos de medida excepcional o bloqueio dos mesmos, é a norma vazada no art. 166, § 3º, em que se nota a preocupação em proteger esses recursos da emenda ao projeto de lei do orçamento anual que tendesse a suprimir ou reduzir as transferências tributárias constitucionais para Estados e Municípios.

Temos, portanto, que a opção política do Constituinte foi muito clara em dar primazia para os créditos que a União tenha que receber dos seus congêneres e isso se justifica na medida em que os recursos da União é que são chamados a arcar de forma mais abrangente e em maior montante quanto à manutenção de diversas atividades típicas do Estado, como por exemplo se vê no art. 211, § 1º, art. 198, parágrafo único, art. 192, § 2º, da CRFB e outros.

Revestindo-se de norma que detém o caráter de fundamental opção política, índole própria apenas de algumas regras constitucionais, mormente de forma mais pronunciada naquelas que disciplinam o inter-relacionamento dos Entes Estatais, o bloqueio dos créditos de Estados e Municípios consubstancia indiscutível inclinação para assegurar os créditos de quem, numa ordem federalista, encarrega-se da maior responsabilidade de distribuição de receitas.

Assim é que, deplorável ou não, o mecanismo atualmente estabelecido de escoamento das receitas auferidas pelo Poder Fiscalizador Tributário Geral, vale dizer receita originária, privilegia a União que, por sua vez, vê-se também responsável, ainda que indiretamente, pelas mazelas financeiras dos seus coligados entes federais.

### *3. Dos requisitos processuais para suspensão da exigibilidade do crédito tributário*

Não obstante o já declinado acima, muitas vezes o Estado ou o Município, quando notificado, esgotadas as vias recursais administrativas sem êxito, e vendo-se citado

na forma do art. 730 do CPC, mesmo sem requerer o parcelamento de seus débitos, interpõe Embargos do Devedor ou ainda ação anulatória do débito fiscal com pedido de liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário tão-somente porque o mesmo consubstancia *res in judicium deducta*.

Vimos ponderar, portanto, sobre a base legal e a conveniência administrativa a legitimar que a autarquia venha a desbloquear o FPM, tendo em vista que o artigo 585, § 1º, do CPC estabelece que *a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executório não inibe o credor de promover-lhe a execução*.

Ora, se “a propositura de qualquer ação” não inibe a execução é porque o crédito continua exigível durante os Embargos do Devedor, salvo exceção da garantia prevista na Lei. Se continua exigível o crédito, decorre que também seja válida a constrição de origem constitucional. É a única conclusão aceitável, sem ferir-se a lógica do sistema. A regra geral é esta, que a propositura de qualquer ação não inibe a cobrança judicial; cabe, entretanto, agora sim, ver-se quais as exceções em que o crédito fica suspenso.

Para raciocinar-se em cima da legislação que nos é posta, a qual é omissa, não disciplinando o bloqueio e o desbloqueio do FPM, precisamos referir-nos a situações semelhantes a essa, para, ao final, chegarmos a uma posição concludente.

Portanto, começamos referindo-nos a situação em que os embargos são apresentados, e, mesmo assim, os atos constitutivos da execução não são suspensos, ou melhor, não são desfeitos pelo juiz.

O efeito que art. 739, § 1º, do CPC confere aos Embargos do Devedor é suspensivo da *Execução*, e naturalmente dos atos judiciais tendentes a consumar a expropriação coercitiva (hasta pública/licitação) e/ou com poder mandamental para fins de obrigar a fazer ou não fazer determinado ato, conforme o objeto da execução.

De ver-se, porém, que os atos judiciais de natureza constitutiva consubstanciados

na própria execução ou aqueles atos tendentes a forçar o adimplemento da obrigação proveniente de título executivo judicial ou extrajudicial, até a interposição dos embargos do devedor *não são suspensos e nem tampouco são desfeitos* com a interposição dos mesmos. Permanecem no limbo da Execução, por assim dizer, num estado de expectativa quanto à discussão do débito.

É de reparar-se, também, que a lei que regula os Embargos do Devedor no caso de execução feita pela Fazenda Pública – Lei 6.830/80 – também não contém nenhum dispositivo que albergue a idéia de suspensão ou desfazimento dos atos constitutivos, muito pelo contrário, diciona que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”, tentando sempre e sempre resguardar o direito do Credor a obter o adimplemento da obrigação.

Verdadeiramente, a intenção do legislador trabalhou nesse sentido que indicamos, tanto assim que o art. 622 do CPC também pugna: “O devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos”.

No mesmo sentido, vale observar no artigo 737 do CPC, que a *ratio legis* é no sentido muito claro de apenas suspender o curso da ação, mantendo, todavia, a salvaguarda das garantias permitidas em lei ao credor, que goza, evidentemente, de posição processual e material muito mais privilegiada.

“Art. 737 – Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o Juízo:  
I – pela penhora, na execução por quantia certa;”

Nesse passo, é de se indagar se o teor do artigo 739, § 1º, do CPC autorizaria a suspensão não só do feito executivo, mas também da constrição legítima, autorizada pela nossa CFRB, via do artigo 160, parágrafo único.

*Se nem mesmo os atos judiciais constitutivos são suspensos pelos embargos, que é a “defesa por excelência” do devedor, muito pelo contrário, prescrevendo o Legislador ordinário que os mesmos constituem condições de procedibilidade*

*para os Embargos, por qual razão deveria a retenção do FPM ser também suspensa?*

Assim como na suspensão do processo executivo em que já foi feita a constrição judicial, representada pela penhora, obsta-se apenas aos atos alienativos pelo credor, a retenção dos Fundos de Participação também, quando suspensa a execução, não importa em alienação nem levantamento de depósito (o que não se deu no parcelamento previsto no art. 59 do ADCT, em que a Fazenda Pública apropriava-se da quantia retida).

Poder-se-ia argumentar que, no caso da Fazenda Pública, torna-se impossível garantir o Juízo para fins de liberar a mesma da medida imposta.

Inobstante, é de se ver que o sábio constituinte previu forma peculiar de reter créditos de uma Fazenda Pública contra outra Fazenda Pública, o que é uma forma excepcional de compensação, e que a esse tipo de retenção *não se referiu, em nenhum momento, para regulamentar a forma de seu desvencilhamento por parte da Administração Pública (isto é, não há disciplinamento legal que cuide do desbloqueio do FPM)*, a não ser, evidentemente, por meio da quitação do débito, seja ele integralmente ou parcelado.

É patente que o legislador, no caso, relegou a matéria disciplinadora do bloqueio e desbloqueio do FPM ou FPE à égide das vicissitudes processuais, numa verdadeira omissão intencional. De tal natureza é a técnica legislativa constitucional, às vezes, como preleciona o famoso constitucionalista J.J. Gomes Canotilho, *in Direito Constitucional, Ed. Almedina, Coimbra, pág. 238, in verbis*:

“É que, como se disse, a lacuna pressupõe necessariamente uma incompletude contrária ao plano regulativo constitucional, mas pode dar-se o caso de ser a própria constituição a deixar intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador (liberdade de conformação legislativa).”

É de sabença geral que, onde o legislador não distinguiu, não cumpre ao intérprete distinguir, ou mais grave: cometer inovação legal.

E mais: sendo medida de índole excepcional, descabe dizer que, por analogia, poderiam ser aplicadas as normas relativas à expedição da Certidão Negativa de Débito, por exemplo. É curial que não se usa de analogia em sede de normas excepcionais, muito menos para dispor de direito público (direito a reter o FPM ou FPE), que, por natureza, é indisponível. Todavia, como verá o leitor, no presente artigo, muitas vezes referir-se-á à semelhança do tratamento dispensado à CND, porém em caráter apenas argumentativo.

Inclusive, quanto ao uso possível do efeito integrador da analogia, caso superado o óbice acima indicado, insta ver que, em direito tributário, a mesma só não é de uso quando implicar relação aos elementos constitutivos da obrigação ou, ainda, em favor do contribuinte. Todavia, em relação ao direito tributário formal, não haveria o empecilho de utilizar-se a analogia para o caso estudado, visto que o analisado aqui é o efeito suspensivo atribuído ao questionamento judicial quanto ao débito que ocasionou o bloqueio do Fundo, portanto de fundo adjetivo e não substantivo.

Nesse passo é de ver-se que, nos quadrantes da nossa tessitura jurídica, existem outros tipos de retenção como forma de forçar o adimplemento. Em alguns casos tendo em vista a hipossuficiência da parte credora, em outros casos devido à essencialidade e imperiosidade das atividades do credor, que estão a ensejar garantias mais eficientes para perceber rapidamente seus créditos.

Assim é que vemos a retenção de quantias pelo construtor, no caso de inadimplência do executor da obra de construção civil junto à Seguridade Social (art. 30, inc. VI, da Lei 8.212/91); a retenção pelo arrendador das benfeitorias feitas no imóvel rural por causa de créditos não percebidos junto ao

arrendatário rural (Decreto 59.566/66 c/c art. 95, VIII, do Estatuto da Terra); a retenção do contratante de serviços de quantias devidas ao prestador de serviços, no caso de inadimplência para com a Seguridade Social, quando aquele for executado solidariamente (art. 31, § 1º, da Lei 8.212/91); a retenção das cotas dos fundos partidários quando não houver, por parte dos Partidos Políticos, prestação de contas ou sua desaprovação (Lei 9.693/98, de 27-7-98, art. 3º); a retenção prevista no Código Civil – arts. 516, 517, 806, 808 – e muitos outros tipos de retenção.... todos com um ponto só em comum: o devedor só se desvencilha da retenção das quantias seqüestradas quando pagar o que deve.

A analogia, se se quiser aplicar, dever-se-ia reportar, portanto, aos casos supracitados, em que o devedor deve efetivamente pagar ou novar a dívida para que possa receber o bem retido.

Ademais, no caso de expedição de CND, mesmo para os entes estatais, vige a regra de que, *dispensada a garantia, remanesce ainda a necessidade do parcelamento do débito* – art. 85, inc V c/c § 2º do Decreto 2.173/97 – Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social. Sendo assim, por que abrir mão do bloqueio do FPM sem que o Município ou o Estado tenha ao menos parcelado o débito?!

O art. 92 do Decreto 2.173/97 – ROCSS dispõe ainda que, para os fins de receber as transferências constitucionais (FPM ou FPE), deverão os Municípios e Estados comprovar que *estão adimplindo regularmente o parcelamento deferido pelo art. 149 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto nº 356/91, com a redação dada pelo Decreto 612/92.*

Ora, se assim é: QUE SE BLOQUEIA o FPM ou FPE com vistas a garantir o adimplemento relativo ao *parcelamento deferido anteriormente*, por que razão haveria o Instituto de ignorar a necessidade de se exigir o parcelamento de um débito plenamente exigível para os fins de permitir o desbloqueio

do FPM?!! Fere a coerência interna mais elementar do referido regramento pensar diferente.

O parágrafo segundo do artigo 85 do Decreto 2.173/97 – ROCSS também dita que, para fins de receber “benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios do Poder Público”, não será exigida a garantia de **DÍVIDA INCLUÍDA EM PARCELAMENTO** de qualquer entidade privada ou pública, eis que ali não se distingue qualquer uma delas. *Destarte, força é convir, mediante raciocínio a contrario sensu, que a dívida para a qual não se exige garantia é aquela que foi parcelada. Logo, se o devedor parcelar o débito poderá ser permitido o levantamento do bloqueio do FPM.*

Aliás, isso é o mínimo que se exige para fins de obtenção da CND. Logo, com relação ao FPM, evidentemente que não haveria razão de pensar-se diversamente, tendo em vista que tanto a exigência da CND como a retenção do FPM, expedientes emanados da própria Constituição (arts. 195 e 160 respectivamente), são formas de obrigar empresas privadas e também o Poder Público a quitar seus débitos junto à Previdência.

Nesse ponto, é de se notar também que de muito o entendimento a respeito do bloqueio do FPM direciona-se no sentido de que, para liberá-lo (liberar o bloqueio), é preciso, no mínimo, parcelar a dívida tributária, o que se convola em verdadeira novação da dívida ou moratória, nos termos do art. 151 do CTN.

Veja-se, por exemplo, no art. 57 do ADCT, especialmente conjugando-se o seu *caput* com o parágrafo 4º e aplicando um raciocínio a *contrário sensu*,

Art. 57 do ADCT – “Os débitos dos Estados e dos Municípios relativos às contribuições previdenciárias até 30 de junho de 1988 serão liquidados, com correção monetária, em cento e vinte parcelas mensais, dispensados os juros e multas sobre eles incidentes, **DESDE QUE OS DEVEDORES REQUEIRAM O PARCELAMENTO** e iniciem seu pagamento no prazo de

cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição.

(...)

§ 4º – Descumprida qualquer das condições estabelecidas para concessão do parcelamento, o débito será considerado vencido em sua totalidade, sobre ele incidindo juros de mora; *nesta hipótese, parcela dos recursos correspondentes aos fundos de participação, destinada aos Estados e Municípios devedores, será bloqueada e repassada à previdência social para pagamento de seus débitos.*”

O raciocínio invocado por nós é de sentido inverso ao estabelecido no artigo encimado, o que importa em considerar a recíproca necessariamente verdadeira: *se a falta de pagamento do parcelamento induz ao bloqueio, naturalmente que, para desbloquear-se o FPM, requer-se, no mínimo, o parcelamento da dívida.* Entender diferentemente é ferir de morte a lógica do sistema.

É este mesmo espírito que informa atualmente o Legislador, quando disciplina o bloqueio do FPM nas leis previdenciárias (art. 56 da Lei 8.212/91 e 91 e 92 do Decreto 2.173/97).

Fora o caso do parcelamento do art. 57 do ADCT, vigora a norma do art. 160, parágrafo único, da CRFB que estabelece como requisito para proceder à retenção do FPM apenas a existência de “créditos”. E o art. 56 da Lei 8.212/91 é que atualmente rege a matéria:

“Art. 56 – A inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a partir da publicação desta Lei, é condição necessária para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam receber as transferências dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos,

financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da administração direta e indireta da União.”

Quanto à comparação da retenção do FPM com a retenção do salário do trabalhador ou do servidor público do ente estatal, que poderia eventualmente ser levantada, basta ver que tal medida constritiva é de ordem superior àquela descrita na norma do art. 649, inciso IV, do CPC, ou seja, foi o próprio Constituinte, no exercício e gozo de sua supremacia legal, quem disciplinou medida que suplanta a restrição feita no artigo do Código de Processo Civil. A questão aqui é de fácil dilucidação, basta reportar-se à compatibilização vertical das normas infraconstitucionais com a Lei Maior.

O princípio da estrita legalidade administrativa exige que o Administrador Público aja somente *se, quando e na forma* autorizada em lei, salvo naqueles casos em que prepondera o caráter discricionário do ato, o que não é o caso.

Indaga-se então onde estaria o autorizativo legal para abrir mão de um verdadeiro trunfo (olhando do ponto de vista da arrecadação tributária), como esse concedido diretamente pela Carta Magna. No nosso singelo entendimento, a Fazenda Pública Federal deve lutar com todas as suas forças para manter sob seu domínio (e controle) esse instrumento de valor indiscutível para a arrecadação.

Entretanto, para que não se diga que a lei ou a Constituição Federal, com relação à retenção do FPM, foi leonina, no afã de socorrer o devedor-Fazenda Pública, o legislador tem concedido parcelamentos com benesses muito superiores em relação aos demais devedores da Seguridade Social, com prazos maiores, juros menores, multas reduzidas, etc., além daquele autorizativo constitucional do art. 167, § 4º, em que se vê a possibilidade de utilização de sua receita originária para fins de cobertura do débito para com a União.

#### 4. Da interpretação normativa

Querem alguns opor ao entendimento aqui explanado que, havendo ofensa a princípios constitucionais – ampla defesa, independência dos Poderes – alcance dos objetivos fundamentais da República (art. 3º) – indisponibilidade e inalienabilidade dos bens públicos - salvaguarda do bem-estar e a justiça social (art. 193) –, constituiria empecilho sério ao bloqueio do FPM ou FPE no caso do débito estar *sub judice* porém sem garantia.

Vê-se, pois, o embate de interesses juridicamente protegidos e relevantes perante o Constituinte, a exigir uma “fórmula de compromisso”.

A questão não traz polêmica a tira-colo, sendo alguns induzidos a esta falsa conclusão, por desprezo a regras singulares de interpretação constitucional, ou mesmo por falta de discernimento a respeito da natureza diversa dos princípios constitucionais quando em relação a si mesmos.

A primeira nota a observar-se, quando do exercício da interpretação constitucional, é que do seu exercício não pode resultar direito novo e não pretendido pela letra do texto, caso evidente de usurpação das atribuições do constituinte originário. A norma constitucional sobre o bloqueio dos Fundos é silente à sua forma de desbloqueio, a não ser pelo entendimento único possível, e por exclusão, de que somente em caso de o débito ser quitado ou não ser mais exigível, mediante a aplicação, à situação, das normas próprias regulamentadoras de suspensão da exigibilidade do crédito, como já vimos anteriormente.

Entendimento fora dos casos mencionados implicaria criar um direito novo para o devedor constrangido, não previsto e nem querido pelo Constituinte. Desse teor é a lição irresponsável do mestre J.J. Gomes Canotilho (op. cit., pág. 230), *in verbis*:

“... a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém

uma regulamentação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta desintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador”.

O multicitado constitucionalista teve a argúcia também de apontar a possibilidade, não insólita, em se tratando de princípios constitucionais, da latente incompatibilidade desses princípios entre si.

“O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais... daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do ‘tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso”. (op. cit. pág. 190).

Ao tratar, por exemplo, dos direitos fundamentais, como o é o princípio-norma da juridicidade para a Administração (no caso: fazer o que a lei permite), diz que os mesmos são “direitos *prima facie*”, isto é, reconhecíveis de imediato e auto-aplicáveis. No entanto, divide-os segundo sejam possíveis de restrição regulamentadora ou não (op. cit., pág. 645/646).

No caso do bloqueio do FPM ou FPE de que tratamos, à União e suas autarquias foi conferido, inequivocamente, o direito à retenção das cotas referidas, sem qualquer restrição, contanto que houvesse crédito exigível. Todavia, mediante a aplicação das normas processuais-tributárias, objeto de lei complementar, no caso, é que se alcança o entendimento restritivo de que a exigibilidade só pode ser suspensa em casos determinados, acarretando, a partir daí, consequentemente, o desbloqueio dos Fundos.

Assim, aquele direito que era “prima facie”, segundo o mestre poderá convolar-se em definitivo ao receber regulamentação:

“A conversão de um direito *prima facie* em *direito definitivo* poderá, desde logo, ser objecto de lei restritiva, que, nos casos autorizados pela constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos.”

Portanto, já aqui teríamos uma solução à vista, para os possíveis conflitos entre os princípios mencionados acima.

Entretanto, como transcrito supra, o que é de relevância mesmo é o sopesamento dos interesses em jogo, para fins, inclusive, de dar-se primazia a um deles, utilizando-se da regra de hermenêutica constitucional denominada concordância prática ou da harmonização:

“... o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.... O princípio da harmonização ou concordância prática implica ‘ponderação’ nem sempre livre de carga política...” (op. cit. pág. 228).

Essa ponderação, conforme alerta do Constitucionalista português, *nem sempre é livre de carga política*, o que equivale dizer que, não fosse pela literalidade da letra do dispositivo constitucional que instituiu esse benefício para a União em detrimento intencional dos demais entes estatais, ainda assim seria de procurar-se no amálgama dos poderes constituídos a qual deles convém conceder a prioridade para assegurar os recursos necessários para bancar suas obrigações constitucionais, inclusive, e sobretudo, aquelas consubstanciadas no auxílio financeiro a Estados-Membros e Municípios.

Tal técnica de sopesar entre si os princípios constitucionais é o fulcro da interpretação sistemática, esta entendida como a mais eficiente para captar-se o sentido exato do texto, à qual deve ser dada, evidentemente,

preferência sobre outras existentes. No dizer de Uadi Lammêgo Bulos, *in Mutação Constitucional*, ed. Saraiva, pág. 109,

“A interpretação constitucional sistemática é acolhida com ênfase nos meios jurídicos; não que seja a única viável. Há outras – as clássicas – passíveis de utilização... principalmente nos textos constitucionais amplos, cuja extensão denuncia o dirigismo do legislador constituinte, a regulação dos dispositivos faz-se de modo incompleto, e, até, fragmentário, pois as diretivas fixam fins e programas a serem cumpridos, pelo que convém, em certos momentos, a adoção da técnica sistemática.”

Essas as nossas ponderações a respeito dos princípios constitucionais que, aparentemente, chocam-se entre si no disciplinamento do desbloqueio dos Fundos de Participação.

Todavia, vale lembrar ainda que, em termos de interpretação das normas tributárias, aquela denominada histórica também exundia a garantia do crédito pelo bloqueio dos Fundos de Participação com desvencilhamento previsto apenas pelo parcelamento da dívida ou pagamento, ou, ainda, por meio de alguma daquelas alternativas do art. 151 do CTN. É que, conforme se disse na introdução, desde o art. 57 do ADCT, com disciplinamento muito mais rigoroso, por sinal, passando pelo advento das leis previdenciárias e seus decretos regulamentadores, vê-se que a *voluntas legis* sempre foi a de garantia absoluta do crédito tributário.

A interpretação evolutiva também, no caso, tem sua vez por meio do *approach*, verificado nessa área, em que vários outros instrumentos de coação para pagamento de tributos têm sido criados pelo legislador, a exemplo da inscrição no CADIM, limitação à expedição de CND e mesmo a admissão, pelo STJ, da possibilidade de requerimento de falência pela Fazenda Pública (Revista do STJ 84/179) como forma de coagir o inadimplente a quitar seus débitos junto ao Fisco.

Por fim, passando também pela interpretação teleológica, visando obter o escopo da norma, é de levar-se em linha de conta que o aspecto mais importante, ao nosso ver, é aquele que se refere à finalidade da medida constritiva. Mas não apenas à finalidade de garantir o recebimento de um crédito tributário qualquer, mas sobretudo de um crédito qualificado, assim diríamos, porque destinado, por excelência, a assegurar, em maior medida, a manutenção do próprio Estado, visto que, em nosso sistema de distribuição de receitas, o maior encargo é, sem sombra de dúvida, da União.

Tal entendimento passa, ainda, pela consideração econômica do tributo, no dizer de Ruy Barbosa Nogueira, *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, pág. 93, *in verbis*:

“Um aspecto importante dentro da interpretação teleológica é o da chamada consideração econômica. Especialmente no campo dos impostos, tendo em vista que estes são instrumentos de captação de riqueza, que incidem quase sempre sobre fatos econômicos por meio de categorias jurídicas, podem estas estar sendo distorcidas ou mal utilizadas com pretensões de reduzir ou elidir tributações legítimas”.

De fato, se não houver a devida consideração econômica, no caso presente, difícil será chegar à conclusão de que importa dar prevalência ao direito de retenção por parte da União (e suas autarquias) dos Fundos de Participação Constitucional dos seus congêneres com liberação apenas em caso de pagamento ou quando o crédito conte com a suspensão da sua exigibilidade.

### 5. Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário

O Código Tributário Nacional – Lei Complementar nº 5.172/66, tratando da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, especificou, no art. 151, quatro situações, a saber :

- I) a moratória ;
- II) o depósito do montante integral do crédito;
- III) *as reclamações e os recursos nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;*
- IV) *a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança.*

A combinação do artigo acima com o art. 111 do mesmo Diploma nos assegura que a interpretação do dispositivo só pode ser restritiva e literal. A jurisprudência tanto tem entendido assim que, mesmo em casos de liminares em cautelar ou ordinárias, não tem admitido a suspensão do crédito tributário, tendo em vista que a interpretação do art. 151 do CTN para o caso é estritamente literal, a teor da norma de extensão do art. 111.

Os próprios excertos jurisprudenciais acostados abaixo atestam o entendimento pretoriano nesse sentido de que as situações elencadas no art. 151 do CTN, autorizadas à suspensão do crédito tributário, constituem *numerus clausus*, pelo que, no caso entelado, não há permissivo LEGAL para suspender o crédito brandido contra a impetrante.

“Direito tributário. Certidão Negativa de Débito e Fundo de Participação dos Municípios. Crédito líquido e certo. Suspensão de sua exigibilidade. Existindo débito líquido e certo contra o contribuinte, é o bastante para obstar a concessão de certidão negativa de débito fiscal, bem como desacolher o pedido de sustação do bloqueio do Fundo de Participação dos Municípios. O ajuizamento de ação pelo contribuinte para discutir o débito não constitui causa de suspensão do tributo. A conversão de execução fiscal em ação ordinária não significa dizer que o débito seja controverso e litigioso, visto que resulta tão-somente da impossibilidade de aplicação da Lei 6.830/80 às execuções contra a Fazenda Pública.

Apelação e remessa oficial providas”



(TRF 4ª Região, R. AMS nr. 950406000-RS, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, DJU, seq. II, de 22.05.96, p. 33.372).

(...)

“Mandado de Segurança. Ação declaratória da inexistência de débito fiscal. Ausência de depósito do montante integral. Certidão negativa de Débito. Expedição. Impossibilidade. Súmula nr. 73 – TFR. Inaplicabilidade.

1 – A propositura de ação declaratória de inexistência de débito fiscal, sem o depósito do montante integral, não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

2 – Se existe débito, resta evidente o despropósito da expedição de uma certidão negativa que afirme exatamente o contrário.

3 – O enunciado da súmula nr. 73 – TRF não autoriza a certificação de uma situação jurídica inexistente, mas apenas a irresignação do município contra a exigência do certificado de quitação ou de regularidade de situação”.

(TRF 1ª Região AMS nr. 94.01.34131-1/MG, Rel Juiz Antônio Souza Prudente, julg. em 11.03.96).

Força é convir, portanto, que não há, na nossa espessa legislação tributária, norma que suspenda a exigibilidade do crédito simplesmente porque foi oposta ação anulatória de dívida fiscal ou mesmo embargos sem garantia.

Assim também pronunciou-se, sem discrepar, o STJ sobre a matéria:

Crédito tributário – Exigibilidade – Suspensão – Exegese.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário só é admissível, mediante depósito integral em dinheiro, nos termos do disposto no art. 151, do CTN, e § 4º da Lei 6.830/80 (sic) (STJ – Ac. unân. da 1ª turma publ. no DJ de 18.12.95, pág. 44495 – Rec. Esp. 58.229-6 SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – ADCOAS 8149755)

Não se justifica a irresignação ao bloqueio do FPM ou FPE, ou ao tratamento dispensado ao contribuinte quando o débito é objeto de disputa judicial sem garantia; muito pelo contrário, há a norma do art. 585, parágrafo primeiro, do CPC a nos ensinar que o fato de o devedor ter oposto qualquer tipo de ação contra o crédito tributário não lhe retira a exigibilidade, resguardados, é claro, os casos de suspensão da exigibilidade do crédito previstos em lei, e, se assim é, forçoso reconhecer, então, que a retenção do FPM é legítima, enquanto o devedor não lançar mão de uma daquelas alternativas do art. 151 do CTN, principalmente se parcelar o débito, o que caracterizaria, à evidência, uma MORATÓRIA.

O argumento de que os bens públicos são indisponíveis não altera o entendimento acima, porquanto ainda resta ao Município ou Estado a possibilidade do depósito do montante integral, tese essa já reconhecida em vários tribunais ou, ainda, o parcelamento que suspenderia o curso da execução.

A tese de que a garantia do crédito tributário da União ou de suas autarquias, em face dos outros entes estatais, é a dotação orçamentária, via precatório, não encontra previsão legislativa, consubstanciando o art. 100 da CRFB apenas uma (aliás a única) forma de pagamento dos débitos das Fazendas, mas não subsiste a título de “garantia de débitos ajuizados”, desbordando da literalidade do texto.

Tanto assim que, se o entendimento correto fosse este (garantia do débito via orçamento), defendido alhures, não haveria porque o Constituinte consignar no parágrafo quarto do artigo 167 da CRFB que a garantia do débito para com a União pudesse ser vertido mediante a vinculação de receitas originadas de impostos e do próprio Fundo de Participação Constitucional. Aqui está, sim, gizado específica e expressamente uma forma de garantia constitucional para o caso de débito, por aquelas pessoas federadas, para com a União.

E mais: quando se admite a vinculação de receitas de impostos ou dos Fundos de

Participação de Estados e Municípios como forma de garantia em face dos débitos para com a União, é lógico que se está admitindo que a garantia se dê, de fato, pela via do orçamento, já que tais receitas acima referidas compõem o orçamento fiscal, mas não pela operação do precatório, como querem alguns.

O art. 100 da CRFB não trata de garantia, o art. 167, § 4º, trata especificamente de garantia. São as formas previstas no ordenamento jurídico para o constricto desamarrar-se do bloqueio de sua contas.

Nosso sentir é que o Constituinte previu forma excepcional de garantia para que determinados entes estatais e suas autarquias pudessem assegurar o adimplemento dos créditos vencidos contra outros entes estatais, previstos no artigo 160 da CFRB, e isso de forma extrajudicial, o que é mais importante, i. é, independentemente de pronunciamento do Poder Judiciário.

Destarte, descabe dizer que tal medida viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, visto que a Constituição, nesse caso, como de resto em tudo o mais, limita-se ou disciplina-se a si mesma, isto é, deve-se observar que, para o caso de bloqueio do FPM, o Constituinte não previu nenhum tipo de defesa específica, a não ser aquelas medidas judiciais (várias) já previstas no ordenamento jurídico.

Todos os tópicos tratados acima, a respeito da concessão da CND, do parcelamento constitucional e o infraconstitucional dos débitos tributários, dos embargos do devedor, etc., extraem seu significado do fato de que é de transcendental importância dar àquilo que não foi contemplado expressamente pelo Constituinte o disciplinamento que lhe transmita coerência não só com o

restante da Constituição, mas também com casos similares do ordenamento jurídico.

De tal natureza integrativa é a interpretação sistemática, e exatamente aí reside sua principal virtude, em conseguir captar o espírito subliminar da norma para regulamentar casos não previstos ou extremamente complexos como este. De consequência, é de inteira pertinência a dita do emérito jurista italiano Norberto Bobbio, tão apreciado cá nestes rincões:

“Chama-se ‘interpretação sistemática’ aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o direito privado, o Direito Penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal” (in *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. UnB, pág. 76).

#### *Bibliografia*

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *in Direito Constitucional*, Ed. Almedina, Coimbra.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *in Mutação Constitucional*, Ed. Saraiva.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. UNB.

# Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas

Adilson Abreu Dallari

## Sumário

1. Introdução. 2. Concepção autoritária do direito administrativo. 3. Evolução no sentido do equilíbrio. 4. Tendências atuais. 5. Conclusões.

### 1. Introdução

É perfeitamente aceitável a conceituação do direito administrativo como sendo o segmento do direito que cuida da disciplina da estrutura e funcionamento da Administração Pública, especialmente do relacionamento desta com os administrados.

Isso, entretanto, é insuficiente para que se possa conhecer o próprio conteúdo de um determinado direito administrativo, do direito administrativo de determinada pessoa jurídica de capacidade política, pois a disciplina efetivamente estabelecida em cada ordenamento pode ser extremamente variável.

Conforme ensina Allan-Randolph Brewer-Carias, o conteúdo do direito administrativo depende do caráter democrático ou autoritário, liberal ou intervencionista etc. da Administração Pública que estiver sendo por ele disciplinada, a qual, por sua vez, é condicionada pelo tipo de Estado ao qual pertence, não existindo, portanto, um direito administrativo universal:

*“... el derecho administrativo y sus instituciones no deben estudiarse desde una perspectiva puramente formal, como si existiese un derecho administrativo universal, aplicado y aplicable por igual*

*en todos los países y en todos los tiempos, sino que, al contrario, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, con frecuencia distorsionan enormemente su verdadera perspectiva*<sup>1</sup>.

Por essa razão, o presente estudo, mesmo recorrendo subsidiariamente a ensinamentos da doutrina estrangeira, está centrado na observação da evolução do direito administrativo brasileiro, que acompanhou as variações da concepção do Estado brasileiro ao longo do tempo.

O objetivo almejado é fornecer pontos fundamentais para uma análise comparativa dos diversos direitos administrativos de outros sistemas jurídicos.

## 2. *Concepção autoritária do direito administrativo*

A leitura de obras doutrinárias produzidas no passado remoto revelam um conteúdo e uma postura interpretativa bastante autoritária; o direito administrativo centrava-se na idéia de poder, de prerrogativas, de privilégios disponíveis pela Administração Pública em sua luta contra os abusos eventualmente perpetrados pelos particulares.

Mesmo num passado recente, autores da maior respeitabilidade, mestres dos mestres de hoje, ainda se prendiam a essa concepção autoritária do direito administrativo, como é o caso do pranteado Hely Lopes Meirelles, que, em seu consagradíssimo “Direito Administrativo Brasileiro”, dedicava uma parte aos então genericamente chamados “poderes administrativos”, estudando cada uma de suas espécies:

“Os poderes administrativos se apresentam sob modalidades diversas, segundo o modo e forma de sua atuação e os objetivos a que se dirigem. Dentro desse esquema, podem ser classificados, segundo a liberdade de utilização, em poder vinculado e discricionário; segundo o seu fundamento ordinatório da administração,

em poder hierárquico e disciplinar; segundo a sua finalidade normativa, em poder regulamentar; segundo o seu objetivo de proteção ao indivíduo e à comunidade, em poder de polícia”<sup>2</sup>.

No desenvolvimento do estudo de cada um desses “poderes”, eram apontadas suas correspondentes limitações, que, entretanto, não lhes retiravam o caráter original, ensejando, na prática, abusos por parte das autoridades públicas e parcimônia ou timidez em seu controle pelo Poder Judiciário.

Diga-se, a bem da verdade, que tais características não eram exclusivas do direito administrativo brasileiro. No passado, essa postura era bastante generalizada, estando presente também na melhor doutrina estrangeira, conforme se pode observar nesta passagem de Fritz Fleiner, transcrita apenas com propósito exemplificativo:

*“Hay que tener un cuenta, sin embargo, que el Estado obra como soberanía y autoridad, no sólo en el ejercicio de su poder de mando y coactivo (poder fiscal, poder gubernativo, autoridad militar, etc.) sino también en los casos en que, en virtud de disposiciones legales, presta al ciudadano servicios de protección y previsión (jurisdicción voluntaria, tutela, asistencia benéfica y protección pública en general, etcétera).*

*Así, la actuación soberana presenta como características esenciales su unilateralidad y el mayor crédito de que gozan sus actos jurídicos, además de la circunstancia de que para su ejecución dispone, como ultima ratio, del poder coactivo del Estado*<sup>3</sup>.

No Brasil, ao longo do tempo, doutrina se esforçou para, de diversas maneiras, com meios e fundamentos diferentes, conter os poderes administrativos, ou, melhor dizendo, para tentar evitar sua alegação como pretexto para os mais diversos abusos cometidos pelas autoridades administrativas.

Entre os diversos autores que se lançaram a essa empreitada, merece especial destaque a figura de Cirne Lima, criador do conceito de “relação de administração”, de

especial importância para a compreensão das relações de direito administrativo, especialmente quando comparadas com as relações jurídicas travadas no campo próprio do direito civil:

“À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”<sup>4</sup>.

Note-se a radical mudança de rumo: relações jurídicas sempre, até então, estudadas a partir da idéia de “poder”, passam a ser examinadas em função de um “dever” a cumprir, de uma finalidade que deve ser atingida. Essa finalidade sempre será alguma coisa previamente qualificada pela lei como sendo de interesse público.

### 3. Evolução no sentido do equilíbrio

O estudo da história do direito administrativo é o exame do caminho percorrido desde uma concepção centrada no poder até o ponto de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas, sempre, tendo como norte a satisfação do interesse público.

Essa necessária composição ou conciliação foi muito bem exposta nesta preciosa síntese feita por Rivero:

*“Les règles de droit administratif se caractérisent par rapport à celles du droit privé, soit en ce qu’elles confèrent à l’administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées, soit en ce qu’elles imposent à sa liberté d’action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre eux”<sup>5</sup>.*

Nesse texto, o direito administrativo ainda aparece como um direito excepcional, quando comparado ao direito comum, o

direito civil. O foco está centrado na Administração Pública, que dispõe de prerrogativas excepcionais (que lhe são inerentes, indispensáveis), as quais são compensadas por sujeições também excepcionais, tolhendo sua liberdade de atuação.

Garcia de Enterría aponta como característica tipificadora das relações de direito administrativo exatamente esse equilíbrio entre privilégios da Administração Pública e garantias dos administrados. Em seu “Curso de Derecho Administrativo”, depois de discorrer sobre os poderes ou privilégios, faz a seguinte ponderação:

*“Esta sumaria descripción de privilegios no debe, sin embargo, inducir a equívocos en relación al carácter del Derecho Administrativo. Junto a los privilegios en más mencionados hay también privilegios en menos (Rivero). La administración es, en ocasiones, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados. No puede tampoco formar libremente su voluntad. La Ley la obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Esta decisión, si es favorable para terceros, si declara derechos, no puede ya ser modificada por la Administración que la ha adoptado, que queda vinculada a ella en términos muy estrictos.*

*Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada), otras de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos contra los actos de la Administración, control jurisdiccional de éstos).*

*El derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías*<sup>6</sup>.

O que de mais importante merece ser destacado nessa passagem supra transcrita é exatamente o caráter de garantia atribuído às sujeições especiais referidas por Rivero. Estas não são simples empecilhos ou obstáculos à liberdade de atuação da Administração Pública, mas, sim, decorrências de garantias constitucionalmente conferidas aos administrados.

Não é a lei (o direito administrativo) que limita a ação da Administração Pública; é o próprio legislador ordinário que não pode ultrapassar a esfera de direitos invioláveis dos cidadãos, garantidos pela Constituição.

Um largo passo adiante é dado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao enunciar os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, que seriam a “supremacia do interesse público sobre o privado” e a “indisponibilidade”, pela Administração, dos interesses públicos”. Depois de apontar as emanações (os privilégios, prerrogativas ou poderes) decorrentes do primeiro termo do binômio, aponta a razão de ser de sua existência:

“Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao

alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.

Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”<sup>7</sup>.

Na mesma linha de pensamento de Cirne Lima, o arguto Celso Antônio Bandeira de Mello coloca os poderes como instrumentos do dever de satisfazer os interesses públicos. A Administração Pública desfruta de privilégios e prerrogativas apenas e tão somente na exata medida de sua necessidade para a realização concreta do interesse público. O “poder” não é algo imanente à Administração Pública, mas, sim, apenas um instrumento de sua atuação, a ser utilizado apenas e tão somente quando e na medida do estritamente necessário.

Ocorre, entretanto, que o que deve ser entendido como sendo de interesse público depende de valores consagrados na Constituição e condicionantes da atuação dos

legisladores ordinários. É a Constituição que, ao definir as características do Estado, estabelecendo seus objetivos fundamentais, já define também os traços fundamentais dos instrumentos, meios e modos de atuação de seu ramo executivo, especialmente no relacionamento com os cidadãos.

Brewer-Carias mostra que o delineamento constitucional de um Estado Social e Democrático de Direito reflete necessária e diretamente sobre o correspondente direito administrativo:

*“Pero no sólo se exige un proceso de democratización política, económica y social para que el Estado Democrático y Social de Derecho adquiera real significación, sino que, inclusive, el mismo derecho a cual ha de someterse el Estado, ha sido objeto de un proceso de democratización y debe serlo con mayor fuerza en el futuro. El derecho administrativo, en esta forma, adquiere por tanto una nueva perspectiva: se trata de una rama del derecho público cuyo objeto es la regulación de la organización, funcionamiento y actividad de un Estado cuyo papel está muy lejos de corresponder a una abstención y, al contrario, es esencialmente interventor y conformador de la vida económica y social. El contenido del derecho administrativo, por tanto, varía totalmente ante esta perspectiva, y adquiere en este sentido su verdadera caracterización: es un instrumento de la acción política del Estado, pero un instrumento que regula y limita su actuación, al proteger y garantizar los derechos de los particulares, especialmente los de orden social. Estos, como consecuencia de la protección, tienen la posibilidad de controlar la sumisión al derecho de las actuaciones de la Administración, en lo que está la esencia jurídica del Estado de Derecho. Pero inclusive, en este campo estrictamente jurídico, está planteada la necesidad de que se produzca un proceso de democratización del propio derecho o del ejercicio de los controles jurisdiccionales de la acción del Estado, pues en la realidad y sobre todo en los países latinoamericanos,*

*muchos los ignoram, muy pocos los ejercen, y en los pocos casos en que se producen, la efectividad de los mismos es relativa, debido a la lentitud de los procesos. Los recursos jurisdiccionales, por otra parte, a pesar de su relativa efectividad, todavía siguen siendo ejercidos por minorías generalmente de carácter económico. Por ello, frente al reto de la consolidación de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el esquema formal del Estado de Bienestar de Derecho debe incorporarse un proceso de democratización del control judicial de la Administración, de manera que la sumisión de ella a la legalidad sea efectiva y pueda exigirse su responsabilidad por todas las actuaciones que lesionen ilegítimamente los derechos económicos y sociales”<sup>8</sup>.*

A parte final da transcrição supra revela uma particularidade deveras importante dos Estados mais avançados em termos democráticos: o aumento das possibilidades de controle judicial da Administração Pública ou, melhor dizendo, um aumento das possibilidades de controle social da Administração Pública por meio do Poder Judiciário, na medida em que os poderes administrativos deixam de ser considerados como prerrogativas imanes e passam a ser tomados como poderes jurídicos, isto é, sujeitos a limites e controles, suscetíveis de gerar responsabilidades.

No Brasil, por força da Constituição promulgada em 1988, que define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, os princípios e as normas que regem a organização e funcionamento da Administração Pública ascenderam ao nível constitucional. Pela primeira vez, a Constituição Federal consagra um capítulo à Administração Pública, capítulo esse que é aberto pelo art. 37, cujo *caput* tem o seguinte teor:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”. (seguem-se incisos e parágrafos definidores do perfil da Administração Pública, dando-lhe, efetivamente, uma feição democrática e, também, participativa).

Existem, ainda, em outras passagens do texto constitucional, preceitos que afirmam exatamente a participação popular direta na condução da coisa pública e um rol de direitos individuais e coletivos, além de normas de nítido caráter social, como, por exemplo, a que estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Tais preceitos não são meras afirmações retóricas, mas, sim, normas jurídicas, dotadas de positividade e, especialmente, de atributividade, conforme salienta Luiz Roberto Barroso:

“Por longo tempo sustentou-se que as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico”.

“A referência histórica é meramente ilustrativa. Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático,

‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais’”<sup>9</sup>.

Obviamente, tendo o dever de realizar concretamente os mandamentos de conteúdo democrático, participativo ou social, o Estado deve aparelhar a Administração Pública para isso, dando a ela mesma tais características.

Recentemente, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, popularmente conhecida como emenda da reforma administrativa, procurou-se transformar o modelo da Administração Pública com a adoção do chamado modelo gerencial, em função do qual os agentes administrativos deveriam ser dotados de maior liberdade de atuação pelo abrandamento dos controles de procedimentos administrativos, supostamente compensado pelo correspondente fortalecimento dos controles de resultados. Existe um risco enorme de que isso venha representar um retrocesso, reforçando um autoritarismo ainda muito presente na Administração Pública brasileira, profundamente marcada por ancestrais concepções patrimonialistas e verdadeiramente feudais. Tal alteração constitucional, todavia, é demasiadamente recente, não comportando um exame de seus efeitos.

#### 4. Tendências atuais

No momento atual, à luz da evolução até agora experimentada, é possível identificar algumas tendências, parte das quais já estão sendo concretizadas.

Em primeiro lugar, cabe referir a orientação no sentido de não se admitir, apenas, a mera legalidade formal; a simples submissão do ato praticado à hipótese contida no mandamento legal. Agora, exige-se mais que isso: é preciso verificar a legitimidade do ato praticado; sua pertinência, sua conformidade com a finalidade legalmente prevista como justificadora da prática do ato em exame, conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Segue-se que a legitimidade da conduta do administrador não se



decide em abstrato, mas resulta do confronto com o caso concreto, posto que não se trata de aferir a legitimidade da regra de direito, mas de uma atuação que se contém na intersecção da regra de direito com o evento real, perante cuja ocorrência a norma postula suprimento da finalidade que veio proteger”<sup>10</sup>.

Aliás, o mero enunciado abstrato da norma é insuficiente para a perfeita e completa compreensão de seu conteúdo, pois, como se sabe, o texto legal comporta uma pluralidade de interpretações. A melhor interpretação será aquela que, diante do caso concreto, revelar-se a mais apta à realização do objetivo almejado pela lei.

Essa postura interpretativa já tem respaldo na jurisprudência:

“A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consuma perante os fatos concretos da vida”<sup>11</sup>.

Registre-se, com satisfação, que o Poder Judiciário pouco a pouco vai abandonando as velhas e arraigadas concepções autoritárias, conforme demonstra Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa é a seguinte:

“Ato administrativo - Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída - Interesses contrapostos - Anulação - Contraditório. Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescindir da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada

unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”. (Recurso extraordinário nº 158.543-RS)

O sentido dessa decisão fica melhor identificado com a transcrição de um segmento do voto do Eminentíssimo Ministro relator Marco Aurélio:

“A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado”.

Isso significa uma severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública. Não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal de sua legitimidade, arcando a Administração Pública com o ônus da prova.

Outra tendência, bastante questionada pela doutrina, é a da admissão da arbitragem como forma de composição de conflitos na esfera do direito administrativo.

A Lei nº 8.987, de 13/02/95, que dispõe sobre o regime jurídico das concessões de serviços públicos, em seu art. 23, XV, estabelece que nos contratos celebrados deverá, sempre, haver alguma estipulação quanto “ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Já tivemos oportunidade de publicar trabalho em defesa do cabimento da arbitragem no âmbito das relações de direito administrativo, especialmente quando a controvérsia se travar a respeito de questões de ordem técnica (avaliação de quantitativos, índices de reajuste, custos de produção, atendimento material de requisitos contratuais, etc.), no qual dissemos o seguinte:

“A adoção da arbitragem como forma amigável de solução de divergências na execução de contratos administrativos não se choca com a regra, constitucionalmente, estabelecida, no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.

Universalidade e independência do Poder Judiciário, quando no exercício de atividade jurisdicional, são princípios fundamentais do estado democrático de direito.

O respeito a esses princípios determinou a inafastabilidade do controle jurisdicional mesmo nas arbitragens de conflitos entre particulares, ainda que as partes tenham expressamente convencionado a irrecorribilidade ao Poder Judiciário.

Com efeito, os artigos 1.046 do Código Civil e 1.101 do Código de Processo Civil deixam permanentemente aberto o caminho ao Poder Judiciário, sempre, para qualquer das partes, caso tenha alguma nulidade no processo de arbitragem.

Com muito maior razão, não se poderá vedar o ingresso ao Poder Judiciário em caso de nulidade ocorrida no processo de arbitragem para a solução de controvérsia na execução de qualquer contrato administrativo.

O compromisso das partes é sempre no sentido de acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Além disso, cabe destacar que o compromisso arbitral vincula apenas as partes contratantes, não se estendendo a terceiros, que, julgando-se prejudicados, sempre poderão recorrer à via judicial para a defesa dos seus direitos e interesses<sup>12</sup>.

A arbitragem cresce de importância diante de uma outra tendência já em franca

e crescente concretização: o estabelecimento de parcerias entre a Administração Pública e particulares, em suas diversas modalidades. A mais importante é a restauração do antigo instituto da concessão de serviços públicos. Ao lado disso, são frequentes as concessões de obras públicas, os convênios para o desenvolvimento de atividades de interesse comum, as terceirizações de serviços auxiliares e a celebração de contratos de gestão em atividades complementares, nas áreas de educação, cultura e assistência social.

Isso tudo não seria possível se não tivesse havido um abrandamento das prerrogativas da Administração Pública e um crescimento das garantias dos particulares que com ela se relacionam.

Os particulares, os cidadãos, os destinatários finais das ações estatais, paulatinamente estão deixando de ser considerados como intrusos nas atividades administrativas, especialmente nos processos de tomada de decisões. A tendência é no sentido do desenvolvimento da participação popular nas decisões administrativas, como já vem ocorrendo em questões ambientais, nas concessões de obras e serviços públicos, nas licitações de grande vulto e em matéria de planejamento urbano.

Outra tendência que se pode observar é no sentido de se examinar a validade da conduta, tanto da autoridade administrativa quanto do particular no seu relacionamento com a Administração Pública, à luz do princípio da razoabilidade.

Por mais estranho e inovador que possa parecer, isso não é senão uma releitura, atualizada, dos ensinamentos de Cirne Lima anteriormente transcritos, conforme se depreende destas considerações feitas por Maria Paula Dallari Bucci:

“O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso, aplicada ao direito. Esse ‘bom senso jurídico’ se faz necessário à medida que

as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito”.

“A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade”<sup>13</sup>.

Ao lado da razoabilidade, estão as considerações a respeito da boa-fé, que, no passado, eram aplicáveis apenas às relações jurídicas entre particulares.

A boa ou má fé dos particulares em seu relacionamento com a Administração Pública é relevante, podendo e devendo ser considerada tanto para a concessão de benefício, quanto para a imposição de sanções e responsabilidades.

Além disso, devem também comportar exame a boa ou má fé dos próprios agentes públicos no exercício de suas funções, conforme assinala Jesus Gonzales Perez:

*“Las Administraciones públicas son entes abstractos que han de realizar su actividad a través de personas físicas concretas, de hombres de carne y hueso, con los vicios y las virtudes de los demás hombres. Y es algo incontrovertible y reiteradamente constatado que aquella diferente posición institucional há hecho de estos hombres una casta diferente, en la que, por el olvido de la idea de servicio, sólo aparece la manifestación más pura del poder por el poder, en formas más o menos arbitrarias”.*

*“El principio de legalidad no comporta que cuantas controversias puedan*

*surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración, sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe. El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación”<sup>14</sup>.*

A insuficiência da mera verificação da legalidade formal também se revela de outra maneira: situações existem nas quais a desconformidade da conduta com os requisitos legais não pode ser havida como fatalmente ensejadora de nulidade.

Seabra Fagundes, desde longa data, já havia observado que não existe uma relação direta e absoluta entre legalidade formal e interesse público:

*“A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse<sup>15</sup>.”*

Atualmente, começam a se avolumar os estudos no sentido da manutenção dos efeitos de atos viciados no momento de sua prática. Pode-se afirmar, com segurança, que está definitivamente sepultada a tese de que qualquer vício jurídico acarretaria irremediavelmente a invalidade do ato praticado. A estrita legalidade formal não é mais o dogma supremo do direito administrativo.

Tem-se, hoje, a clara noção do caráter instrumental da atuação administrativa. Todas as ações empreendidas pelo aparelhamento administrativo somente se justificam em função da realização de uma finalidade de interesse público.

Não se está afirmando, de maneira absoluta, que os fins justificam os meios. Pondera-se, entretanto, que certas anomalias quanto ao procedimento, desde que não afetem valores fundamentais do sistema jurídico, podem e devem ser relevadas, se a finalidade pública houver sido atingida.

Quem cuidou desse assunto com extrema competência, delineando um quadro completo das possibilidades jurídicas de manutenção de atos viciados, foi Weida Zancaner, de cuja monografia sobre a convalidação dos atos administrativos maculados são transcritas as passagens que se seguem:

“O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido.

Há duas formas de recompor a ordem jurídica violada, em razão dos atos inválidos, quais sejam, a invalidação e a convalidação”.

(...)

“ A Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la.

Resta saber o porquê da invalidação e da convalidação nas hipóteses em que, como já mencionamos, cada qual se propõe como obrigatória.

A invalidação se propõe como obrigatória porque, se o ato não comporta convalidação, inexistente outra forma de a Administração Pública restaurar a legalidade violada. Ora, a restauração do direito é para ela obrigatória por força do princípio da legalidade. Logo, toda vez que o ato não seja convalidável, só lhe resta o dever de invalidar.

Por sua vez, a convalidação se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação –, entendido

finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica.”

(...)

“Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na via dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos.

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda

maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé<sup>16</sup>.”

A convalidação, quebrando a automatizada da invalidação, exige um extremado cuidado por parte dos organismos de controle, administrativos ou judiciais, para que não se transforme em fonte de abusos e, especialmente, de corrupção. De igual forma, com a mesma intensidade, não se podem tolerar as invalidações e as convalidações indevidas.

Registre-se, por último, uma certa tendência à internacionalização do Direito Público. À medida que diminuem as distâncias geográficas e políticas, cresce o entendimento de que a igualdade deve existir também no concerto dos Estados soberanos, e cada vez mais se intensificam e consolidam os blocos ou conjuntos internacionais, como a Comunidade Européia, o Nafta (México, Estados Unidos e Canadá) e o Mercosul, com suas legislações e seus tribunais supraterritoriais, além de uma estrutura administrativa própria, cujo funcionamento se rege também por normas próprias.

Diante disso, pode-se falar na existência de um direito administrativo internacional, cuja fonte de validade é o tratado que deu origem ao organismo comunitário. Conforme os ensinamentos de Roberto Dromi, o tratado é a verdadeira Constituição dos Estados Integrados, sendo a fonte principal do direito comunitário, inclusive do direito que disciplina a estrutura e funcionamento do próprio organismo criado pelo tratado, e, além disso, repercutindo no direito administrativo interno de cada Estado soberano:

*“El derecho comunitario es aplicado en cada país miembro de acuerdo a las reglas jurídico-procedimentales propias. No obstante, el derecho interno se ve afectado por el imperativo de actuación en un determinado sentido que impone la norma comunitaria en orden al cumplimiento eficaz de sus objetivos. Por ello, la realidad exige una adecuación el la organización y en el procedimiento administrativos.*

*A su vez, la actuación de los organismos comunitarios precisa de una organi-*

*zación y procedimiento administrativos que permitan cumplir las actividades concretas que su cometido les exige.*

*En esta relación entre administración local y administración comunitaria, se va gestando la necesidad de acercar los sistemas. De allí que si bien los ordenamientos administrativos internos se deben acomodar para el menor cumplimiento de las normativas comunitarias, para lo cual se deben mostrar abiertos a la recepción de nuevos principios jurídicos administrativos, de igual modo la administración comunitaria se va nutriendo de los principios de derecho administrativo, tanto lo organizacional como en lo procedimental, que mejor cuadran en el cumplimiento de sus objetivos de integración. Vale decir, que en la Comunidad se presenta la oportunidad de amalgamar, de producir una síntesis de los principios jurídicos que puedan ser aceptados y aplicados sin mayores resistencias en los ordenamientos internos de los países miembros.*

*De tal forma que ese principio de autonomía de los Estados miembros para aplicar administrativamente las normas comunitarias, además de influenciado, viene condicionado por éstas, se relativiza, puesto que requieren de procedimientos que sean garantes de los derechos que reconozcan, que hagan viable la vigencia efectiva del derecho comunitario, al no someterlo a trámites complejos y frustrantes de sus objetivos”<sup>17</sup>.*

No caso do Brasil, no presente momento, não são muito sensíveis as influências do Tratado do Mercosul sobre o direito administrativo interno, embora já se tenham registrado repercussões decorrentes da criação da empresa binacional (Itaipú) geradora de energia elétrica, construída e operada conjuntamente pelo Brasil e pelo Paraguai, e já tenham surgido alguns casos controvertidos em matéria de financiamento e contratação de obras públicas.

Mas a doutrina é muito firme no tocante à ocorrência de influências de tratados internacionais sobre o direito interno, inclu-

sive o administrativo, conforme comprova este vigoroso texto de Agustín Gordillo, que aborda não o Mercosul, mas, sim, um outro tratado, a Convenção Interamericana contra a Corrupção:

*“Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control como la SIGEN y la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación, modifican el régimen jurídico básico de la función pública, la responsabilidad penal constitucional del artículo 36, la ley del cuerpo de abogados del Estado y el decreto-ley de procedimiento administrativo; remozán el régimen de las facultades regladas y discrecionales de la administración. Inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciatarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de servicios públicos, tienen efectos sobre la ganancia de éstos que exceda límites objetivos justos y naturales, etc.”<sup>18</sup>.*

O que se pode inferir a respeito dessas observações sobre tratados internacionais é que, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, indiretamente, eles concorrem para um abrandamento do autoritarismo na Administração Pública, que fica mais permeável a acompanhamentos e controles por parte de quem não tem qualquer submissão ao Estado ao qual determinada estrutura administrativa ou determinado ordenamento jurídico administrativo são partes. Daí, um certo cuidado em não se revelar ditatorial e de apresentar-se como democrática.

## 5. Conclusões

Diante do exposto, resta apenas concluir que o desenvolvimento dos estudos de direito administrativo aponta para a impro-

priedade do uso da expressão “poderes administrativos”, que é incompatível com os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, no qual as autoridades administrativas não são dotadas de puros poderes, mas, sim, de deveres jurídicos impostos pela lei.

No cumprimento dos deveres, para melhor satisfação do interesse público, os agentes administrativos são dotados de certas prerrogativas que não são atributos pessoais, mas, sim, decorrem da função que exercem.

Em resumo, nas relações jurídico-administrativas, deve haver um equilíbrio entre poderes e responsabilidades, entre prerrogativas e sujeições, entre as potestades da Administração Pública e as garantias constitucionais dos cidadãos.

Esse equilíbrio já é uma realidade e está-se acentuando cada vez mais, à medida que os Estados vão-se tornando menos autoritários e mais democráticos, inclusive por efeito da tendência à formação de comunidades lastreadas em tratados internacionais.

Nesse contexto, os cultores de direito administrativo devem aprofundar seus estudos a respeito de temas como a razoabilidade, a boa fé e a estabilidade das relações jurídicas, que cada vez mais passam a conviver com tradicionais princípios dessa disciplina, tais como os princípios da legalidade, da isonomia, da publicidade e outros.

## Notas

<sup>1</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 11.

<sup>2</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, RT, 2. ed. 1966, p. 62.

<sup>3</sup> Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, p. 43.

<sup>4</sup> Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, RT, 5ª ed., 1982, p. 51 e 52.

<sup>5</sup> Jean Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, 4ª, 1970, p. 35.

<sup>6</sup> Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1986, p. 43.

<sup>7</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 8ª ed., 1996, p. 29-30.

<sup>8</sup> Allan R. Brewer-Carias, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 54 e 55.

O mesmo consagrado autor analisa as emanações concretas da caracterização do estado de direito democrático e social em estudo sobre “El proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia”, publicado em “Derecho Administrativo”, obra coletiva em homenagem a Miguel S. Marienhoff, coordenada por Juan Carlos Cassagne (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 157).

<sup>9</sup> Luiz Roberto Barroso, *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, 1990, p. 96 e 97.

<sup>10</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Funções do Tribunal de Contas*, RDP n° 72, out./dez. 1984, p. 148.

<sup>11</sup> Voto do Juiz Newton De Lucca no MS n° 94.03.093099-3-SP - TRF 3ª Região, publicado no Boletim AASP - n° 2043 - p. 473.

<sup>12</sup> Adilson Abreu Dallari, *Arbitragem na concessão de serviço Público*, Jurídica Administração Municipal, Salvador, nº 06, 1997, p. 17.

<sup>13</sup> Maria Paula Dallari Bucci, *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 16, Editora RT, São Paulo, 1996, p. 173.

<sup>14</sup> Jesús Gonzáles Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 32 e 33.

<sup>15</sup> Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª edição, Editora Saraiva, 194, p. 39 e 40.

<sup>16</sup> Weida Zancaner, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, RT, 1990, p. 53 e sgts.

<sup>17</sup> Roberto Dromi, *Derecho Comunitario*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 145, e *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. p. 510.

<sup>18</sup> Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª ed., 1997, p. XVI-2 e XVI-3.

# Crime de sonegação fiscal

Fábio Bittencourt da Rosa

## Sumário

1. A espécie do tipo. 2. O elemento subjetivo. 3. O resultado. 4. Dolo específico e tentativa. 5. Concurso aparente de leis. 6. O crime como fato gerador. 7. Questões incidentes. 8. Conclusão.

### *1. A espécie do tipo*

Se o Direito emerge da necessidade de regulação das relações sociais com vista à harmonia e ao progresso, o Direito Penal justifica-se diante da intervenção do Estado destinada a evitar o grande dano.

Baseia-se o Direito Penal moderno no conceito de culpa.

Portanto, o endereço da norma penal é, única e exclusivamente, o ser humano, capaz de imputação moral já que dotado de livre arbítrio.

Sendo assim, o Direito Penal regulamenta comportamentos do homem; sempre uma ação ou omissão de que possa decorrer um dano, ou pelo menos um perigo de dano, a alguém.

O tipo penal, então, é descrição de conduta.

Ora, a ação é representada pelo verbo na oração, em vista do que o verbo constituirá o núcleo do tipo penal.

No furto, por exemplo, o núcleo é *subtrair*.

Ocorre, porém, que determinadas condutas criminosas podem concretizar-se por diversas formas. O legislador, então, fica em dificuldade porque, não abrangida a situação fática pelo tipo, inexistirá a subsunção e, pois, impossível a punição.



Surge a necessidade de se prever mais de um núcleo para evitar-se que a ação deletéria permaneça fora do âmbito de incidência da regra penal.

O exemplo típico é o tráfico de entorpecentes. O artigo 12 da Lei nº 6.368/76 prevê 18 núcleos. Dificilmente alguma pessoa que esteja ligada fisicamente a substâncias tóxicas possa ficar de fora da eficácia da definição legal de tráfico, como se viu.

Em regra, o *tipo múltiplo*, que contém vários núcleos, distribui os mesmos no próprio artigo de lei, como o exemplo mencionado.

Pode ocorrer, entretanto, que se disciplinem *formas equiparadas*. O estelionato, exemplificativamente, é constituído por fraude destinada a obter proveito próprio ou de outrem com prejuízo alheio. Entretanto, as seis hipóteses do § 2º do artigo 121 do Código Penal brasileiro se referem a comportamentos próprios, que se presumem fraudulentos, equiparando-se ao estelionato.

Realizado o tipo de uma forma equiparada, o autor responderá pelo crime com a pena ao mesmo cominada. Não é o que acontece com as qualificadoras. Atente-se para que o artigo 2º da Lei nº 8.137/90, que examinaremos neste trabalho, descreve formas equiparadas de sonegação fiscal.

Uma terceira espécie de multiplicidade no núcleo do tipo penal pode verificar-se quando há um núcleo fundamental, que vem complementado por núcleos diversificados.

Podemos citar como exemplos os artigos 175, 260, 273 e 284 do Código Penal brasileiro. Veja-se a redação do último:

“Art. 284. Exercer o curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III – fazendo diagnósticos.”

O núcleo fundamental é *exercer* e os complementares *prescrevendo*, *usando*, *fazendo*.

Esse tipo prevê a consumação de um fato delituoso por meio de múltiplas práticas.

O crime de sonegação fiscal, como previsto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27-12-90, caracteriza-se por um tipo penal múltiplo na última espécie examinada.

Define-se o delito pela ação de *suprimir ou reduzir tributo* por meio de uma variada gama de comportamentos: omitir informação, fraudar a fiscalização, elaborar documento falso, etc.

Logicamente, para dizer-se consumado o crime, é preciso que todos os elementos do *caput*, conjuntamente com algum daqueles definidos nos incisos dos citados artigos, estejam presentes.

## 2. O elemento subjetivo

No artigo 18, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, vem previsto o princípio da excepcionalidade da culpa: *salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*.

Os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 não prevêem forma culposa. Logo, são puníveis apenas quando praticados com dolo.

Poderia o crime de sonegação fiscal ser consumado com *dolo eventual*?

Sabe-se que tal espécie de dolo acontece quando o autor orienta sua vontade numa direção (resultado criminoso ou não) mas, diante da previsão da consequência dessa sua ação, anui quanto à ocorrência da mesma (resultado criminoso).

Se o indivíduo quer uma ação lícita (caçar), porém prevê a possibilidade de causar dano criminoso, e assume o risco de fazê-lo, age com dolo eventual. Do mesmo modo, se quer matar alguém, e prevê a probabilidade de matar também outra pessoa, anuindo quanto ao segundo resultado, que não deseja diretamente.

Penso que é possível a consumação do crime de sonegação fiscal com o chamado dolo indireto, pelo menos em alguns dos incisos dos dispositivos já referidos.

Examinemos algumas hipóteses dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

No inciso I do artigo 1º, se o empresário omite informação acabando por suprimir tributo, pratica o delito. Se a omissão derivou de dúvida sobre a obrigatoriedade de fazê-lo, mas houve assunção do risco de afetar o erário, punível o crime com dolo eventual.

No inciso IV do artigo 1º, parece haver expressa previsão do dolo eventual. Se o agente elabora documento que não sabe que é falso, mas *deve saber* que o é, responde pelo crime. Essa expressão é utilizada na legislação penal para evidenciar a existência de dolo indireto. Como exemplo, podem ser citados os artigos 130 e 180, § 1º, do Código Penal brasileiro.

No inciso V do artigo 1º, se o comerciante, por exemplo, deixa de emitir nota fiscal por simples desleixo, assumindo o risco das conseqüências de seu ato, e redução de tributo decorre, a imputação será por dolo indireto. Isso, evidentemente, se não tiver acontecido a exigência da autoridade prevista no parágrafo único desse artigo 1º.

No inciso IV do artigo 2º, do mesmo modo. Se, por descaso ou mesmo por incompetência administrativa, se deixar de aplicar incentivo fiscal, havendo redução de tributo, haverá o crime atribuível a título de dolo eventual.

Nas outras hipóteses dos artigos em comentário, inexistente certeza a respeito da punição com dolo indireto.

Em alguns, parece clara a impossibilidade. Por exemplo, o inciso II do artigo 1º. *Fraudar* envolve um conceito de má-fé, intenção de ludibriar, de falsear a verdade. Isso é incompatível com vontade indireta para a prática do resultado, ou seja, anuência. Ninguém deseja algo lícito e assume o risco de fraudar, porque para consegui-lo está implícito na finalidade da ação o resultado criminoso.

### 3. O resultado

Segundo Everardo da Cunha Luna,  
“a ação representa uma modificação do mundo exterior, o qual, com a

produção do resultado, sofre uma segunda e nova modificação. Opera o resultado, portanto, como fato natural, na esfera da realidade”<sup>41</sup>.

Essa modificação se realiza pela afetação do bem jurídico tutelado pela norma, seja pelo dano propriamente dito seja pelo perigo de dano que o mesmo sofre.

O resultado perigo é excepcional no crime de sonegação fiscal. A regra é a exigência de supressão ou redução do tributo com real prejuízo ao erário. A ação delituosa sonega do estado a receita tributária devida. Deixa de haver o aporte financeiro para fazer frente às despesas orçamentárias. O dano é real.

Todas as hipóteses do artigo 1º contemplam resultado de dano. As ações somente são puníveis se tiver decorrido *supressão* ou *redução* de tributo.

Assim, se foi inserido elemento inexistente em livro exigido pela lei fiscal, mas disso ainda não resultou supressão ou redução de tributo, não poderá falar-se em crime consumado. É que ainda não estarão preenchidos todos os elementos da definição legal. Terá sido realizado o núcleo do complemento, porém não do núcleo principal do tipo.

No inciso I do artigo 2º, o resultado poderá ser o perigo. Feita a declaração falsa com o fim de eximir-se do pagamento do tributo, estará subsumido o tipo, mesmo que dano inócorra, ou seja, que não tenha o agente logrado eximir-se da tributação. No caso, o erário terá corrido perigo em sua integridade.

### 4. Dolo específico e tentativa

A expressão *dolo específico* é equívoca. Parece contrapor-se a dolo genérico, que constitui expressão pouco técnica.

Tais palavras significam, em verdade, o que se chama *elemento subjetivo do tipo*.

Luis Jiménez de Asua alertava que  
“essa distinção de *dolo genérico* e *dolo específico* é insustentável, havendo desaparecido a tese do *dolus generalis*,

que surge como conseqüência da doutrina formada em torno ao corpo do delito”<sup>2</sup>.

A Lei nº 4.729, de 14-7-1965, em seu artigo 1º prevê a tipificação do crime de sonegação fiscal. O dispositivo contempla, em cinco incisos, condutas que constituem o referido crime.

Se examinarmos esses tipos, constataremos nos quatro primeiros incisos as expressões *com a intenção de* (incisos I e II), *com o propósito de* (inciso III) e *com o objetivo de* (inciso IV).

Tais expressões indicam a existência de elemento subjetivo do tipo. Quer dizer, a declaração falsa, a inserção de elementos inexatos, a alteração de faturas ou a emissão de documentos graciosos não caracterizam crime se no dolo do tipo não estiver contida a específica intenção de eximir-se ou exonerar-se do pagamento do tributo, de fraudar a Fazenda Pública ou de obter dedução de tributos.

No inciso V do artigo em referência, não existe o denominado dolo específico.

Ocorre que a Lei nº 8.137, de 27-12-1990, em seus artigos 1º e 2º, definiu os crimes contra a ordem tributária, com revogação implícita do artigo 1º da Lei nº 4.729/65.

O artigo 1º da Lei nº 8.137/90 é um tipo múltiplo, conforme já examinamos. Em nenhum dos seus incisos descreve elemento subjetivo do tipo. Logo, exemplificativamente, omitir informação à autoridade fazendária, com decorrente redução de tributo, subsume a figura típica, sem se indagar se houve intenção especial de reduzir tributo. O comportamento se insere no dolo do tipo. E, assim, se o sonegador age com dolo eventual, ou seja, omitindo a informação sem intenção de reduzir tributo, mas tal comportamento for capaz de colocar em risco o erário, tentativa de sonegação fiscal será punível. Acaso aconteça a redução do tributo, estará consumado o delito.

Pode ocorrer que determinado gerente resolva praticar uma das condutas descritas no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 com a

intenção de vingar-se dos sócios da sociedade que administra. Descoberto o fato, se dano ainda não resultou ao erário, terá o mesmo corrido perigo, destacando-se no caso o crime tentado. Acaso, após a saída do gerente, o documento for utilizado, com a completa ignorância dos sucessores sobre o vício do ato, e a supressão do tributo se evidenciar, o gerente responderá pelo crime consumado de sonegação fiscal.

Todavia, a interpretação é diversa quanto ao artigo 2º da Lei nº 8.137/90. É que tal regra não constitui tipo múltiplo, porém forma equiparada. Cada inciso contém uma descrição completa. Assim, deixar de aplicar incentivo fiscal (inciso IV) é crime, mesmo que não resulte redução ou supressão de tributo, e ainda que o ato não tenha sido praticado com tal finalidade.

No inciso I do citado artigo 2º, existe um elemento subjetivo do tipo, porque a declaração falsa é praticada *para eximir-se* de pagamento de tributo. Não comprovada essa intenção especial, será atípica a conduta.

Entretanto, essa é a única hipótese de dolo específico prevista no referido artigo 2º.

Consoante já se observou, é possível a tentativa de sonegação fiscal.

Todos os comportamentos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 indicam a existência de crime material em que o resultado é um dano ao erário, porque se reduz ou suprime o pagamento de tributo.

Se a conduta estiver direcionada para o resultado e for apta a obter o mesmo, se dano inoportunar, pelo menos perigo terá corrido a integridade da receita tributária e, em tal hipótese, será punível a tentativa.

Entretanto, os casos dos incisos do artigo 2º da Lei nº 8.137/90 merecem análise acurada.

No inciso I, prevê-se o perigo como resultado. Feita a declaração falsa com o fim de eximir-se do pagamento do tributo, mesmo que essa declaração ainda não tenha surtido efeito, já terá se consumado o delito. Logicamente, a falsidade deverá conter potencialidade lesiva ao erário. Se for

grosseira, incapaz de enganar, constituirá meio inidôneo e o crime será impossível, afetando a tipicidade.

Penso que é inaceitável falar-se em tentativa nos crimes de perigo, porque exatamente o que fundamenta a punibilidade do crime tentado é a periclitização do bem jurídico tutelado, quando se inicia a fase de execução. Ora, perigo de existir perigo constitui situação estranha à regulação penal, porque seria próprio das contravenções, que não admitem tentativa.

O inciso II trata do chamado crime omissivo impróprio, lesão a dever gerado pela lei. Parece evidente que o resultado será o dano, em virtude da falta de aporte aos cofres do tesouro. Não basta omitir o recolhimento, é preciso que tenha havido desconto ou cobrança. Isto é, houve disponibilidade dos valores pelo empresário e, no tempo devido, omitiu-se o recolhimento.

É muito difícil a prova da inexistência da disponibilidade do dinheiro pelo empresário, que acaba respondendo pela conduta delituosa. A jurisprudência tem aceito que a decretação da falência contemporaneamente ao fato imputado da omissão é indicador da carência de disponibilidade. E, não havendo o que recolher, obviamente impossível punir-se a omissão, porque ela não pode existir.

A omissão de recolhimento de tributos caracteriza crime formal. Na data aprazada, deixando-se de recolher o tributo, estará consumado o crime. Acaso, no dia anterior, tenha o empresário manifestado a vontade de não recolher, mas no dia imediato esse recolhimento tenha sido feito, a conduta será extrapenal. Todavia, recolhidos os valores no dia posterior, o crime estará consumado, podendo falar-se em arrependimento que, eventualmente, poderá constituir causa de extinção de punibilidade, como se dá na atualidade no direito brasileiro.

Por certo, será impossível a tentativa no caso do inciso II em referência.

No inciso III, há três núcleos. O primeiro, caracterizado pelo verbo *exigir*, do mesmo modo que a concussão (artigo 316 do Código

Penal), supõe a existência de crime de mera conduta, que não admite tentativa, como na espécie do inciso II antes comentada.

No entanto, sob as formas de *pagar* ou *receber*, o delito admitirá a tentativa. Se o pagamento ou o recebimento foi impedido, quando a situação viabilizava sua realização, terá corrido perigo o erário, justificando-se a penação.

No inciso IV, o primeiro núcleo *deixar de aplicar* é, da mesma forma que o inciso II, um crime omissivo impróprio. Há um momento determinado para a aplicação. A omissão consumará o crime que, desse modo, é formal e não admite a forma tentada.

Porém, o outro núcleo, que é *aplicar em desacordo*, oportuniza o crime tentado.

Por fim, o inciso V admite a tentativa, já que o chamado *caixa dois* opera efeito deletério contra a Fazenda na medida em que há movimento contábil paralelo, frustrando a fiscalização. Se o ato flagrado é de confecção do programa, estamos diante de fase meramente preparatória, porque ainda não há perigo de frustração das atividades fiscalizadoras. Todavia, se o programa está sendo instalado para operar, terá sido iniciada a execução e, portanto, viável a tentativa se a cadeia causal for interrompida por circunstância alheia à vontade do agente.

## 5. Concurso aparente de leis

Os primeiros quatro incisos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, bem como o inciso I do seu artigo 2º, prevêm a prática de falsidades como elementos dos tipos.

Tem-se falado que seria impunível o *falsum*, porque constituiria meio para a prática da sonegação fiscal. Dessa maneira, ficaria subsumido no crime-fim.

Cogita-se da aplicação do mesmo princípio assimilado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, *quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*.

Há, sem dúvida, um engano no princípio aplicável em matéria de solução do conflito aparente de leis penais.

Na subsidiariedade ou na consunção, o conflito decorre de condutas que subsumem tipos diversos. E não é esse o caso da sonegação fiscal.

No crime objeto deste estudo, a falsidade constitui elemento do tipo. Exatamente por isso caracteriza-se como um crime complexo.

Sabe-se que o crime complexo se identifica pela reunião de duas ou mais condutas típicas, formando crime especial, ou de uma conduta típica acrescida de outros elementos.

O roubo é furto com violência. O rapto é seqüestro com fim libidinoso. Crimes complexos por natureza.

Ora, ditas descrições típicas são especiais, como se disse.

Então, o princípio a ser aplicado é o da especialidade.

Acaso a falsidade reduza tributo (incisos I a IV do artigo 1º) ou tenha por propósito eximir-se de seu pagamento (inciso I do artigo 2º), constituirá mero elemento do crime complexo. E, nesse caso, a norma especial derroga a geral.

Isso, logicamente, se analisarmos a falsidade sob o ponto de vista da potencialidade lesiva quanto ao fisco. Porque poderia ocorrer hipótese de concurso formal ou material. Por exemplo, se o gerente utilizar o documento falso para reduzir tributo e, com o mesmo ato, puder realizar seu desejo de fraudar a sociedade com vantagem patrimonial. Nessa hipótese, haverá o concurso formal impróprio entre sonegação fiscal e estelionato.

## 6. O crime como fato gerador

Questão interessante é saber se o ato criminoso pode constituir-se em fato imponível e, pois, caracterizar sonegação fiscal.

O mercenário que recebe a paga para a prática do crime, e deixa de passar recibo, comete o crime de sonegação fiscal? E o indivíduo que planta maconha e cadastra falsamente a plantação para efeito de imposto territorial rural, também incide nas penas do referido delito?

O fato criminoso não pode realizar a hipótese de incidência, mas o produto do crime, como sinal de riqueza, seguramente, será tributado.

O problema pode ter relevância no que diz respeito à competência para julgamento de determinado crime. Exemplificando: se a sonegação fosse de imposto da competência federal e a ação final não atrasse o exercício da jurisdição da Justiça Federal, como solucionar o problema?

Como se afirmou, não é possível exigir-se respeito à lei fiscal por parte do criminoso ao praticar a ação delituosa. Não incide IPI sobre o refino de cocaína, nem ICMS por sua venda, ou ITR pelo seu plantio. Tributável é a renda obtida com a ação delituosa, porque a relevância se dá ao fato econômico.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional menciona que tributo é a prestação pecuniária *que não constitua sanção de ato ilícito*.

O que se deve entender, na hipótese, é que o tributo não é a consequência direta do ato ilícito, mas da repercussão econômica que ele produz.

Se um indivíduo mata alguém, tal fato não gera obrigação tributária, porque a mesma não pode derivar de sanção de ato ilícito. Todavia, se recebe dinheiro para matar, o fato econômico ligado ao crime tem repercussão no âmbito tributário, já que aplicável o artigo 118 do mesmo CTN, segundo o qual não importa para a caracterização do fato imponível a *validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes*.

Incorreto, portanto, é afirmar-se que *nunca* o crime pode constituir fato gerador de tributo.

Imagine-se a hipótese de um comerciante que, falsamente, contrata com alguém a entrega de mercadorias embaladas e, na realidade, nas mesmas, acondiciona cocaína, para disfarçar o tráfico. Se referido comerciante pagou o ICMS sobre as operações e, depois de descoberta a trama e transitada em julgado a sentença condenatória pelo tráfico de entorpecentes, vem a juízo pedir

repetição do indébito do imposto sob o argumento de que o crime não constitui fato gerador de tributo. *Quid juris?* A ação será improcedente porque o pagamento terá sido devido, eis que o objeto da tributação não é o tráfico mas a repercussão econômica que ele gerou em cada operação de circulação da mercadoria.

### 7. Questões incidentes

A lei tipificadora, como já se viu, em seu primeiro artigo, trata de incriminar a redução de *tributo* ou de *contribuição social*.

Como se vê, o legislador foi coerente com a especificação das espécies tributárias feita pela Constituição Federal, em seu artigo 145.

A discussão em torno da natureza destas pouco interessa. A lei foi rigorosa em acompanhar o sistema constitucional.

E o *empréstimo compulsório* poderia acarretar o crime? Obviamente não, exatamente pelo motivo antes exposto. O artigo 148 da Magna Carta prevê a criação de empréstimos compulsórios, mas não lhe atribui expressamente a natureza de tributo.

Desse modo, atípica a conduta que viabiliza a supressão ou redução do pagamento de empréstimo compulsório, porque inaplicável a Lei nº 8.137/90.

Atente-se para que, no artigo segundo, a lei também se refere apenas a tributo e contribuição social.

Outra questão é saber se o parágrafo único do artigo primeiro constitui condição de procedibilidade ou prejudicial.

A primeira tem natureza processual. A instauração da lide penal depende de um esclarecimento ou de manifestação de vontade, como nas ações penais públicas condicionadas. Já a prejudicial afeta um dos elementos do tipo e, pois, diz respeito à própria existência do mesmo. Como admitir-se um crime contra o estado de filiação se ainda não se sabe que o acusado é pai da vítima?

O crime do inciso V do artigo primeiro é omissão na emissão de nota fiscal ou outro documento, ou seu fornecimento em desacordo com a lei.

Penso que o citado parágrafo único caracteriza uma prejudicial. O que pretendeu o legislador foi evitar que se desse andamento a processos penais com base em acusações falsas. Logo, impõe-se que, antes de iniciar o processo, oportunize-se ao acusado provar que não existiu o comportamento típico.

Isso quer dizer que, eventualmente não tomada a providência, se o réu comparece ao processo e confessa a omissão, nulidade alguma haverá.

Outro problema é o relativo ao *diferimento* da satisfação da obrigação tributária. Pode-se entender que houve *redução* de tributo?

Entendo que sim, porque os acessórios como juros não serão pagos.

Ademais, o tributo visa a garantir o custeio do estado. Se não for pago na data certa, o prejuízo à receita será presumido.

Outra questão de conteúdo prático pode ser examinada.

Suponhamos que o contribuinte impugna um lançamento, cujo conteúdo poderia ensejar a aplicação da Lei nº 8.137/90. Ao final do processo fiscal, conclui a autoridade que não houve supressão nem redução de tributo.

Poderia o juiz receber denúncia pelo mesmo fato, considerado pelo Ministério Público como típico?

Em princípio, parece que a denúncia haveria de ser rejeitada.

Há uma presunção de legitimidade no ato administrativo. Assim, sob o ponto de vista fiscal, haveria ausência do *fumus boni juris* para a instauração da ação penal com o recebimento da denúncia.

Obviamente, tal não ocorreria se a decisão derivasse de erro crasso do julgador administrativo, ou restasse provado que fora tomada em virtude de ato de corrupção.

Nessas hipóteses, fundamentada a denúncia, haveria de ser recebida.

Ressalte-se que a peça inicial da acusação teria que atacar o julgamento administrativo para quebrar a presunção de legitimidade.

## 8. Conclusão

A fragilização do estado moderno pelo avanço das idéias neoliberais, que se difundem através dos meios de comunicação, tem causado modificações profundas nas estruturas da comunidade.

Uma delas, certamente, diz respeito à crescente descrença na instituição do estado, que é visto como adversário ao invés de aliado. O estado está ausente na educação e saúde, no subsídio, na boa prestação de serviço, etc. Por outro lado, desenvolve uma voracidade tributária, avançando no bolso dos contribuintes para compensar seus balanços deficitários mercê de políticas corruptas ou protecionistas. A Seguridade Social também motiva uma tributação exagerada sem uma resposta à altura na prestação de serviços de saúde, ou na manutenção de um sistema previdenciário justo, que previna o infortúnio dos trabalhadores.

É isso que se difunde por meio da imprensa. É o quadro que se pinta aos olhos do povo, causando uma modificação cultural no que diz respeito com o sistema institucional.

Se isso é verdadeiro ou não, o tema desborda da motivação deste trabalho.

O importante, todavia, é que o fenômeno inaugura uma nova postura na relação tributária. Por que pagar tributo para um estado que gasta mal, que não cumpre suas finalidades? Por que contribuir para a Seguridade Social se os hospitais não atendem a contento e os benefícios previdenciários são insuficientes para uma vida digna?

No Brasil forma-se, cada vez mais, a convicção de que o tributo, além de um gravame, é um mal, como se fosse uma sanção, que se paga sem contraprestação de qualquer benefício. E, diante disso, as práticas de elisão são festejadas, e as de evasão já não sensibilizam negativamente a consciência do cidadão.

Obviamente, a situação afeta em muito a criação, a aplicação e a execução de um sistema tributário justo.

Quem não pagaria tributo com satisfação se pudesse identificar a resposta de sua

contribuição num serviço público efetivo? Quem deixaria de incriminar com indignação o sujeito que, com sua ação fraudulenta, quebrasse a harmonia de uma administração competente?

Todos esses elementos são considerados no momento da decisão política, na criação da norma tributária, no instante em que o contribuinte tem de se sujeitar à imposição, ou naquele em que o julgador deve aplicar a lei dirimindo a lide fiscal ou penal.

A criminalização deve corresponder a um sentimento da população. Nesse sentido a lição de Sebastian Soler, citado por Alberto Rodrigues de Souza, em seu artigo *A Militância Filosófica e Jurídica de Sebastian Soler* (Rev. de Dir. Penal da Fac. Cândido Mendes, vol. 4, p. 81):

“A lei que deve estripar toda sua eficácia no poder de sanção está perdida, porque o objeto perseguido, ao sancioná-la, não é o de castigar sua violação, mas o de provocar seu cumprimento, o qual só se alcança através de uma vontade de acatamento, em si mesma incoercível; quem obedece a lei fá-lo tão voluntariamente como quem a desacata e menospreza.”

Tema ligado ao antecedente diz respeito à crescente criminalização em matéria de crimes tributários.

A ausência do estado se consubstancia pela omissão no serviço público, às vezes em atividades essenciais, quer pela inexistência de servidores, quer pelo pagamento de remunerações incompatíveis com a importância dos cargos, atraindo mão-de-obra menos qualificada.

Daí resulta uma deficiência, por exemplo, nos serviços de fiscalização.

Então, como não se consegue fiscalizar os contribuintes, institui-se um tipo penal que ameaça a atividade do contribuinte que foge à tributação. Quer dizer, o crime não deriva de uma norma necessária, realizando um valor que merece ser alçado à condição de tipo criminal. Mas, por utilidade do estado incompetente, serve para coagir os contribuintes faltosos.

O exemplo típico dessa regulação inadequada é o crime de omissão de recolhimento de tributos, ou de contribuições previdenciárias, que ofende o princípio da subsidiariedade em matéria penal.

No comportamento do contribuinte que, na data aprazada, deixa de recolher ao erário os tributos recolhidos de alguém, não existe fraude contra o fisco. Basta o fiscal comparecer à empresa e constatará o fato. Logo, não é necessária a intervenção do direito penal, que deve ser a *ultima ratio*. O direito penal está sendo usado como função reguladora, quando não o é por natureza. A norma deriva de uma realidade, não a engendra (*ubi societas, ibi jus*). Só nos sistemas ditatoriais, em que a vontade do soberano se impõe, é que o direito é utilizado para desviar os caminhos das opções culturais de um povo.

Em matéria fiscal, a criminalidade do comportamento há de estar ligada à decisão

fraudulenta do contribuinte para lograr a vigilância da fiscalização. Porque, nessa hipótese, poderá o estado ter o melhor sistema fiscal que, ainda assim, sofrerá o dano. A *illusão* do fisco haverá de inspirar o legislador penal nessa área.

Creio que esse é o critério limitador da legitimidade na criação de regras criminalizantes em matéria tributária.

Atente-se para que o desaparecimento do estado tutelar, com o enxugamento da administração, não pode ser substituído pelo direito penal tutelar; já que esta não é sua função.

#### Notas

<sup>1</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. Ed. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 1968.

<sup>2</sup> ASUA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Ed. Losada S/A. Buenos Aires, 1964.



# Constitucionalização do direito civil

Paulo Luiz Netto Lôbo

## Sumário

1. O aparente paradoxo: a constitucionalização do direito civil. 2. Publicização e constitucionalização: uma distinção necessária. 3. As etapas do constitucionalismo e a evolução contemporânea do direito civil. Codificação. 4. Inserção do direito civil no Estado social. 5. Descodificação do direito civil. 6. Tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização. 7. Natureza das normas e princípios constitucionais relacionados ao direito civil. 8. Fontes constitucionais do direito de família. 9. Fontes constitucionais da propriedade. 10. Fontes constitucionais do contrato. 11. À guisa de conclusão.

### *1. O aparente paradoxo: a constitucionalização do direito civil*

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Sua lenta elaboração vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos, parecendo infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu. Parecia que as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e

Paulo Luiz Netto Lôbo é Doutor em Direito (USP). Professor na UFAL e na Pós-Graduação da UFPE.

regras imemoriais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada.

Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos.

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).

A mudança de atitude também envolve uma certa dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.

Diz-se, com certa dose de exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe<sup>1</sup>.

Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

## *2. Publicização e constitucionalização: uma distinção necessária*

Durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que, para muitos, teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor.

Se se entende como publicização a submissão dessas matérias ao âmbito do direito público, então é incorreto tal enquadramento. O fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é esse o campo próprio do direito público. É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público, quanto no direito privado.

Muitos propugnam pela superação da velha dicotomia, que resiste à falta de outra

mais convincente e mantém sua utilidade no plano didático. Os arautos de seu desaparecimento têm em mente o grau de intervenção do Estado (legislador ou juiz) em certas relações, para considerá-las publicizadas. No Estado social (*welfare state*), todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.

Independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado.

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

### *3. As etapas do constitucionalismo e a evolução contemporânea do direito civil. Codificação*

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos,

nomeadamente no campo econômico (codificação).

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos<sup>2</sup>, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.

As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social.

Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade<sup>3</sup>.

Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos

locais reservados às pessoas em razão de suas origens.

#### 4. *Inserção do direito civil no Estado social*

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.

Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

#### 5. *Descodificação do direito civil*

Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até à Constituição social de 1934), os códigos civis

desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. Para Francisco Amaral<sup>4</sup>, que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas.

Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.

A Revolução Industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada.

O direito de família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes em grau mais agudo. A mulher foi a grande ausente na codificação. As liberdades e igualdades formais a ela não chegaram, permanecendo a codificação, no direito de família, em fase pré-iluminista. Nas grandes codificações do século passado (e a concepção de nosso Código Civil é oitocentista), o filho é protegido sobretudo na medida de seus interesses patrimoniais e o matrimônio revela muito mais uma união de bens que de pessoas<sup>5</sup>.

Proliferaram na década de setenta deste século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo

a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados “códigos”, em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor –, dotados de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato legal dessas matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais. Por outro lado, esses novos direitos são informados necessariamente de dados atualmente irrefutáveis de vários ramos das ciências ou da ética.

#### *6. Tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização*

A codificação civil liberal tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana<sup>6</sup>.

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da

pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Até mesmo o mais pessoal dos direitos civis, o direito de família, é marcado pelo predomínio do conteúdo patrimonializante, nos códigos. No Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente. Como exemplo, o direito assistencial da tutela, curatela e da ausência constitui estatuto legal de administração de bens, em que as pessoas dos supostos destinatários não pesam. Na curatela do prodígio, a prodigalidade é negada e a avareza é premiada. A desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar. A maior parte dos impedimentos matrimoniais não têm as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Orlando de Carvalho<sup>7</sup> julga oportuna a repersonalização de todo o direito civil – seja qual for o envólucro em que esse direito se contenha –, isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. É essa valorização do poder jurisdiccional do homem comum, é essa centralização em torno do homem e dos interesses imediatos que faz o direito civil, para esse autor, o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.

## 7. Natureza das normas e princípios constitucionais relacionados ao direito civil

De um modo geral, a doutrina passou a entender que os princípios constitucionais são auto-executáveis. Todavia, as lições contidas nos manuais e cursos de direito civil permanecem reproduzindo as noções relativas a artigos que restaram com eles incompatibilizados.

Após algumas vacilações iniciais, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a tese, a meu ver acertada, da revogação das normas infraconstitucionais anteriores que sejam incompatíveis com as normas e princípios da Constituição, quando ela entrou em vigor<sup>8</sup>.

No caso do direito de família, os preceitos da Constituição que impõem a igualdade entre homem e mulher e entre os cônjuges são auto-executáveis e bastantes em si. Todas as normas que instituíram direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges restaram revogadas integralmente. Apenas desse modo, o intérprete não invade o campo próprio do legislador, evitando expandir direitos antes atribuídos apenas ao marido ou à mulher.

Ante a eficácia plena das normas e princípios constitucionais que fundamentam as relações civis, apesar de seus enunciados genéricos, é inadequada a interpretação, conforme à Constituição, da legislação civil anterior com ela incompatível, porque este princípio de hermenêutica constitucional deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Em face da orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade, mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.

As considerações gerais até aqui expostas são melhor especificadas nos três institutos principais do direito civil, a saber, a família, a propriedade e o contrato, ressaltando o conteúdo que passaram a ostentar a partir dos fundamentos constitucionais.

## 8. Fontes constitucionais do direito de família

Penso que a característica fundante da família atual é a afetividade. As Constituições liberais sempre atribuíram à família o papel de célula básica do Estado. As declarações de direito, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em sinal dos tempos, preferiram vinculá-la à sociedade (art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade ...”); na Constituição brasileira, art. 226: “A família, base da sociedade, ...”), como reconhecimento da perda histórica de sua função política. A função política despontava na família patriarcal, cujos fortes traços marcaram a cena histórica brasileira, da Colônia às primeiras décadas deste século. Em obras clássicas, vários pensadores<sup>9</sup> assinalaram este instigante traço da formação do homem brasileiro, ao demonstrar que a religião e o patrimônio doméstico se colocaram como irremovíveis obstáculos ao sentimento coletivo de *res publica*. Por trás da família, estavam a religião e o patrimônio, em hostilidade permanente ao Estado, apenas tolerado como instrumento de interesses particulares. Em suma, o público era (e ainda é, infelizmente) pensado como projeção do espaço privado-familiar.

A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte

sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. Em trabalho que dediquei ao assunto, denominei esse fenômeno de repersonalização das relações familiares<sup>10</sup>. É o salto, à frente, da pessoa humana no âmbito familiar.

Embora a família tenha perdido sua função de unidade religiosa (deus doméstico, dos romanos; capela da casa grande, dos senhores rurais brasileiros), os temas de direito de família continuam mesclados de interferências religiosas. Casamento, divórcio, planejamento familiar, filiação são recorrentes em posições, às vezes extremadas, de grupos religiosos que procuram influir nas opções legislativas e nas políticas públicas.

Três são os mais importantes princípios constitucionais regentes das relações familiares: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade.

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, tem-no como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe, “com

absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais. A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito. Ultrapassada a fase da conquista da igualdade formal, no plano do direito, as demais ciências demonstraram que as diferenças não poderiam ser afastadas. A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença serviu de justificativa a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou a realização como sujeito de direito.

## 9. Fontes constitucionais da propriedade

A propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No artigo 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia, se lidos isoladamente: o XXII (XXII – *é garantido o direito de propriedade*) é a clássica garantia da propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII (XXIII – *a propriedade atenderá a sua função social*) é a dimensão coletiva e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.

O caminho indicado para a superação do impasse é a utilização do critério hermenêutico do princípio da proporcionalidade, largamente adotado pelos teóricos da interpretação constitucional e pelas cortes constitucionais, nomeadamente o do *balanceamento* ou da *ponderação de direitos e interesses* em conflito<sup>11</sup>. Veda-se a interpretação isolada de cada regra, ou a hegemonia de uma sobre outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico de ambas, pois têm igual dignidade constitucional.

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Para determinadas situações, a Constituição estabelece o conteúdo da função

social, como se lê no artigo 182, § 2º, relativamente à propriedade urbana, e no art. 186, relativamente à propriedade rural. Neles, evidentemente, não se esgota seu alcance. A desapropriação por interesse social arma o Poder Público de poderoso instrumento para alcançá-la, pois não se trata de expropriação tradicional, que transfere o bem particular para o domínio público, mas de transferência de bem particular, que não realizou a função social, para o domínio ou posse de destinatários particulares, que presumivelmente a realizarão. No caso da propriedade urbana, outros mecanismos de intervenção estatal estão previstos: o parcelamento ou a edificação compulsórios e o imposto progressivo no tempo. O conflito entre a concepção individualista da propriedade e a concepção social emerge na reação que se nota nos tribunais à implementação, pelos municípios, do imposto progressivo sobre terrenos urbanos desocupados, apenas utilizados para fins especulativos.

Depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio, que transformava o proprietário em senhor soberano, dentro de seus limites, permitido como estava a usar, gozar e dispor de seus domínios como lhe aprouvesse, segundo conhecida formulação da legislação civil tradicional. O direito à habitação entrou na cogitação dos juristas, competindo com o direito de propriedade.

O direito de propriedade deve ser compatível com a preservação do meio ambiente, que foi elevado a macrolimite constitucional insuperável (artigo 225 da Constituição), no sentido da construção *in fieri* do desenvolvimento ecologicamente sustentável. O meio ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível a todos e exigível por todos. A



preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

#### 10. Fontes constitucionais do contrato

A ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais. É na ordem econômica que emerge o Estado social e se cristaliza a ideologia constitucionalmente estabelecida.

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos. O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética

e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Essa visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo.

A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). À justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial).

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo. Seu âmbito de abrangência é enorme, pois alcança todas as relações havidas entre os destinatários finais dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo por todos aqueles que a lei considera fornecedores, vale dizer, dos que desenvolvem atividade organizada e permanente de produção e distribuição desses bens. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais.

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das

prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio é espécie do macroprincípio da justiça contratual, que, por sua vez, abrange a boa fé objetiva, a revisão contratual, o princípio *venire contra factum proprio*, o princípio da lesão nos contratos, a cláusula *rebus sic stantibus*, a invalidade das cláusulas abusivas, a regra *interpretatio contra stipulatorem*.

Outro interessante campo de transformação da função dos contratos é o dos contratos, negociações ou convenções coletivas, já amplamente utilizadas no meio trabalhista. À medida que a sociedade civil se organiza, o contrato coletivo se apresenta como um poderoso instrumento de solução e regulação normativa dos conflitos transindividuais. O Código do Consumidor, por exemplo, prevê a convenção coletiva para regular os interesses dos consumidores e fornecedores, por meio de entidades representativas.

Na perspectiva do pluralismo jurídico, acordos são firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal.

Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados, são

predispostas pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo, em muitos países, o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente esses problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante mais fraco, apesar da retórica neoliberal.

### 11. À guisa de conclusão

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada

revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.

A perspectiva da Constituição, crisol das transformações sociais, tem contribuído para a renovação dos estudos do direito civil, que se nota, de modo alvissareiro, nos trabalhos produzidos pelos civilistas da atualidade, no sentido de reconduzi-lo ao destino histórico de direito de todas as pessoas humanas.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253.

<sup>2</sup> Para os antigos, livre é quem pode exercer a ação política, quem pode participar do autogoverno da cidade; os demais são escravos. Nesse sentido, a liberdade é positiva, enquanto a dos modernos é negativa. É conhecido o elogio da liberdade dos modernos no famoso discurso de Benjamin Constant, alguns anos após a Revolução Francesa (*De la liberté des anciens comparé a celle des modernes*, Paris, 1819), entendida como a desimpedida fruição dos bens privados. Na antiga Roma, os escravos exerciam a atividade econômica (eram “livres” para exercê-la); alguns enriqueceram, mas a cidadania era-lhes vedada. Entre os modernos, ocorreu a inversão: livre é o que detém a livre iniciativa econômica, pouco importando que seja submetido a uma autocracia política: o exemplo frisante foram as ditaduras militares que exasperaram o liberalismo econômico.

<sup>3</sup> Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *O Contrato – Exigências e Concepções Atuais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p.11. Hannah Arendt (*Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, 1979, p. 188-220) sublinhou que o liberalismo, não obstante o nome, colaborou para a eliminação da noção de liberdade no âmbito político.

<sup>4</sup> A Descodificação do Direito Civil Brasileiro, *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, 8(4) 545-657, out./dez. 1996, *passim*.

<sup>5</sup> Nesse sentido, Francesco Galgano, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1988, p. 20.

<sup>6</sup> Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* (São Paulo, Martins Fontes, 1987, nota 25, p. 183), demonstra como é muito significativa, nesse aspecto, a filosofia jurídica de Hegel, para quem a esfera exterior da liberdade é a propriedade: “(...) aquilo que nós chamamos pessoa, quer dizer, o sujeito que é livre, livre para si e se dá nas coisas uma existência”; “Só na propriedade a pessoa é como razão”.

<sup>7</sup> *A Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Ed. Centelha, 1981, p. 90-2.

<sup>8</sup> Desde a Adin nº 2, rel. Min. Paulo Brossard, de 6.2.92, predominou a tese de não haver inconstitucionalidade formal superveniente. Enquanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a orientação de que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente resolve-se na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta, embora caiba recurso extraordinário, e não recurso especial (neste último sentido, v. R. Esp. nº 68.410 do STJ).

<sup>9</sup> Especialmente Nestor Duarte, *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional*, Brasília, Ministério da Justiça, 1966/1997; Gilberto Freire, *Casa Grande e Senzala*, Rio de Janeiro, Record, 1994; Darcy Ribeiro, *O Povo Brasileiro*, São Paulo, Cia. das Letras, 1995.

<sup>10</sup> In *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Carlos Alberto Bittar (org.), São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

<sup>11</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Proteção do Ambiente e Direito de Propriedade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 83.

# Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal

Pedro Sérgio dos Santos e  
Mara Lúcia Almeida Vieira

Nos últimos tempos, um dos pontos mais controvertidos e polêmicos presente na seara do Direito Penal tem sido a pena e sua eficácia. Particularmente, observamos com certa preocupação a pena e a atuação jurisdicional por ocasião de sua fixação nas sentenças condenatórias.

Em que pese a boa vontade do legislador em sempre acertar, fazendo, assim, com que a sociedade seja privada de qualquer sofrimento decorrente de um equívoco da lei, não é, porém, suficiente essa boa vontade, visto que, com o passar do tempo, a lei vai mostrando imperfeições que, na ocasião de sua feitura, não se podia vislumbrar.

O Código Penal brasileiro estabelece nos seguintes termos, em seu artigo 59, as circunstâncias e elementos que devem ser considerados pelo juiz para a fixação da pena – vejamos:

“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à *personalidade* do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

Pedro Sérgio dos Santos é Mestre em Direito Penal pela UFPE, Advogado, Licenciado em Filosofia, professor das Universidades Federal e Católica de Goiás e Membro do Conselho Penitenciário do Estado de Goiás.

Mara Lúcia Almeida Vieira é Psicóloga, Professora, especialista em Dinâmica de Grupo e consultora.

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” (grifo nosso)

Iniciando pela análise da culpabilidade, o juiz tem, em função do tipo e da conduta do agente, a possibilidade real de uma formulação de juízo valorativo de censurabilidade ao observar o grau, a espécie e a intensidade desta, seguindo o espírito do legislador que preferiu usar

“a expressão culpabilidade em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa, visto que graduável é a censura, cujo índice maior ou menor, incide na quantidade da pena” (Exposição de Motivos – nº 49 – Lei 7209/84).

Os antecedentes, com maior facilidade, apresentam-se para o julgador, pois trata-se de elemento possuidor de alta objetividade para sua valoração e mensuração. A prova documental é bastante utilizada para sua comprovação, sem contudo se dispensar a prova testemunhal.

A conduta social, por sua vez, imbuída de certa subjetividade de quem informa e produz a sua prova, bem como por parte daquele que a aprecia, por sua natureza, não se pode dizer que seja, em seu todo, um elemento de difícil aferição, visto que alguns comportamentos já são exigíveis e esperados por parte daquele que é tido pelo Direito, em especial pelo Direito Penal, como *homem médio*.

Com mais objetividade, pode-se extrair dos autos de uma ação penal os fatos esclarecedores no que toca aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime.

Quanto ao comportamento da vítima, a evolução do estudo da Criminologia tem fornecido aos estudiosos do Direito inúmeras contribuições nessa área. Digamos que, sendo ramo relativamente novo na ciência criminal, a *vitimologia* já ganha espaço entre os doutrinadores, sem contar que a lei penal, por diversas vezes, aponta como fator considerável o comportamento da vítima (Ex. art. 121, § 1º – art. 129, § 1º). Nesse

sentido, vejamos o que nos diz o eminente professor de criminologia da faculdade de Direito do Recife, Roque de Brito Alves:

“Com a pretensão de deixar de ser um simples capítulo da Criminologia para transformar-se em disciplina autônoma, a Vitimologia surgiu, a partir de 1947, com a finalidade de estudar amplamente, em todos os seus aspectos, a relação vítima – criminoso no fenômeno da criminalidade(...)

Na investigação da vítima como gênese do delito, no papel que representa na produção do crime, a mesma deve ser tão ampla, rigorosa ou perfeita na medida do possível como deve ser a pesquisa sobre o delinqüente, o sujeito ativo do delito. O interesse científico deve ser o mesmo tanto para um – o delinqüente – como para a outra – a vítima –, afirmam os vitimologistas contemporâneos, chegando-se, ainda, ao extremo de se sustentar que muito freqüentemente a conduta punível foi provocada pela ação da vítima, sendo a mesma tão culpada – e, algumas vezes, mais culpada como em certos delitos sexuais ou contra a pessoa, nos fraudulentos – quanto o criminoso, o autor da ação.” (Criminologia, p. 93 Forense – Rio de Janeiro – 1986)

Até aqui, propositalmente, omitimos a análise da *personalidade* do agente criminoso como um dos elementos que a lei impõe ao juiz para fixação da pena. Observe-se que, nos elementos anteriores, não há um impedimento de ordem lógica ou legal que se coloque entre o juiz e seu dever de prolatar sentença condenatória quando o caso assim o exigir, ao contrário, o juiz está obrigado a fazê-lo sob pena de responder por sua omissão. Porém, ao nos debruçarmos mais demoradamente sobre a obrigação legal que tem o juiz de proceder a análise da personalidade do indivíduo, percebemos, salvo melhor juízo, se não uma impropriedade de ordem lógica, no mínimo uma contradição

científica e outra frente à ordem constitucional vigente.

A análise da personalidade daquele que comete um delito e que vai ser penalizado pelo Estado não pode e não deve ser feita de forma tal que os critérios objetivos e científicos sejam desconsiderados. Assim, uma pergunta fundamental se coloca diante de nós: *o que é a personalidade?*

As tentativas de explicar e conceituar a personalidade são várias dentro da história do último século, que é marcado pelo império do cientificismo.

Como na maioria dos temas em Psicologia, o senso comum “usa e abusa” da palavra *personalidade*, que exerce grande fascínio sobre os leigos. Ela é usada de diferentes maneiras: ora para designar habilidades sociais (a capacidade de tomar decisões rápidas, por exemplo), ora para se referir à impressão marcante que alguém causa a partir de uma característica considerada como central (a timidez, a inteligência, etc.), bem como para anunciar a presença de alguém “importante” ou ilustre. Nos dois primeiros casos, parte-se de um comportamento observável, infere-se um conjunto de características e verifica-se uma tendência à valoração da personalidade enquanto boa ou má.

A Psicologia, enquanto abordagem científica desse tema, evita juízo de valor e não faz a valoração da personalidade enquanto boa ou má. O processo de inferência, quando ocorre, é rigoroso e fundamentado num método científico. E nenhuma teoria parte de um único comportamento observável para fazer um perfil ou diagnóstico da personalidade.

De modo geral, personalidade refere-se ao modo relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo também habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, o modo de comportar-se, inclusive os aspectos físicos do indivíduo, e de que forma todos esses aspectos se integram, organizam-se, conferindo peculiaridade e singularidade ao indivíduo.

A personalidade é o conjunto estruturado de opiniões, valores, etc., é a capacidade de estabelecer relações afetivas e compreender, também, quais são os seus objetos de afeto, como é a expressão desse afeto, o que não é expresso e por quê.

Para D’Andrea, a personalidade é temporal, pertence a uma pessoa que nasce, vive e morre. Na sua temporalidade, não pode ser considerada como uma simples soma de funções vitais, mas uma integração dinâmica cuja resultante se expressa pelo comportamento individual frente a estímulos de variada natureza. É a resultante psicofísica da interação da hereditariedade com o meio, manifestada mediante o comportamento cujas características são peculiares a cada pessoa.

Cada indivíduo tem sua história pessoal e essa é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade. Na história pessoal, devemos considerar: os dados biopsicológicos herdados; o meio, isto é, condições ambientais, sociais e culturais nas quais o indivíduo se desenvolve; os dados adquiridos na interação hereditariedade-meio; as características e condições de funcionamento do indivíduo nessa interação.

A personalidade deve ser estudada mediante dois prismas: um longitudinal, isto é, o da sucessão de diversas fases, do passado para o presente, e outro transversal, isto é, dos comportamentos atuais sob as influências do meio.

Deve-se salientar que, na Psicologia da Personalidade, a unidade de análise é o indivíduo total. O que interessa é o indivíduo que percebe, que aprende e como esses processos relacionam-se entre si e com todos os outros.

Na abordagem da personalidade, alguns termos são empregados freqüentemente com vários significados, inclusive no senso comum. Alguns desses termos são caráter, temperamento e traço de personalidade.

*Temperamento*: deve ser entendido como uma alusão aos aspectos da hereditariedade e da constituição fisiológica que interferem no ritmo individual, no grau de vitalidade

ou emotividade dos indivíduos. Segundo D'Andrea (1987), é a tendência herdada do indivíduo para reagir ao meio de maneira peculiar (por analogia com o fisiológico, seria o genótipo).

*Caráter*: utilizado para designar aspectos morais dos indivíduos, bem como na referência a reações afetivas, ou, mais comumente, para designar aquilo que diferencia um indivíduo de outro, a marca pessoal de alguém. W. Reich, psicanalista, usa o termo caráter, integrando os aspectos biofísicos e psicológicos. Para D'Andrea (1987), é o conjunto de formas comportamentais mais elaboradas e determinadas pelas influências ambientais, sociais e culturais que o indivíduo usa para adaptar-se ao meio (parátipo).

*Traço de personalidade*: refere-se a uma característica duradoura da personalidade do indivíduo (ser reservado, ser bem-humorado, etc.). Os traços são inferidos a partir do comportamento.

C.G. Jung desenvolveu também esse aspecto em sua teoria da personalidade, chegando a criar tipos psicológicos: o extrovertido e o introvertido. É necessário ressaltar que, em relação às teorias que seguem esse tipo de pensamento, não se pode deixar de levar em conta a existência, no indivíduo, da ambivalência, ou seja, dos opostos.

Numerosas teorias têm sido elaboradas buscando linhas diretivas para o estudo da personalidade. Entre elas a teoria psicodinâmica, que procura relacionar a conduta com impulsos, emoções, pensamentos e percepções que a determinaram e atua do mesmo modo na previsão de novos comportamentos. Cabe a S. Freud o mérito de ter estabelecido as bases científicas dessa compreensão, suprindo a falta de um denominador comum teórico que possibilitasse um sistema organizado de encontro das diferentes observações individualizadas.

Freud concedeu para a atividade psíquica uma estrutura a que chamou de aparelho psíquico. Este, composto de três grandes sistemas: *id*, *ego* e *superego*. Embora cada um desses sistemas tenha suas próprias funções,

propriedades, componentes, princípios operantes, dinamismo e mecanismos, atuam um sobre o outro tão estreitamente que é difícil, senão impossível, destacar seus efeitos e determinar a contribuição de cada um para o comportamento humano. O comportamento é quase sempre um resultado da interação dos três sistemas; raramente um sistema funciona isoladamente.

São vários os aspectos que circundam e permeiam esses sistemas na teoria psicanalítica de Freud, bem como participam da dinâmica da personalidade e de seu desenvolvimento, tais como: o consciente, pré-consciente e inconsciente; os mecanismos de defesa (identificação, repressão, recalcação, deslocamento, condensação, projeção, fixação, regressão e etc.); as pulsões; as representações psíquicas; os chistes; a angústia; os estágios do desenvolvimento (oral, anal, fálico e genital). Mas qual a dimensão deles na vida do ser humano? Partindo dessa introdução feita a respeito da dinâmica da personalidade do ponto de vista freudiano, vê-se a necessidade de trazer semelhanças e diferenças existentes entre as diversas teorias de personalidade.

As teorias se diferenciam quanto ao enfoque e à ênfase. A Psicanálise enfatiza os aspectos psicosssexuais; a teoria rogeriana (C. Rogers, psicólogo americano) enfatiza a necessidade fundamental de auto-realização de todo indivíduo humano; a teoria behaviorista enfatiza a aprendizagem e, praticamente, substitui a teoria da personalidade por uma teoria de aprendizagem em que os aspectos duradouros do comportamento do indivíduo são os hábitos; a Gestalt-terapia (Perls) propõe que uma análise das partes nunca pode proporcionar uma compreensão do todo, uma vez que o todo é definido pelas interações e interdependências das partes, ela promove o processo de crescimento e desenvolvimento do potencial humano, com uma visão holística do organismo e da consciência humana.

Algumas teorias se assemelham ao conceber a personalidade e, portanto, o homem como produto do determinismo ambiental

ou do determinismo psíquico, bem como em considerar a hereditariedade e a base biológica do organismo como relevantes e que o contexto sociocultural é considerado pouco relevante como influenciador da formação e do desenvolvimento da personalidade.

Em síntese, as inúmeras concepções de personalidade, os diferentes modos de compreender sua estrutura e funcionamento refletem a diversidade de concepções filosóficas sobre o que é o homem, o que é ciência. As diferentes teorias são diferentes recortes de um mesmo homem, que pensa, age, sente, se autoconhece e se transforma, e não existe ainda uma teoria que englobe todos os conhecimentos acumulados nessa área de estudo que supere essa diversidade.

Para auxiliar o profissional em uma avaliação diagnóstica da personalidade, foram criados testes e entrevistas, instrumentos de suma importância para uma investigação e, posteriormente, para se chegar ao laudo da estrutura de personalidade e quais os traços de personalidade predominantes, podendo ser estes: neuróticos, psicóticos ou perversos.

*Neurose*: é uma afecção psicogênica em que os sintomas são a expressão simbólica de um conflito psíquico que tem raízes na história infantil do sujeito e constitui compromissos entre o desejo e a defesa.

*Psicose*: fundamentalmente, é numa perturbação primária da relação libidinal com a realidade que a teoria psicanalítica vê o denominador comum das psicoses, em que a maioria dos sintomas manifestos (particularmente construção delirante) são tentativas secundárias de restauração do laço objetal.

*Perversão*: desvio em relação ao ato sexual "normal", definido este como coito que visa a obtenção do orgasmo por penetração genital, com uma pessoa do sexo oposto; o conjunto do comportamento psicosssexual que acompanha atipias (fetichismo, voyerismo, travestismo e exibicionismo, sadomasoquismo) no prazer sexual.

A preparação para a coleta e manejo de informações sobre a personalidade de uma

pessoa, objetivando um diagnóstico preciso, evidentemente que só pode ser feita por profissional habilitado. No Brasil, a atuação nessa área está restrita aos psicólogos e médicos psiquiatras, dado, evidentemente, as exigências e necessidades específicas para o exercício correto da profissão, bem como pelo grau de dificuldade apresentada na avaliação de cada personalidade dentro de sua história individual, ainda que não se trate de agente criminoso, e, se tratar deste, com mais precisão ainda deve ser a atuação profissional ao realizar um diagnóstico de caráter científico objetivando a fixação de uma pena, como determina a lei já citada.

Assim, há de se indagar se tem o juiz de Direito a capacitação para proceder tal análise de personalidade do agente criminoso, como requer e recomenda legalmente o Código Penal, para cada sentença condenatória.

Há de se observar que do candidato à magistratura não se exige nada mais que a graduação em um curso de Direito, cujo currículo mínimo proposto pelo MEC pode, em alguns casos, ser concluído pelo aluno mais esforçado em três anos e meio, tratando-se de um curso estruturado no sistema de créditos.

Em algumas faculdades do país, verificamos que a disciplina Psicologia Geral é apresentada ao aluno como matéria do ciclo de formação básica, ao lado de Português, Filosofia, Sociologia e Economia Política. Entendemos que uma única disciplina com carga horária de sessenta horas não habilita um profissional a fazer a *análise de personalidade* exigida pela lei. O curso de Direito oferece também ao aluno a disciplina *Medicina Legal*, que, via de regra, tem, da mesma forma, carga horária de sessenta horas e, desse total, algumas poucas são destinadas às patologias mentais, o que também não credencia o Bacharel em Direito a se imiscuir na seara da psiquiatria. Há de se registrar ainda que as disciplinas *Medicina Legal e Psicologia Geral* nem sempre aparecem nos currículos das faculdades como



disciplinas obrigatórias, fato que, do nosso modesto ponto de vista, constitui um absurdo.

Comentando sobre a dificuldade que o juiz enfrenta com a análise da personalidade, como um dos requisitos para aplicação e individualização da pena, Heleno Cláudio Fragoso assim se posiciona:

“O poder discricionário que o juiz exerce lhe é conferido para atuar os fins da pena criminal, que gravitam em torno da prevenção, como vimos. Por isso mesmo, a personalidade do agente passa aqui ao primeiro plano, assumindo posição preponderante na determinação da pena. O juiz ajusta a pena ao autor concreto do crime, atendendo às peculiaridades de sua personalidade moral (caráter), e examinando se a conduta delituosa constitui fato accidental ou se é expressão da maneira de ser do acusado. O juiz deve aqui considerar os antecedentes, ou seja, o comportamento anterior do acusado, mas não a reincidência, porque esta é circunstância agravante legal, que influirá na fixação da pena em momento posterior. Não pode haver, no processo de determinação da pena aplicável, uma dupla valoração jurídica do mesmo elemento. Dos processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição, são irrelevantes. Presume-se a inocência de toda pessoa acusada de crime. As pessoas pobres, pelo ambiente em que vivem, estão mais sujeitas a envolver-se na ação policial, aparecendo em processos. Os antecedentes praticamente se confundem com a conduta social, que se refere às relações do acusado com sua família e sua adaptação ao trabalho, ao estudo e a um estilo de vida honesto ou reprovável. *É uma lástima que nos processos penais essas informações sejam em geral fragmentárias e inconcludentes, de modo que faltam ao juiz, via de regra, elementos que lhe permitam avaliar a*

*personalidade do réu e seus antecedentes.”*  
(grifo nosso) (Lições de Direito Penal – p. 321/322 – Ed. Forense – RJ. 1995)

Se o juiz não tem a capacidade técnica, profissional e científica para realizar aquela que seria tarefa pertinente à lida dos psicólogos e psiquiatras, como se situar diante de uma legislação que praticamente veste uma “camisa de força” no magistrado, obrigando-o a exercer uma atividade para a qual não está habilitado? Por outro lado, a realidade funcional do Poder Judiciário no Brasil nos mostra que a atuação do psicólogo e do psiquiatra na ação penal ocorre raramente, visto que somente são chamados a se manifestarem quando alguma das partes requer a produção de exame de insanidade mental para efeito da averiguação de possível inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado.

Contudo, o artigo 59 do Código Penal é categórico ao determinar que a análise de personalidade do acusado seja feita pelo juiz quando da fixação da pena, e essa determinação legal tem caráter genérico, ou seja, deve o juiz fazer a avaliação da personalidade de todo acusado que vier a ser condenado.

A Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, inciso XIII, assim dispõe:

“É livre o exercício de qualquer trabalho, exercício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece*”.

Na hermenêutica desse dispositivo, pode-se logicamente entender que a Carta Magna de 88 recepcionou os artigos 282 do Código Penal e 47 do Decreto-Lei 3688/41 (Lei de Contravenções), que, respectivamente, assim dispõem:

Artigo 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Artigo 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a

que por lei está subordinado a seu exercício:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

Observe-se que o primeiro dispositivo aborda o exercício da profissão de médico sem autorização legal e o segundo se refere ao exercício de qualquer profissão sem o atendimento das condições estabelecidas por lei; neste caso, poder-se-ia, evidentemente, incluir a profissão de psicólogo. E mais, em se tratando de exame de personalidade e com relação a possíveis patologias que possam ser vislumbradas em tais investigações, não basta que tenha o indivíduo a formação básica do curso de medicina ou outra especialidade qualquer, deve o mesmo ser um especialista, um psiquiatra, caso contrário poderíamos ter o ortopedista ou dermatologista realizando perícias nesse campo. Assim também, constatamos que os profissionais da psicologia buscam a especialização e pós-graduação *Latu e Strictu Sensu* para estarem aptos a desenvolverem tais tarefas.

Dessa forma, penso que não seria totalmente ilógica a seguinte indagação: *Ao proceder a análise da personalidade do acusado, sem a devida qualificação técnica e científica, ou sem a cooperação de profissional habilitado, não estaria o juiz incorrendo em uma violação à Constituição Federal, ainda que por força de um dispositivo legal questionável em sua validade?*

Ora, se a resposta para tal pergunta for afirmativa, estamos diante de uma situação na qual, perante o dispositivo constitucional já mencionado, constataremos que o termo “personalidade”, contido no artigo 59 do Código Penal, não foi recepcionado pela Carta de 88; e arriscaríamos dizer mais, se a resposta à indagação proposta acima for afirmativa, todas as sentenças criminais condenatórias prolatadas depois da promulgação da Constituição Federal vigente são nulas, salvo aquelas que, por força do já mencionado exame de sanidade mental, tiveram a análise de personalidade do acusado realizada por profissionais habilitados.

Damásio de Jesus, em seu *Código Penal Comentado*, aponta o crime de exercício ilegal

da medicina como um crime de *perigo abstracto*, evidenciando que “o perigo não precisa ser comprovado”; assim, se um paciente estiver sendo examinado, diagnosticado e medicado por falso psiquiatra, estará este incorrendo no tipo penal citado e aquele correndo o risco dos prejuízos do atendimento. O mesmo poderíamos dizer quanto ao agente que incide no artigo 47 da Lei de Contravenções. Isso posto, somos forçados a outra indagação: *não estaria o agente criminoso sujeito ao risco de ter uma pena injusta diante de uma avaliação incorreta de sua personalidade, feita por profissional incompetente para proceder tal avaliação, no caso, o Juiz de Direito?*

O que observamos no cotidiano da atividade jurisdicional, no tocante ao crime, é que as análises de personalidade feitas pelos juízes no Brasil variam entre o simplismo, que retrata a condição de leigo da autoridade julgadora, a monstruosas impropriedades técnicas. Aqui alguns exemplos da superficialidade com a qual é tratada a matéria:

“Personalidade voltada para crime”

“Os autos indicam que o acusado é possuidor de boa personalidade, porém...”

“Personalidade má...”

“Personalidade pouco reveladora de qualidades...”

Caso mais gritante de anticientificidade no trato com a personalidade temos em algumas sentenças condenatórias nas quais o juiz avalia de forma *coletiva* as personalidades dos acusados. Qualquer leigo sabe que, mesmo em se tratando de irmãos gêmeos com caracteres genéticos iguais, teremos seguramente personalidades diferentes. Abaixo, temos a análise de personalidade dos acusados condenados pela 7ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília:

“Acusados: A.L.O. (Homem) E J.

B.C. (mulher)\*

\* Omitimos os nomes para preservar a imagem dos sentenciados, visto que a ação penal se encontra em grau de recurso.

Nada de especial registram os autos quanto a culpabilidade. Os atos praticados se inserem no tipo penal.

Os acusados são primários e não registram antecedentes penais (fls. 137/138).

Conduta social. Análise prejudicada por insuficiência das informações contidas nos autos.

Nascidos a 30.10.57 e 07.02.57, respectivamente, os acusados mostram *personalidades formadas...*” (grifo nosso) (Processo nº 27527/96 )

Verifique-se que, no exemplo acima, temos a análise da personalidade dos réus feita de forma coletiva, ou seja, pessoas diferentes, de diferentes sexos, de famílias e histórias de vida diferentes têm o mesmo resultado na análise de personalidade realizada pelo juiz. Tal forma de se fazer análise da personalidade é inadmissível para a psicologia e para a psiquiatria; e mais, se a análise da personalidade dos réus se resumiu a essas duas palavras, o que quer dizer “*personalidade formada*”? Esse é um conceito com base científica? Ao admitirmos que um juiz pode fazer a análise de personalidade do acusado, teríamos que admitir também que, em caso de se avaliar o dano causado numa construção civil por material de baixa qualidade, poderia o juiz, em todas as ocasiões, prescindir do trabalho de apreciação técnica do fato, elaborado por engenheiro ou arquiteto que, obrigatoriamente, estudam a resistência de materiais, ou, em exemplo mais radical, poderiam o médico, o psicólogo, o engenheiro e o arquiteto prolatarem sentenças judiciais de caráter condenatório.

Assim, podemos concluir que se, de um lado, temos a lei forçando o juiz a proceder a análise de personalidade do acusado para a fixação da pena, por outro lado, as consequências de tal situação são graves, pois nem sempre será garantida a individuali-

zação da pena e o juiz estará se imiscuindo na esfera profissional e científica para a qual não está preparado e não tem da Constituição Federal o respaldo para fazê-lo. Ao se cumprir o artigo 59 do Código Penal da forma como está, a lei impõe ao juiz que incida no artigo 282 do mesmo diploma e 47 da, já mencionada, Lei de Contravenções, pois estará o juiz desempenhando a tarefa do psiquiatra e do psicólogo.

Entendemos que hoje a contradição é evidente e o contato com os respectivos órgãos de classe é fundamental, devendo-se trazer para o debate os Conselhos Federais de Medicina e Psicologia, pois uma solução puramente legalista seria a de retirar do artigo 59 a expressão *personalidade*, ou, se entendermos que essa análise de personalidade não é só uma obrigação do juiz, mas um direito do acusado, deveríamos ter em todas as sentenças a participação obrigatória dos profissionais habilitados, fato que não destoaria em nada da nova concepção de saber que se instala nas universidades de todo o mundo. Hoje não falamos mais de um saber dividido e nem mesmo de uma prática profissional setorializada, mas de saberes e ciências que rompem suas fronteiras epistemológicas e são capazes de dialogar com as demais em prol da melhoria da qualidade de vida do homem. Interdisciplinariedade e cooperação são pressupostos de uma prática eficaz, e o Direito não pode furtar-se a participar desse novo modelo de ciência que promete tomar conta do Terceiro Milênio. Aceitar a participação efetiva do médico e do psicólogo não significa, de forma alguma, a diminuição da autoridade julgadora, ao contrário, significa que a sentença condenatória terá não só a legalidade exigida, mas a legitimidade que só a ciência possibilita e que a sociedade espera.

# A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar

Izaías Dantas Freitas

## Sumário

1. Considerações gerais. 2. Analogia entre o Direito Administrativo Disciplinar, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. 3. A finalidade da pena no Direito Penal. 4. A função terapêutica da pena disciplinar. 5. As penas e o princípio da proporcionalidade. 6. O cancelamento de penalidades disciplinares. 7. Conclusões.

### *1. Considerações gerais*

O instrumento por meio do qual o Estado busca alcançar sua função básica, de promover o bem comum da população, é a Administração Pública, conceituada, pelo mestre Hely Lopes Meirelles, como “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas”<sup>1</sup>.

A Administração Pública, por sua vez, atua por intermédio das suas entidades, seus órgãos e seus agentes. Os agentes públicos são cidadãos que ocupam, na estrutura do órgão, cargos públicos com atribuições definidas previamente em lei, recebendo, em contrapartida, uma remuneração pelo exercício do respectivo cargo. Esses servidores estão à disposição da coletividade, existindo para cumprir a finalidade primordial do Estado. Desviando-se desse fim, abre ensejo à reação justificada por parte daqueles que dão causa à sua existência – os cidadãos –, que esperam ver o serviço público prestado da melhor maneira possível.

Assim, se ocorre determinado fato que ocasiona prejuízo ao Erário, é natural

Izaías Dantas Freitas é Coordenador do Setor de Legislação de Pessoal da Procuradoria-Geral do Trabalho.

questionar-se sobre quem deve recair a culpa por tal ato. Se, por exemplo, há um desabamento de uma ponte ou de um viaduto, ou, se há aplicação irregular do dinheiro público, é imperioso que se busque, pelos meios legais cabíveis, responsabilizar todos quantos contribuíram, dolosa ou culposamente, pelos danos causados ao Estado.

Para apuração dessas responsabilidades, utiliza-se a Administração dos instrumentos oferecidos pela Lei, que, no âmbito federal, corresponde à sindicância e ao processo administrativo disciplinar, sempre assegurando aos acusados a ampla defesa e o contraditório, conforme preceito insculpido na Constituição Federal, art. 5º, inciso LV. Visam essas modalidades de controle administrativo a correção de abusos ou ineficiências na prestação do serviço público, cujo resultado será, comprovadas as responsabilidades dos agentes, o ressarcimento dos danos causados ao Erário, bem como a inflicção da penalidade disciplinar cabível, nos termos autorizados pela Lei.

Consciente de suas funções, incumbirá ao agente público guiar-se de acordo com as regras traçadas pelas normas legais a seu respeito. Realizando ato ilegal, descomprometido com o objetivo a que se propõe, ou, deixando de cumprir o dever que lhe impõe a lei, sujeitar-se-á à aplicação da sanção disciplinar, conforme prescrever a própria norma estatutária. É, pois, fundamental compreender a finalidade da pena disciplinar, bem como sua eficácia no âmbito do controle administrativo.

## *2. Analogia entre o Direito Administrativo Disciplinar, o Direito Penal e o Direito Processual Penal*

A classificação do Direito Administrativo Disciplinar na categoria de ramo do Direito Público ainda não é bem aceita pela doutrina, mas tem recebido apoio de moderna corrente, que procura incluí-lo como ramo autônomo, ligado apenas ao Direito Administrativo, do qual deriva, pelas circunstâncias que lhes são peculiares.

O Direito Administrativo Disciplinar pode ser definido, portanto, como o ramo do Direito Administrativo que visa regular as relações disciplinares entre o Estado-Administração e seu corpo funcional, ou seja, tem em vista a normatização dos deveres dos servidores, suas proibições, a apuração das faltas cometidas pelos mesmos, bem como a aplicação da respectiva sanção disciplinar, objetivando, desse modo, permitir o bom funcionamento da máquina administrativa em conformidade com os preceitos legais que norteiam a Administração Pública.

Guarda, portanto, semelhança com o Direito Penal, compreendido, na acepção de Jiménez de Asua,

“como o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito de crime como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associando à infração da norma uma pena finalista ou uma medida de segurança”<sup>2</sup>.

Enquanto, no Direito Penal, encontramos o Estado tentando regular a vida da sociedade no seu conjunto, no Direito Administrativo Disciplinar, o Estado procura regular a sua relação com o corpo de funcionários, procurando criar, com isso, condições que viabilizem o funcionamento regular dos órgãos da Administração, com resultados positivos na prestação do serviço público.

Segundo Egberto Maia Luz, ao tecer considerações acerca do Direito Administrativo Disciplinar,

“a ciência penal deseja, em última análise, prevenir o crime ou a contravenção e, pela ocorrência de qualquer deles, reintegrar a ordem jurídica social naquela normalidade propícia ao interesse e às felicidades coletivas. Ora, guardadas as proporções, não vemos como encontrar outra esfera de analogia senão nesta mesma finalidade penalista para o Direito Administrativo Disciplinar, que tem

a sua existência justificada, repetimos, na perfectibilidade do comportamento físico e individual dos servidores, para o crescente bem estar coletivo do organismo estatal”<sup>3</sup>.

Muitos dos princípios que norteiam o Direito Penal estão, por isso, também presentes no Direito Administrativo Disciplinar, tais como o princípio da isonomia, o da proporcionalidade, assim como a proibição da *reformatio in pejus* e a regra do *non bis in idem*.

Similitude também é encontrada entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Processual Penal. Isso porque os estatutos comportam não somente as regras de direito material, descrevendo as condutas ilícitas que ensejam a aplicação da pena e a correspondente sanção, mas também as normas de direito tipicamente processual, ou seja, os meios de tornar efetiva a aplicação do direito material. Essas regras processuais são os instrumentos de realização do bem maior perseguido pela Administração, que é a apuração de irregularidades no seio do funcionalismo. Sem tais regras processuais, inviável seria a obtenção da finalidade principal colimada pela Lei. São exemplos de matéria processual no Direito Administrativo Disciplinar as regras que estabelecem o procedimento mais adequado para a apuração das faltas disciplinares (sindicância ou processo administrativo), o estabelecimento de prazos para conclusão dos trabalhos da sindicância, regras sobre a condução do processo, entre outros. Os princípios reitores do Direito Processual Penal, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, o da verdade real, o da publicidade e o da economia processual, são, portanto, aplicáveis ao Direito Administrativo Disciplinar.

### 3. A finalidade da pena no Direito Penal

A prática de determinada conduta considerada ilícita sob o enfoque penal faz surgir para o Estado o direito-dever de punir, que consiste em aplicar determinada penalidade ao infrator da norma legal. São três as teorias que procuram explicar a fina-

lidade da pena: as teorias absolutas, as relativas e as teorias mistas.

Segundo as teorias absolutas, a aplicação da pena tem um caráter simplesmente retributivo. É a consequência lógica para a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes da sociedade, guardando, assim, resquícios da antiga vingança privada vigente nos primórdios da civilização humana. A pena não tem um objetivo específico, senão o de castigar o delinqüente. O mal causado à sociedade merece reprovação de mesmo nível, como forma de restaurar o equilíbrio entre a coletividade e o indivíduo infrator.

As teorias relativas, também chamadas utilitaristas, por outro lado, vêem na pena unicamente um fim prático, ou seja, destina-se a prevenir o cometimento de novos crimes. O fim da pena, nesse caso, ou é a *prevenção geral*, quando produz a intimidação aos demais indivíduos, para que, mediante a ameaça da aplicação da pena, não transgridam as regras que lhe impõe o Estado, ou então é a *prevenção especial*, que consiste em evitar que o próprio homem que delinqüiu volte a cometer novas condutas reprováveis do ponto de vista penal, tendo assim o objetivo de livrar a sociedade do convívio maléfico daquele que pode oferecer riscos à sua segurança.

As teorias mistas procuraram mesclar as duas teorias anteriores, acrescentando, entretanto, o elemento da educação e da correção do indivíduo que cometeu o crime. Assim, a pena, além de sua função retributiva e preventiva, adquire também uma feição ressocializadora, ou seja, busca reeducar o indivíduo, oferecendo-lhe a oportunidade de reabilitar-se ao convívio social.

Ney Moura Teles, abandonando a velha concepção retributiva da pena, apresenta-nos a teoria unificadora dialética de Claus Roxin, sintetizando o posicionamento mais moderno em política criminal, nos seguintes termos:

“Partindo da verificação da natureza fragmentária, subsidiária do direito penal, vale dizer, de sua

missão de proteger apenas os bens jurídicos mais importantes, e, tão-somente, das lesões mais graves o Estado só pode construir tipos de crimes que constituem comportamentos dessa natureza, e ao fazê-lo, estará, certamente, buscando a prevenção generalizada dessas lesões ou ameaças. Este, portanto, o primeiro fim da pena, o de prevenir as lesões mais graves aos bens jurídicos mais importantes.

Não alcançado o primeiro objetivo da pena, o que ocorre quando o indivíduo comete o crime, a pena destina-se a prevenir a continuidade do sujeito na atividade agressiva dos bens jurídicos importantes, com a observação da sua responsabilidade individual, ou seja, da sua culpabilidade, que vai limitar a aplicação da resposta penal. Aqui se entremostra a prevenção especial.

Finalmente, só é possível compreender e justificar a pena, se ela tiver como objetivo a recuperação do agente do crime, o seu aperfeiçoamento, a aprendizagem dos valores ético-sociais cultivados pela sociedade, a fim de, alcançando-os, poder voltar ao convívio social em liberdade. Esta finalidade ética é indispensável para justificar a pena, pois que sem ela a dignidade humana restaria inexoravelmente violada.”<sup>4</sup>

Essas, portanto, as teorias que procuram justificar a finalidade da pena no Direito Penal, cujos fundamentos estarão também presentes na apreciação da pena no Direito Administrativo Disciplinar.

#### *4. A função terapêutica da pena disciplinar*

Há autores que vislumbram na sanção disciplinar apenas o caráter repressivo que, por muito tempo, foi a tônica inspiradora do Direito Penal, segundo o qual a pena tem uma finalidade simplesmente retributiva. Ao servidor que infringiu a norma legal se-

ria aplicada, como conseqüência lógica de sua conduta, a respectiva pena, restaurando-se, com isso, o equilíbrio funcional abalado com a transgressão. A pena não teria qualquer finalidade, senão a de buscar, por meio de sua aplicação, a equivalente compensação do bem jurídico ofendido pelo infrator, resuindo-se, assim, a um fim em si mesma.

Essa concepção, entretanto, como visto anteriormente, mesmo no âmbito do Direito Penal, tem sido abandonada pelas modernas correntes doutrinárias. Em seu lugar, têm surgido as teorias que vêem na pena o duplo objetivo preventivo e corretivo, estas, sim, hábeis para servir de base à justificação da pena na esfera administrativa disciplinar.

Mediante a prevenção, que é o primeiro dos objetivos da pena, busca-se evitar o cometimento de faltas disciplinares por outros servidores, funcionando, assim, como elemento intimidativo geral. A Administração precisa demonstrar que efetivamente está empenhada em eliminar do seu meio as falhas e as condutas reprováveis, por ser essa uma questão de relevante interesse público, impondo, desse modo, o respeito e a seriedade que deve haver no trato dos bens e serviços estatais. Isso fará com que o servidor seja mais diligente na prestação do seu serviço, pois consciente estará que, violando algum dos deveres legais, ficará sujeito a punição Administrativa, a ser aplicada pela autoridade competente. Sendo o bom funcionamento da Administração o objetivo almejado, é perfeitamente justificável que se instituem medidas de controle administrativo como a que ora se analisa.

A pena não deve ser concebida, entretanto, apenas em face desse caráter preventivo. Ao seu lado, necessariamente, deverá estar presente o aspecto corretivo, sem o qual estaria sendo negado ao homem o respeito à sua própria dignidade. Não tendo a prevenção geral surtido o efeito desejado, isto é, se o servidor, ainda que sabedor das conseqüências que adviriam do seu ato ilícito, vem a cometê-lo, apresenta-se aqui o

objetivo específico da pena, que é a sua função correccional, cujo fim é evitar que o servidor faltoso, tendo agora a certeza de que a punição é uma realidade, volte a cometer novos ilícitos, pois tal fato redundará em sucessivas punições, o que poderá levar, em alguns casos, à caracterização de sua desídia, com sua conseqüente demissão do serviço público.

Oferece-se, com isso, ao servidor que comete conduta irregular a oportunidade de repensar de forma séria sobre a sua conduta e o reflexo que esse tipo de comportamento reprovável pode acarretar para a sua vida funcional. A pena adquire, portanto, nesse contexto, seus fins terapêuticos, que objetivam emendar o servidor, fazendo-o alcançar, se não o padrão desejável, pelo menos o mínimo aceitável pela sociedade, principal interessada no serviço público.

Diógenes Gasparini aponta, na mesma direção, duas funções básicas da sanção disciplinar: uma preventiva, outra repressiva.

“A primeira induz o servidor a precaver-se a não transgredir as regras disciplinares e funcionais a que está sujeito. Pela segunda, em razão da sanção sofrida pelo servidor, restaura-se o equilíbrio funcional, abalado com a transgressão. Os objetivos da sanção disciplinar são a manutenção normal, regular, da função administrativa, o resguardo do prestígio que essa atividade tem para com os administrados, seus beneficiários últimos, a *reeducação* dos servidores, salvo quando se tratar de pena expulsiva, e a *exemplarização*”.<sup>5</sup>

### 5. As penas e o princípio da proporcionalidade

Quando se tem em vista a finalidade da pena, não se pode deixar de focalizar o princípio da proporcionalidade, pois, por meio dele, permite-se que cada servidor infrator da norma legal receba a reprimenda proporcional ao dano cometido. Não seria razoável aplicar-se a demissão a um servidor público em função de um ato que não gerou maiores

prejuízos para o serviço público, pois isso significaria subverter a ordem jurídica, retrocedendo-a a patamares vigentes nos tempos primitivos da humanidade, quando a resposta à agressão era desproporcional ao dano. Exige-se, portanto, que a Administração adote as medidas punitivas na quantidade e intensidade necessárias ao atingimento da finalidade almejada.

Discorrendo sobre esse princípio, o renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

“Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam”<sup>6</sup>.

A própria Lei nº 8.112/90, em consonância com tal preceito, impõe no seu art. 128 que, na aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes, além dos antecedentes funcionais. A qualidade e quantidade da sanção aplicada, na lição de Damásio de Jesus, estão presas ao grau de censurabilidade da conduta<sup>7</sup>.

As circunstâncias atenuantes, embora não eliminem a culpabilidade do agente, tornam sua conduta menos censurável, resultando em diminuição da pena. Consideram-se circunstâncias atenuantes o passado ilibado do servidor e outras situações específicas devidamente justificadas pela comissão processante, como a confissão



espontânea da autoria do ilícito, o desconhecimento da lei, o cometimento do crime por motivo de relevante valor social ou moral, a busca em minorar as conseqüências do crime, etc. As circunstâncias agravantes, ao contrário, sempre prejudicam o servidor no momento da inflição da pena. São consideradas circunstâncias agravantes a reincidência, o motivo fútil ou torpe, o cometimento do crime com abuso de autoridade, entre outras, o que resulta em maior reprovação à falta cometida pelo servidor e, em conseqüência, na imposição de pena mais grave ou em quantidade mais elevada. O Código Penal (arts. 61 e 65) elenca várias hipóteses de circunstâncias que atenuam ou agravam a pena e pode servir de base para a comissão processante.

O Estatuto do servidor público põe, nesse sentido, à disposição do administrador público várias espécies de penalidades, variando de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta do servidor. Tem-se, então, na classificação apontada por Edmir Netto de Araújo<sup>8</sup>, as penalidades de natureza corretiva, entre as quais, a advertência e a suspensão; as de natureza expulsiva, que seria a demissão, e; as de natureza revocatória em que se busca a revogação, em benefício do serviço público, de alguma situação constituída, como, por exemplo, a cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou função comissionada (art. 127 da Lei nº 8.112/90).

A advertência é a penalidade mais branda existente no serviço público e tem por objetivo básico refrear condutas irregulares que, entretanto, não ocasionaram maiores danos à normalidade do serviço público. Adquire, assim, uma característica admoestadora e exortativa, deixando o servidor alerta quanto ao cometimento de novas infrações. Essa pena não tem efeitos pecuniários contra o servidor que agiu com negligência ou displicência. Tem, todavia, efeitos morais, e atingirá seu objetivo se o servidor tiver consciência de seu valor e de sua reputação, pois a partir desse momento

pautará sua conduta com maior diligência e cuidado.

A suspensão, por sua vez, é penalidade destinada aos servidores recalcitrantes, isto é, aqueles que já foram punidos com advertência, mas que continuam agindo em desconformidade com o seu dever legal, imprimindo prejuízo para a Administração Pública. A reincidência é, pois, fator determinante para a aplicação da suspensão. Pressupõe-se, com isso, que a penalidade que lhe foi aplicada anteriormente não surtiu os efeitos morais desejados, ensejando, em conseqüência, a inflição de pena de maior graduação, com vistas a reprimir sua conduta irregular. A suspensão tem duplo objetivo: o moral, que visa atingir os brios do servidor, e o efeito pecuniário, que parece ser mais eficaz no alcance das finalidades da pena, porque atinge de frente parte extremamente sensível, o bolso do servidor.

A pena de suspensão, além da hipótese de reincidência, é igualmente aplicada quando do cometimento de faltas graves, ainda que não precedidas de advertência. Determinadas situações não justificam a demissão, mas também a simples advertência, destinada a faltas leves, não atingiria os fins colimados pela pena, daí a necessidade, nesses casos, de se recorrer à aplicação dessa sanção de grau médio, análise que ficará adstrita ao prudente julgamento da autoridade competente.

Temos também a demissão, que é a pena mais severa existente no serviço público, pois com ela extirpa-se de forma completa o mal existente no seio do funcionalismo, expulsando o servidor que nenhum compromisso demonstrou com a coisa pública. As infrações que autorizam a demissão são aquelas de maior grau de reprovabilidade, como por exemplo, o abandono de cargo, a improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, corrupção, entre outras. Servidores que agem de tal maneira, sem dúvida, não mais merecem a confiança do povo e, portanto, devem ser excluídos do meio do funcionalismo.

Nesse caso, a finalidade da pena objetiva recompor a ordem administrativa, que restaria seriamente comprometida e desprestigiada se nenhuma providência fosse tomada para coibir essas condutas reprováveis. A inércia da Administração importaria em risco inaceitável para o Estado, que estaria sendo representado por indivíduos desqualificados e sem a menor confiança, isso sem falar na possibilidade de contaminação das condutas ilícitas aos demais servidores, que, vendo florescer a impunidade, poderiam sentir-se tentados a agir da mesma maneira indigna.

Não é possível vislumbrar, nesse contexto, a função reeducadora da pena, mencionada em linhas precedentes, pois as penas expulsivas, uma vez aplicadas, retiram a possibilidade de retorno do servidor ao mesmo cargo. Nessas hipóteses, tamanha é a gravidade da infração, que não resta outra medida, senão a de retirar, com rapidez, do meio do funcionalismo o indivíduo que, com seu comportamento irregular, macula a própria Administração Pública. A aplicação dessas penas pode até adquirir essa feição reeducativa, mas apenas na hipótese de o servidor retornar ao serviço público, em outro cargo. Nesse caso, espera-se, esteja apto a assumir a nova função pública e nela desempenhar com dedicação os seus deveres funcionais.

Esse caráter corretivo, entretanto, não está presente naquelas penas demissórias agravadas, como a prevista no art. 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, pois, nesses casos, é vedado o retorno ao serviço público de forma definitiva. As hipóteses mencionadas na referida lei são aquelas em que o servidor comete crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

Alguns autores vislumbram, nessa proibição, afronta ao princípio constitucional que veda a aplicação de penalidades de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, CF). Muito

embora o fundamento da pena seja razoável, quando se tem em vista a questão da confiança, pois não seria de bom alvitre atribuir a tais servidores funções públicas, quando restou comprovado o seu comportamento reprovável, não parece ser justificável, por outro lado, retirar desses indivíduos a oportunidade de demonstrar que se recuperaram e que se encontram reabilitados para o exercício pleno da vida civil, merecendo, portanto, outra chance. Caso contrário, estar-se-á retirando deles a possibilidade de demonstrar que são capazes de voltar atrás nos seus maus procedimentos, e de que se encontram regenerados. Por isso, de forma mais equilibrada, poder-se-ia vedar-lhes o acesso a cargos de direção, ou outros de natureza singular, mas permitir-lhes ingressar no serviço público nos cargos de nível inferior, para depois de algum tempo, mediante o critério da progressividade, alcançar categorias mais elevadas, oferecendo-lhes, assim, a oportunidade de provar para todos que, realmente, estão reabilitados.

As penas de cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão ou função comissionada, por sua vez, são aplicadas quando presentes as mesmas circunstâncias que ensejam a aplicação da penalidade de demissão. Sua finalidade, contudo, não é reeducar os afligidos com a punição, pois esses já não se encontram em exercício de cargo público. No caso do servidor aposentado, o objetivo é fazer cessar o pagamento dos seus proventos como consequência do ato irregular cometido quando em atividade no serviço público. Se a Administração tivesse detectado a irregularidade de conduta enquanto o servidor se encontrava na ativa, certamente teria investigado o fato e ter-lhe-ia aplicado a demissão, retirando desse servidor a possibilidade de posterior aposentadoria. Não seria, portanto, razoável manter o pagamento da aposentadoira se a infração foi cometida antes do ato que a concedeu.

Admite, ainda, a Lei a conversão de exoneração de cargo em comissão ou de

função de confiança em destituição. Tal ocorre nas hipóteses em que o detentor de cargo em comissão, acusado da prática de algum ato ilícito, não possui mais a confiança do seu superior e, conseqüentemente, é exonerado do cargo; porém, posteriormente, após apuração em processo administrativo disciplinar, constata-se a autoria da infração pelo servidor exonerado daquele cargo, que, nesse caso, terá sua exoneração – que não se constitui pena, *strictu sensu* – convertida em destituição, esta sim, modalidade de penalidade disciplinar. A conversão de exoneração em destituição visa evitar benefício indevido ao servidor que merecia ser destituído, mas foi simplesmente exonerado.

#### 6. O cancelamento de penalidades disciplinares

Prevê a Lei nº 8.112/90, no seu art. 131, *caput* e parágrafo único, o cancelamento dos registros de penalidades disciplinares, nos seguintes termos:

“Art. 131 – As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

Parágrafo único – O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.”

Ao instiuir, em favor do servidor público, o cancelamento de penalidades disciplinares, inspirou-se o legislador no instituto da reabilitação previsto no art. 93 do Código Penal brasileiro, que visa assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. A reabilitação, na afirmação do penalista Ney Moura Teles, é “a recuperação, pelo condenado, do seu *status quo* anterior à condenação. Por ela, terá ficha de antecedentes ou boletim de vida progressa sem qualquer referência à condenação sofrida, vale dizer, sem nenhuma notícia do crime praticado”. “Toda e qualquer

condenação penal – explica o mesmo autor –, ainda quando a uma pena restritiva de direito ou de multa, e mesmo depois de integralmente cumprida, constitui um estigma, um sinal, uma marca na vida do condenado, acompanhando-o por todos os seus dias. Muitas vezes, cumprida a pena, continua o indivíduo a sofrer as conseqüências da condenação anterior, não conseguindo emprego lícito, recebendo a pecha de criminoso, que marginaliza e impede a sua reinserção social, que é o mais importante dos fins da pena. O direito penal, atento a esse problema, criou a reabilitação, a fim de, se não eliminar, pelo menos diminuir as conseqüências indesejáveis da condenação”<sup>99</sup>.

Passados três anos da aplicação da penalidade de advertência, ou cinco anos após a aplicação de pena de suspensão, e se, nesses períodos, o servidor punido não tiver praticado nova infração disciplinar, tais penalidades terão seus registros cancelados. O único requisito é não ter o servidor, nos períodos assinalados, praticado novo ilícito administrativo, presumindo, assim, que a disciplina foi útil para a sua reeducação. Implica dizer, noutras palavras, que a Administração “apaga” os fatos que maculam o histórico funcional do servidor quando este, *em tese*, demonstrou seu zelo e dedicação no exercício de suas atribuições funcionais, não tendo, no período de observação, cometido nova infração disciplinar. O cancelamento não é liberalidade, é direito subjetivo do servidor, cujo deferimento não pode ser negado pela Administração, sem o risco de ver seu ato questionado na esfera jurisdicional.

O cancelamento só não é possível nas hipóteses de penas de demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão ou função de confiança, porque, depois de aplicadas, rompem em definitivo o vínculo da Administração com o servidor.

Ressalte-se que o cancelamento, nos termos do parágrafo único do art. 131 da

Lei nº 8.112/90, não surte efeitos retroativos. Implica dizer que tem efeitos *ex nunc*, vigora a partir do momento do cancelamento. Não caberá, por conseguinte, ao servidor, pleitear o pagamento dos dias que lhe foram descontados em decorrência da suspensão. Também não lhe será devido o gozo de licença-prêmio, porquanto esta é concedida por quinquênio ininterrupto, e nem lhe será permitido computar o período em que permaneceu suspenso para qualquer efeito, como aposentadoria, anuênios, férias, promoção, etc. O cancelamento não estende os seus efeitos para trás, a ponto de gerar para o servidor direitos porventura perdidos por conta da punição; opera sua força apenas para a frente, esquecendo-se o passado.

A finalidade precípua do cancelamento da pena – freqüentemente inobservada pelas comissões de inquérito e pelas autoridades julgadoras – é a de propiciar aos servidores novamente indiciados por prática de ilícito administrativo o direito de não terem computadas, para efeitos de reincidência, as punições que já tiveram seus registros cancelados. Escoado o prazo estabelecido pela Lei (de três anos para o caso de penalidade de advertência e de cinco anos para o de suspensão), os registros não serão literalmente apagados, mas surtirão, dali por diante, efeitos jurídicos equivalentes aos de um verdadeiro desaparecimento. Negar esse direito a tais servidores significa reduzir a letra morta o dispositivo legal que cuida do cancelamento das penalidades administrativas, que é fundado no pressuposto de que o servidor, após determinado período de observação, reabilitou-se e, portanto, readquiriu o *status* anterior à aplicação da pena.

### 7. Conclusões

A penalidade disciplinar tem por finalidade prevenir o cometimento de ilícitos administrativos pelos demais servidores, adquirindo, assim, uma função intimidativa geral, que indica o

interesse da Administração em demonstrar que continua zelando pela normalidade do serviço público.

Ao lado dessa função preventiva, entretanto, em consonância com as modernas correntes doutrinárias, é imprescindível que se vislumbre na pena seu objetivo corretivo, que visa reeducar o servidor faltoso, reabilitando-o para o exercício diligente e dedicado do cargo público que exerce em nome da sociedade.

Na aplicação da penalidade disciplinar, caberá à autoridade competente guiar-se pelo princípio da proporcionalidade, adotando as medidas punitivas na quantidade e intensidade necessárias ao alcance da finalidade da pena, levando em consideração, ainda, as circunstâncias atenuantes e agravantes que cercaram o cometimento do fato delituoso.

As penalidades repressivas deverão ser destinadas apenas àqueles servidores totalmente desqualificados para atuarem em alguma função pública, sendo, importante, contudo, que haja uma reavaliação daquelas penas que vedam em definitivo o reingresso de servidores no funcionalismo público, no sentido de lhes permitir o acesso a cargos de natureza inferior, mantida a impossibilidade de acesso para cargos de direção.

O cancelamento das penalidades administrativas previsto no art. 131 da Lei nº 8.112/90 é direito subjetivo do servidor. Seus efeitos operam *ex nunc*, isto é, não têm o condão de retroagir à data da efetivação do ato, de modo a permitir o restabelecimento de direitos porventura suprimidos com o ato de punição. Seu objetivo básico é o de evitar que, escoado o prazo de observação, as penas canceladas sejam consideradas para efeito de reincidência na hipótese de cometimento de novas faltas disciplinares.

### Notas

<sup>1</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Malheiros, 1996, 21ª edição, p. 60/61.

<sup>2</sup> *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1950, v. 1, p. 27.

- <sup>3</sup> *Direito Administrativo Disciplinar*, Editora Malheiros, 3ª edição, p. 57.
- <sup>4</sup> *Direito Penal-Parte Geral II*, Editora de Direito, 1ª edição, 1996, p. 35/36.
- <sup>5</sup> *Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 4ª edição, p. 576.
- <sup>6</sup> *Elementos de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 3ª edição, p. 57.
- <sup>7</sup> *Código Penal Anotado*. Editora Saraiva, 2ª edição, 1991, p. 140.
- <sup>8</sup> *O Ilícito Administrativo e Seu Processo*. Editora Revista dos Tribunais, p. 191.
- <sup>9</sup> *Direito Penal-Parte Geral II*, Editora de Direito, 1ª edição, p. 252/253.

# Cláusula social: um tema em debate

Alberto do Amaral Júnior

Robert Gilpin, em livro já clássico, assinala que o comércio internacional é o mais antigo e o mais importante vínculo econômico entre as nações. Ao lado da guerra, o comércio ocupa posição central entre os fenômenos da vida internacional <sup>1</sup>.

A criação de impostos sobre as operações mercantis foi, ao longo do tempo, a principal fonte de receita utilizada pelos governos. Impérios nasceram e se desenvolveram em razão do controle exercido sobre rotas comerciais da África e da Ásia. No século XX, a tributação da atividade mercantil não tem o mesmo significado econômico, não obstante continue a ser meio de financiamento da maior relevância para muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Gilpin enumera os seguintes efeitos da expansão comercial:

- 1 – difusão tecnológica que traz maior bem-estar aos indivíduos;
- 2 – aumento da demanda que estimula o crescimento e a eficiência geral da economia;
- 3 – ampliação dos mercados, economias de escala, alto retorno dos investimentos;
- 4 – alargamento da margem de escolha oferecida aos consumidores;
- 5 – redução do preço dos *inputs*, tais como matérias-primas e componentes manufaturados com conseqüências no custo global da produção<sup>2</sup>.

Essa visão positiva do comércio não é, contudo, aceita por todas as correntes do pensamento econômico. A perspectiva varia de acordo com a posição adotada sobre o papel assumido pelo Estado em face das

Alberto do Amaral Júnior é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

transações econômicas internacionais. Três grandes famílias de teorias disputam a primazia na explicação das causas, dos objetivos e conseqüências do comércio internacional, a saber: os liberais (ou neoclássicos), os mercantilistas (ou neomercantilistas) e os estruturalistas, incluindo-se nesta categoria os partidários da teoria da dependência<sup>3</sup>. A diferença que as separa repousa no valor que consideram prioritário e no defeito que buscam corrigir mediante a intervenção da autoridade política.

Para o pensamento liberal, comércio e paz estão indissociavelmente ligados. O comércio conduz à paz ao criar vínculos positivos entre as pessoas e ao promover a harmonia dos interesses entre as sociedades. Os liberais acreditam que a criação de riqueza é obtida pela combinação eficiente dos fatores de produção. A eficiência surge, nesse sentido, como valor mais importante, concretizado pelas políticas que suprimem as restrições ao funcionamento do mercado.

O comércio livre tende a elevar o nível de bem-estar dos indivíduos e das nações. A especialização, efeito da divisão do trabalho, origina o aumento da riqueza, pois cada país produz os bens que dispõem de maior vantagem comparativa no comércio internacional.

A prática do comércio livre não traz, necessariamente, ganhos imediatos, mas apenas benefícios potenciais. A expansão do bem-estar dar-se-á no longo prazo com a adoção de políticas de especialização baseadas na lei das vantagens comparativas<sup>4</sup>.

A liberdade de comércio proporciona ganhos absolutos, mas alguns ganharão relativamente mais do que outros, devido à sua maior eficiência e capacidade natural.

Os mercantilistas e estruturalistas consideram o comércio pernicioso, porque a especialização econômica e a interdependência tornam os Estados inseguros, dependentes e vulneráveis aos acontecimentos externos. O comércio é visto como fonte de tensões políticas e econômicas que, em última instância, pode limitar a atuação dos governos nos assuntos domésticos<sup>5</sup>.

Para os mercantilistas, a busca de segurança é o valor central diante da insegurança que domina as relações internacionais. A função do governo é afastar os riscos que o funcionamento do mercado mundial impõe à sobrevivência do Estado. A coesão social, na ótica mercantilista, é o fundamento das instituições políticas, o que justificaria sacrificar outros valores para a sua manutenção, ainda que os custos fossem comparáveis aos que o Estado teria para repelir o invasor externo<sup>6</sup>.

Alexander Hamilton, um dos primeiros mercantilistas, escrevendo em pleno século XVIII, sustentava que o governo pode transformar a natureza da economia de um país e sua posição no cenário internacional ao executar as medidas adequadas a essa finalidade. Hamilton imaginava que a economia não é uma realidade em si, que não se amolda aos objetivos políticos de ordem geral. A tarefa de construção do Estado sobre põe-se aos propósitos dos agentes econômicos privados, determinando a subordinação destes às metas fixadas pelo governo.

Na Alemanha do século XIX, Friedrich List, criticando a economia política inglesa, dizia não haver uma divisão “natural” e imutável do trabalho com base na lei das vantagens comparativas. Para ele, a divisão do trabalho tinha como causa a cristalização do poder político e econômico em dado momento histórico<sup>7</sup>.

Ainda hoje, os mercantilistas indicam que a lei das vantagens comparativas é a racionalização da divisão do trabalho atualmente existente, sugerindo a formulação e execução de planos consistentes de apoio ao setor industrial. Ressaltam que, ao ignorar a função das políticas industriais, o livre comércio expõe a economia às vicissitudes e instabilidades do mercado mundial. Enquanto os liberais enaltecem as virtualidades da especialização, os mercantilistas destacam que ela reduz a flexibilidade, aumenta a vulnerabilidade da economia aos acontecimentos indesejáveis, subordina o mercado interno à economia internacional, ameaçando a indústria doméstica da qual

dependem o emprego, a segurança nacional e outros valores dignos de proteção<sup>8</sup>.

Os estruturalistas concentram atenção particular aos problemas relativos à justiça do sistema econômico. O mercado não é neutro, imune à dominação e ao poder.

O crescimento econômico desigual das diferentes partes do mundo é prejudicial aos países da África, Ásia e América Latina. Esse fato requer políticas de assistência ao Terceiro Mundo com o fito de assegurar maior equilíbrio do sistema econômico internacional. Mais igualdade exige políticas compensatórias específicas, como, por exemplo, as que concedem facilidades de crédito, preferências comerciais e ajuda aos países pobres.

Nenhuma nação parece haver optado em definitivo por uma dessas visões, excluindo terminantemente as demais. A escolha do ponto de vista que informará a condução da economia altera-se conforme a conjuntura em virtude dos interesses domésticos e das condições prevalentes na realidade internacional. A experiência dos anos noventa atesta, principalmente após o término bem sucedido da Rodada Uruguai, cujos resultados estão em sintonia com a desregulação e internacionalização dos mercados, o predomínio do livre comércio na orientação das políticas econômicas nacionais.

Na esfera internacional, os benefícios oriundos da liberdade de comércio pressupõem a ordenação do mercado global por meio de marcos jurídicos institucionais, acordados em negociações multilaterais, que garantam tanto a previsibilidade de expectativas dos agentes econômicos quanto a solução de conflitos entre as partes. O sistema regulatório assim criado deve especificar o domínio do permitido, bem como as condutas nocivas ao comércio internacional.

A palavra “direito” pode ser usada em sentido fraco e em sentido forte. A primeira acepção designa a exigência de direitos futuros, ou seja, a proteção futura de certo bem. Já a segunda indica a proteção efetiva desse bem e pode ser reivindicada perante os tri-

bunais para reparar abusos e punir os culpados<sup>9</sup>. Essa observação é importante porque, antes de receber consagração legislativa nos textos legais, os direitos humanos constituíam exigência de proteção futura de certo bem<sup>10</sup>.

A expressão *direitos humanos* supõe, no dizer de Chaïn Perelman, que toda pessoa merece respeito como sujeito moral, livre, autônomo e responsável<sup>11</sup>. O respeito à dignidade humana é, portanto, a condição necessária para elaborar uma concepção jurídica dos direitos humanos. Essa, por seu turno, realiza-se apenas mediante um sistema jurídico que imponha a cada ser humano, seja em relação a si próprio, seja no tocante aos outros homens e ao poder incumbido de proteger tais direitos, a obrigação de respeitar a dignidade humana<sup>12</sup>.

Com isso, procura-se evidenciar que a obrigação de respeitar os direitos humanos pertence não só aos indivíduos, mas também ao Estado. A limitação do poder do Estado não se opera com êxito fora dos quadros do Estado de direito e da independência do judiciário. Sem regras que disciplinem as condições para a ação das autoridades e que regulem os procedimentos que nortearão o seu comportamento, não é possível a efetiva proteção dos direitos humanos.

O reconhecimento do valor da pessoa, a despeito das divergências em torno das aplicações concretas desse princípio, permitiu, a partir de 1945, a criação de um sistema internacional de tutela dos direitos humanos. O período posterior à Segunda Guerra Mundial caracterizou-se pela proliferação dos direitos do homem de três modos diferentes:

a) aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela;

b) foi estendida a titularidade de alguns direitos a sujeitos diversos do homem;

c) o homem não é mais considerado ente genérico, mas em vista da especificidade que possui como criança, velho, doente, etc.<sup>13</sup>.

Bobbio observa que, com relação ao primeiro processo, verificou-se a passagem dos



direitos de liberdade – liberdade de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem a intervenção direta do Estado. Relativamente ao segundo processo, ocorreu a passagem do indivíduo humano para sujeitos diferentes do indivíduo, de que são exemplos a família, as minorias étnicas e religiosas, e mesmo toda a humanidade. Quanto ao terceiro processo, houve a passagem do homem genérico para o homem específico, classificado com base em múltiplos critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas)<sup>14</sup>.

No campo dos direitos econômicos e sociais, inúmeras convenções, além de os consagrar expressamente, consideraram a sua efetivação essencial para a plena dignidade humana. Essa concepção, presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, foi corroborada pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e pela atividade da OIT, que, desde a sua criação em 1919, tem-se ocupado com a formulação, por meio de convenções, recomendações, códigos e diretrizes, das regras trabalhistas de alcance geral.

O vínculo entre direitos humanos e comércio internacional residiria na ligação cada vez mais perceptível entre as vantagens comparativas em matéria comercial e as discrepâncias de regimes trabalhistas entre os países, muitas das quais resultam da violação de direitos constantes de tratados e convenções internacionais. Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de trabalho inadequadas seriam formas de “*dumping* social”, acarretando o aumento das exportações devido à queda dos custos de produção.

O tema da cláusula social, como ficou conhecida nas discussões internacionais a associação entre direitos trabalhistas e comércio, envolve pelo menos quatro dimensões principais:

a) a preocupação com as práticas desleais de comércio;

b) a busca de soluções que reduzam os níveis de desemprego nas economias que sofrem as conseqüências do processo de globalização;

c) a expansão do desconforto ético e moral com a violação dos direitos humanos;

d) o temor de que tais argumentos favorecerão o protecionismo, afetando as exportações dos países em desenvolvimento.

Encontra-se superada a fase em que as negociações sobre política comercial se concentravam, exclusivamente, no impacto que o comércio exercia no interior das fronteiras nacionais, o que colocava no centro do debate a questão das barreiras alfandegárias e não-alfandegárias. Os problemas comerciais mais relevantes requerem agora a capacidade de lidar com a profunda e complexa integração entre as múltiplas políticas governamentais. Esse fato realça a estreita conexão entre mecanismos de tutela dos direitos humanos, regimes trabalhistas e políticas comerciais.

O reflexo das disparidades de regimes trabalhistas no comércio internacional passou a merecer atenção em virtude do entrelaçamento dos mercados facilitado pelo fenômeno da globalização econômica, pelas altas taxas de desemprego no mundo desenvolvido e pelo desconforto moral provocado pela obtenção de vantagens comparativas graças a condições de trabalho indignas e até mesmo degradantes.

A União Européia e os EUA têm acusado vários países subdesenvolvidos e em desenvolvimento de praticarem “*dumping* social” ao infringir direitos trabalhistas básicos na tentativa de elevar a competitividade externa. Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem derivada da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza <sup>15</sup>.

Os países em desenvolvimento, por outro lado, afirmam que a acusação de “*dumping* social” configura uma nova

modalidade de protecionismo, pois os níveis de remuneração do trabalho estão condicionados pelo grau de desenvolvimento dos países e, dentro deles, de suas regiões, Estados e Municípios<sup>16</sup>. Com efeito, por trás da pretensa defesa de padrões trabalhistas mais equitativos, haveria tão-somente o objetivo de estimular a exportação de bens tecnologicamente avançados para as nações menos desenvolvidas, restringindo-se, ao mesmo tempo, as exportações destas para as economias industrializadas.

Não resta dúvida de que a condenação do “*dumping* social” oculta indisfarçáveis motivações protecionistas. A pressão dos sindicatos trabalhistas, agravada pelos índices de desemprego que atingem ponderáveis parcelas da população, tem sido fator decisivo na atitude que os governos norte-americano e europeus assumiram nesse particular. Não se pode negar, contudo, que o tema do “*dumping* social”, a par de notórios interesses protecionistas, indica preocupações éticas na área dos direitos humanos.

Estamos nesse ponto diante do problema relativo aos limites éticos da competição, isto é, da indagação acerca dos parâmetros que estabelecem e definem os limites da esfera dentro da qual os agentes econômicos irão atuar. É legítima a utilização de quaisquer métodos para a produção dos bens? A concorrência admite o emprego de todos os meios necessários para sobrepujar os competidores?

Na verdade, a observação da vida econômica mostra que as sociedades costumam impor restrições morais e legais ao funcionamento do mercado. Os indivíduos não são inteiramente livres para celebrar qualquer tipo de contrato. Michael Walzer denomina tais restrições de *blocked exchanges*, que incluiriam, nos EUA, desde hipóteses que abrangem a proibição do comércio de seres humanos e de cargos públicos às leis trabalhistas que disciplinam o limite máximo da jornada de trabalho<sup>17</sup>.

As concepções morais e legais fixam o âmbito do aceitável ao estipular os critérios

que determinam o lícito e o ilícito nas operações de troca. Tais concepções delimitam, em última instância, a esfera de legitimidade das transações econômicas. Encontram-se em geral refletidas nas normas que regulam a produção dos bens e a execução dos serviços.

No cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, o Pacto dos Direitos Civis e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além da grande quantidade de tratados que versam sobre questões específicas na área dos direitos humanos, não fazem outra coisa senão declarar que comportamentos são admitidos e que condutas devem merecer condenação geral. Em se tratando de direitos econômicos e sociais, a OIT, com o fim de designar o que seja moralmente aceitável na esfera do trabalho, tomou a iniciativa de definir as convenções que expressam “direitos humanos básicos”. São elas as convenções sobre liberdade de organização e de reivindicação coletiva, sobre trabalho forçado, igualdade de remuneração e sobre a proibição de discriminação no emprego. Essas convenções estão entre as mais ratificadas e a elas a OIT dedica a maior atenção. Formam, em seu conjunto, um “corpus” de direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos.

Nos dias atuais, o interesse despertado pelo tema da “cláusula social” encerra indiscutivelmente preocupações justificadas com a proteção dos direitos humanos. A ineficácia dos direitos econômicos e sociais em grande parte das regiões do globo acarreta a falta de liberdade de organização sindical, o emprego de mão-de-obra infantil, as discriminações e o recurso ao trabalho forçado, provocando visível desconforto junto à opinião pública internacional. Essa maior sensibilidade ética muitas vezes se traduz tanto em pressão para que os governos imponham barreiras à importação dos bens assim produzidos, fato que exprime postura nitidamente protecionista, quanto para que a comunidade internacional crie meca-

nismos institucionais apropriados para sancionar os Estados que transgridam os direitos humanos.

Datam de final do século XIX as primeiras tentativas de relacionar direitos humanos e comércio internacional. O empenho verificado para prescrever o tráfico internacional de escravos e para banir o trabalho forçado insere-se nessa perspectiva.

O Tratado de Versalhes, produto da Conferência de Paz de Paris de 1919, obrigava os signatários a envidar esforços para assegurar e manter condições justas e humanas de trabalho na produção dos bens que integram o comércio internacional. A Carta de Havana, elaborada pelos participantes da Conferência Internacional sobre o Comércio e o Emprego, que previu a criação da Organização Internacional do Comércio, continha dispositivo específico em que os Estados, após reconhecer que as condições iníquas de trabalho afetam negativamente as operações comerciais, comprometiam-se a eliminá-las em seu território.

A Organização Internacional do Comércio, porém, jamais entrou em funcionamento, dada a recusa do Congresso dos EUA em aprovar o ingresso do país naquela organização. A crença de que a OIC substituiria o GATT acabou por impedir a inclusão do capítulo trabalhista da Carta de Havana entre as normas do Acordo Geral de Comércio e Tarifas.

Desde então, o governo norte-americano tem procurado, sem sucesso, corrigir essa omissão<sup>18</sup>. Em 1983, foi rejeitada a proposta dos EUA de inserir no GATT uma cláusula sobre direitos trabalhistas, haja vista a falta de disposição das partes para definir o que se deve entender por práticas desleais nesse setor. Em 1979, durante a Rodada Tóquio, os EUA propuseram a adoção de um código de direitos trabalhistas, iniciativa que recebeu o apoio somente de alguns governos escandinavos.

As pressões sindicais somadas às dificuldades encontradas para incorporar ao GATT regras trabalhistas deram origem a movimentos que propugnaram pela intro-

dução de tais normas na legislação comercial americana. Algumas leis instituíram a possibilidade de outorga de concessões comerciais aos países que adotarem regimes trabalhistas equitativos. Um dos primeiros diplomas legais a consagrar essa previsão foi o *Caribbean Basin Economic Recovery Act* (CBERA), que isenta dos tributos de importação numerosos produtos originários de países da bacia do Caribe. A referida isenção está condicionada ao fato de o Estado beneficiário assegurar o exercício de liberdade de associação e de participação em negociações coletivas, proibir o trabalho forçado e o uso abusivo da mão-de-obra infantil.

Merece destaque, também, o *Generalized System of Preferences* (GSP), cuja finalidade é conceder benefícios fiscais a produtos provenientes dos países em desenvolvimento. O *Trade and Tariff Act* de 1984 adicionou os direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente entre os fatores que afetam a outorga de tratamento privilegiado. Já o *Overseas Private Investment Corporation Act* (OPIC) dispõe sobre os projetos de investimentos privados nos países em desenvolvimento, garantindo o investidor norte-americano contra eventuais riscos políticos. Em 1985, foram acrescentados os direitos trabalhistas aos requisitos para a autorização de investimentos no exterior.

Os críticos do OPIC apontam os efeitos negativos das suas restrições para os países em desenvolvimento. Salientam que as empresas norte-americanas no exterior em geral pagam salários mais elevados, fornecem maiores benefícios e níveis superiores de segurança no trabalho que os oferecidos pelas empresas locais<sup>19</sup>. A não-execução de projetos em razão do descumprimento dos direitos trabalhistas pode privar o Estado receptor de avanços na área social, além, evidentemente, de impedir que as nações em desenvolvimento obtenham maiores benefícios comerciais, atraiam novas empresas e possam desenvolver novas tecnologias<sup>20</sup>.

O direito norte-americano vale-se, também, da noção de práticas desleais para a

aplicação de sanções comerciais aos países que mantêm regimes trabalhistas abaixo dos níveis considerados aceitáveis. O *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 (OPCA) introduziu modificação na Seção 301 do *Trade Act* de 1974, a qual autoriza o *US Trade Representative* (USTR) a adotar medidas contra qualquer ato, política ou prática que limite ou restrinja o comércio dos EUA com outras nações. Essa norma tem sido usada para impor sanções aos Estados que vedam o livre acesso dos produtos americanos.

O OPCA incluiu o respeito aos direitos trabalhistas entre as causas que ensejam a atuação do USTR.

Importa frisar, porém, que a prática a que alude a seção 301 não será reputada *unreasonable* se o USTR concluir que o país estrangeiro tenha tomado ou esteja tomando providências que demonstrem progressos significativos na salvaguarda dos direitos humanos, ou se a mesma não prejudicar o desenvolvimento econômico dos EUA.

O *North American Agreement on Labour Corporation* (NAALC), firmado em 1993 pelos EUA, México e Canadá, no contexto do NAFTA, determinou que o descumprimento dos direitos trabalhistas em certas áreas pode desencadear a aplicação de sanções comerciais. O acordo parte da premissa de que a desobediência aos padrões trabalhistas avançados caracteriza prática competitiva desleal.

A associação entre direitos trabalhistas e comércio promovida pela legislação interna norte-americana exemplifica o que recentemente vem sendo chamado *unilateralismo agressivo*, ou seja, a imposição de sanções comerciais aos Estados que não respeitam alguns direitos trabalhistas básicos. A legislação americana, contudo, não compreende os múltiplos aspectos admitidos internacionalmente como necessários para assegurar a tutela dos direitos trabalhistas. Uma das mais notáveis omissões refere-se à discriminação no emprego com base na raça, sexo, religião, opinião política, origem social ou nacionalidade. Deve-se notar, a

esse propósito, que os EUA ratificaram somente a Convenção 105 sobre a abolição do trabalho forçado, deixando de ratificar as demais convenções que a OIT incluiu no rol das que consagram direitos humanos básicos na área trabalhista. Além disso, a forma como os direitos trabalhistas se encontram regulados possibilita ampla margem de discricionariedade às autoridades administrativas, que podem escolher, em cada caso, o *standard* a ser aplicado.

Por último, o recurso ao unilateralismo para punir os países cujas exportações não se ajustam aos requisitos impostos pela legislação norte-americana é conseqüência direta do declínio econômico e comercial dos EUA nas décadas de 70 e 80. Segundo Regis P. Arslanian, em 1950 os EUA detinham 40,3% do PNB mundial. Em 1980, esse percentual caiu para 21,8%. No mesmo período, a parcela da Europa subiu de 21,2% para 29,8%, a do Japão de 1,6% para 8,8%. A participação dos países em desenvolvimento elevou-se de 12,7% em 1950 para 17,9% em 1980<sup>21</sup>.

Em 1950, os EUA exportavam o equivalente a 16,7% do valor total das exportações mundiais, cifra que foi reduzida para 10,9% em 1980. Nesse período, as exportações européias cresceram de 33,4% para 40,4%, e as do Japão de 1,4% para 6,4%<sup>22</sup>.

O incremento das exportações japonesas e dos países recém-industrializados da Ásia e da América Latina, o aumento do *defficit* comercial americano, que passou de 36 bilhões de dólares (1,3%) do PNB em 1980 para 171 bilhões de dólares (3,8%) do PNB em 1987, a avidez pela conquista de novos mercados, a percepção de que os governos estrangeiros deveriam eliminar as barreiras em matéria de serviços, investimentos e propriedade intelectual, setores em que as vantagens competitivas dos EUA são mais pronunciadas, a preocupação em lançar uma nova rodada multilateral de negociações devido às insuficiências dos instrumentos oferecidos pelo GATT, notadamente os mecanismos de solução de

controvérsias, e a crença de que a deterioração da balança comercial resultava de práticas desleais adotadas por outros estados estimularam as reivindicações protecionistas por parte de sindicatos e entidades de classe. As mudanças na legislação comercial nos anos setenta e oitenta, coroada pela reforma em 1988, responsável pela modificação na seção 301, que tem sido denominada de “super 301” e “especial 301”, refletiram o fortalecimento dos sentimentos protecionistas em voga na sociedade americana. O *free trade*, cada vez mais, cede lugar ao *fair trade*, concebido para reduzir o impacto da perda das vantagens competitivas dos EUA na economia mundial.

Durante os encontros preliminares que precederam o início da Rodada Uruguai, os EUA procuraram inserir o tema dos direitos trabalhistas na agenda de negociações. O delegado norte-americano ao Comitê preparatório afirmou, na oportunidade, que

“os EUA não pretendiam impor o seu padrão salarial ao resto do mundo ou negar as vantagens comparativas legítimas das nações em desenvolvimento. Visam, antes, assegurar que a expansão comercial não é um objetivo em si mesmo, pois ela beneficia os trabalhadores em todos os países e contribui para a realização das finalidades do GATT”<sup>23</sup>.

Os países em desenvolvimento recusaram-se a iniciar qualquer discussão sobre padrões trabalhistas, mesmo diante da promessa de que os EUA não investigariam supostas violações desses direitos. A Declaração Ministerial de Marrakesh não fez qualquer menção aos direitos trabalhistas.

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, OMC, o tema foi objeto de dois *non papers* apresentados, respectivamente, pelos EUA e pela Noruega. O documento americano sugere a criação de grupo de trabalho para o exame de padrões trabalhistas essenciais, tais como o direito de organizar e reivindicar coletivamente, a proibição de trabalho forçado, a proibição de formas exploratórias do trabalho infantil e não-

discriminação no emprego ou ocupação<sup>24</sup>. O documento da Noruega, por sua vez, manifesta a intenção de manter o diálogo sobre meios para elevar os padrões trabalhistas em nível mundial e sobre a contribuição do comércio para esse fim<sup>25</sup>.

Muitos países desenvolvidos, além de organizações internacionais de grande expressão, continuam a enfatizar a intrínseca relação entre comércio e direitos humanos. Publicado em 1980, o relatório da Comissão Brandt sobre as relações norte-sul destacou que a salvaguarda dos direitos trabalhistas é fator capaz de ampliar o comércio e incentivar o crescimento da economia. As recomendações apresentadas propunham que a introdução nas legislações internas dos *standards* aceitos pela comunidade internacional desempenharia papel relevante para evitar a competição desleal e promover a liberalização do comércio. O Banco Mundial, o FMI e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento têm demonstrado que a proteção dos direitos humanos deve ser levada em conta na concessão de empréstimos ao terceiro mundo.

Os países em desenvolvimento contestam tais argumentos, afirmando que essa vinculação constitui limitação inaceitável à sua soberania, impedindo que possam beneficiar-se das vantagens comparativas resultantes dos baixos custos da mão-de-obra. Aduzem, em apoio a essa tese, que adotar os padrões trabalhistas europeus causaria a rigidez do mercado de trabalho, fato que na Europa concorreu para aumentar o desemprego e reduzir drasticamente as taxas de crescimento.

Mais do que tomar posição no debate que divide opositores e defensores da “cláusula social”, convém assinalar alguns pontos fundamentais que o permeiam, apontando as tendências com maior probabilidade de se consolidar nos próximos anos. Ao contrário do que em princípio se imaginara, o custo da mão-de-obra continua a representar fator relevante na competitividade das economias.

Baixos salários e o descumprimento dos direitos trabalhistas são importantes vantagens comparativas no comércio internacional. Essas vantagens não se manifestam apenas no comércio entre as nações desenvolvidas e em desenvolvimento. A presença, no mercado internacional, de produtos exportados por países asiáticos que dispõem de regimes trabalhistas inferiores aos recomendados pela OIT acentuou ainda mais o contraste entre condições de trabalho, chamando a atenção para o reflexo que provocam no intercâmbio entre as nações.

A globalização da economia pôs em evidência o conflito entre dois interesses dos trabalhadores – a preservação do emprego e a melhoria das condições de trabalho. Não se descarta a hipótese diante do novo quadro que se esboça, caracterizado, de um lado, pela substituição do modelo fordista pelo “paradigma da especialização flexível da produção” e pelo acirramento da competição global, de outro, de que os trabalhadores renunciem a lutar por melhores condições de trabalho em troca da manutenção do emprego. Na busca frenética de novos mercados, muitos governos não desejam abdicar das vantagens comerciais que advêm da redução do custo do fator trabalho provocada pela violação das convenções internacionais.

A globalização econômica intensificou extraordinariamente a competição comercial: pequenas alterações de custo repercutem nas vantagens comparativas dos países, fato que as torna cada vez mais voláteis. Jagdish Bhagwati indica três fenômenos que constituem fontes de preocupação dos países desenvolvidos em face dos efeitos do processo de globalização:

1 – A vulnerabilidade e a viabilidade internacional das economias refletem as novas vantagens comparativas, de natureza volátil e caudalosa. As empresas passam a observar o comportamento das competidoras estrangeiras para verificar se as diferenças em termos de políticas e instituições domésticas lhes conferem benefícios “inde-

vidos”, que configurariam *unfair trade*. A proliferação das reivindicações em favor do *fair trade* nos países desenvolvidos, visando harmonizar as políticas e instituições domésticas como pré-requisitos para o comércio livre, expressa o caráter caudaloso das novas vantagens comparativas.

2 – O sentimento de insegurança econômica com o aumento das taxas de desemprego, deflagrado pelas mudanças tecnológicas na esfera da produção, foi consideravelmente reforçado pelas novas vantagens comparativas.

3 – A globalização favorece, em alguma medida, o declínio dos salários reais dos trabalhadores não-qualificados. Tais trabalhadores permanecem, em média, menos tempo no emprego, recebem treinamento durante período mais reduzido e são atingidos por fortes perdas salariais<sup>26</sup>.

Esse quadro alimenta as pressões protecionistas para a imposição de barreiras às exportações dos países em desenvolvimento, entreabrindo a possibilidade de que venha a se agravar o contencioso comercial nesse terreno. Se as diferenças de padrões trabalhistas tendem a desempenhar papel cada vez mais proeminente nas disputas internacionais, a principal questão que se afigura consiste em identificar que instrumentos serão usados para solucionar esses conflitos. Nessa linha, cabe indagar se prevalecerão os meios unilaterais em que os governos lançam mão de normas instituídas pelo ordenamento jurídico interno, sobretudo pela legislação comercial, a exemplo do que sucede com os EUA, ou se predominarão as instâncias multilaterais surgidas do assentimento das partes.

Os EUA e vários países desenvolvidos insistem em que a Organização Mundial do Comércio, OMC, é o foro adequado para tratar do tema da “cláusula social”. Essa tese, como é fácil perceber, revela inconvenientes e dificuldades. Primeiro porque a proposta, que não conta nem mesmo com a concordância de todas as nações desenvolvidas, é ardentemente repelida pelos países em de-

envolvimento. Segundo porque a vocação eminentemente comercial da OMC não aconselha que ela venha a se ocupar também de assuntos trabalhistas. O temor dos países em desenvolvimento reside nos riscos de que a vinculação entre interesses comerciais e questões trabalhistas desencadeie iniciativas protecionistas em larga escala, comprometendo gravemente as suas exportações.

Em terceiro lugar, conferir à OMC a função de investigar e punir os Estados que exportam bens produzidos em desconformidade com regras destinadas a promover o intercâmbio comercial de acordo com a perspectiva dos países desenvolvidos não significa genuína preocupação com os direitos humanos. A mera repressão, nesse caso, em nada ajudaria a superar os problemas sociais do mundo em desenvolvimento, razão última do desrespeito aos direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente. Sem programas de cooperação técnica que viabilizem o desenvolvimento econômico, não é possível qualquer evolução consistente dos padrões trabalhistas internos. O objetivo de dotar a OMC de competência punitiva nessa área exprimiria o protecionismo das nações desenvolvidas receosas da perda de vantagens comparativas em certos domínios.

Finalmente, tratar a desobediência a direitos trabalhistas como simples práticas desleais de comércio importaria em perverter a noção de direitos humanos. Seria equipará-la a expedientes econômicos voltados ao aumento da competitividade, graças ao desvirtuamento das regras de mercado, e não visualizá-la como obstáculo à realização da dignidade humana.

No plano acadêmico, Daniel S. Ehrenberg, em artigo recente, sugere a criação de um regime multilateral que reúna a participação conjunta da OIT e do GATT-OMC para prevenir e reprimir a violação dos direitos trabalhistas que interferem no comércio internacional<sup>27</sup>. A OIT concorreria com a competência alcançada nas áreas da cooperação técnica e da supervisão, ao passo que a OMC contribuiria com a experiência

obtida em matéria de práticas desleais de comércio e com o seu sofisticado sistema de solução de controvérsias, além do respectivo procedimento de implementação das decisões adotadas.

O regime a ser criado desdobrar-se-ia em duas fases distintas. A primeira fase (*determination phase*) consistiria em determinar se houve violação dos direitos trabalhistas na produção dos bens que integram a pauta do comércio internacional. Já a segunda (*remedial phase*) concentrar-se-ia na indicação das medidas – programas de cooperação técnica, procedimentos de certificação e eventuais penalidades – necessárias para eliminar as infrações cometidas, fixando-se o prazo para o seu cumprimento. Gozariam de legitimidade para promover reclamações os Estados, sindicatos patronais e trabalhistas.

Proposta a reclamação, caberia a um comitê permanente, composto por nove membros – quatro designados pela OIT, quatro escolhidos pela OMC e um indicado por ambas as organizações –, pronunciar-se sobre a admissibilidade da queixa formulada. A reclamação, uma vez admitida, originaria a instalação de um *panel* para a solução de disputas formado pela OMC e OIT. O *panel*, constituído por sete membros, cuja escolha obedeceria aos mesmos critérios para a composição do comitê de admissibilidade, incumbir-se-ia da preparação de um relatório abordando todas as questões suscitadas pela queixa. O relatório especificaria o período de tempo razoável para o cumprimento das recomendações apresentadas, bem como programas de assistência técnica, procedimentos de certificação e possíveis contra-medidas.

Persistindo as violações, seria estabelecido o *remediation committee*, com a atribuição de deliberar sobre o prazo para os governos cumprirem as providências propostas e para a execução de contra-medidas e sanções econômicas.

A cooperação entre a OIT e a OMC operar-se-ia no curso de ambas as etapas. Na primeira fase, competiria à OIT apurar as

infrações aos direitos trabalhistas, devendo a OMC analisar o seu impacto para os fluxos comerciais, analogamente ao que acontece nos casos de *dumping* ou subsídios. Na segunda fase, a coordenação entre a OIT e a OMC seria igualmente decisiva, já que nenhuma delas estaria em condições de administrar isoladamente qualquer das fases. Essa cooperação proporcionaria benefícios mútuos, criando sinergias positivas e permitindo a apreciação mais ampla da relação entre comércio e práticas trabalhistas.

As contra-medidas e sanções econômicas seriam usadas unicamente na hipótese de fracasso de outros meios menos drásticos. Inicialmente, deveria ser levado a efeito um programa de cooperação técnica administrado pela OIT. Programas de certificação destinar-se-iam a assegurar que os produtos elaborados com a violação dos direitos trabalhistas não participassem do comércio internacional.

A aplicação das contra-medidas e sanções econômicas teriam lugar em situações extremas, intensificando-se no decorrer do tempo.

Essa proposta representa meritório esforço para superar o impasse hoje existente. Não obstante a criatividade que exhibe, dificilmente contaria com o apoio da comunidade internacional. Os países em desenvolvimento, que formam a esmagadora maioria nas organizações internacionais, rejeitam qualquer participação da OMC na apuração de infrações aos direitos trabalhistas.

Parece mais plausível, por isso, quer por razões funcionais, quer por motivos de prudência política, que a OIT se converta em foro privilegiado para o tratamento da violação dos direitos trabalhistas. Desde a sua criação, a OIT vem dedicando-se à tarefa de definir os direitos trabalhistas, empenhando-se em prol da sua aceitação internacional. A meta de acompanhar a evolução dos acontecimentos nesse campo conduziu à elaboração de um complexo sistema de monitoramento, que compreende a apresentação de relatórios pelos Estados e a análise

destes pelo Comitê de Especialistas, o questionamento dos representantes estatais na conferência anual da OIT, visitas aos países membros e a publicação da violação dos direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente.

Esse sistema possibilitou avanços significativos a despeito das deficiências que apresenta. Verificou-se, em número apreciável de Estados, melhoria acentuada das condições de trabalho após a ratificação das convenções celebradas sob os auspícios da OIT. Estados cujo comportamento fora objeto de censura voltaram a receber assistência da OIT ou estabeleceram contato mais estreito com a organização no momento em que ocorreram mudanças políticas internas.

A carta constitutiva da OIT, porém, não autoriza o uso da força armada ou de sanções econômicas contra o Estado que não acate as suas decisões. À semelhança das demais organizações internacionais que cuidam dos direitos humanos, ela deve confiar, em última instância, no cumprimento voluntário das recomendações que fizer.

A falta de *enforcement powers* é sem dúvida fator limitante para a eficácia dos direitos trabalhistas no âmbito internacional. Essa é, aliás, uma das causas principais que levou os EUA e diversos outros países desenvolvidos a considerá-la foro inadequado para o tratamento da "cláusula social".

As evidências sugerem a necessidade de dotar a OIT de um sistema sancionatório mais efetivo, voltado simultaneamente para a consecução de objetivos éticos no domínio dos valores e para a repressão das infrações aos direitos trabalhistas enquanto direitos humanos. Mais do que prever medidas punitivas, utilizadas apenas em situações excepcionais, é necessário que a reforma a ser introduzida vise a contemplar programas mais ambiciosos de cooperação técnica, abrangendo a reformulação da legislação doméstica, a imposição de penalidades mais severas às transgressões cometidas, o aperfeiçoamento dos instrumentos de ação estatal, estímulos a campanhas de edu-



cação pública, desenvolvimento de processos produtivos mais eficientes, programas de erradicação da pobreza e de alfabetização.

No contexto atual, a tendência com maior probabilidade de se consolidar no plano multilateral é deixar à OIT a competência para lidar com o tema da violação dos direitos trabalhistas, aprimorando-se os mecanismos de implementação das decisões adotadas. O êxito dessa tendência depende, porém, da superação de alguns desafios.

Seria necessário, em primeiro lugar, fortalecer os programas de cooperação técnica capazes de propiciar o cumprimento dos tratados e convenções internacionais. O financiamento desses programas exige recursos, e somente poderiam ser obtidos se houvesse maior disposição de fornecê-los por parte das nações desenvolvidas.

Em segundo lugar, as sanções existentes teriam que ser ao mesmo tempo politicamente viáveis e praticamente exequíveis. A dificuldade, nesse âmbito, é estabelecer que tipos de sanção os países estão dispostos a aceitar, já que algumas delas poderiam ter reflexos negativos sobre suas exportações. Proibir a negociação de um produto no mercado internacional por ter sido elaborado com o emprego de mão-de-obra infantil provoca muitas vezes efeitos indesejáveis, concorrendo para agravar o desemprego, estimular a prostituição e elevar os índices de criminalidade.

É evidente que a OIT não estaria em condições de cercear as vantagens comparativas que os países em desenvolvimento auferem em função da existência de padrões trabalhistas distintos. Ela se desfiguraria se fosse utilizada para impor a equalização dos custos mediante regimes trabalhistas que eliminem as vantagens comparativas dos países em desenvolvimento.

Deve-se advertir, por outro lado, que a eficácia de tal sistema requer a adesão das nações desenvolvidas. Sem o comprometimento com as regras multilateralmente acordadas, a adoção de medidas unilaterais tenderia a aumentar, ampliando-se o

protecionismo. Sob o pretexto de atuar na defesa de padrões trabalhistas mais equitativos, a expansão do “unilateralismo agressivo” teria como resultado prático transferir parte dos problemas advindos com a perda das vantagens comparativas do norte em certas áreas, o que contribuiria para deteriorar ainda mais a exclusão social do sul.

### Notas

<sup>1</sup> Robert Gilpin, with the assistance of Jean M. Gilpin, *The Political Economy of International Relations*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, copyright 1987, p. 171.

<sup>2</sup> Robert Gilpin, op. cit., pp. 171, 172.

<sup>3</sup> Susan Strange, *States and Markets*. Pinter Publishers, London, 1988, p. 174.

<sup>4</sup> Robert Gilpin, op. cit., pp. 173, 174.

<sup>5</sup> Robert Gilpin, op. cit., p. 171.

<sup>6</sup> Susan Strange, op. cit., pp. 174, 175.

<sup>7</sup> Robert Gilpin, op. cit., p. 181.

<sup>8</sup> Robert Gilpin, op. cit., p. 183.

<sup>9</sup> Norberto Bobbio, “Direitos do Homem e Sociedade”, in *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 67.

<sup>10</sup> Norberto Bobbio, op. cit., pp. 67-83.

<sup>11</sup> Chaïm Perelman, *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, Martins Fontes, São Paulo, 1996, pp. 400,401.

<sup>12</sup> Chaïm Perelman, op. cit., pp. 400,401.

<sup>13</sup> Norberto Bobbio, op. cit., p. 68.

<sup>14</sup> Norberto Bobbio, op. cit., p. 68.

<sup>15</sup> Celso Lafer, “Dumping Social”, in *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, coordenadores: Luiz Olavo Baptista, Hermes Marcelo Huck, Paulo Borba Casella, Editora LTR, São Paulo, 1994, p. 162.

<sup>16</sup> Celso Lafer, op. cit., p. 162.

<sup>17</sup> Dani Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?* Institute for International Economics, Washington, DC, 1997, p. 35. Vide Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. Basic Books, New York, 1983.

<sup>18</sup> R. Michael Gadbow and Michael T. Medwig, “Multinational Enterprises and International Labor Standards - Which Way for Development and Jobs?” in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Edited by Lance A. Compa and Stephen F. Diamond, University of Pennsylvania Press, USA, 1996, p. 143.

<sup>19</sup> R. Michael Gadbow and Michael T. Medwig, op. cit., p. 149.

<sup>20</sup> R. Michael Gadbaw and Michael T. Medwig, op. cit., p. 149. Vide Drusilla K, Brown, Alan V. Deardorff, Robert M. Stern, "International Labor Standards and Trade: A Theoretical Analysis", in *Fair Trade Harmonization - Prerequisites for Free Trade?* Edited by Jagdish Bhagwati, Robert E. Hudec, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1996.

<sup>21</sup> Regis P. Arslanian, *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*. Instituto Rio Branco, Brasília, 1994, p. 16.

<sup>22</sup> Regis P. Arslanian, op. cit., p. 16. Vide Philip Alston, "Labor Rights Provisions in U.S. Trade Law" - "Aggressive Unilateralism"? In *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Edited by Lance A. Compa and Stephen F. Diamond, University of Pennsylvania Press, USA, 1996. Vide Corrado Pirzio

- Birroli, "A European View of the 1988 U.S. Trade Act and Section 301", in Jagdish Bhagwati, *Aggressive Unilateralism*, p. 261.

<sup>23</sup> R. Michael Gadbaw and Michael T. Medwig, op. cit., p. 151.

<sup>24</sup> Celso Lafer, *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1998, p. 57.

<sup>25</sup> Celso Lafer, op. cit., pp. 57-58.

<sup>26</sup> Jagdish Bhagwati, Arthur Lehman, *The Global Age: From a Sceptical South to a Fearful North*, Printed at United Nations, Geneva, June 1997, pp. 10, 11.

<sup>27</sup> Daniel S. Ehrenberg, "From Intention to Action - An ILO-GATT/WTO Enforcement Regime for International Labor Rights" in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Edited by Lance A. Compa and Stephen F. Diamond, University of Pennsylvania Press, USA, 1996, p. 163 e ss.

# Agências reguladoras

Arnoldo Wald e  
Luiza Rangel de Moraes

## Sumário

1. Introdução. 2. As agências reguladoras. Sua natureza jurídica, independência e nível de especialização. 2.1. Natureza jurídica das agências reguladoras. 2.2. Independência das agências reguladoras. 2.3. Especialização das agências reguladoras. 3. Da competência das agências reguladoras e da delegação de poderes. 3.1. Delegação de atribuições à agência reguladora. 4. Da composição de conflitos entre poder concedente e concessionária. 4.1. Da arbitragem. 5. Da participação do usuário. 6. Controle administrativo e judicial dos atos da agência reguladora. 7. A interação entre as agências reguladoras e o CADE.

## 1. Introdução

O Estado está, sem dúvida, passando por uma completa reforma, com vistas à modernização, que segue, necessariamente, o modelo adotado para o financiamento da infra-estrutura, abrangendo as privatizações, as concessões e as parcerias de modo geral.

Desatrela-se, assim, o Poder Público das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos.

No contexto da regulação, a dualidade – intervenção estatal *versus* livre concorrência – implica, essencialmente, a definição de regras estáveis e capazes de assegurar o aprimoramento no desempenho dos serviços

Arnoldo Wald é Advogado e Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Luiza Rangel de Moraes é Advogada, Mestre em Direito Empresarial, associada de Wald e Associados Advogados.

públicos, tornando-os mais eficientes, regulares e com preços módicos.

Os instrumentos regulatórios precisam ser concebidos de forma abrangente, permeando por entre os campos de prevenção *antitrust*, de defesa do consumidor, de proteção do meio ambiente, de definição de políticas tarifárias, de fixação de planos de investimentos para os concessionários e de fiscalização efetiva da qualidade do serviço, entre outros aspectos.

Assim sendo, os principais setores de atividades econômicas de serviços públicos estão desenhando e fortalecendo a sua estrutura regulatória.

É sensível o gradual aprofundamento da normatização, à medida que são editados os diplomas reguladores, sendo possível afirmar que o aprendizado surge da experiência com a identificação de situações novas.

Consoante já se afirmou no âmbito dos debates relacionados à reforma do Estado, a regulação deve começar mínima, com poucas regras, de natureza geral, por algumas razões importantes:

“1) É praticamente impossível antecipar comportamentos, principalmente nos casos de privatização.

2) Para não pôr em risco o sucesso da política de liberalização, deve-se evitar o surgimento, no curto prazo, de conseqüências negativas imprevisíveis e difíceis de corrigir rapidamente. Como essas conseqüências são altamente prováveis, mas não se pode antecipá-las, quanto menos regulação, menores as chances de efeitos colaterais, na primeira fase, que é politicamente a mais crítica do processo.

3) Regulação adicional, baseada no acompanhamento do processo concreto de desenvolvimento do setor, em novas bases, tende a ser mais eficaz.

4) Como não dispõe de informação sobre a dinâmica, a lógica e as tendências do novo ambiente que se está

criando na indústria desregulada, a regulação prévia tende a estar contaminada pela cultura tomada no antigo quadro regulatório, que se quer reformar<sup>1</sup>.”

Outra fonte de reflexão consiste na quebra do antigo padrão, composto de normas minuciosas e burocráticas, quando, muitas vezes, a desregulamentação é a medida correta para estimular a competitividade. Identificar a situação e o momento de afrouxar as “amarras” regulatórias é tarefa muitas vezes complexa e difícil de ser implementada. E essa diretriz passa pela formulação do conceito de serviço público.

Ainda no âmbito das concessões de serviços públicos, estão surgindo as Agências Reguladoras, com jurisdição nos diversos setores de serviços públicos concedidos pela União, inspiradas em sistemas regulatórios europeus e norte-americanos.

Justificou a criação desses entes reguladores, entre outros motivos, a necessidade de dotar-se um órgão independente dos poderes para exercer o controle da execução dos contratos de concessão e a fiscalização dos serviços e das concessionárias, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas e até resolvendo conflitos entre os agentes, envolvidos na prestação de determinado serviço público.

As leis, as normas regulamentares editadas pelas agências reguladoras e os próprios contratos de concessão constituem os aparatos regulatórios aptos a traçar o quadro regulatório conveniente à satisfação dos interesses públicos e à entrada de novos recursos financeiros e tecnológicos indispensáveis à sustentação da infra-estrutura.

## *2. As agências reguladoras. Sua natureza jurídica, independência e nível de especialização*

Paralelamente à disciplina legislativa e regulamentar, que reúne as normas e critérios ordenadores de cada um dos setores objeto de concessão de serviços públicos ao empresário privado, surgem os

organismos constituídos pelo Poder Público, para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários.

Serão, a seguir, colocadas várias questões jurídicas relevantes envolvendo o quadro regulatório em que se inserem as agências nacionais reguladoras dos serviços de energia elétrica – ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; de telecomunicações – ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e de petróleo e gás – a ANP – Agência Nacional de Petróleo; além de serem referidas as agências reguladoras estaduais.

### *2.1. Natureza jurídica das agências reguladoras*

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, criada mediante a Lei nº 9.427, de 26/12/96, adota a configuração jurídica de autarquia especial e exerce as atribuições previstas para o poder concedente, nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987/95, além de outras inerentes à implementação de políticas do Governo Federal para o setor elétrico<sup>2</sup>.

Para o setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, órgão regulador desse segmento, entidade integrante da administração pública federal indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, com sede no Distrito Federal, muito embora possam ser estabelecidas unidades regionais<sup>3</sup>.

Salientando a constituição das agências reguladoras como autarquias integrantes da administração indireta do ente político titular da competência para a prestação do serviço público, no §2º do art. 8º da Lei nº 9.472/97 está disposto que a natureza jurídica de autarquia especial conferida à ANATEL é caracterizada pela independência

administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, criou a ANP – Agência Nacional do Petróleo, entidade integrante da administração federal indireta, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para atuar como órgão regulador da indústria do petróleo, em todas as suas acepções, e como órgão fiscalizador das atividades que se desenvolvem nesse setor econômico. Para que possa desincumbir-se das atribuições que lhe foram legalmente conferidas, a Lei dotou-a da natureza jurídica de autarquia especial.

No setor de gás natural, tendo em vista que o monopólio de distribuição de gás canalizado pertence aos Estados, por força do art. 25, §2º, da Constituição Federal, a entidade reguladora deve ser criada em nível dos Estados, para exercer as competências inerentes a tal atividade, sendo que, no tocante às demais atividades, de atribuição da ANP, poderão ser firmados convênios entre a agência reguladora federal e a agência reguladora estadual, para o exercício, por esta, das funções inseridas na sua órbita de atuação<sup>4</sup>.

### *2.2. Independência das agências reguladoras*

Tem-se entendido que uma regulação eficiente deve atender a dois requisitos essenciais: *a independência da agência reguladora* (definida como a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais) e *a escolha de instrumentos que incentivem a eficiência produtiva e alocativa*<sup>5</sup>.

Nos EUA, as agências reguladoras são independentes<sup>6</sup>. Na Europa e no Japão, a regulação é exercida pelos ministérios setoriais. No Reino Unido, foram recentemente instituídas agências autônomas

setoriais para regular os seus serviços públicos privatizados<sup>7</sup>.

São identificadas quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.

“A independência decisória consiste na capacidade da agência de resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada. A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma agência com um número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes. A independência de instrumentos é a capacidade da agência escolher os instrumentos de regulação – tarifas, por exemplo – de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível. Finalmente, a independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação<sup>8</sup>”.

Em geral, a direção e a administração dos entes regulatórios estão a cargo de órgãos colegiados, que recebem a denominação de diretoria, conferidas funções específicas aos membros que a compõem.

As pessoas físicas que desempenham cargos na diretoria desses entes regulatórios estão submetidas a um regime de incompatibilidades para o exercício de função pública e às normas específicas próprias a cada entidade e ao segmento que está a seu

cargo regular. Outros requisitos podem ser ainda exigidos, como pré-requisito à ocupação desses cargos, tais como especialização técnica, aferida por meio de antecedentes técnicos comprovados e até de seleção aberta para a postulação de cargos<sup>9</sup>.

A independência funcional, que deve ser assegurada como pressuposto para que o órgão possa desempenhar com autonomia suas funções, evitando a influência política na gestão da entidade, pode ser viabilizada mediante a garantia da estabilidade e inamovibilidade dos diretores e dos métodos de escolha e destituição desses dirigentes<sup>10</sup>, e até pela autonomia financeira, com geração de recursos próprios, por meio de exigibilidade de taxa de regulação<sup>11</sup> ou de fiscalização<sup>12</sup>, instituída na própria lei de criação do ente regulador.

Para tanto, a destituição de dirigentes de entes regulatórios deve estar sempre relacionada com o descumprimento de suas funções, apurável por meio de procedimentos de caráter objetivo<sup>13</sup>.

Considera Augustin Gordillo que a proteção aos usuários não pode ser absoluta, tendo em vista que não assume hierarquia superior a outros objetivos da política legislativa. Em tal sentido, afirma o mencionado autor, os entes regulatórios não se limitam a exercer a tutela e a representação dos usuários, mas têm de cumprir todos os demais fins instituídos na lei de sua criação. Sua função básica consiste em buscar a conjugação dos interesses em jogo e contribuir, desse modo, para que se alcance a harmonia social, mediante procedimentos inovadores, como o das audiências públicas<sup>14</sup>.

No fundo, a questão é definir se a independência conferida às agências reguladoras se realiza nos dois níveis: a independência legal, conferida pela lei de sua criação, e a independência real, que depende de outros fatores, além das disposições legislativas, como, por exemplo, o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada, a qualidade de seu

corpo técnico, a disponibilidade de recursos para o seu funcionamento e até mesmo as personalidades de seus diretores<sup>15</sup>.

Salientou um dirigente do antigo DNA-EE (hoje ANEEL), à época em que se discutia a modelagem do ente regulador de serviços de eletricidade, que a preconizada função de equilíbrios, para ser eficazmente desempenhada pelo órgão regulador, exige o atendimento de alguns requisitos essenciais:

a) o regulador deve deter legitimidade político-administrativa no desempenho da regulação dos serviços, que, no Brasil, passa pela ativação do canal de comunicação com o Conselho dos Consumidores, criado pela Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993;

b) deve ter uma clara e assegurada autonomia na condução do processo decisório sobre tarifas;

c) sua direção deve ser estável, protegida contra pressões naturais da própria indústria de energia elétrica; e

d) sempre que possível ou pertinente, o processo regulatório deve ser desempenhado descentralizadamente, em articulação com esferas governamentais mais próximas do mercado para o qual estão sendo prestados os serviços<sup>16</sup>.

Observando a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), é possível constatar o grau de independência que tem sido concebido para esses entes.

Verifica-se, de início, que a independência de instrumentos da primeira – ANEEL – parece estar comprometida, na medida em que fica estipulado que, nos três primeiros anos de sua existência, as tarifas terão os reajustes e revisões definidos pelo Ministério ao qual se vincula<sup>17</sup>.

Quanto à independência decisória, a ANEEL é dotada de características de nomeação de dirigentes que garantem essa independência. Será dirigida por um diretor-geral e quatro diretores, em regime de

colegiado, devendo um deles assumir o papel de “ouvidor” e zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, apurando e solucionando as reclamações dos usuários. Os diretores serão nomeados pelo Presidente da República, dependendo de aprovação prévia do Senado Federal, para cumprir mandatos não-coincidentes de quatro anos<sup>18</sup>.

Foi estabelecido na lei, também, que o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou por via administrativa, será precedido de audiência pública<sup>19</sup>.

No tocante à independência de objetivos, como antes conceituada, a ANEEL detém atribuições que ostentam características de independência, como as que estão relacionadas ao zelo pela boa qualidade do serviço, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, até trinta dias, das providências tomadas; o estímulo ao aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação da energia; o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço<sup>20</sup>.

Quanto às políticas do setor energético, a ANEEL apenas atua como apoio técnico ao Conselho Nacional de Política Energética, órgão vinculado à Presidência da República e ao Ministério das Minas e Energia, que tem por atribuição definir e propor ao governo federal as políticas do setor, aptas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com as políticas nacionais e a legislação vigente<sup>21</sup>.

No tocante à sua administração, está a ANEEL subordinada ao cumprimento de um contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo, que constituirá o instrumento de controle da atuação administrativa e avaliação de seu desempenho<sup>22</sup>.

No que concerne à independência financeira, a lei criadora da ANEEL dotou-a de receita financeira própria, obtida por meio de taxa de fiscalização instituída na própria Lei nº 9.427/96, correspondente a 0,5% do benefício econômico anual dos fiscalizados<sup>23</sup>.

Já a lei de criação da Anatel explicita a independência do órgão, nos níveis administrativo, financeiro e funcional, mediante a ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira<sup>24</sup>. Assegura, assim, a Lei nº 9.472/97 a atuação independente do órgão regulador, ao qual fica legalmente assegurada toda e qualquer prerrogativa necessária ao exercício de sua competência<sup>25</sup>.

Vê-se, contudo, na Lei nº 9.472/97, que o Poder Executivo reservou-se determinadas atribuições específicas, relacionadas aos serviços de telecomunicações, que serão exercitadas por meio de decreto<sup>26</sup>.

Regulamentando o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.472/97, e dispondo sobre a estrutura organizacional da ANATEL, o Decreto nº 2.338, de 7/10/97, aprovou o regulamento da Agência – sua organização, instalação, gestão financeira e seus agentes, definindo sua competência, a composição de seus órgãos superiores –, conselho diretor e conselho consultivo, a sua estrutura organizacional e os princípios que devem reger o exercício de suas atividades.

Quanto à autonomia financeira, num primeiro momento, o Poder Executivo está autorizado, pela lei de criação da Anatel, a realizar as despesas e os investimentos necessários à sua instalação, podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas a atividades finalísticas e administrativas do Ministério das Comunicações, inclusive do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. Também por força de lei, serão transferidos à ANATEL os acervos técnico e patrimonial, bem como as obrigações e direitos do Ministério das Comunicações, correspondentes

às atividades a ela atribuídas pela Lei nº 9.472/97<sup>27</sup>. A fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei de Orçamento Anual e sua programação orçamentária e financeira não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho<sup>28</sup>.

O Título V – arts. 47 a 53 – trata das receitas da Agência e disciplina legal da Taxa de Fiscalização e Funcionamento, prevendo, basicamente, que o produto da arrecadação das taxas de fiscalização, de instalação e de funcionamento tratado na Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, destinar-se-á ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, que passará a ser administrado pela ANATEL, inclusive para proporcionar o atendimento de despesas correntes e de capital realizadas no exercício de sua competência.

Quanto à liberdade de contratação de obras e serviços, a lei de criação da Agência impõe restrições. De acordo com o disposto no art. 54 da Lei nº 9.472/97, a Anatel está sujeita ao procedimento licitatório para as contratações de obras e serviços de engenharia civil, sendo que, para outras contratações, poderão ser utilizados os procedimentos de consulta e pregão, de forma a garantir um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência<sup>29</sup>.

No tocante à estrutura organizacional, a lei instituidora da ANATEL estabeleceu que a Agência terá um conselho diretor como órgão máximo, um conselho consultivo, uma procuradoria, uma corregedoria, uma biblioteca e uma ouvidoria<sup>30</sup>:

– Conselho Diretor: composto por 5 membros escolhidos pelo Presidente da República, com mandato de 5 anos. As decisões serão tomadas por maioria absoluta, sendo garantida a independência de cada conselheiro, que deverá fundamentar seu voto<sup>31</sup>.

– Conselho Consultivo: órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência, sendo composto por membros indicados pelo Senado Federal, Câmara dos Deputados, Poder Executivo, entidades de classe, enti-



dades representativas dos usuários e entidades representativas da sociedade, com mandato de um ano<sup>32</sup>.

– Ouvidoria: o ouvidor será nomeado pelo Presidente da República e será responsável pela elaboração de apreciações críticas sobre a atuação da Agência<sup>33</sup>.

A Lei nº 9.472/97 reforça o caráter de independência da Anatel, na medida em que deixa ao seu cargo a decisão de último grau nas matérias de sua alçada, sempre admitido o recurso ao seu conselho diretor<sup>34</sup>.

Ao criar a ANP – Agência Nacional do Petróleo, a Lei nº 9.478/97 atribuiu-lhe independência decisória ao fixar o procedimento de escolha dos seus dirigentes e de garantia de conservação dos mandatos de seus membros. A ANP será dirigida por uma diretoria, que atuará em regime de colegiado, composta por um diretor-geral e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação de seus nomes pelo Senado Federal. Seus mandatos serão de quatro anos, não-coincidentes, sendo permitida a recondução ao cargo<sup>35</sup>. Para a nomeação dessas pessoas, foi estabelecido um regime de incompatibilidades que enumera situações impeditivas do exercício dos referidos cargos de direção e que teve por objetivo salvaguardar os atributos de independência decisória e funcional<sup>36</sup>. Dentro do mesmo regime, os membros do colegiado, quando terminados os respectivos mandatos ou exonerados, ficarão impedidos de exercer cargos ou de prestar qualquer tipo de serviço a empresas públicas ou privadas integrantes da indústria do petróleo ou relacionadas com a sua distribuição, ou a órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou a ela vinculados, sob pena de vir a ser considerada a violação a esses impedimentos como prática de advocacia administrativa<sup>37</sup>.

A ANP tem poderes para resolver pendências entre agentes econômicos, entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo. A apreciação dessas questões pela Diretoria da ANP

far-se-á em sessões deliberativas que serão públicas. Por outro lado, a agência observará, obrigatoriamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade que devem nortear todo e qualquer ato administrativo que emita, devendo observar as normas procedimentais estabelecidas no seu regimento interno<sup>38</sup>.

A independência de objetivos da ANP pode ser evidenciada a partir da sua responsabilidade pela implementação da política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, as quais devem visar à preservação dos interesses nacionais, à promoção do desenvolvimento e ampliação do mercado de trabalho, à valorização dos recursos energéticos, à proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos, à proteção do meio ambiente e conservação de energia, a garantir o fornecimento de derivados do petróleo em todo o território nacional, como preconiza o art. 177 da Constituição Federal, à incrementação da utilização do gás natural, à busca de soluções para o adequado suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País, à utilização de fontes alternativas de energia, à promoção da livre concorrência, ao incremento de investimentos na produção de energia e, finalmente, à ampliação da competitividade das empresas nacionais no mercado internacional<sup>39</sup>.

A par desses objetivos programáticos, incumbe à ANP o atendimento às necessidades de suprimento e abastecimento nacionais de combustíveis, antes desempenhadas pelo Departamento Nacional de Combustíveis, a delimitação de blocos onde serão exercidas as atividades de exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo e seus derivados, a outorga de autorizações e concessões e, ainda, os demais encargos regulatórios que lhe foram atribuídos pela Lei<sup>40</sup>.

Em nível de independência de instrumentos, a ANP detém a capacidade legal de outorgar autorizações e concessões para a execução de serviços especializados do setor

de petróleo e gás natural; de dispor acerca das normas de regência dos procedimentos seletivos de licitação para a realização dos serviços acima aludidos; de estabelecer critérios para o cálculo de tarifas e para o arbitramento de seus valores, e para a realização de outras atividades conducentes ao atingimento dos objetivos que lhe incumbe prover<sup>41</sup>.

Finalmente, a independência financeira da ANP encontra-se assegurada pela disponibilidade de recursos materiais<sup>42</sup> e humanos<sup>43</sup> expressamente previstos na Lei e essenciais à sua capacitação para o exercício das atribuições cuja execução lhe compete.

Constituem receitas da ANP<sup>44</sup>:

- as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

- parcela das participações governamentais em bônus de assinatura e participações especiais<sup>45</sup>, de acordo com as necessidades operacionais da ANP, consignadas no orçamento aprovado;

- os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, excetuados os referidos no item anterior;

- as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

- o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica;

- os valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade; e

- os valores decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, excluído, porém, o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras<sup>46</sup>.

Os recursos oriundos da participação do governo no pagamento pela ocupação ou

retenção de área<sup>47</sup> serão destinados ao financiamento das despesas da ANP para o exercício das atividades que lhe foram atribuídas pela Lei nº 9.478/97.

Quanto aos recursos humanos de que poderá dispor, a ANP tem autorização legal para contratar especialistas para a execução de trabalhos nas áreas técnica, econômica e jurídica, bem como para contratar, por prazo não superior a trinta e seis meses, o pessoal técnico imprescindível à implantação de suas atividades<sup>48</sup>. A ANP poderá contar, ainda, integrando sua estrutura organizacional, com a assessoria de um procurador-geral<sup>49</sup>. O Poder Executivo deverá, no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da publicação da Lei nº 9.478/97, aprovar a estrutura regimental da ANP<sup>50</sup>.

No tocante à independência de objetivos, como antes conceituada, comparando as duas agências nacionais de energia – a ANEEL e a ANP –, a primeira parece ostentar características de maior independência que a segunda. Entre as atribuições da Aneel estão as relacionadas ao zelo pela boa qualidade do serviço, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, até trinta dias, das providências tomadas; o estímulo ao aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação; o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço. De outro lado, as funções da ANP são mais fortemente ligadas ao planejamento do que, propriamente, à atividade típica de uma agência reguladora, não se incluindo, expressamente, entre as suas funções, as ligadas aos direitos e interesses do usuário<sup>51</sup>, embora se possa considerá-las implícitas, especialmente no futuro, quando se desenvolver amplamente o mercado concorrencial no setor.

Com relação à área de competência estadual, no campo do gás natural, registre-se a criação da Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), pelo Estado de São Paulo, nos termos da Lei Complementar

nº 833, de 17/10/97, nos moldes das agências reguladoras federais. Trata-se de autarquia especial e independente, incumbida de regular, controlar e fiscalizar a geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia, naquilo que lhe couber originariamente ou por delegação<sup>52</sup>.

O setor de transportes passa por uma fase de adaptação e reformulação regulamentar, na busca de sua estruturação regulatória. A partir das experiências de regulação de outros setores de serviços públicos, a exemplo da ANEEL, da ANATEL e da ANP, poder-se-ia cogitar, tanto para os setores ferroviário e rodoviário, quanto para a atividade administrativa portuária, do exemplo da autoridade reguladora, independente e dotada de atribuições para implementar a regulamentação e o controle dos serviços e tarifas, de forma a tornar as normas regulamentares transparentes e aptas a estimular a concorrência e evitar as práticas abusivas pelas concessionárias.

### 2.3. Especialização das agências reguladoras

Outro aspecto relevante diz respeito à especialização do ente regulador, ou seja, a criação de uma agência para cada atividade, ou a criação de um único órgão para a regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos, dividido em departamentos específicos para cada um dos setores de atividades.

Com efeito, há uma grande diversidade de serviços públicos, em vários segmentos de atividades econômicas, com características diferenciadas de demanda, de investimento, de tecnologia, como, por exemplo, água, eletricidade, telecomunicações, rodovias, gás, petróleo, etc.

Constata-se em outros países a tendência pela especialização. No exemplo argentino, cada uma das entidades regulatórias tem a sua competência regulamentarmente delimitada de acordo com o princípio da especialidade, conforme esteja voltada aos segmentos de gás, eletricidade e água, para citar os mais relevantes. Entre esses fins,

estão arrolados não só os relacionados à proteção dos usuários, mas, também, outros, dirigidos à regulação do mercado e incentivos a determinadas atividades<sup>53</sup>.

Nos EUA, também se observa a existência de agências reguladoras especializadas: a *Interstate Commerce Commission* (ICC) regula os setores de ferrovias, transporte de carga e abastecimento de água; a *Federal Communication Commission* (FCC), os segmentos de telefonia, radiodifusão e de TV a cabo; a *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), as áreas de energia elétrica, gás natural e petróleo.

É importante considerar que há segmentos de atividades em que o serviço público é prestado de forma monopolística - como, por exemplo, na área da eletricidade-, exigindo, muitas vezes, da ação regulatória uma verdadeira simulação das condições de uma concorrência perfeita ao mesmo tempo em que deve adotar mecanismos para estimular a eficiência, a competição e a concorrência, a eficiência na prestação de serviços e a alocação adequada dos investimentos.

A preocupação com a regulação dos monopólios naturais é evidenciada nos Estados Unidos, tanto em nível de agências reguladoras federais, como estaduais<sup>54</sup>.

Na organização da indústria do gás natural, nos Estados Unidos, observa-se que as instituições de direito público ocupam um lugar de destaque para a regulação (*regulation*) de diferentes indústrias de rede, estruturando-se em nível estadual, por meio de diferentes *public commissions*, que funcionam com elevado grau de autonomia com relação à administração federal.

Sob outro ângulo, a concepção dos novos entes reguladores deverá observar os cuidados necessários, de modo a evitar o excessivo intervencionismo estatal, que acaba por impedir a formação de um mercado competitivo, estimulador da eficiência das empresas prestadoras de serviços.

Para que se possa alcançar esse resultado, é essencial que as entidades reguladoras sejam dotadas de estruturas de gestão aptas

a conjugar o exercício das funções de atribuição do poder concedente com a harmonia necessária às relações entre este, a concessionária e os usuários, por meio de canais decisórios abertos, abrangendo as audiências públicas, mas não se limitando a realizar as mesmas, e devendo encontrar outras formas de diálogo com a sociedade.

Ainda, as normas de estruturação da atuação desses órgãos regulatórios devem ser suficientemente claras e precisas, de forma a trazer segurança e confiança à coletividade interessada, direta ou indiretamente, na atividade concedida, que lhe compete regular e fiscalizar.

Assim, parece viável admitir que a especialização da agência reguladora traz o maior aperfeiçoamento das suas atividades, a exemplo do que se observa em outros países – EUA, Reino Unido e Argentina, entre outros.

Como vimos, no Brasil, as agências federais são especializadas<sup>55</sup>. Por outro lado, observa-se, em alguns estados brasileiros, a opção por agências reguladoras que reúnem as funções inerentes à regulação e à fiscalização de todos os serviços públicos cuja prestação for delegada à iniciativa privada, por meio de concessões e permissões.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi criada, por lei, uma entidade reguladora única – a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, ASEP/RJ –, para a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços públicos estaduais<sup>56</sup>.

Quanto ao segmento de exploração dos serviços de gás canalizado, integrante da competência estadual, de acordo com o disposto no art. 25, § 1º, da Constituição Federal, duas situações poderão ser observadas:

– a de atribuir-se tal competência regulatória e fiscalizatória às agências estaduais autônomas, criadas com atribuição dirigida a todos os serviços públicos objeto de concessão, permissão e autorização do Estado; ou

– ser constituída uma agência reguladora autônoma, exclusivamente

para a área de energia, abrangendo os serviços de eletricidade e os de gás canalizado – a Comissão de Serviços Públicos de Energia, criada, no Estado de São Paulo, pela Lei Complementar nº 833/97, já acima referida.

### *3. Da competência das agências reguladoras e da delegação de poderes*

As competências dos entes regulatórios derivam necessariamente da lei, em sentido formal, elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo. Só por exceção, fundada em razões de emergência ou urgência, pode-se admitir a chamada auto-atribuição de competência, mediante medida provisória ou, eventualmente, nos limites em que for cabível, de decreto contendo regulamentos.

Sobre a delegação de competências aos entes reguladores, convém estabelecer determinadas balizas legais. Ou seja, há de ser preservado o “Estado de Direito”, evitando atribuições que ostentem caráter absoluto, situação de sujeição indefinida de determinadas pessoas aos poderes públicos, distorcendo, assim, a regra geral de que as restrições às liberdades constituem uma exceção ao sistema de direitos e garantias constitucionais.

As competências conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto à sua natureza e à sua extensão. A eles são conferidas as atribuições administrativas relacionadas à fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições dadas pelos contratos de concessão, abrangendo desde o controle sobre a fixação de tarifas até as sanções de natureza disciplinar, além das que têm por objeto a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência e forma de evitar os abusos do poder econômico.

Além disso, o quadro das competências atribuídas nos marcos regulatórios oferece uma ampla gama de poderes regulamentares, tanto em matéria de segurança e de procedimentos técnicos, medição e faturamento

dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados, quanto em matéria de aplicação de sanções. Também quanto a esses aspectos, devem ser respeitados todos os princípios que regem a atribuição de competência, notadamente o da legalidade<sup>57</sup>.

Não constam expressamente, na Lei de Concessões, os princípios, diretrizes e regras gerais aos quais deve obedecer o ordenamento das agências reguladoras, o que dificulta o atingimento de uma certa uniformidade quanto a certos pontos essenciais, quais sejam, os concernentes às suas funções, objetivos e principais atribuições, à sua estrutura organizacional e de custeio, à formatação jurídica do órgão e do seu grau de independência em relação ao Poder Público.

Entre os objetivos que são atribuídos às entidades reguladoras estão os relacionados à promoção da eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária. Essa nova função estatal, que tende a proteger o funcionamento eficiente de todo o ciclo econômico, com o propósito de melhorar a qualidade de vida das pessoas, vem a suprir um papel que antes o Estado não assumia no campo da regulação econômica, em que a tônica da sua atuação no exercício do poder de polícia, algumas vezes, baseava-se em mecanismos que desconsideravam a realidade de mercado e acabavam, muitas vezes, por alterar artificialmente a oferta e a demanda<sup>58</sup>.

Os entes regulatórios, como órgãos administrativos que são, não têm competência para atuar fora das normas que definem as suas atribuições, baseadas geralmente e principalmente na especialidade, conferidas em razão do segmento específico em que atuam.

Como todo agente administrativo, estão, portanto, essas entidades adstritas aos

princípios informadores dos atos administrativos em geral, devendo basear sua atividade nas disposições legais, sendo-lhes vedada a imposição de ônus e de penalidades que não estejam previstos na lei, tanto quanto não podem criar obrigações para os concessionários que não encontrem amparo na lei e no contrato de concessão<sup>59</sup>.

No que tange à delegação para o exercício de funções normativas, ela encontra sua natural limitação em sede legislativa, cabendo à lei definir as atribuições delegadas, que irão traduzir-se em regulamentos baixados com base nos poderes atribuídos aos entes regulatórios, que podem ser designados, nas palavras de Augustin Gordillo, como regulamentos de integração<sup>60</sup>. Já a subdelegação, que só é admitida excepcionalmente, só pode ter lugar se houver expressa previsão legal<sup>61</sup>.

A primeira questão jurídica consiste em observar as atribuições inerentes ao poder concedente, conferidas às agências reguladoras, pelas suas leis de criação, transformando-as em autênticas *longa manus* do poder concedente.

As atribuições do poder concedente, denominadas “encargos” pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13/2/95), estão definidas no Capítulo VII, nos arts. 29 e 30, desse diploma legal, abrangendo:

a) o controle e a fiscalização da execução dos serviços e das obrigações da concessionária;

b) a homologação de reajustes e revisões;

c) o zelo que a Administração deve ter para assegurar a prestação de serviço adequado e o atendimento aos direitos dos usuários;

d) as providências do Poder Público, necessárias à execução do serviço público ou da obra necessária para a sua realização (desapropriações e constituição de servidões);

e) a implementação de estímulos à qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente, competitividade e à formação de associações de usuários.

Muito embora o contrato de concessão contenha as regras regulamentares e econômicas da concessão, todas as normas que vierem a ser baixadas pela agência reguladora, dentro dos poderes que lhe foram delegados por lei, passam a ser aplicáveis aos contratos já firmados, considerando a prerrogativa do Poder Público de exercer o *ius variandi*, ou seja, de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço, desde que mantidas as cláusulas econômicas atinentes à remuneração da concessionária ou do permissionário, que são intangíveis por força de garantias constitucionais, legais e contratuais<sup>62</sup>.

A Lei de Concessões reforça esse preceito de ordem pública, delegando ao Poder Concedente competência para exercer a atividade regulamentar, modificando, quando for necessário, as regras de serviço, sempre no sentido de zelar pela adequada e regular execução do objeto da concessão, com vistas ao seu constante aperfeiçoamento, para atendimento das melhores e mais modernas condições técnicas e operacionais. O poder de modificar unilateralmente o contrato administrativo é irrenunciável pela Administração Pública, conforme já prelecionaram os tratadistas franceses<sup>63</sup>, mas não pode onerar o concessionário, quebrando ou alterando a equação econômico-financeira.

Compete ao poder concedente, ainda, editar normas regulamentares claras e completas sobre as etapas e instrumentos dos processos fiscalizatório, interventivo e punitivo, definindo os meios e os prazos para o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, por parte do concessionário ou do permissionário, sempre com observância do devido processo legal (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

As atribuições do poder concedente não se esgotam, contudo, no estabelecimento de regras, mas dele se exige, no novo ordenamento das concessões, uma efetiva atuação e dinâmica, principalmente no âmbito da prevenção de práticas nocivas à perfeita execução do objeto da concessão ou da

permissão, inclusive implementando a participação da comissão mista de representantes do poder concedente e dos usuários, no exercício do controle e da fiscalização do devido cumprimento das obrigações fixadas no contrato de concessão ou permissão. Cabe-lhe, enfim, efetivar um sistema eficaz de atendimento ao usuário, que deverá prever a obrigatória resposta aos seus reclamos, em trinta dias, informando sobre a adoção das providências cabíveis.

Os incisos X, XI e XII do art. 29 da lei de concessões (Lei nº 8.987, de 13/2/95) atribuem ao poder concedente as funções de estimular o aumento de qualidade, produtividade, preservação e conservação do meio ambiente; competitividade e formação de associação de usuários, tudo com a finalidade maior de criar condições adicionais para o aprimoramento dos serviços concedidos. Diante da delegação de poderes, que nasce da lei criadora das agências reguladoras, estão elas legitimadas e habilitadas a adotar os procedimentos e práticas administrativas destinadas a alcançar tais finalidades.

A ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427/96, tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, bem como promover a articulação com os Estados e o Distrito Federal para o aproveitamento energético dos cursos de água e a compatibilização com a política nacional de recursos hídricos<sup>64</sup>, objeto da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

Compete especialmente à ANEEL<sup>65</sup>:

a) implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074/95;

b) promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias

de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

c) definir o aproveitamento ótimo do qual tratam os §§2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074/95;

d) celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

e) dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

f) fixar critérios para o cálculo do preço de transporte de que trata o §6º do art. 15 da Lei nº 9.074/95, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

g) estabelecer, com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

h) zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, na forma a ser estabelecida em regulamento;

i) fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de

instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos 12 meses anteriores à lavratura do auto de infração.

Para o segmento de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 dotou a ANATEL das atribuições necessárias ao atendimento ao interesse público, no âmbito de sua competência, especialmente<sup>66</sup>:

a) implementar a política nacional de telecomunicações;

b) representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações;

c) elaborar e propor a adoção de medidas referentes ao plano geral de metas e outorgas;

d) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

e) editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

f) celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público<sup>67</sup>;

g) controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público;

h) administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas para os satélites, expedindo as respectivas normas;

i) editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções aos concessionários e permissionários;

j) expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

k) expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado;

l) expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

m) expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

n) expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

o) deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

p) reprimir infrações dos direitos dos usuários;

q) rever periodicamente os planos gerais de metas e outorgas; e

r) promover interação com os países do Mercosul.

A Lei nº 9.478/97 dotou a ANP de competência específica para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo, cabendo-lhe, principalmente<sup>68</sup>:

a) implementar a política nacional de petróleo e gás natural, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

b) promover estudos visando à delimitação de blocos para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;

c) regular a execução dos serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não exclusivas;

d) elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção do petróleo e dos seus derivados,

celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

e) autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação;

f) estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores;

g) fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções previstas em lei, regulamento ou contrato;

h) instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;

i) fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional de petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente;

j) estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, refino e processamento;

k) organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo;

l) consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas concessionárias e permissionárias, responsabilizando-se por sua divulgação;

m) fiscalizar o adequado funcionamento do sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

n) articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético



sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE;

o) regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; e

p) exercer as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool.

### *3.1. Delegação de atribuições à agência reguladora*

O poder concedente dos serviços públicos – sejam de competência da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município –, enquanto titular de tal competência, outorgada constitucionalmente, responde pela efetiva prestação desse serviço público, realizando-o diretamente, por meio dos órgãos da administração pública, ou indiretamente, delegando-o a empresas particulares, por meio dos institutos da concessão, permissão ou autorização.

Delegando a prestação de serviço de sua competência à empresa privada, incumbe ao poder concedente, por intermédio dos órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade do serviço e da sua regularidade, mediante mecanismos fiscalizatórios, além de assegurar aos usuários o atendimento a seus direitos ao serviço adequado e a uma tarifa módica (ou no mínimo razoáveis).

Buscando tal fim, são constituídas as agências reguladoras, dotadas de estrutura funcional independente – autarquias especiais –, entidades integrantes da administração indireta do titular da competência, legitimadas, na forma da lei, para o desempenho das funções reguladoras, de controle e de fiscalização dos serviços concedidos.

Um aspecto jurídico que tem sido debatido diz respeito à possibilidade de um ente político (União, Estado ou Município), ao

qual a Constituição atribuiu a competência para a prestação de determinado serviço público, delegar à entidade regulatória criada por outro ente político o exercício das funções reguladoras e fiscalizadoras da atividade que tem a seu cargo.

Com efeito, em princípio, conforme antes salientado, as competências outorgadas pela Constituição são suscetíveis de delegação ou de cessão, pelas pessoas jurídicas investidas daqueles poderes.

A doutrina<sup>69</sup> ressalta a natureza jurídica do convênio e a sua diferença em relação ao contrato. Mediante o convênio, ato administrativo complexo, da modalidade pública do gênero acordo, uma entidade pública coopera com outra para satisfação de um interesse público. Aliás, no direito constitucional brasileiro, já tivemos o reconhecimento da validade dos convênios firmados entre vários municípios para determinados fins (art. 23, parágrafo único, da CF/88). São acordos de colaboração ou parceria que podem ocorrer entre entidades que integram a administração da mesma pessoa de direito público<sup>70</sup> ou que pertencem ou estão vinculadas a pessoas de direito público diferentes, do mesmo nível<sup>71</sup> ou de nível distinto<sup>72</sup>. É até possível a realização de convênios entre entidades administrativas de dois países diferentes, que não se confundem com os tratados internacionais<sup>73</sup>.

Assim sendo, parece-nos juridicamente viável que uma agência reguladora federal celebre convênio com o Estado no qual os serviços concedidos serão prestados, para as atividades complementares, inerentes à regulação, controle e fiscalização de serviços pelo primeiro concedidos ou permitidos.

Tal mecanismo afigura-se útil em face da proximidade espacial da autoridade estadual para controlar e fiscalizar um serviço concedido pela União, executando misteres complementares que possibilitam o instrumental necessário ao desempenho eficiente dessas atribuições do poder concedente, que, todavia, não implica renúncia de sua competência constitucional ligada à concessão de serviços públicos.

Os contratos administrativos e convênios apresentam diferenças estruturais, funcionais, teleológicas e patrimoniais, conforme assinala a doutrina. A distinção estrutural se refere ao conteúdo da vontade expressa pelas partes: enquanto no contrato as partes visam a objetivo diverso, no acordo ambas pretendem alcançar o mesmo fim. Como distinção funcional se entende a que está ligada ao interesse que se pretende satisfazer: no contrato, as partes compõem seus interesses, enquanto no acordo, elas os unificam por serem comuns. A distinção teleológica diz respeito à satisfação específica do interesse público: o contrato é finalístico, pois, sendo a Administração Pública uma das partes, ela obtém a satisfação do interesse público mediante a prestação da outra parte, enquanto, por meio do acordo, que se afigura instrumental, o atingimento do interesse público se dá pela via da cooperação entre entidades públicas, ou de colaboração entre entidade pública e entidade privada. Quanto à diferença, sob o ponto de vista patrimonial, esta se relaciona com a transferência econômica, que está presente nos contratos e é estranha ao acordo de natureza pública, em que se estrutura como se exercerá a competência para melhor atuar. Há, na verdade, no contrato, a criação de obrigações, enquanto, no acordo, o que se dá é uma estipulação de deveres que apenas acarretarão responsabilidades se do seu descumprimento advier dano para uma das partes, hipótese de incidência da responsabilidade civil aquiliana (art. 159 do Código Civil).

Assim, o convênio, enquanto acordo de natureza pública, não envolve, nem pode envolver, transferência de competências constitucionais para prestação de determinado serviço público, mas pode instrumentalizar um acordo de cooperação para o exercício da regulação e da fiscalização, por meio do ente regulador integrante da administração indireta de outro ente político, permanecendo sob a pessoa jurídica de direito público, titular da competência, a

responsabilidade pela regular e adequada prestação da atividade pública envolvida.

Portanto, o que pode validamente ser objeto de convênio de cooperação celebrado até mesmo com uma agência reguladora inserida na estrutura administrativa de outro ente político são os encargos de execução, o que não implica renúncia da atribuição constitucional de competências pelo ente político que dela é titular.

No setor de eletricidade, a lei criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) prevê expressamente a celebração de convênios com os Estados e o Distrito Federal para o exercício de atribuições fiscalizatórias das concessões, sob a avaliação e acompanhamento da ANEEL<sup>74</sup>.

Do mesmo modo, no setor do petróleo, a Lei nº 9.478/97 concede à ANP competência específica para:

- a) fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato<sup>75</sup>; e
- b) regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios<sup>76</sup>.

No âmbito estadual, a Comissão de Serviços Públicos de Energia, criada pela Lei Complementar nº 833/97, no Estado de São Paulo, para atuar no setor de energia, agirá, no setor de eletricidade, por delegação da ANEEL e, no setor de petróleo e gás, por delegação da ANP, só exercendo as atribuições próprias do Estado enquanto poder concedente dos serviços públicos de gás canalizado. A Comissão terá por finalidade, de acordo com a sua lei de criação, regular, controlar e fiscalizar a qualidade do fornecimento de energia e os preços, as tarifas e as condições de atendimento aos usuários

dos serviços, bem como a geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia.

A delegação aos Municípios e Estados, pela União Federal, também foi a fórmula encontrada para a exploração de rodovias ou obras de rodovias federais, ou ainda de portos, competindo ao ente político delegatário constituir a autoridade portuária, que irá promover a administração do porto, objeto dessa outorga<sup>77</sup>.

#### 4. Da composição de conflitos entre poder concedente e concessionária

##### 4.1. Da arbitragem

Tem sido observado que as leis criadoras dos entes regulatórios das concessões, nas diversas áreas e em vários sistemas jurídicos, têm atribuído a essas entidades poderes para dirimir controvérsia entre terceiros<sup>78</sup>, estabelecendo, em alguns casos, a obrigatoriedade da jurisdição<sup>79</sup> e, em outros, a facultatividade da utilização de tal atividade jurisdicional<sup>80</sup>.

No entanto, tendo em vista que a agência reguladora é também considerada uma extensão do poder concedente, na medida em que reúne as suas funções, não deverá, em tese, ter o encargo de dirimir os conflitos entre o concedente e a concessionária, emergentes da interpretação do próprio contrato de concessão<sup>81</sup>, especialmente tratando-se de um instrumento contratual no qual o Estado não se coloca como ente soberano<sup>82</sup>.

Todavia, considerando-se o grau de independência que deve ter a agência, é admissível conceber que possa, eventualmente, ter uma competência quase judicial. Para tanto, seria preciso que se constituísse, no âmbito da mesma, uma “Câmara Especial”, que, não sendo dotada de competência administrativa, esteja apta a julgar os conflitos entre o poder concedente e o concessionário. Tal solução constituir-se-ia na organização de uma forma de contencioso administrativo, funcionando, em relação às

concessões, como os Conselhos de Contribuintes atuam em matérias fiscais, ou como o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional no tocante à área bancária, sem prejuízo da posterior apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito.

Assim, poderíamos ter um contencioso administrativo – desde que separado dos órgãos de decisão administrativa – que funcionaria como uma outra instância administrativa, sem prejuízo do posterior recurso ao Poder Judiciário.

Registre-se que, no Reino Unido, existe uma clara separação de funções e de instrumentos regulatórios. Enquanto a *Monopolies and Mergers Commission* foi criada para exercer o papel de agência reguladora exclusiva para a arbitragem de conflitos em geral, outra entidade – *National Audit Office* – exerce a atividade de auditoria das agências setoriais, que são especializadas e específicas para cada setor (água, eletricidade, gás, saneamento básico, telecomunicações).

Para as situações de conflito entre as partes de um contrato, parece-nos que a solução, em nível extrajudicial, deve estar entregue a um ente julgador, equidistante das partes e por estas previamente escolhido, segundo regras já conhecidas e neutras, em moldes a conferir a justa decisão às situações conflituosas, trazendo equilíbrio, confiabilidade e segurança à execução do contrato.

Nesse sentido, tem sido adotado, em diversos contratos de concessão, o juízo arbitral como meio eficaz de composição de divergências contratuais das partes nesse contrato<sup>83</sup>.

Encontra debate, no campo doutrinário e entre autoridades administrativas, a viabilidade jurídica da arbitragem, em relação aos conflitos decorrentes do contrato de concessão, sob o argumento de que a Administração Pública não estaria autorizada, em razão da existência dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, a abrir mão do direito de recorrer ao Judiciário, utilizando-se de todos os meios a seu alcance para dirimir as

situações de controvérsia. Outro argumento contrário procura respaldo no preceito constitucional inscrito no art. 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Também o princípio constitucional da legalidade é aduzido para combater a arbitragem em contratos administrativos, na medida em que a solução do conflito por essa via pode, em tese, ser feita por equidade, o que estaria afrontando o princípio da legalidade, ou seja, do respeito estrito às normas legais.

Esses argumentos, a nosso ver, carecem da necessária sustentação jurídica, porquanto a arbitragem constitui apenas uma forma, internacionalmente reconhecida, de compor os litígios extrajudicialmente, mas não impede que as partes possam recorrer ao Judiciário, que, em última análise, detém o controle jurisdicional da arbitragem, o que significa dizer que não está vedado a qualquer das partes o recurso aos tribunais, caso o processo de arbitragem contenha vício capaz de provocar a sua nulidade. Enfatizando esse aspecto, é expressa a previsão contida no art. 33 da Lei nº 9.307, de 23/9/96, em respeito à garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XXXV.

Quanto à legalidade do recurso ao procedimento arbitral nos contratos de concessão, cabe ressaltar que a própria Lei nº 8.987/95, ao disciplinar o conteúdo desses contratos, refere-se à previsão contratual do “modo de solução amigável das divergências contratuais” (art. 23, inciso XV). Assim sendo, numa interpretação construtiva, entendemos que nada impede, portanto, que os instrumentos contratuais disponham sobre a matéria, regrando a forma de proceder nestes casos ou submetendo a controvérsia às normas de determinada entidade especializada criada especificamente para esse fim, no âmbito da Administração Pública ou fora dela, prevendo que serão observadas as regras procedimentais previstas no contrato ou ditadas por algum órgão institucional arbitral, ou entidade especializada<sup>84</sup>.

Sem dúvida, a matéria carece de disciplina específica, que poderá ser editada pela União, pelos Estados e Municípios, à falta de disposição legal federal detalhando a disciplina procedimental da arbitragem, no âmbito dos contratos administrativos, especialmente os de concessão<sup>85</sup>. Tanto pois que a Lei nº 8.666/93 não consagrou a sua aceitação.

Por outro lado, é importante aduzir que, justamente em atendimento ao princípio da legalidade, pode-se argumentar que a arbitragem das divergências em contratos administrativos não poderá observar o critério da equidade, exclusivamente aplicável aos conflitos entre particulares.

Sem prejuízo do recurso às instituições arbitrais já existentes e da possibilidade de estabelecer-se contratualmente um sistema de arbitragem *ad hoc*, sob medida, para cada caso, outra alternativa viável seria a criação de uma entidade destinada a arbitrar conflitos decorrentes das decisões proferidas pelos órgãos reguladores em matérias concernentes à interpretação e aplicação de cláusulas de contratos de concessão, seja em relação a direitos e obrigações da concessionária, seja em matéria de tarifas.

É importante observar, ainda, que a arbitragem é meio de composição de controvérsias instaladas apenas entre as partes do contrato, não se encontrando à disposição do usuário dos serviços concedidos, quando este pretender exigir determinado direito ou arguir qualquer divergência a respeito da gestão do contrato de concessão.

No sentido de evitar a ocorrência desses conflitos de interesse, o mais adequado seria separar tais funções, retirando do agente regulador a função de arbitragem ou criando condições para que possa exercê-las com independência e imparcialidade.

Examinando a lei que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), verifica-se que essa Agência tem a seu cargo duas funções aparentemente conflitantes: a de agente do poder concedente, realizando licitações, celebrando e fiscalizando contratos de concessão, e a de arbitrador das

divergências entre os agentes do mercado elétrico e entre estes e o poder concedente, o que, potencialmente, gera um eventual conflito de interesses e, conseqüentemente, uma espécie de risco regulatório, especialmente no tocante à fixação de tarifas, em que o interesse do Poder Público está por ela representado no contrato.

Em sede contratual, os contratos de concessão para geração e distribuição de energia elétrica prevêem procedimento para solução amigável dos conflitos entre poder concedente e concessionária, por intermédio de um sistema de mediação ou conciliação que se aproxima, mas não se identifica, com a decisão arbitral. Esse o conteúdo das cláusulas contratuais nesse sentido:

“Resguardado o interesse público, na hipótese de divergência na interpretação ou execução de qualquer disposição do presente Contrato, o *Poder Concedente* e a *Concessionária* formarão, em cada caso, comissão de 3 (três) membros especialistas, com a incumbência de sugerir, no prazo que for indicado, a solução negociada do conflito.

– Os membros da comissão a que se refere o *caput* desta Cláusula serão designados por escrito, um pelo *Poder Concedente*, outro pela *Concessionária*, e o terceiro, de comum acordo pelas partes em conflito.

– As dúvidas ou controvérsias não solucionadas na forma indicada nesta Cláusula serão apreciadas e dirimidas no Juízo Federal desta Cidade de Brasília, Distrito Federal”.

No setor de telecomunicações, cabe à ANATEL compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, inciso XVII), mas não há, na lei, o procedimento para a apreciação dessas controvérsias, o que, certamente, deverá constar das normas regulamentares que vierem a ser expedidas. Também é de bom alvitre que os futuros contratos de concessão venham a espelhar essa realidade.

A Lei nº 9.478/97 estabelece as bases do “processo decisório” da ANP, determinando que cabe ao regimento interno da Autarquia dispor sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento<sup>86</sup>. As regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato de concessão e sua execução, inclusive aquelas que estabelecem as condições para conciliação e arbitragem internacional, deverão estar obrigatoriamente contidas no contrato de concessão como cláusulas essenciais, refletindo fielmente as condições do edital e da proposta vencedora da licitação<sup>87</sup>.

O processo decisório, acima aludido, deverá fundar-se na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e, quando se destinar à solução de pendências entre agentes econômicos, e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, será realizado em sessões deliberativas da Diretoria da ANP, abertas ao público, permitida a gravação da sessão e facultada a obtenção de transcrições da mesma. Ademais, prescreve a Lei que todas as iniciativas de projetos de lei ou de alterações de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP<sup>88</sup>.

No setor de transportes, a legislação vigente não contém disposição explícita a respeito da forma de solução amigável dos conflitos, competindo, portanto, aos contratos construir as regras nesse sentido, nada impedindo, juridicamente, que sejam contratualmente estabelecidas normas de composição de conflitos pela via arbitral, indicando-se a forma de eleição dos árbitros e o respectivo procedimento para as situações de controvérsia decorrentes do contrato de concessão.

## 5. Da participação do usuário

Não se pode descurar, ao abordar as funções e a estrutura da agência reguladora, da indispensável previsão dos mecanismos por meio dos quais será assegurada a participação do usuário na fiscalização e controle da concessão, bem como dos instrumentos que terá a seu dispor para reclamar e exigir o pronto atendimento aos seus direitos, observando os ditames da disciplina legal das concessões – art. 33 da Lei nº 9.074/95, quando prevê que, para cada serviço público, o poder concedente editará uma regulamentação, disciplinando a forma de participação dos usuários na fiscalização, bem como dará publicidade às atividades desenvolvidas por representantes dos usuários.

A atividade da agência reguladora pode ser, exatamente, o contexto adequado para disciplinar essa participação do usuário na fiscalização dos serviços concedidos. Sendo o atendimento aos direitos do usuário um dos objetivos principais da prestação de serviços públicos, é evidente que a sua participação ativa e direta em todos os estágios da gestão do setor é desejada, bem como não deixa de ser a apuração máxima de uma democracia a participação ativa e direta dos cidadãos na administração pública. A evolução mais recente da legislação permite inclusive caracterizar o direito administrativo como um direito participativo, decorrente do consenso e do diálogo entre administradores e administrados<sup>89</sup>.

No entanto, há de se perguntar de que forma prática o usuário pode participar do controle das decisões do setor e, sobretudo, de que forma ele pode ser representado legitimamente.

Assim, para que se harmonizem os objetivos de proteção dos usuários com os outros fins da entidade regulatória, é necessário estabelecer a conciliação da regra de continuidade do serviço e do menor custo de sua prestação com a da qualidade e eficiência dos serviços<sup>90</sup>.

Na matéria, não encontramos uma diretriz uniforme na estrutura das agências reguladoras nos diversos países. Assim, no Reino Unido, a participação dos usuários se dá por meio de comitês, integrados por representantes dos consumidores, em cada concessionária, que emitem opiniões sobre aspectos inerentes à regulação. Nos EUA, há a figura da audiência pública que é utilizada para determinados fins, entre eles a regulamentação das tarifas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei criadora da ANEEL contém previsão de audiência pública, convocada pela agência, quando o processo decisório implicar a afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou de seus consumidores<sup>91</sup>. Também há previsão, no tocante ao regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, da eventual participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme estabelecido no respectivo contrato e/ou definido em regulamento.

Os contratos de concessão de serviços de energia elétrica, em constante aprimoramento, já contêm cláusulas disciplinando o atendimento aos usuários e até mesmo a obrigação da concessionária de organizar e manter em permanente funcionamento o Conselho de Consumidores, integrado por representantes das diversas classes de consumidores, de caráter consultivo e voltado para orientação, análise e avaliação do serviço e da qualidade do atendimento por ela prestado, bem como para formulação de sugestões e propostas de melhoria do serviço.

No âmbito estadual, a lei que cria a ASEP, no Rio de Janeiro, prevê a participação, sem direito de voto, nas decisões do seu Conselho Geral, de representantes do poder concedente ou permitente, das concessionárias, dos permissionários e dos usuários<sup>92</sup>.

Outra alternativa viável consiste na instituição da figura do “ouvidor”, tradução e

adaptação do direito brasileiro do *ombudsman*, como parte integrante da estrutura do órgão regulador, que centralizaria as sugestões, pedidos de informação e reclamações dos usuários, provendo as informações ou diligenciando para que essas cheguem ao destinatário, além de iniciar o procedimento cabível para apuração das denúncias. É a solução adotada pela Lei nº 9.472/97, que, sobre as funções do “ouvidor”, assim dispõe:

“Art. 45. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

Parágrafo único. O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo públicas-las para conhecimento geral.”

Ainda no setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 prevê que os usuários poderão indicar membros do Conselho Consultivo, podendo, dessa forma, participar das atividades da Agência<sup>93</sup>.

Poderia, ainda, ser criado e estruturado, pelo Poder Concedente, um comitê de usuários nas empresas, ou por setor ou mesmo para todas as concessionárias, composto de representantes das associações e instituições devidamente registradas, com as seguintes atribuições:

a) contribuir à avaliação dos serviços prestados;

b) trazer a opinião dos usuários sobre as questões relativas aos investimentos, às condições de exercício dos serviços e às decisões estratégicas a serem tomadas no quadro do desenvolvimento de determinado setor de atividades.

Em tese, o Poder Concedente garantiria ao Comitê o acesso a toda a informação

necessária para o exercício das suas funções, em particular as informações contratualmente repassadas pelo concessionário ao concedente, bem como os recursos necessários para contratação, quando for o caso, de uma auditoria independente. Poderia ser prevista, nesse caso, uma forma de serem ressarcidas as despesas incidentes dos deslocamentos de pessoas ou de material de divulgação feito à população local, como, por exemplo, mediante a liberação de uma verba anual no orçamento do órgão ou agência reguladora.

A rigor, cumpre aduzir que a participação do usuário acaba conformando-se às normas e peculiaridades de cada segmento de serviços públicos. Assim, adotar-se-á a formatação mais condizente e eficaz em relação a cada um, seja por meio de um comitê de usuários, da previsão de um processo de audiência pública ou de representatividade no conselho diretor da agência reguladora, com ou sem direito de voto, podendo ocorrer a utilização cumulativa desses diversos instrumentos de democratização do sistema de concessões.

No setor do petróleo, como descrito antes, a Lei nº 9.478/97 determina a realização de audiência pública, convocada pela Agência, sempre que novas normas de regência para o setor – legais ou administrativas – possam implicar a afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo<sup>94</sup>.

No âmbito da administração portuária, a Lei nº 8.630, de 25/2/93 (disciplinadora do regime jurídico da exploração dos portos), prevê a representatividade dos usuários dos serviços e afins no Conselho de Autoridade Portuária, participando com um voto nas deliberações desse conselho.

## 6. Controle administrativo e judicial dos atos da agência reguladora

Outro aspecto importante a ser salientado diz respeito aos controles administrativo e judicial dos atos emanados dos entes regulatórios.

Como autênticas autarquias, estão as entidades regulatórias submetidas ao poder de supervisão e tutela, exercido pelo Poder Executivo sobre tais pessoas jurídicas de direito público, na medida em que estão vinculadas a algum ministério ou secretaria, conforme se instalem em nível federal, estadual ou municipal.

No sentido de que fiquem claramente explicitadas e sejam observadas as diretrizes que o governo estabelece para o setor, é prevista uma fórmula objetiva de controle da gestão do órgão regulador, como se dá com a disciplina legislativa da ANEEL, em que é obrigatória a celebração de contrato de gestão<sup>95</sup> contendo as diretrizes de atuação administrativa do ente regulatório de acordo com as políticas do Poder Público, servindo de instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho, constituindo um elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL. É com base nesse contrato de gestão que se dá o exame da atuação dos dirigentes da mencionada autarquia, sendo o descumprimento de suas disposições causa de demissão dos diretores responsáveis.

Quanto à ANATEL, a lei explicita que a atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade<sup>96</sup>, devendo todos os seus atos conter fundamentação, proporcionando ampla informação de todos eles, sem qualquer formalidade, por meio da Biblioteca que, em virtude da lei, é o órgão de divulgação integrante de sua estrutura<sup>97</sup>. Ainda no âmbito interno, outro órgão – a Corregedoria – acompanhará o desempenho dos servidores da Agência, mandando abrir inquéritos e julgando os processos disciplinares<sup>98</sup>.

Dentro da supervisão a que está submetida, por força da sua própria natureza, a ANATEL tem obrigação de enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das

Comunicações. Também o Congresso Nacional terá conhecimento do relatório de atividades, que lhe é remetido por intermédio do Presidente da República<sup>99</sup>.

Igualmente, a ANP, que integra a Administração Federal Indireta, na qualidade de autarquia especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia, tem sua atividade presidida pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade<sup>100</sup>, sujeitando-se a todos os controles administrativos inerentes aos órgãos de sua categoria estrutural.

Uma das fórmulas correntes em diversos sistemas jurídicos é o recurso administrativo, ao alcance de todas as partes no processo, contra as decisões da diretoria do ente regulador, que, no entanto, pode deixar de ser utilizado pelo interessado caso deseje submeter de imediato a matéria ao Poder Judiciário.

Resta ponderar acerca da conveniência e oportunidade de previsão de recursos hierárquicos das decisões da diretoria da agência. A desvantagem de remeter para um órgão fora da agência reguladora a atribuição de rever a decisão desta poderia implicar a supressão de sua independência decisória. A melhor solução para viabilizar uma revisão decisória seria a de estabelecer, no seio da própria entidade reguladora, um mecanismo revisional para as decisões, mediante recurso a um plenário especial, dotado de poderes para tal.

Na lei de criação da ANATEL, a preocupação com tal matéria se revela, na medida em que deixa claramente definido o seu poder de decisão, em último grau na área administrativa, sobre as matérias de sua alçada, muito embora seja sempre admitido o recurso ao conselho diretor contra todos os atos praticados por agentes da autarquia.

Também quanto ao controle judicial, os atos das agências regulatórias estão submetidos ao mesmo regime dos atos administrativos em geral, podendo ser objeto de impetração de mandado de segurança, individual ou coletivo, ação civil pública e



ação popular, além das ações ordinárias e cautelares.

Considerando a importância estratégica das decisões dessas agências reguladoras, talvez se justificasse que as ações contra as suas decisões – e eventualmente contra outras autarquias de caráter especial com características análogas como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários – fossem de competência originária dos Tribunais Regionais Federais. É uma sugestão que se faz desde logo ao legislador, considerando os problemas que já surgiram no passado.

### *7. A interação entre as agências reguladoras e o CADE*

Entre as questões jurídicas de maior relevância, destaca-se a definição do papel do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e das agências reguladoras, no que se refere às concessionárias de serviços públicos, em matéria de repressão às práticas monopolísticas e de abuso do poder econômico.

A Constituição Federal estabeleceu, como norma de caráter instrumental, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros<sup>101</sup>, sendo, portanto, poder-dever da Administração Pública aplicar esse preceito para que torne eficaz o princípio da livre concorrência e a proteção à livre iniciativa<sup>102</sup>.

A Carta Constitucional condena a prática abusiva do poder econômico em favor da livre concorrência, justificando a intervenção indireta do Estado na economia. Ressalta-se que o Estado não tem legitimidade para restringir a dominação dos mercados, mas somente para assegurar o princípio constitucional da livre concorrência mediante a proteção do mercado<sup>103</sup>. Com o objetivo de assegurar à coletividade os direitos e benefícios que a livre concorrência pode trazer, o Estado tem o poder-dever de intervenção no mercado, tanto de forma preventiva quanto repressiva, corrigindo as práticas que considere nocivas.

Essa intervenção indireta do Estado na economia se dá por meio da atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Trata-se de uma autarquia federal que, apesar de vinculada ao Ministério da Justiça, é dotada de total independência e autonomia para o exercício de suas competências. Inclusive, o CADE poderá, no exercício de suas funções, firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais<sup>104</sup> para a devida aplicação da Lei nº 8.884/94 e repressão às infrações contra a ordem econômica.

No que se refere ao exercício de suas funções, cabe ao CADE a função precípua de repressão às práticas contra a ordem econômica, em específico aquelas: (i) que limitem, falseiem ou, de qualquer forma, prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) de dominação de mercado relevante de bens e de serviços; (iii) que exerçam, de forma abusiva, posição dominante<sup>105</sup>, bem como quaisquer outras condutas que possam vir a prejudicar o mercado mediante o abuso do poder econômico<sup>106</sup>.

Já a SDE – Secretaria de Direito Econômico –, constituindo órgão vinculado ao Ministério da Justiça, é competente para investigar os mercados econômicos, bem como práticas abusivas contra a ordem econômica. Entre suas atribuições, a SDE deverá, quando observados indícios de infração à ordem econômica, instaurar processo administrativo para a apuração e repressão dessas infrações<sup>107</sup>, promovendo averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo.

Ou seja, cabe à SDE a instauração do processo administrativo quando verificados quaisquer indícios de infração à ordem econômica<sup>108</sup>, competindo ao Plenário do CADE julgar processos instaurados pela SDE, decidindo sobre a existência, ou não, de infração à ordem econômica<sup>109</sup>.

A Lei nº 9.427/96, que regula o setor elétrico e cria a ANEEL, passou, recentemente<sup>110</sup>, a

prever a repressão quanto às práticas monopolísticas e de abuso do poder econômico, estabelecendo restrições, limites e condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, sempre com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. Além disso, a Lei prevê que a agência, no zelo pelo cumprimento da lei de defesa da concorrência, deverá monitorar e acompanhar práticas de mercado de agentes do setor de energia elétrica, conforme estabelecido em seu regulamento. No exercício de sua competência, a ANEEL deverá articular-se, por meio de convênios de cooperação, com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça<sup>11</sup>.

No setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 prevê, como princípio fundamental, a aplicação das normas gerais de proteção à ordem econômica, desde que não conflitem com o que disposto na Lei<sup>12</sup>. Assim sendo, atos envolvendo prestadora do serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade de *holding* ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica e serão, conseqüentemente, submetidos ao CADE, por meio do órgão regulador<sup>13</sup>. Ademais, a celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços por prestadora de serviço de telecomunicações que adote práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa será considerada infração à ordem econômica<sup>14</sup>.

Da leitura do dispositivo legal, observa-se que a ANATEL deverá, no exercício das suas atribuições legais, realizar o controle,

a prevenção e a repressão das infrações à ordem econômica, devendo sua atuação observar a ressalva legal de não incidir sobre as matérias de competência do CADE<sup>15</sup>.

Na prática, esse dispositivo poderia gerar situações de superposição de poderes entre o CADE e a ANATEL, uma vez que a aplicação das normas de proteção à ordem econômica só ocorre quando não conflitam com a Lei em questão. Em função de tais disposições, poderiam, de fato, ocorrer situações de divergência de interpretação, suscitando conflitos de competência entre o CADE e a ANATEL, o que poderia ser resolvido mediante decisões comuns de ambas, justificando um convênio para esse fim. Situação análoga surgiu, no passado, entre o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, tanto no tocante à alienação de controle de instituições financeiras, quando companhias abertas, aplicando-se lhes o art. 255 da Lei nº 6.404/76, na sua redação originária,<sup>16</sup> como no tocante à conversão da dívida monetária, o que mereceu regulamentação conjunta das duas instituições.

A preocupação se justifica, pois notícia publicada na imprensa<sup>17</sup> evidencia a omissão da Lei Geral de Telecomunicações em estabelecer fronteiras definidas para as atuações da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE – e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE – em relação à matéria que regula, sugerindo a possibilidade de ocorrência de conflitos de competências entre elas e a ANATEL e de criação de canais divergentes, na hipótese de serem esses órgãos acionados por empresas prestadoras de serviços de telecomunicações insatisfeitas com as decisões proferidas pela agência reguladora para a busca de outras soluções. Ressalta também que a submissão dos atos de concentração econômica das prestadoras de serviços de telecomunicações à ANATEL e ao CADE, nos termos dos arts. 7º e 19, XIX, da Lei nº 9.472/97, não propicia uma integração entre ambos, podendo, antes, vir a ensejar

divergências quanto à interpretação das infrações à ordem econômica, a serem submetidas a cada um desses órgãos. Comenta ainda que, caso as lacunas da lei não sejam preenchidas na regulamentação atinente, os objetivos de se criar um ambiente competitivo no setor podem vir a ser inviabilizados.

Ocorre que a Lei Geral das Telecomunicações prevê expressamente a submissão de atos envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicação, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de companhias ou qualquer forma de agrupamento societário, aos controles, procedimentos e condicionamentos estabelecidos nas normas gerais de proteção à ordem econômica, inclusive por meio da sua apreciação pelo CADE, uma vez que é ele o órgão competente para apreciar e julgar essas práticas<sup>18</sup>. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento à coletividade, exercendo as competências legais para o controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas aquelas pertencentes ao CADE<sup>19</sup>.

Indiscutível é o papel do CADE quanto à sua competência para julgar e decidir as infrações à ordem econômica. A intenção do legislador não foi, em momento algum, atribuir a mesma competência à ANATEL. Como órgão regulador, cabe a ela apenas adotar medidas, e nunca julgar ato praticado. Assim sendo, a ANATEL exercerá sua função por meio de representação, ou ofício, à SDE para apuração e averiguação de indícios de infração, cabendo à SDE a instauração, ou não, de processo administrativo.

Quanto à ANP, a Lei nº 9.478/97 impõe à Agência a comunicação ao CADE para que venha, por meio do exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração da ordem econômica, para que o Conselho adote as providências cabíveis ditadas pela legislação aplicável<sup>20</sup>.

As agências reguladoras de concessões não estão autorizadas a praticar atos de fiscalização e sanção que encontram-se inseridos na competência de outro órgão. Apenas, em face de uma situação de violação de disposições legais, regulamentares e contratuais atinentes à concessão que configure infração à disciplina de abuso do poder econômico, devem dar ao CADE conhecimento da situação para que, por meio dele, sejam adotados os procedimentos repressivos e sancionadores cabíveis. Havendo superposição de competências, a decisão conjunta nos parece aconselhável, pois os mesmos fatos são examinados pela agente reguladora e pelo CADE sob ângulos diferentes, havendo, inclusive, conveniência de serem conciliadas as políticas governamentais de ambos os setores.

Assim sendo, podemos afirmar que o desejável é que esteja sempre presente um mecanismo de cooperação entre os diversos agentes reguladores, permitindo não-somente a troca de informações, como, eventualmente, decisões conjuntas capazes de tornar mais eficazes as diversas ações governamentais em determinado setor.

#### *Notas*

<sup>1</sup> Sérgio Hudson de Abranches, Texto para Discussão no Conselho de Reforma do Estado: Reforma Regulatória e Reforma do Estado. Conceitos, Experiências e Recomendações para o Brasil, 1996.

<sup>2</sup> Constituem atribuições conferidas por lei à ANEEL: implementar as políticas do Governo Federal para exploração de energia elétrica e o uso de recursos hídricos, emitindo os atos e permissões necessários; promover licitações públicas para a contratação de concessionárias de serviço público para a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, e outorgar concessões para utilização de recursos hídricos; definir o aproveitamento ótimo, de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; celebrar e gerir (i) os contratos de concessão e/ou permissões de serviço público de energia elétrica, (ii) contratos de concessão para utilização de bem público, e (iii) emitir autorizações, assim como fiscalizar, diretamente ou por meio de convênios com os Estados, as concessões e os serviços de energia elétrica; dirimir,

no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; fixar os critérios para o cálculo das tarifas de transportes em linhas de transmissão pagas por geradores e consumidores; articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, em casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; em articulação conjunta com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a ANEEL deverá: (i) estabelecer, visando proporcionar a efetiva concorrência entre os agentes e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, quanto à concentração societária, e quanto à realização de negócios entre si; (ii) zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes de energia elétrica, na forma a ser estabelecida em regulamento; e (iii) fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observando o limite, por infração, de 2% do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos 12 meses anteriores à lavratura do auto de infração. Na determinação da multa, e sem prejuízo de outras sanções contratuais ou regulamentares, bem como da encampação ou desapropriação de bens associados à concessão, permissão ou autorização (estas mediante prévia autorização do poder concedente), a ANEEL levará em conta a gravidade da falta.

<sup>3</sup> Art. 8º da Lei nº 9.472/97.

<sup>4</sup> O Estado de São Paulo criou, por meio da Lei Complementar nº 833/97, a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE) para exercer as funções a serem delegadas pela ANP e as inerentes ao poder concedente estadual, de serviços de distribuição de gás.

<sup>5</sup> BNDES, A Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil (outubro/1996).

<sup>6</sup> As agências reguladoras norte-americanas, federais e estaduais, são, em geral, dirigidas por cinco ou mais membros, indicados pelo Presidente da República para cumprir mandatos fixos, escalonados e não coincidentes com o mandato presidencial.

<sup>7</sup> Agências reguladoras no Reino Unido: Monopolies and Merger Commission –MMC: Arbitragem de conflitos; National Audit Office – Auditoria

das agências setoriais; OFFER – Regulação da energia elétrica; OFGAS – Regulação do gás natural; OFWAT – Regulação do saneamento básico; OFTEL – Regulação das telecomunicações.

<sup>8</sup> BNDES, A Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil (outubro/1996).

<sup>9</sup> O art. 6º da Lei nº 9.427/96 arrola diversas situações de impedimento para o exercício de cargo de direção na ANEEL, baseadas em vínculos com empresa concessionária, autorizada ou permissionária, produtor independente, autoprodutor, prestador de serviço contratado dessas empresas sob regulamentação ou fiscalização da autarquia.

<sup>10</sup> A lei instituidora da ANEEL previu que os diretores são indicados e nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal, para mandatos de quatro anos.

<sup>11</sup> Art.19 da lei de criação da ASEP/RJ (Lei nº 2.686, de 12/02/97).

<sup>12</sup> Art. 11 da Lei nº 9.427/96.

<sup>13</sup> O art. 8º da Lei nº 9.427/96: “A exoneração imotivada de dirigente da ANEEL somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais estará assegurado seu pleno e integral exercício. Parágrafo único: Constituem motivos para a exoneração de dirigente da ANEEL, em qualquer época, a prática de ato de improbidade administrativa, a condenação penal transitada em julgado e o descumprimento injustificado do contrato de gestão”.

<sup>14</sup> Augustin A. Gordillo, El estado actual del derecho administrativo, conferência pronunciada quando do recebimento do título de professor honorário da Universidade Nacional de Cuyo, Mendoza, 1993, apud Juan Carlos Cassagne, “Los Nuevos Entes Reguladores”, Los Nuevos Entes Regulatorios, in El Derecho Público Actual, edição em homenagem ao Professor Dr. Pablo A. Ramella, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 38.

<sup>15</sup> BNDES, Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil, (outubro/1996).

<sup>16</sup> Demóstenes Barbosa da Silva, Diretor-adjunto do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), em artigo “Função Regulatória do Setor Elétrico”, Gazeta Mercantil, 10/04/96.

<sup>17</sup> A Lei nº 9.427/95, que cria a ANEEL, prevê que, nos três primeiros anos de vigência da lei, os reajustes e revisões das tarifas serão estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia (art. 30).

<sup>18</sup> Arts. 4º e 5º da Lei nº 9.427/96.

<sup>19</sup> Art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/97.

<sup>20</sup> Lei nº 9.427/96, art. 3º, caput, c/c incisos VII, X e XI do art. 29 da Lei nº 8.987/95.

<sup>21</sup> Lei nº 9.478, de 6/8/97, arts. 1º e 2º.

<sup>22</sup> Art. 7º da Lei nº 9.427/96.

<sup>23</sup> Art. 12, §1º, da Lei nº 9.427/96.

<sup>24</sup> Art. 8º § 2º, da Lei nº 9.472/97.

<sup>25</sup> Art. 9º da Lei nº 9.472/97.

<sup>26</sup> Art. 18 da Lei nº 9.472/97.

<sup>27</sup> Art.16 e seu parágrafo único da Lei nº 9.472/97.

<sup>28</sup> Art. 15 da Lei nº 9.472/97.

<sup>29</sup> Art. 54 da Lei nº 9.472/97.

<sup>30</sup> Art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.472/97.

<sup>31</sup> Arts. 20, 23 e 24 da Lei nº 9.472/97.

<sup>32</sup> Arts. 33/35 da Lei nº 9.472/97.

<sup>33</sup> Arts. 45/46 da Lei nº 9.472/97.

<sup>34</sup> Art. 19, inciso XXV, da Lei nº 9.472/97.

<sup>35</sup> Art. 11 da Lei nº 9.478/97.

<sup>36</sup> Art. 13 da Lei nº 9.478/97.

<sup>37</sup> Art. 14 da Lei nº 9.478/97.

<sup>38</sup> Arts. 17 a 20 da Lei nº 9.478/97.

<sup>39</sup> Art. 1º c/c art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.478/97.

<sup>40</sup> Arts 8º e 9º da Lei nº 9.478/97.

<sup>41</sup> Art. 8º da Lei nº 9.478/97.

<sup>42</sup> Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.478/97.

<sup>43</sup> Arts. 76 a 79 da Lei nº 9.478/97.

<sup>44</sup> Arts. 15 e 16 da Lei nº 9.478/97.

<sup>45</sup> Art. 45, I e III, da Lei nº 9.478/97.

<sup>46</sup> Art. 22 da Lei nº 9.478/97.

<sup>47</sup> Arts 45, IV, e 51 da Lei nº 9.478/97.

<sup>48</sup> Art. 76 da Lei nº 9.478/97.

<sup>49</sup> Art. 11, § 1º, da Lei nº 9.478/97 c/c Seção VII do Anexo I do Decreto nº 2.455 de 14/1/98.

<sup>50</sup> Art. 77 da Lei nº 9.478/97, regulamentado pelo Decreto nº 2.455 de 14/01/98.

<sup>51</sup> São estas as atribuições legalmente definidas para a ANP: a) avaliar as necessidades nacionais de abastecimento e planejar o seu atendimento, elaborando o Plano Nacional de Refino e o Programa Nacional de Abastecimento, incluindo a definição de estoques estratégicos, a serem aprovados pelo Ministro de Minas e Energia; b) autorizar a importação e a exportação de petróleo e seus derivados básicos, de gás natural liquefeito e condensado, observado o Programa Nacional de Abastecimento.

<sup>52</sup> No campo da eletricidade, o desempenho das atribuições da CSPE se dá por meio de delegação da ANEEL, pela via do Convênio (conforme regulamentação constante da Resolução ANEEL nº 296, de 11 de setembro de 1998), o mesmo se passando no campo de atividades sob a jurisdição administrativa da ANP. No setor de gás natural, as suas atribuições são próprias, na medida em que o poder concedente é o Estado, conforme determinação constitucional (art. 25, § 2º).

<sup>53</sup> A legislação argentina criadora do Ente Nacional Regulador de Gás (ENERGAS) prevê que essa entidade deve cumprir tanto os objetivos relacionados à proteção dos consumidores e a competitividade do mercado, como zelar pela melhor operação, confiabilidade, igualdade e liberalidade de acesso aos serviços e instalações de transporte e distribuição de gás natural, pela proteção ambiental e para que o preço de

fornecimento do gás natural à indústria seja equivalente aos que vigoram internacionalmente em países com similar dotação de recursos e condições; gama similar de atribuições se verifica para o Ente Nacional Regulador da Eletricidade (ENRE). No Brasil, para a Agência Nacional de Energia Elétrica, são previstos como fins, além das atribuições próprias de poder concedente, as inerentes à implementação de políticas e diretrizes do governo federal, fixação de preços de transporte e de controle do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 3º da Lei nº 9.427/96 alterado pela Lei nº 9.648, de 27/5/98); para a Agência Regulatória de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, são previstas basicamente as funções inerentes às atribuições do poder concedente, além das relacionadas à decisão administrativa de conflitos entre este e as concessionárias permissionárias e usuários.

<sup>54</sup> As Comissões de Utilidades Públicas estaduais dividem com as agências federais a regulação dos monopólios naturais nos EUA. Na Carolina do Norte, por exemplo, a Comissão monitora mais de 1.000 companhias: muitas firmas pequenas de abastecimento de água e transporte rodoviário de carga, 3 companhias de energia elétrica, 3 distribuidoras de gás e 2 companhias telefônicas. Na telefonia de longa distância, as Comissões controlam as tarifas interestaduais e locais, ao passo que a FCC regula as interestaduais. Na energia elétrica, a Federal Energy Regulatory Commission (FERC) regula as transações interestaduais e fixa as tarifas de transporte, enquanto as Comissões são responsáveis pela determinação das tarifas ao consumidor.

<sup>55</sup> A Agência Reguladora Especializada encarregada do setor de energia elétrica é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; no setor de telecomunicações é a ANATEL, e no setor de petróleo e gás é a ANP – Agência Nacional de Petróleo. Para o setor de transportes ferroviários, está sendo objeto de estudos a modelagem de um ente regulador especializado e independente, e, no campo de administração de portos, há previsão regulamentar de agência reguladora especializada.

<sup>56</sup> Lei nº 2.686, de 12/2/97.

<sup>57</sup> Observando esse princípio, ao qual está adstrita a Administração Pública, a Lei nº 9.427/96 prevê que deverá ser objeto de projeto de lei todo processo decisório da ANEEL que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, conforme determinação constitucional (art. 5º, inciso II da CF e art. 4º, § 3º da Lei nº 9.427/96).

<sup>58</sup> Assim, no passado, em determinados casos, a fiscalização das tarifas era feita pelo Ministério da Fazenda com a finalidade de combater a inflação, mesmo em detrimento da manutenção do equilíbrio

econômico-financeiro do concessionário, ensejando a manifestação do Poder Judiciário que mandou indenizar os titulares da concessão, como se verifica em alguns acórdãos recentes do STF e do STJ (RE nº 18.318-4 e RESP nº 32.534-5/DF).

<sup>59</sup> O § 3º, do art. 4º, da Lei nº 9.427/96, criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica, contempla essa premissa ao estabelecer que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou de seus consumidores, mediante iniciativa de lei, ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL”.

<sup>60</sup> Augustin A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cap. V, p. 47, Bs. As., 1974.

<sup>61</sup> No art. 20 da Lei nº 9.427/96, está prevista a descentralização das atividades relativas aos serviços de energia elétrica, mediante execução de atividades delegadas aos Estados e ao Distrito Federal, mediante convênio, que serão avaliadas e acompanhadas pela ANEEL.

<sup>62</sup> Art. 65, § 6º, da Lei nº 8.666/93; Capítulo IV da Lei nº 8.987/95.

<sup>63</sup> Gaston Jèze, *Derecho Administrativo*, trad., Buenos Aires, Depalma, 1950, vol. IV, p. 235.

<sup>64</sup> Art. 2º da Lei nº 9.472/97.

<sup>65</sup> Art. 3º da Lei nº 9.472/97, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/5/98.

<sup>66</sup> Art. 19 da Lei nº 9.472/97.

<sup>67</sup> Serviços em regime público são aqueles prestados pela Administração Pública, essenciais ou necessários à sobrevivência da coletividade e a ela prestados diretamente. Os serviços de regime privado preferem os interesses individuais, assegurando a fruição de seus bens, seja nas relações entre indivíduos, como nas relações do indivíduo com o Estado.

<sup>68</sup> Arts. 8º e 9º da Lei nº 9.478/97.

<sup>69</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Administração Pública Consensual: Convênios, Consórcios e Acordos de Programa*, tese defendida no XXI Congresso Nacional de Procuradores do Estado - 5 a 9 de novembro de 1995, Rio de Janeiro.

<sup>70</sup> É o caso dos convênios entre a CVM e o Banco Central, ou entre qualquer um deles e a Receita Federal, ou entre as duas secretarias no plano estadual ou municipal.

<sup>71</sup> Assim, vários estados ou diversos Municípios podem firmar convênios de colaboração para determinado fim.

<sup>72</sup> A União Federal realiza convênios entre os Estados para combater a criminalidade.

<sup>73</sup> Tal como o convênio entre a CVM e a SEC celebrado em 1988 para troca de informação e colaboração no aprimoramento do mercado.

<sup>74</sup> Art. 20 *caput* e § 3º, da Lei nº 9.427/96.

<sup>75</sup> Art. 8º, inciso VII, da Lei nº 9.478/97.

<sup>76</sup> Art. 8º, inciso XV, da Lei nº 9.478/97.

<sup>77</sup> Lei nº 9.277, de 10/5/96 e Decreto nº 2.184, de 24/3/97.

<sup>78</sup> Art. 3º, inciso V, da Lei nº 9.427/96: entre as competências atribuídas ao ANEEL está a de dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre estes agentes e seus consumidores. Não obstante, as partes podem submeter os conflitos diretamente ao Poder Judiciário, valendo-se do preceito constitucional que preserva a supremacia do Judiciário para dirimir todos conflitos que impliquem lesão de direitos (art. 5, inciso XXXV, CF).

<sup>79</sup> No caso da Argentina, as leis instituidoras dos entes regulatórios da eletricidade (Lei nº 24.065, art. 66) e do gás (Lei nº 24.076, art. 66) estabelecem a obrigatoriedade da jurisdição do ente regulador. No Brasil, à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ – é atribuída competência para dirimir, em instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o poder concedente ou permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os usuários – art. 4º, inciso II da Lei nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997; e para decidir, como instância administrativa definitiva, os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos - art. 4º, inciso III, da Lei nº 2.686/97.

<sup>80</sup> Na regulação do Ente Regulador da Água, na Argentina, a dita jurisdição é facultativa.

<sup>81</sup> Na lei que cria e estrutura a ASEP/RJ, essa competência é conferida à agência reguladora (art. 4º, inciso II, da Lei nº 2.686/97).

<sup>82</sup> Em algumas legislações estrangeiras, o contrato de concessão é considerado como sendo de direito privado.

<sup>83</sup> Um exemplo, entre vários, é o contrato de concessão de serviços públicos de tratamento e destino final de esgotos sanitários de Ribeirão Preto; há norma expressa instituidora de um tribunal arbitral para composição de conflitos e regras básicas previstas no próprio contrato, mediante compromisso firmado pelas partes, partilhados os custos entre as partes.

<sup>84</sup> Disposição desse teor consta do art. 5º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). No entanto, a Lei de Arbitragem não se aplica a contratos públicos, mas apenas a contratos privados.

<sup>85</sup> Sustenta esse ponto de vista o ilustre administrativista Adilson de Abreu Dallari, em artigo denominado “A Arbitragem na Concessão de Serviço Público”, publicado na Revista de Informação Legislativa, ano 32, nº 128, ps. 63/67.

<sup>86</sup> Art. 20 da Lei nº 9.478/97.

<sup>87</sup> Art. 43, inciso X, da Lei nº 9.478/97.

<sup>88</sup> Arts. 17, 18 e 19 da Lei nº 9.478/97.

<sup>89</sup> Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald, *O Direito de Parceria*,

Cap. 4, , Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996; Caio Tácito, *O Direito Administrativo*, livro participativo in Revista de Direito Administrativo.

<sup>90</sup> Juan Carlos Cassagne, El Derecho de la post-privatización, in Rev. La Ley, de 22/2/94.

<sup>91</sup> Art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/96.

<sup>92</sup> Art. 12, § 1º, da Lei nº 2.686, de 12/2/97.

<sup>93</sup> Art. 34 da Lei nº 9.472/97.

<sup>94</sup> Art. 19 da Lei nº 9.478/97.

<sup>95</sup> Art. 7º da Lei nº 9.427/96: “A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo, no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional”.

<sup>96</sup> Art. 38 da Lei nº 9.472/97.

<sup>97</sup> Art. 39 da Lei nº 9.472/97.

<sup>98</sup> Art. 46 da Lei nº 9.472/97.

<sup>99</sup> Art. 19, inciso XXIX, da Lei nº 9.472/97.

<sup>100</sup> Art. 17 da Lei nº 9.478/97.

<sup>101</sup> Art. 173, § 4º, da CF.

<sup>102</sup> Art. 1º, inciso IV (livre iniciativa como fundamento do estado democrático de direito), e art. 170, inciso IV (princípio da livre

concorrência), da CF.

<sup>103</sup> Art. 1º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994: o mercado é o bem tutelado do qual a coletividade é titular.

<sup>104</sup> Art. 7º, inciso XVI, da Lei nº 8.884/94.

<sup>105</sup> Art. 20 da Lei nº 8.884/94.

<sup>106</sup> Art. 21 da Lei nº 8.884/94.

<sup>107</sup> Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.

<sup>108</sup> Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.

<sup>109</sup> Art. 7º, incisos II e III, da Lei nº 8.884/94.

<sup>110</sup> Esta previsão surgiu com a edição da Lei nº 9.648, de 27/5/98.

<sup>111</sup> Incisos VIII, IX, X, e § 1º do Art. 3º, da Lei nº 9.427/96 (artigo alterado pela Lei nº 9.648, editada em 27/5/98).

<sup>112</sup> Art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.472/97.

<sup>113</sup> Art. 7º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.472/97.

<sup>114</sup> Art. 7º, § 3º da Lei nº 9.472/97.

<sup>115</sup> Art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97.

<sup>116</sup> Antes da edição da Lei nº 9.457/97, que revogou a disposição de tratamento igualitário dos acionistas minoritários em relação ao ágio de controle, pago ao controlador.

<sup>117</sup> Gazeta Mercantil de 2-3/8/97, p. A-11.

<sup>118</sup> §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 9.472/97.

<sup>119</sup> Art. 19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97.

<sup>120</sup> Art. 10 da Lei nº 9.478/97.

# Os deveres e a Constituição

Eduardo Silva Costa

## Sumário

1. Introdução. 2. O caráter da Lei Fundamental. 3. A busca de identidade constitucional. 4. A situação dos deveres na Constituição de 88. 5. Deveres do Estado: exemplos.

### 1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, alguns setores da sociedade passaram a opor reparos ao texto normativo pelo prisma do binômio *direitos e deveres*.

Para tais setores, a Constituição fora pródiga ao estabelecer direitos e avara na fixação de deveres, um descompasso que se lhes afigura desconcertante. Ainda hoje, transcorrido um decênio de vigência da nossa Lei Maior, persistem aqui e ali críticas desse jaez, o que denota a importância atribuída pelos censores ao tema.

É certo que a insistência na consideração da matéria tem um inegável teor ideológico. As vozes que clamam contra a superabundância de direitos em contraste com a penúria de deveres, característica da Constituição atual, alinham-se com o pensamento conservador, articulam-se com o programa e o ideário da *intelligentzia* da classe burguesa. Essa classe, representativa do capital, repele a criação de direitos, sobretudo sociais, em nível constitucional, e a elevação ao cume da hierarquia normativa de direitos que até então eram inseridos na legislação ordinária, na qual se situam comodamente aos olhos da dita classe.

Eduardo Silva Costa é Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Instituto dos Advogados da Bahia.



Então, ao criar direitos e incorporar os que se dispersavam em leis ordinárias, uns e outros de significado social, a Constituição de 88 na realidade estabeleceu um poder paralelo em favor da classe representativa da força trabalho; um poder paralelo reputado como o desafio maior, no âmbito jurídico, à força do capital. Deu-se, assim, para os intérpretes da ideologia do capital, em face do poder paralelo instituído na textura constitucional, um tratamento dissonante da essência, do sentido do direito, em decorrência do qual veio a afetar-se o equilíbrio das relações jurídicas, que deveriam invariavelmente situar-se nas pautas da justiça, definidoras de realidades ocorrentes no Direito Privado.

Esse, o questionamento básico da categoria representativa do capital.

## 2. O caráter da Lei Fundamental

Na realidade, os direitos que emergem da Constituição, sobretudo os de caráter social, configuram-se como expressão do poder do trabalho, que ressalta pela primeira vez na nossa história constitucional na forma de valor. É o que se colhe do dispositivo do art. 1º:

“A República Federativa do Brasil... constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Sem dúvida, é assaz significativa a inserção, no texto constitucional, do trabalho como valor social, ao qual se dá primazia: ele precede a livre iniciativa. Tal primazia diz bem da relevância do dito valor na tessitura do sistema ordenado pela Constituição, precisamente porque esta conformou um Estado Democrático de Direito assentado sobre o trabalho. Assim se erigiu o trabalho, por representar este uma força proeminente na sociedade industrial, na qual o desenvolvimento da produção depende da energia humana, não obstante o lugar que vem sendo ocupado pela cibernética.

Então, o que a realidade evidenciara haveria de receber, no plano normativo, um tratamento correspondente. Ao trabalho como poder deveria dar-se a normatização conseqüente, primeiro estabelecendo-se ele, logo no artigo 1º, como fundamento da República e, depois, distribuindo-se em diversos preceitos dos direitos indispensáveis à efetividade e concretização do valor mesmo.

Posto isso, não há divisar nenhuma anomalia, nem excrescência, nem tampouco qualquer excesso comprometedor do equilíbrio necessário à harmonia social, propósito a que toda Constituição visa. Os direitos sociais identificam-se, desse modo, como transunto do poder que o trabalho, representado pelas forças produtivas, adquiriu ao longo de sucessivas e infatigáveis pugnas.

No contexto do liberalismo, a Constituição representou a conformação normativa máxima da idéia-força da doutrina liberal. Daí afirmar Bobbio que “o maior produto do seu pensamento (o liberal) e de suas lutas são as Constituições” (Igualdade e Liberdade, ed. Ediouro, pag. 85). Precisamente para consolidar e dilatar o domínio da ideologia, é que se conceberam e arquitetaram as Constituições, conseqüentes da assunção ao poder da burguesia.

Ora, dado o caráter originário das Constituições que se proclamaram primeiro no final do século XVIII — a americana e a francesa — e depois no século XIX, o que ressaltou em todas elas foi a proliferação de direitos, criados em prol da classe então ascendente. O que se buscou sobretudo foi institucionalizar a liberdade e a propriedade, dois pontos nucleares da ideologia liberal. Deu-se como pressuposto o ser humano livre, independente, e titular de direitos invioláveis e imutáveis; e assentou-se ser a propriedade um “direito inviolável e sagrado”. E essas foram as fundações sobre as quais se constituíram os monumentos normativos da época liberal, sejam as Declarações de direitos, sejam as Constituições.

Desde que a classe representativa do trabalho passou a conquistar espaço no ordenamento jurídico, com o reconhecimento de direitos, o ingresso na contextura constitucional haveria de dar-se mediante a declaração desses direitos. Esses resultaram de inúmeras reivindicações da classe trabalhadora, agitadas em várias frentes e que visavam a conquistar espaço no âmbito normativo superior — a Constituição. Assim, os acerbos conflitos entre capital e trabalho resolveram-se pelo processo da racionalização mais elevada — a inserção na Lei Fundamental de direitos sociais. Direitos individuais e direitos sociais passaram a coexistir no sistema constitucional, uns e outros dotados de idêntica validade e de exigibilidade imediata.

### 3. A busca de identidade constitucional

Já notamos o caráter que singulariza a Constituição — ela é um mosaico de direitos. É a própria origem da *norma normarum* — que explica ser ela, acima de tudo, uma condensação de direitos. Tanto assim que se engendrou a separação de poderes, com a delimitação de competência de cada um deles, como uma forma de prevenir a concentração e o abuso que lhes são conatuais. Dado que o Poder tende a expandir-se arbitrariamente, já as primeiras Constituições da época moderna erigiram um anteparo, com fundamento nos direitos inatos e eternos do homem, de modo que se preservassem as liberdades indispensáveis ao exercício desses direitos. Daí asseverar Burdeau que

“as primeiras Constituições elaboraram-se no século XVIII não para assegurar o interesse do povo... mas para proteger a liberdade”. (*Droit Constitutionnel*, 23a ed., 1993, pg. 56).

Assim se deu com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776, documento que antecedeu a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 4 de julho daquele ano, e que veio a conformar o ideário da Constituição dos Estados

Unidos da América, promulgada em 17 de setembro de 1787. Ao mesmo modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, enunciada na Assembléia Nacional da França, de 26 de agosto de 1789, que antecedeu a Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791. Tanto em uma como na outra buscou-se solenizar os direitos, a fim de proteger as liberdades que se normatizaram nos textos.

É na Constituição dos Estados Unidos da América que se estabelecem, no plano jurídico, os fundamentos do liberalismo político. Nela se proclama que

“Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos...e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país” (artigo VI).

De certo, não foi no texto originário que se proclamaram os direitos na Constituição americana. Estes vieram primeiro a ser declarados nos aditamentos e emendas àquela, por meio da Assembléia Nacional, dada a advertência que então se fizera que “sem uma tábua de direitos” não havia Constituição propriamente. De qualquer modo, “o direito supremo do país”, como lá está inscrito, importa a ascendência do povo, que é o soberano titular do destino da nação.

No respeitante à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, evidencia-se ser ela o prelúdio da Constituição de 24 de junho de 1793, na qual realça o seu preâmbulo, bem significativo da identidade constitucional. É nesse preâmbulo, na sua parte final, que se recorta incisivamente a singularidade da Lei Fundamental:

“O povo francês... resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis... a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislativo o objeto da sua missão”.

Releva do citado preâmbulo que os direitos são o conteúdo, a substância, a razão de ser da Constituição, visto que neles residem “as bases da sua liberdade e da sua (do povo) felicidade. Ao contrário, “o magistrado”, que é de compreender-se não só o juiz, mas sobretudo o mandatário do povo, o governante, tem para si os deveres, de cujas regras há de ser cumpridor. E, por fim, o legislador, que há de ter presente “o objeto da sua missão”, que não pode ser outra senão elaborar as leis sustentadoras e fortalecedoras da felicidade do povo.

Essas duas Constituições é que, como cediço, foram modelos de outras que se lhe seguiram no século XIX, época de florescência do liberalismo. De um lado, a Constituição dos Estados Unidos, do outro, a Constituição Francesa no capítulo da Declaração de Direitos, ainda fazem irradiar forte influência, no aspecto dos direitos e liberdades individuais, nas Constituições de caráter social, as que conformam o Estado Social de Direito. A rigor, essa é a identidade constitucional democrática, consoante a qual os direitos são a essência do documento solene que estrutura normativamente o país, o documento que, na expressão de Eduardo Garcia Euterría, ...”es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos”, quais sejam, os que os direitos fundamentais expressam (La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, ed. 1991, pg. 47).

#### *4. A situação dos deveres na Constituição de 88*

Certamente, com a Constituição se alcança o máximo de racionalização política; nela se perfaz o ótimo da justaposição dos interesses e aspirações compósitos; porque só pela Lei Maior se conquistam a ordenação dos poderes e a preeminência dos direitos.

Ora, dado que os poderes são definidos e, por consequência, delimitados no seu exercício, impõem-se-lhes deveres. Aos poderes que se erigem na estrutura normativa

constitucional se cometem deveres precisamente para serem atingidos os fins de toda organização política — assegurar direitos, criados e reconhecidos na Constituição, e prestar serviços; como exercer funções em prol da coletividade, em favor da qual deve promover ações apropriadas.

Nessa linha de considerações, é de observar que a Constituição de 5 de outubro de 1988, já no seu Preâmbulo, dá a dimensão do conteúdo democrático do novo ordenamento jurídico brasileiro. Lá está que é o povo que institui, por meio dos seus representantes eleitos e reunidos em Assembléia Nacional Constituinte,

“um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade”...

Assim se inscreve no Preâmbulo, para, no Título II, enunciarem-se os direitos e garantias fundamentais, sendo o Capítulo I dedicado aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e o Capítulo II abrangente “Dos Direitos Sociais”.

Mas, a enunciação do Capítulo I — “Direitos e Deveres Individuais e ‘Coletivos’” — não exprime a realidade do conteúdo normativo. Os deveres a que se referem alguns incisos não são propriamente deveres, designam, antes, ressalvas de direitos, consoante se infere, por exemplo, do inciso VIII, que, ao asseverar

“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”,

ressalva, porém, que não é dado invocar tais crença e convicção “para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Então, o que se estabelece no citado dispositivo é um postulado democrático conspícuo, de natureza liberal. A ressalva que se faz valer é em favor do próprio regime democrático, que também assenta na igual-

dade: crença religiosa ou convicção filosófica não podem superpor-se ao princípio da isonomia.

Desse modo, à enunciação “Direitos e Deveres” não corresponde no corpo do texto senão a declaração de Direitos, sejam individuais, sejam coletivos. De deveres, como assinalado, não se trata.

Na realidade, deveres não figuram na Constituição, a não ser no respeitante 1º) ao alistamento eleitoral e ao voto, que são obrigatórios para os maiores de dezoito anos (art. 14, § 1º, D); e 2º) ao serviço militar, que é igualmente reputado obrigatório (art. 143). Isso, é evidente, no que diz com o indivíduo propriamente dito, a quem se imputam sanções correspondentes pelo não-cumprimento dos deveres concretamente referidos nos preceitos indicados.

Deveres outros se deparam no texto constitucional e que têm como sujeitos a família, a sociedade e o Estado, globalmente considerados, do que é exemplo o comando ínsito no art. 227:

“É dever da família, da sociedade, do Estado assegurar à criança e ao adolescente”...

E, em outro exemplo, inscreve-se, igualmente de forma conjunta:

“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas”...

Na fixação de deveres do cidadão, a nossa Constituição dispõe de forma precisa, conforme salientou-se acima, as duas espécies — a primeira relativa ao alistamento e ao voto; e a segunda concernente ao serviço militar. Não se cogita nela, como se cogitou na Constituição italiana, do dever de defender a pátria — “*sacro dovere del cittadino*” — e do dever de concorrer para as despesas públicas e, ainda, do dever de ser fiel à República e observar a Constituição e as leis (arts. 52, 53 e 54, respectivamente).

Circunscreve-se, assim, na nossa Constituição, a categoria do dever do cidadão às duas modalidades já apontadas — o voto e o serviço militar. Com isso, a Lei Fundamen-

tal consubstancia-se como a Carta do cidadão, na qual se enunciam direitos em pro do indivíduo a um tempo “singular” e “solidário”, para empregar a conceituação de Eduardo Garcia Enterría (La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, citado). Deveres, a Constituição os explicita e impõe na direção regular, certa, para tornar o destinatário deles o seu sujeito passivo. Esse destinatário de deveres é o Poder Público, ou melhor, o Poder Político individualizado no Estado, a expressão principal da potestade política. A par dele, ou, se se preferir, próximo dele, posto que com carga bem menor de deveres, o Poder econômico. Poder-se-ia mencionar ainda o Poder da sociedade, mas esse, de certo modo, é intangível, não se corporifica tão forte como as espécies anteriormente referidas.

### 5. Deveres do Estado: exemplos

Atende-se aqui aos deveres na sua expressão ou sentido positivo — dever de fazer, do mesmo modo que se reparte a obrigação civil propriamente dita em obrigação de fazer e obrigação de não fazer.

Prescrevem-se, na Constituição, inúmeros deveres do Estado, quer em termos de garantia que ele é obrigado a prestar, em razão do direito que esta resguarda, quer em termos de prestação que se lhe impõe satisfazer. Ou, então, deveres de abstenção da prática de atos do mesmo Estado.

Aqui, registrar-se-ão apenas alguns desses inúmeros deveres.

Nessa linha de considerações, indicam-se, por exemplo, no concernente à garantia do direito de liberdade religiosa, o inciso VII do art. 5º, que assegura “a prestação de assistência religiosa, nas entidades civis e militares de internação coletiva”; no tocante ao dever de abstenção, o preceito conforme o qual

“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou política (art 5º, VIII);

no respeitante ao dever de proibição, o dispositivo que enuncia ser a casa “asilo invio-

lável do indivíduo”, em decorrência do que “ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador” (inciso VI).

De modo a que seja prestada a satisfação de direito, o exemplo que ressoa no Capítulo I do Título II é a defesa do consumidor, para a qual se comete ao Estado o dever de promovê-la. A esse respeito já há, desde setembro de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078.

Por igual, prescreve-se ao Estado o dever de prestar

“assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inciso LXXIV do mesmo artigo).

No elenco das competências, evidencia-se, da leitura do texto sobre “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, disposição inquestionável de dever que se impõe a tais entidades de Direito Público, integrantes do Estado Federal, qual seja o de

“zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (art. 23, I).

Semelhante a esse, acima transcrito, os demais incisos contemplam inequívoca configuração de dever, valendo assinalar:

“cuidar da saúde e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (inciso II);

“proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (inciso III);

“proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (inciso V);

“combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (inciso X).

O que se denomina competência, na verdade, é um plexo de deveres que se impõem

ao Estado como principal responsável pela execução de políticas públicas, sem deixar de ressaltar o encargo maior — “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (inciso I) —, cometimento esse repartido pelos três poderes, cada um na sua área de atribuições. De feito, dota-se o Estado de poderes para que mais eficazmente ele cumpra os deveres que se lhe assinam constitucionalmente, consoante expõe com propriedade Celso Antônio Bandeira de Mello.

Ainda, no plano de serviços públicos básicos, avulta o dever do Estado, conforme se enfatiza em relação à segurança (art. 144: “A segurança pública, dever do Estado...); à saúde (art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado...); à educação (art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado...”). Extensivamente, incumbe também ao Estado o dever de garantir os direitos culturais, nos termos do art. 215:

“O Estado garantirá a todos o exercício dos direitos culturais...”,

a par de proteger, o que vale dizer, assinala-se-lhe o dever de proteger as manifestações da cultura, à vista do que dispõe o mesmo artigo no parágrafo 1º:

“O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Sobressai, por fim, no Capítulo III, o dever do Estado relativamente ao desporto:

“É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um...”

Outros deveres fixam-se na Constituição, dirigidos ao Estado. É o que se nota, por exemplo, no Capítulo VI — “Do Meio Ambiente”. Aí é o Estado intervindo com o dever de “assegurar a efetividade”, diz o texto, do “direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Por isso, alinham-se no parágrafo 1º do art. 225 disposições que ditam ações ao Estado que têm

por finalidade “preservar”, “restaurar”, “controlar”, “promover”, tudo em prol do “direito de todos”, cuja efetividade só ele, o Estado, pode assegurar. E como este detém a potestade, reserva-se-lhe competência para atuar coercitivamente com a finalidade da realização e proteção de direitos, dos quais são titulares o cidadão em si ou a coletividade como um todo.

Daí que os direitos atribuídos na Constituição ao cidadão, como à coletividade, reclamam a imposição de deveres ao Estado para efetivá-los. Aqui, depara-se a relação cidadão e sociedade em frente do Estado. Aos primeiros, os direitos; ao último, os deveres. Ou, para concluir, com a síntese de Eduardo Garcia Maynez,

“Los deberes jurídicos, a diferencia de los de orden ético, no lo son del sujeto obligado para con su propia conciencia, sino del pasible del deber

frente al titular del derecho correlativo. El derecho atribuido a uno de los sujetos encuentra su complemento en el deber impuesto al otro, porque la conducta que de éste se exige es la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor” (Lógica del concepto jurídico, Fondo de Cultura Económica, 1959, pg. 184).

Ao termo dessas considerações, cabe reafirmar o complexo de positividade de direitos que encerra a Constituição de caráter democrático de 5 de outubro de 1958. Os deveres que nela se exigem têm como sujeito obrigado o Estado, em plano saliente, consoante acima frisado. É da própria lógica do Estado Democrático de Direito, na sua feição social — o Estado Democrático Social —, que assim decorre.

# O controle dos recursos públicos e a função política do Legislativo: aspectos da experiência internacional

João Paulo M. Peixoto e  
Nelia Pamplona C. Lima

“Em todo Estado bem governado a prosperidade é uma coisa sagrada; nas democracias é a única coisa sagrada”.  
Anatole France.

## Sumário

1. Introdução. 2. Antecedentes. 3. França. 4. Inglaterra. 5. Estados Unidos. 6. O *General Accounting Office* – GAO. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A Democracia não pode e não deve ser apenas um mandamento constitucional a reger politicamente uma nação. Tanto precisa estar embebida na sociedade por meio de uma cultura cívica, quanto praticada no âmbito da gestão governamental, por meio de diversos mecanismos institucionais.

Entre eles, o princípio de *check and balances* previsto pelos patriarcas do regime presidencialista americano constitui-se em elemento fundamental a dar conseqüência ao princípio montesquiano da separação e independência dos poderes, destinado a evitar a concentração de força em um só governante ou num determinado ramo de poder, garantindo, assim, um governo democrático.

O controle externo e seus mecanismos materializam esses “pesos e contrapesos” fundamentais para a garantia da liberdade política, da gestão governamental democrática,

João Paulo M. Peixoto é Professor da UnB.  
Nelia Pamplona C. Lima é Mestre em Administração Pública e Governo pela UnB e Superintendente de Recursos Humanos do CNPq.

da *accountability* e da eficiência da administração pública.

A própria noção moderna do *public service* surgiu impregnada dos princípios – hoje prioritariamente ressaltados – de necessidade crescente de aprimoramento dos mecanismos de controle das atividades governamentais, seja no âmbito político, seja no âmbito gerencial. O novo e crescente papel da sociedade civil veio dar maior importância ainda a esses mecanismos, dado o grau maior de interação das atividades governamentais e sua interdependência com os interesses da sociedade. O Estado, cada vez mais, não deve caracterizar-se como um guia da sociedade, e sim uma emanção da mesma.

A ação fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo se insere nesse arcabouço institucional. Politicamente, tanto legitima o princípio montesquiano, quanto garante a *accountability* e a *governance*, fundamentais para a legitimidade e consequente estabilidade dos sistemas políticos democráticos, independentemente do sistema de governo adotado.

Neste final de século, a reavaliação do papel do Estado e de suas instituições surge como tendência mundial.

Para que a democracia se expanda e consolide, as instituições devem proporcionar cada vez mais a transparência de seus atos, a participação da sociedade nas ações do Estado, tendo sempre como foco central o cidadão contribuinte, fonte das finanças públicas.

Este artigo resume aspectos do funcionamento do controle externo – nos níveis político e administrativo – em países europeus, com destaque para França, Inglaterra, e nos Estados Unidos da América.

## 2. Antecedentes

Os primeiros sistemas de controle surgiram no início da organização do governo, quando as instituições responsáveis pelo recebimento de tributos e pela realização das despesas com as organizações de serviços e atendimento ao cidadão perceberam a

necessidade de se criar algum tipo de controle dos gastos públicos.

Atualmente, a maioria dos países possui um ou mais órgãos responsáveis pelo exercício do controle dos recursos públicos.

Para Citadini (1995, p.12), o controle possui relações intrínsecas com a democracia: “não existe país democrático sem um órgão de controle com a missão de fiscalizar a boa gestão do dinheiro público”.

Algumas formas de controle financeiro são originárias de Roma e Grécia, ainda que não institucionalizadas.

João Gualberto de Oliveira, *apud* Citadini (1995), destaca a origem dos principais órgãos de controle. Na Itália, tem-se a *Corte Dei Conti*, instituída em 14 de abril de 1864, à qual compete a revisão das operações orçamentárias de receitas e despesas. Na França, a *Cour des Comptes*, instituída em 1807, foi considerada um marco para o controle dos atos da Administração Pública. O Tribunal de Contas, na Alemanha, originou-se na Alta Câmara Prussiana de Contas, criada em 1714. Em Portugal, as funções de fiscalização iniciaram-se de forma remota com a Casa dos Contos (1389-1761), Erário Régio (1761-1832) e outros órgãos similares até a criação do atual Tribunal de Contas em 1930, por exemplo.

No Brasil, o sistema de controle da Administração Pública teve início com a República, em 1891, após a iniciativa de Rui Barbosa de criar o Tribunal de Contas da União por meio do Decreto-Lei nº 966-A, de 7 de novembro de 1890. Após 1964, as atividades dos Tribunais de Contas foram restringidas, limitando-se o controle a eventos pontuais das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Os Tribunais mencionados são, na realidade, órgãos auxiliares dos Parlamentos, verdadeiros responsáveis pela fiscalização e controle na Administração Pública (controle externo); embora exista uma tendência a se relacionar o controle externo apenas aos Tribunais, é dever dos Parlamentos informar à sociedade, em nome da transparência



sobre a gestão da coisa pública, atos e programas de governo.

Entre os países que adotam o sistema de Tribunal de Contas (órgão colegiado), predominante nos países de formação latina, têm-se a Bélgica, Brasil, França e Itália. O Sistema de Controladoria (centrado em uma pessoa), predominante nos países de tradição anglo-saxônica, é adotado na Inglaterra, Estados Unidos, Dinamarca e Chile, entre outros.

Em ambos os casos, formas mais modernas e eficazes de fiscalização e controle têm sido exigidas dos órgãos responsáveis pelo controle, que devem possibilitar fiscalização ágil e desburocratizada, verificando a legalidade e a economicidade dos atos bem como incentivando o Governo a optar por ações menos onerosas.

Nesse sentido, vêm surgindo novas técnicas de auditoria e de administração para possibilitar a verificação do mérito do ato administrativo e reorganização dos instrumentos internos para apoiarem o controle externo, pois, com o Estado regulador que se avizinha – concentrando-se em suas áreas clássicas (segurança, saúde, educação) –, está sendo exigido dos órgãos de controle um novo formato adequado à nova realidade institucional.

Os Parlamentos, com a participação de Tribunais ou Controladorias, exercem o controle externo da gestão pública, sendo a existência desses órgãos, e o seu melhor desempenho, um indicador do grau de democracia existente no país.

Pereira J. (1989) apresenta um estudo comparado sobre os meios de controle experimentados pelos países da Europa Ocidental e Oriental, fruto de pesquisa realizada sob o patrocínio do Centro Europeu de Coordenação da Pesquisa e Documentação em Ciências Sociais, órgão vinculado à Unesco, sediado em Viena, com a participação de quinze Estados: Áustria, Bélgica, Bulgária, França, Grã-Bretanha, Hungria, Itália, Iugoslávia, Polônia, República Democrática da Alemanha e República Federal da Alemanha, Suécia, Suíça, e as, então,

Tchecoslováquia e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

As análises, concluídas em 1985, resultaram no compêndio “*L’administration en Europe de L’Est et de L’Ouest*”, que é de interesse ímpar para o Direito Público e de extraordinária oportunidade para a conjuntura brasileira pela possibilidade de subsidiar a legislação ordinária sobre o sistema de controles estabelecidos pela Constituição de 1988.

Aspectos do controle, como universalidade, imprescindibilidade, metodologia uniforme, dualidade de objetivos, técnicas assemelhadas, ambigüidades permanentes, diversidade do controle, organização política, organização administrativa e organização social, que, via de regra, estão presentes nos controles em nível mundial, são apresentados no texto de Pereira J. e podem ser assim resumidos:

Sobre a *universalidade do controle*, tem-se que, na Administração Pública, não importando o sistema jurídico ou o regime político, o controle guarda semelhanças e as suas finalidades não variam em substância, destinando-se a garantir a legalidade, a eficácia e a pertinência das ações dos órgãos administrativos do Estado, procurando manter o equilíbrio entre a realização do interesse público e o respeito aos direitos individuais.

Também são constantes a natureza e a estrutura dos controles; os controles internos são de responsabilidade dos órgãos executivos do Estado, enquanto o controle externo fica a cargo dos demais poderes ou dos cidadãos representantes legais ou comuns, o chamado controle social, via associações ou representantes da sociedade.

Como esses controles são acionados, o peso que se atribui a cada um deles depende do regime político administrativo de cada país, de sua cultura, das diferenças de ordem econômica, ideológica ou social que conferem identidade específica aos diversos sistemas.

Sobre a *imprescindibilidade do controle*, elencam-se algumas das razões destacadas:

1 – o controle é consequência da ação administrativa do Estado e deve garantir o bom funcionamento dessa ação, vez que ela interfere nas condições de vida e na prosperidade coletiva;

2 – controlar o uso dos poderes conferidos à Administração Pública significa a proteção dos cidadãos contra as arbitrariedades e zelo pela justiça e coerência das ações propostas pela autoridade.

A respeito da *metodologia uniforme*, fica evidenciado que, em todos os sistemas, ela é idêntica pelas suas funções básicas: corretiva, destinada a investigar, emendar; preventiva, para evitar erros e omissões; construtiva, para, ao determinar as causas dos erros, permitir aos órgãos competentes providenciar novos instrumentos para erradicá-los e também para punir erros e omissões.

Ainda, do ponto de vista de seu método de atuação, o controle é considerado o contraste entre a situação desejada e a real, e pressupõe três fases: a avaliação dos resultados obtidos, causas para o resultado e redefinição de regras para disciplinar as ações futuras.

Sobre a *dualidade de objetivos*, tem-se que os controles da Administração Pública destinam-se a duas finalidades: a da eficácia, que engloba as características próprias da ação administrativa ideal (alcance dos objetivos estabelecidos no tempo oportuno e pelo menor custo), sendo um controle de qualidade e os seus atos de caráter político, e a da regularidade, que verifica a conformidade da ação administrativa às normas jurídicas que a ela forem aplicáveis.

Sobre as *técnicas assemelhadas*, existem muitas modalidades de controle e são semelhantes às técnicas empregadas para a sua efetivação. Pode haver controle prévio, quando da edição do ato administrativo (por exemplo, o Conselho de Estado Francês manifesta-se sobre projeto de lei ou decreto): esses controles, conhecidos como de legalidade, podem, em alguns casos, oferecer ponderações para prevenir equívocos de orientação, alcançando o mérito da decisão.

Há, também, controles durante a execução das ações administrativas de médio e longo prazo e controles *a posteriori* realizados pelas Cortes de contas.

Quanto às *ambigüidades permanentes*, tem-se que o controle da Administração Pública necessita de permanente ajuste dos meios aos vários sentidos relacionados aos sistemas de controle. É preciso conciliar a brevidade que requer a ação administrativa com a morosidade que resulta dos mecanismos dos processos de controle, bem como estabelecer critérios de julgamento que respondam à supervisão padronizada. Em razão das demandas sociais crescentes, os serviços públicos passam por constante remanejamento, o que implica inovar os modos e técnicas de controle, devendo-se optar entre adaptar os já existentes ou criar-se novas técnicas.

Sobre a *diversidade do controle*, com relação à estruturação de um sistema de controle na Administração Pública, seus pesos e como organiza-se, obedece à lógica que reflete necessidades objetivas e coerentes do regime a que se destina, sempre envolvendo variáveis culturais e ideológicas.

Com relação à *organização política*, a Administração Pública pode reconhecer ou desconhecer os direitos dos seus cidadãos, assim como pode usar corretamente ou abusar de seus poderes. Como resultado dessas tensões, podem surgir conflitos que os meios de controle buscam evitar ou disciplinar:

1 – o passado influencia na imagem que uma sociedade constrói sobre a Administração Pública e os seus meios de controle. A maioria dos países da Europa Ocidental, desenvolvidos em oposição às monarquias absolutistas, considera a Administração como um poder exterior à sociedade, capaz de, eventualmente, atentar contrariamente aos interesses dos indivíduos.

2 – conter a Administração nos limites permitidos pelos textos legais é preocupação essencial nesses países. O sistema de controle baseia-se nos freios e contrapesos entre os poderes, que repassam parcela desse

controle aos Tribunais. Porém, os mecanismos essenciais de controle se limitam mais aos poderes que se equilibram ou aos Tribunais, mas incluem ainda órgãos de representação direta das comunidades que detêm o poder político por definição.

A respeito da *organização administrativa*, o nível de centralização político-administrativa, a hierarquia da autoridade e a maior ou menor independência entre os poderes influenciam o sistema de controle.

A pesquisa revela também que, quanto aos poderes de superiores hierárquicos, com relação às atividades de seus subordinados, serão menores quando for maior a desconcentração de funções. Exemplo dessa situação verifica-se na Suécia, onde cada funcionário é independente na edição de atos administrativos dentro da sua esfera de atribuições e de competência. Não existe o poder de rever ou revogar atos administrativos de ofício pelos escalões superiores, a menos que o interessado solicite o reexame por se considerar lesado. Nos sistemas de hierarquia forte, a última palavra cabe ao superior máximo. Também a abrangência do controle interno tem repercussão sobre os controles externos.

A respeito da *organização social*, que visa proteger direitos individuais em virtude de erros ou de abusos da Administração Pública, é uma preocupação dos sistemas de controle, variando a relevância em reconhecer esses direitos conforme o país e a conjuntura. O Leste europeu vem enfatizando a necessidade de respeito aos interesses legítimos dos cidadãos. Os demais países vêm completando os

“clássicos direitos individuais abstratos com direitos a prestações sociais concretas, resultando na intervenção objetiva da Administração Pública em setores privados em que anteriormente não havia interferência estatal”.

Finalizando, a chefe da pesquisa em referência da agência da Unesco, Celine Wiener, e o Vice-Diretor do Instituto do Estado e do Direito da Academia Polonesa de

Ciências, Janusz Letowski, apud Pereira J. (1989), destacam, quanto aos aspectos do controle, como

“situações comuns dos países envolvidos na pesquisa: a imprescindibilidade, a metodologia uniforme, a dualidade de objetivos, as técnicas assemelhadas e as ambigüidades permanentes do controle.”

Como situações variáveis, “a organização política, a organização administrativa e a organização social, condicionadoras do sistema” (1989, P.29). Vale acrescentar que os diferentes aspectos abordados, resultantes dessa pesquisa, podem ser considerados como situação presente dos controles na Administração Pública em nível mundial.

Ressalte-se que a maioria dos autores que tratam do tema controle na Administração Pública são originários da área do Direito, na qual existe uma tendência em abordá-lo enfatizando a conformidade da ação administrativa com as normas jurídicas estabelecidas para o controle (legalidade), em que estão presentes a idéia de punição, quando não se conformam com as normas, sem observar o verdadeiro objetivo da função administrativa do controle preconizada pelos teóricos da administração científica. Isso ocorre em razão do controle, do ponto de vista do Direito (legal), visar ao cumprimento da lei e à punição para aqueles que deixarem de cumpri-la.

Como este trabalho pretende analisar o controle realizado na Administração Pública do ponto de vista da função administrativa deste, chama-se a atenção para os objetivos do controle no contexto da Administração, que são o de monitoramento e o de reorientação da ação a ser realizada.

A finalidade da Administração é a ação. Não faz sentido um controle apenas para conformar-se com a lei, pois este deve auxiliar para que se alcancem os objetivos estabelecidos em tempo hábil e pelo menor custo, o que significa, na Administração Pública, observar o princípio da economicidade.

Também não se justifica um controle para punir. Punir não evita o prejuízo causado e, para a Administração, a punição pode resultar na exclusão de um membro e, portanto, na perda de recursos, prejudicando a ação.

No texto de Pereira J. (1989), é mencionada, como função básica do controle, a punição, bem como as fases do processo de controle.

Essa idéia de punição está presente no Direito (aspecto legal). É uma herança negativa do controle, conforme demonstrado na abordagem sociológica, que deve ser evitada, pois pode ser considerada como uma das causas para o não-funcionamento do controle. Para a Administração, conforme mencionado, não interessa a punição, mas a realização da ação de modo eficaz.

Apontam-se ainda como fases do processo do controle a avaliação dos resultados, causa para esses resultados e redefinição de regras para disciplinar as ações futuras (ações corretivas), ficando claro que, dessa forma, está-se considerando o controle do ponto de vista da Administração. Deve-se acrescentar, porém, àquelas fases do controle, o estabelecimento de parâmetros antes da avaliação dos resultados e o monitoramento antes da redefinição das regras, conforme prevê a função administrativa do controle.

De acordo com o texto de Pereira J., a eficácia é considerada como aspecto essencial, englobando as características próprias da ação administrativa ideal. A conciliação dos vários métodos de controle, via de regra morosos, com a celeridade da ação administrativa, na qual o tempo é uma variável que envolve custos, recursos e desperdício que podem inviabilizar o controle, é aspecto importante a ser observado em um sistema de controle.

Será abordado, a seguir, o funcionamento dos mecanismos de controle na França, Inglaterra e Estados Unidos, países onde esses mecanismos estão mais avançados, com o objetivo de buscar, em suas experiências, soluções que possam ser adequadas ao aperfeiçoamento do sistema de controle no Brasil.

### 3. França

A Constituição da França de 1958 institui um regime híbrido de governo, com Legislativo bicameral, composto pela Assembléia Nacional e pelo Senado. A Constituição concede à Assembléia Nacional poder de votar moção de censura, que causa a demissão do governo. Já o Presidente da República tem a prerrogativa de dissolver a Assembléia Nacional. Existe, em teoria, amplo poder de controle político do Parlamento sobre a atuação do governo em função da possibilidade de ser votada uma moção de censura, que tem um caráter especial.

“as extremas sutilezas e os delicados mecanismos da moção de censura e do direito de dissolução, característicos do regime parlamentar, seu caráter precipuamente político afastam exame mais aprofundado, num estudo sobre o controle de Administração Pública, que visa sobretudo à atividade administrativa cotidiana” (Cadart, *apud* Medauar, 1990, p. 115).

Por sua vez, Ferreira & Costa (1993) destacam como ações do controle governamental na França as questões do parlamento ao governo, as Comissões de Inquérito e de Controle e a Moção de Censura ao Governo. As Questões do Parlamento (escritas) ao Governo são mais um meio de informação que de controle. Elas são formuladas por um parlamentar, por pedido de um eleitor, para a obtenção de informações precisas da Administração. A resposta é dada em um prazo máximo de um mês e publicada no Diário Oficial.

Sobre a censura do Parlamento ao Governo, afirmam a princípio que o Governo é responsável perante a Assembléia Nacional, por isso está sujeito a sua censura e, conforme art. 49 da Constituição de 1958, são três as hipóteses nas quais a responsabilidade do Governo é questionada pela Assembléia:

1 – o Governo, por sua própria iniciativa, após a deliberação do Conselho de Ministros, solicita à Assembléia voto de confiança

sobre seu programa ou sobre declaração de política geral. Nesse caso, a votação realiza-se em condições normais com contagem separada dos votos positivos, negativos e das abstenções. Se os votos negativos forem mais numerosos que os positivos, o Governo é obrigado a pedir demissão, porém nada obriga o Governo a submeter seu programa à Assembléia, por isso muitos deixam de fazê-lo.

2 – a Assembléia pode questionar a responsabilidade do Governo por meio de uma Moção de Censura, que apenas pode ser apresentada se contar com a assinatura de um décimo dos deputados. A votação só ocorre 48 horas após a apresentação da moção à Mesa da Assembléia, que se dá em condições especiais: só contam os votos a favor da Moção; não participam do escrutínio os deputados que não votam a favor, assim os que se abstêm voluntariamente são confundidos com os partidários do Governo. Se for rejeitada, os deputados não poderão propor outra Moção na mesma sessão legislativa. Por deliberação do Conselho de Ministros, o Primeiro-Ministro pode vincular a permanência do Governo à aprovação de projeto de lei pelo Parlamento. O texto é considerado adotado quando a oposição não apresenta Moção de Censura nas próximas vinte e quatro horas. Caso seja apresentada Moção, a votação dirá respeito a ela e não ao texto em questão. Rejeitada a Moção de Censura, considera-se o texto aprovado; o contrário leva o Governo a pedir demissão.

Observam ainda Ferreira & Costa que, no caso francês, como na maioria dos países de regime parlamentarista, o Executivo sobrepõe-se ao Legislativo quanto à iniciativa das leis. Apesar de toda a legislação passar formalmente pela Assembléia Nacional e pelo Senado, 90% dos projetos de lei têm origem no governo.

Sobre os meios de controle parlamentar na França, são destacados os seguintes mecanismos, de acordo com Medauar (1990):

1 – *Questões*: são os instrumentos mais simples e mais freqüentemente utilizados pelo Parlamento para buscar esclarecimentos ou notícias da atuação do governo e da

administração: podem ser solicitadas informações orais ou escritas ao ministro ou aos órgãos do governo. Geralmente, não há necessidade de voto para realizar esse procedimento. Na prática, sua finalidade é evidenciar situações merecedoras de atenção do governo e da opinião pública e não exatamente de conhecer os fatos, às vezes já conhecidos<sup>1</sup>.

No sistema francês, essas questões são propostas pelos membros do Parlamento ao Primeiro-Ministro e enviadas pelo presidente da Câmara a que pertencem. O ministro ou o secretário de estado responde ao autor das questões. As questões orais ou escritas são publicadas no jornal oficial dos debates da Câmara. A Constituição de 1958 prevê no art. 28 uma sessão por semana para as questões orais, que são de três tipos: *orais simples, orais com debates e questões de atualidade*.

Nas questões orais simples, o Parlamento realiza exposição de cinco minutos seguida de resposta do representante do governo e debate entre eles. Por sua vez, nas questões orais com debates, são permitidas discussões sobre problemas que criam situações constrangedoras ao governo. Quanto às questões de atualidade, criadas em 1969 e modificadas em 1974, é reservada uma hora da sessão semanal para elas, que podem ter sido apresentadas ao governo antecipadamente ou até às 14 horas do dia em que ocorrerá a sessão. O Primeiro-Ministro e os ministros interessados preparam suas respostas até a abertura da sessão, às 15 horas.

Já as questões escritas não são objeto de exposição em sessão pública. Elas são divulgadas no jornal oficial dos debates parlamentares; o Governo também responde por meio de publicação nesse jornal. As questões escritas que não são respondidas nos prazos fixados se transformam em questões orais. Se a resposta oral a essas questões não for satisfatória, tornam-se questões orais com debate. Se não forem corretamente explicadas, há a possibilidade de transformarem-se em moção de censura.

2 – *Comunicações de documentos*: de acordo com a legislação francesa, as comunicações do Governo ao Parlamento são numerosas e permanentes, principalmente as de matéria financeira e econômica. Essas comunicações são enviadas ao presidente de cada Câmara ou às comissões competentes, para verificar as contas das empresas estatais, por exemplo.

3 – *Autorizações e aprovações diversas*: são as relacionadas com a verificação da legalidade ou do mérito de atos ou medidas a serem adotadas ou já adotadas pelo Executivo, possibilitando impedimento de eficácia ou a revogação, se o Parlamento negar anuência. Esse tipo de controle não é incluído nas técnicas de controle parlamentar por muitos autores, mas Medauar (1990) afirma que tais manifestações detêm características da atividade de controle<sup>2</sup>.

4 – *Comissões de Inquérito e de Controle*: essas comissões são o principal instrumento de controle. Elas se formam com a finalidade de investigar fatos determinados e submeter as conclusões ao Plenário. Sua finalidade é o exame da gestão dos serviços públicos e das empresas estatais; têm duração limitada a seis meses; seus debates são secretos; não são constituídas para investigar matéria *sub judice*; pode-se sancionar com multa o não-comparecimento de pessoas convocadas, o falso testemunho e o suborno de testemunhas. Apenas a Câmara a que pertencem decide a divulgação de seu relatório e se realizam debates sobre as conclusões.

Detalhando um pouco mais o trabalho dessas Comissões de Inquérito e de Controle, Ferreira & Costa (1993) esclarecem que a diferença entre elas relaciona-se ao seu objeto: as de Inquérito recolhem informações sobre fatos determinados; as de Controle examinam a gestão administrativa, financeira e técnica de serviços públicos ou de empresas nacionais.

5 – *Delegações parlamentares*: criadas em 1974 por leis especiais, as delegações parlamentares são incumbidas de acompanhar questões importantes para o Parlamento e

de informar com exatidão às Câmaras sobre essas matérias.

6 – *Controle da aplicação das leis*: em função da ocorrência de atrasos ou de omissões na publicação de decretos de aplicação das leis, em razão do surgimento dos regulamentos autônomos permitidos pela Constituição de 1958, o Senado organizou sistema de controle da aplicação das leis para acelerar a publicação de decretos regulamentadores e de obter redação adequada. Esse trabalho é coordenado pela Mesa do Senado que, na abertura de cada sessão legislativa, apresenta um balanço da ação do governo quanto à aplicação dos textos legislativos; as comissões permanentes, por intermédio do presidente e dos assessores, fazem estudo minucioso sobre a aplicação dos textos da matéria de sua competência; a comissão examina as conclusões desse estudo e propõe as medidas consideradas adequadas: questões orais ou escritas com ou sem debate ao ministro responsável. Todas essas conclusões e propostas são publicadas no boletim de informações rápidas do Senado.

Apesar de o sistema francês propiciar ao parlamento vários meios de controle da Administração, Braibant, Questiaux & Wiener, Waline, apud Medauar (1990), fazem referência à ineficácia ou à fragilidade da fiscalização parlamentar na França, mencionando que,

“com exceção das gestões individuais dos parlamentares em favor de seus eleitores, todos os meios de controle são pouco utilizados e pouco eficazes; as duas Casas que formam o Parlamento não dispõem de tempo nem de facilidades práticas, nem de meios jurídicos de exercer controle aprofundado e permanente sobre os serviços e os funcionários”.

Para Soares (1989), parte do sistema de controle da França, a *Cour des Comptes*<sup>3</sup> foi criada pela lei de 16 de dezembro de 1807, com atribuição de controle *a posteriori* sobre as finanças do país e das administrações locais. Suas decisões são passíveis de

reforma em “grau de cassação” pelo Conselho de Estado (órgão do sistema francês com poder jurisdicional, comparável ao Supremo Tribunal brasileiro ou à Corte Suprema dos Estados Unidos). A Corte de Contas comunica as irregularidades administrativas ao Legislativo para os efeitos da conta geral do ano financeiro e responsabilidade dos ministros.

A *Cour des Comptes* (Corte de Contas), além de estender a sua vigilância sobre as administrações governamentais e comunais, fiscaliza as instituições de direito privado que recebem subvenções e auxílios dos governos. A competência da Corte de Contas consta da Constituição da França, que, em seu art. 47 (6º parágrafo), dispõe que cabe a ela assistir ao Parlamento e ao governo no controle da execução das leis de finanças. Esse órgão é composto por ministros nomeados pelo Conselho dos Ministros (art. 13 da Constituição).

A Corte de Contas na França tinha na sua origem funções contábeis e formais, sendo ampliadas posteriormente para o controle de mérito. Ela colabora com o Poder Legislativo para elaborar, para acompanhar e para apreciar a pós-execução do orçamento. Seu corpo técnico é formado por um Primeiro-Presidente, sete Presidentes de Câmara, oitenta Conselheiros Mestres, cento e oito Referendários e cinquenta e três Auditores (Couto, 1993).

Outra opção para o Controle do Mérito na França são os contratos de gestão do setor empresarial do Estado. Esses contratos com entidades selecionadas da administração direta ficam sob a supervisão do Ministério Titular, órgão responsável pelo controle nesses casos. De acordo com o seu desempenho, o contrato de gestão é renovado ou cancelado.

Todos os contadores públicos submetem anualmente suas contas à Corte de Contas sob pena de multa.

As contas são recebidas pela sede da Corte em Paris e submetidas ao exame de um auditor ou conselheiro-referendário (1º exame); a seguir, por um conselheiro-chefe

(2º exame). Após, é efetuado o julgamento por uma das Câmaras da Corte; caso o contador seja declarado desobrigado, as garantias adotadas pelo Tesouro sobre o patrimônio do contador são liberadas. Se o contador estiver em débito, as cauções são mantidas, acrescidas da hipoteca judicial, sendo a decisão transmitida ao Ministro das Finanças para execução. Quando se verifica malversação, o Ministério Público, que atua junto à Corte, aciona as jurisdições repressivas (Waline, *apud* Medauar, 1990).

Existe ainda, para o controle financeiro externo, a Corte de Disciplina Orçamentária, criada em 1948 com o objetivo de instituir responsabilidade efetiva dos ordenadores; sob a sua jurisdição estão todos os funcionários, exceto os Ministros que atuam na execução do orçamento, os agentes que recebem recursos financeiros do Estado (autarquias, sociedades de economia mista).

A fiscalização financeira externa na França realiza-se pela atividade da Corte de Contas, para os contadores públicos, e pela Corte de Disciplina Orçamentária, para os ordenadores de despesa (exceto os Ministros).

#### 4. Inglaterra

Na Inglaterra, berço do parlamentarismo e do sistema democrático de controle, cujo sistema representativo nasceu com a Magna Carta de 15 de julho de 1215, o controle financeiro externo compete à Câmara dos Comuns e é realizado pela Comissão de Contas Públicas e do Controlador e Auditor-Geral (*Comptroller and Auditor General*).

Também segundo Medauar (1990), as ações de controle da Administração Pública estabelecidas pelo Parlamento inglês revestem-se de maior força que o controle na França. Serão apresentados, a seguir, os meios de controle parlamentar na Inglaterra:

1 – *Questões*: utilizadas para buscar informações do governo; os parlamentares devem informar o seu conteúdo à Presidência da Casa; os textos das questões são distribuídos aos parlamentares; o Governo

tem o prazo mínimo de dois dias para responder; as respostas por escrito são utilizadas para os casos individuais ou para detalhes administrativos. As questões orais são tratadas por uma hora durante as sessões semanais; parte desse tempo é dedicada às respostas enviadas pelo Primeiro Ministro. Quando as respostas não forem claras, são solicitados pedidos de esclarecimentos ou debates.

Os períodos destinados às respostas, segundo H. W. Clark, *apud* Medauar, são chamadas *Question Time*, um dos mais populares aspectos do funcionamento do Legislativo inglês. As questões com respostas orais são os mais importantes mecanismos de verificação do comportamento do Governo de que dispõe a oposição, principalmente pela repercussão que se atribui às respostas do governo com relação às questões mais polêmicas.

Durante uma hora por dia, de segunda a quinta-feira, os deputados formulam perguntas aos Ministros sobre o funcionamento do Governo por meio das *Question Time*. O Primeiro Ministro tem às terças e quintas semanais as suas *Question Time*, quando se defronta com os deputados no Parlamento.

2 – *Comissões de Inquérito (Tribunals of Inquiry)*: são formadas por decisão das duas casas do Parlamento, com amplos poderes de investigação. Tratam de assuntos de imediato interesse público. São integradas por pessoas não-vinculadas ao Parlamento, mas por esse designadas. São presididas por magistrado da Corte Suprema; possuem fortes poderes de instrução quanto ao comparecimento de testemunhas e à obtenção de documentos. No final dos trabalhos, são redigidos relatórios, submetidos ao Parlamento.

3 – *Comissões Especializadas*: utilizadas para examinar matérias específicas e relatar à Casa. São compostas de 15 membros, número menor do que o das Comissões Permanentes, com 20 a 50 membros. Possuem poder de convocar testemunhas e requerer documentos do governo. Em 1986, em razão de críticas sobre a ineficácia do Poder

do Parlamento de controlar e da carência de informações devidas pelo Executivo, foi criado um novo tipo de comissão especializada para verificar atividades de determinado serviço, com poder para convocar o Ministro competente para prestar esclarecimentos, relatando posteriormente à Casa. As três comissões mais conhecidas do Parlamento inglês são:

Comissão de Contas Públicas (*The Public Account Committee*), criada em 1861, compõe-se de 15 membros designados em cada sessão legislativa pela Câmara dos Comuns, sendo praxe indicar proeminente membro da oposição para presidi-la. É auxiliada pelo *Comptroller and Auditor General* e por altos funcionários do Tesouro. Essa Comissão tem poderes para interrogar funcionários e convocá-los para exibir documentos. Examina a regularidade da despesa, investiga falha ou negligências administrativas que causem desperdícios de recursos públicos.

Comissão das Estatais (*The Select Committee on Nationalized Industries*), criada com o objetivo de verificar relatórios e contas de empresas estatais, cujos recursos são total ou parcialmente votados pelo Parlamento ou liberados pelo Tesouro. A diretoria das estatais é designada por ministros. Essas comissões também interrogam empregados ou diretores das estatais com a assistência de pessoas dotadas de conhecimentos especializados. Se os recursos das estatais forem votados pelo Parlamento, o orçamento é verificado pela Comissão de Orçamento e as contas pela Comissão de Contas Públicas.

Controle da Legislação Delegada (*Statutory Instruments Act*): essa Comissão, estabelecida em 1946, realiza controle de especial relevo; confere ao Parlamento direito de vigilância sobre regulamentos editados pelo Executivo para execução das leis. Geralmente os atos de aplicação de leis recebem aprovação prévia do Parlamento, exceto em casos de regulamentos ou de ordens de compras obrigatórias. Esse controle ocorre, também, por meio de



investigações sobre atos editados pelo Executivo em relação à aplicação de leis, sendo o Parlamento cientificado quanto aos atos do Executivo não definidos claramente, redundando excesso de poder a órgãos administrativos. É realizado, principalmente, por Comissão Especializada Conjunta de instrumentos legais, com integrantes da Câmara dos Comuns e dos Lordes. Quando exigido, essa Comissão examina projetos de regulamentos.

O *Exchequer and Audit Department Act of 1966*, que criou a função de *Comptroller and Auditor General*, é um órgão parlamentar composto por 15 deputados. É a ele que se reporta o *Comptroller* e apresenta seu relatório geral sobre execução orçamentária. As inspeções realizadas pelo *Comptroller and Auditor General* são efetivadas de surpresa e ficam à sua escolha os setores a serem auditados, fazendo com que todas as unidades se empenhem em ter regulares os seus procedimentos sujeitos a investigação (Laubé).

O sistema de controle inglês inspirou diversos países na adoção de institutos similares, tanto em nível constitucional como em nível infraconstitucional. O *Comptroller*, com seus auxiliares, tem a função de acompanhamento da execução orçamentária sem nenhum vínculo hierárquico em relação ao Gabinete de Ministros, embora colabore com o Tesouro.

Medauar (1990) apresenta como exemplo de fiscalização o Controlador e Auditor-Geral, funcionário do Parlamento, responsável pela Comissão de Contas da Câmara dos Representantes (*Public Accounting Committee*), que é nomeado pela Coroa e permanece no cargo enquanto atuar de modo correto, só podendo ser destituído por meio de moção conjunta das duas Câmaras do Parlamento.

Suas principais funções são fiscalizar os gastos públicos e verificar se os recursos foram gastos de acordo com as finalidades estabelecidas quando da aprovação pelo Parlamento. Também realiza auditoria sobre as contas de todos os departamentos do

Governo e procura assegurar que o dinheiro seja aplicado de acordo com as finalidades para as quais foi votado. Dispõe de amplo grupo de auditores, alguns dos quais permanecem junto aos órgãos do Governo, realizando auditorias de contas ou acompanhando as despesas.

O Controlador e Auditor-Geral, com sua equipe de aproximadamente quinhentos funcionários, faz um controle mais detalhado sobre as contas públicas, por meio das Comissões Especiais (*Select Committees*). Como funcionário da Coroa, ele libera o dinheiro para os Ministérios, autorizado pelo Orçamento. Controla o trabalho de cada um deles, verificando se o dinheiro foi aplicado como aprovado e se foi usado com parcimônia. Os relatórios e propostas do Controlador e Auditor-Geral são o ponto de partida do trabalho da Comissão das Contas Públicas.

## 5. Estados Unidos

O Congresso americano, por meio de suas comissões, auxiliado pelo *GAO -General Accounting Office*, dispõe de poderes para controlar a Administração Pública mais importantes que o Parlamento britânico. Alguns mecanismos de controle estão inseridos na denominada “colaboração dos poderes” e, apesar de não constarem de forma expressa na Constituição, mas com base nela, transformaram-se em verdadeiros costumes constitucionais e consolidaram-se com o tempo.

Medauar apresenta os meios de controle do Congresso americano:

1 – a aprovação do Senado das nomeações do Presidente da República para as funções públicas federais: essas nomeações efetuadas pelo Presidente são aprovadas por maioria simples pelo Senado. O Presidente, secretários e outras autoridades administrativas, por delegação do Senado, podem nomear funcionários de grau inferior na hierarquia, participando da nomeação discricionária dos funcionários federais de grau superior. A possibilidade de rejeição existe, mas isso

raramente ocorre; o Senado dá ao Presidente a liberdade de nomear e o Presidente aceita que os senadores escolham titulares de funções federais para exercer atividades nos Estados.

2 – *aprovação de tratados internacionais e da nomeação de embaixadores*: é negociada e assinada pelo Presidente da República. Pela maioria de dois terços, o Senado aprova os tratados e as nomeações mais importantes. Esse poder do Senado é reforçado pela aprovação da nomeação de embaixadores. O Presidente da República tende a associar mesmo os senadores da oposição às negociações internacionais.

3 – *as Comissões Permanentes (Standing Committees)*: detêm determinados poderes de investigação e podem convocar funcionários para emitir opinião sobre projetos de lei ou para prestar explicações sobre as atividades de seu órgão. Para Burdeau, *apud* Medauar (1990), esse tipo de atuação possibilita o comparecimento de funcionário às comissões antes da emissão de parecer para a explicação de projetos referentes a atividades desenvolvidas pelos seus órgãos, permitindo estreito contato entre funcionários do Executivo e Comissões.

4 – *as Comissões de Inquérito (Investigating Committees)*: foram criadas para diversas finalidades, controlam a atividade da Administração, nas hipóteses de escândalo, catástrofe, mal-estar na opinião pública, reclamações dos cidadãos ou para o exame da aplicação de uma lei ou um conjunto de leis. Em suas atividades, podem interrogar membros do governo, qualquer pessoa ou funcionário, “sob pena de sanções semelhantes às judiciárias, que lhes compete aplicar” (1990, p.122). Também lhes são facultadas vistas de processos e documentos em tramitação na Administração, à exceção dos que o Presidente da República considerar secretos. No procedimento de *impeachment*, as Comissões fazem investigações preliminares.

5 – *Poder de “bolsa”*: é a possibilidade de o “Congresso norte-americano perturbar ou

mesmo paralisar a ação de setores da administração pública, limitando determinados créditos que lhes seriam destinados” (p.122). Se as autoridades administrativas comparecerem às comissões para justificar pedidos de créditos, as comissões ou o Congresso condicionam o parecer positivo ou a aprovação desses ao cumprimento de medidas pelo Executivo. Isso não se refere ao orçamento como um todo, mas à aprovação de créditos alocados para finalidades específicas (Debbasch, *apud* Medauar, 1990).

Na visão de Sharkanski (1974), os mecanismos do Congresso para o controle da Administração mais importantes no Poder Legislativo são as Comissões da Câmara e do Senado e o GAO – *General Accounting Office* –, instituições com todas as características de um órgão administrativo na área de jurisdição do Legislativo. Ele relaciona alguns aspectos do trabalho desses órgãos.

São três as comissões que exercem funções de controle em relação à Administração: Comissões Legislativas, Comissões de Apropriações e Comissões Especiais.

As Comissões Legislativas examinam a substância da legislação sobre os programas; dirigem as finalidades e os detalhes das atividades dos ministérios e revisam suas operações. Como alguns programas são autorizados por um tempo limitado, essas comissões devem reexaminar regularmente as atividades dos administradores.

As Comissões de Dotações dispõem de oportunidades mais regulares para examinar as atividades administrativas. Os chefes dos órgãos anualmente apresentam e defendem solicitações para o ano seguinte junto às subcomissões de dotação da Câmara e do Senado. As decisões principais em matéria de dotação são tomadas pelas subcomissões. As recomendações orçamentárias das subcomissões são enviadas sem modificação ao plenário da Câmara e do Senado por meio de suas matrizes, as Comissões de Apropriações Orçamentárias.

Sobre o controle de mérito nos Estados Unidos, foi criado sistema de medidas para

aferir a produtividade do setor público. O controle da Administração Pública nos Estados Unidos contempla a avaliação de políticas públicas e de programas do Governo. Aspectos dessa avaliação realizada pelo GAO e pelo OIG (*Office of the Inspector General*) são apresentados por Camargo (1992).

A Inspecoria-Geral – OIG, criada em meados de 1970, como resultado das exigências do Congresso e da sociedade por maior prestação de contas por parte do Governo (Lei de Inspecor-Geral, de 1978; Lei Pública nº 95.452), é uma unidade do Governo encarregada do planejamento, avaliação e orçamento.

A OIG foi criada para estimular a economicidade, a eficácia e a eficiência das operações federais e para evitar a fraude, o desperdício e a má administração. Possui escritórios independentes com autoridade legal e que possuem dupla responsabilidade, atendem aos órgãos onde estão sediados e ao Congresso. A OIG defende as conclusões do seu trabalho e tenta colocá-las nas discussões políticas.

Os escritórios da OIG possuem três funções: auditoria, investigação e inspeção. A auditoria pode ser externa ou interna; as investigações, criminais, civis ou administrativas, e as inspeções são consideradas avaliações voltadas para o cliente, sendo que o resultado dessas informações é divulgado e, às vezes, adotado pelos formuladores das políticas públicas do Executivo e do Congresso.

Apesar da importância desse trabalho, existem críticas para que não se leve em conta apenas os procedimentos administrativos e operacionais (a OIG enfatiza esses aspectos), que são limitados, mas que se valorize mais o impacto das ações do governo, ou seja, dos resultados.

Em que pesem as críticas, os trabalhos da OIG propiciam informações valiosas aos tomadores de decisão e suas avaliações, auditorias e inspeções são consideradas instrumentos importantes para a prestação

de contas por parte do governo perante o Parlamento.

Sobre a efetivação do controle, a elaboração orçamentária contribui para um controle mais efetivo no governo dos Estados Unidos da América. Na palestra do Professor John Lattimer, apresentada no Fórum Técnico sobre Orçamento e Políticas Públicas, em Belo Horizonte, em maio de 1996, Ayako (1977) destaca a importância do momento de aprovação do orçamento no Congresso americano, afirmando que existe um trabalho integrado entre a Comissão do Governo e a equipe técnica do Congresso, altamente especializada, com atividades definidas de controle e fiscalização, que discutem intensamente com os responsáveis pelos programas do governo, conforme a seguir mencionado:

“Uma assessoria técnica que recebe as sugestões do Governo no tocante ao orçamento e analisa o documento em detalhes no que concerne à proposta de alocação de recursos, inclusive quanto ao mérito dos programas sugeridos, compara a proposta com o orçamento anterior, e muitas vezes critica as mudanças propostas em relação aos programas aprovados pelo legislativo... gasta-se quase um mês na Comissão de Orçamentos discutindo a proposta do Executivo, analisando as sugestões de alocação de recursos, comparando o orçamento proposto com o orçamento do exercício anterior, analisando se os programas importantes estão andando bem e, se não estiverem, identificando o motivo, verificando se o dinheiro está sendo bem gasto, etc. Muitas vezes, a programação orçamentária de um exercício se baseia em sucessos ou fracassos de exercícios anteriores. Nem sempre concordamos com as propostas do Executivo. Isto gera um conflito comum entre Executivo e o Legislativo. O processo, porém, é muito mais político do que técnico. É negociado” (1977, p. 5).

Cabe registrar que no Brasil, do ponto de vista formal, a Comissão de Orçamento no Congresso Nacional faz trabalho similar sobre a proposta orçamentária. Porém, a profundidade com que essas questões são discutidas, os critérios usados, que tipo de parâmetros são considerados e até que ponto são avaliadas as políticas públicas para que possam orientar o trabalho do Congresso são questões a serem consideradas pelos atores envolvidos nesse processo.

Com relação ao Sistema de Informações, Alencar (1974), relatando sua experiência de estágio no Comparative Development Studies Center, filiado à Graduate School of Public Affairs, da State University of New York at Albany, nos Estados Unidos da América, dedicada a estudar assuntos dos parlamentos, relaciona alguns dos serviços oferecidos pelo *Congressional Research Service*, disponíveis na *Library of Congress*:

“... órgão detentor de toda a força da informação da *House* e do *Senate*... um dos mais respeitáveis centros de informação dos Estados Unidos – O Congressional Research Service (CRS). Na forja do CRS, uma avalanche diária de informações alimenta os bancos de dados; uma avalanche diária de informações deixa os bancos de dados, encadeando-se, amoldando-se, transformando-se, de forma a constituir-se na resposta certa, objetiva e imediata, quando possível, à pergunta do pesquisador” (Alencar, 1974, p.304).

O Departamento compõe-se de mais de 400 servidores, entre eles, juristas especializados e uma equipe multidisciplinar. O *Digest of Public General Bills and Resolutions*, uma das publicações da American Law Division – órgão do CRS –, oferece sinopse das leis e das resoluções de cada sessão legislativa. Atualizada por meio de suplementos impressos quinzenalmente, é acompanhada de índice por assunto, número do projeto, da lei, da resolução, nome do autor e o estágio da tramitação da matéria. O Congresso brasileiro conta com um banco de

dados similar, o Prodasen. O *Legislative Status Report* contém o resumo de textos legais expedidos durante cada sessão legislativa. *The Constitution of the United States of America Analyses and Interpretation* analisa a Constituição americana, artigo por artigo, à luz das decisões da Suprema Corte. Impressa em suplementos bienais, é revista de dez em dez anos.

Existem, ainda, diversas divisões especializadas em prestar informações nas mais diversas áreas de atuação do governo.

Outras publicações merecem destaque, tais como: *Selective Dissemination of Information*: contém compilações de citações de obras e periódicos relacionados com todas as áreas do conhecimento; *CRS Multithemed Reports*: lista mensal publicada com informações de interesse dos membros do Congresso. O CRS opera onze bancos de dados para o atendimento do Congresso americano, que conta, ainda, com o *Congressional Information Service* (CIS) e com a *National Congressional Analyses Corporation* (NCA), organizações privadas que trabalham com informações, avaliações, estudos e pesquisas de interesse do Congresso.

Sharkansky (1974) menciona o Escritório Executivo do Presidente como órgão que faz parte dos instrumentos de controle do Poder Executivo. Com maior destaque, figuram como mecanismos de controle administrativo o Escritório da Casa Branca, o Escritório do Orçamento e o Conselho de Assesores Econômicos, além de unidades com atribuições de informação, assessoramento e coordenação para uma faixa ilimitada de atividades.

O Escritório da Casa Branca é composto por um grupo especializado de auxiliares. É flexível e permite ao Presidente delegar às pessoas de sua confiança tarefas como coleta de informações, formulação de políticas ou de negociações. As atribuições desses auxiliares não são definidas em documento formal.

O Escritório do Orçamento (*Bureau of the Budget-BOB*) é a unidade com maior soma de poderes com referência ao sistema

administrativo de controle. Esses poderes são financeiros, mas ele exerce controle sobre a substância dos programas dos departamentos de gabinete, reforçando suas atribuições financeiras. No período do ciclo orçamentário anual, o BOB filtra os pedidos dos órgãos administrativos antes que eles sejam repassados para o Congresso. As recomendações do BOB são respeitadas pelo Congresso. Não existe solicitação financeira do Congresso sem a apreciação do BOB. O Escritório também controla a alocação de fundos do Tesouro para os órgãos a fim de evitar que ele gaste mais do que foi recomendado por este órgão.

O BOB exerce certo controle sobre a autoridade estatutária de cada departamento do Governo. Antes de iniciar formalmente uma nova legislação ou responder à inquirição de um congressista a respeito de uma nova legislação, por exemplo, um administrador consulta o Serviço de Referência Legislativa do Escritório do Orçamento. Esse Serviço distribui a proposta para os órgãos que serão afetados por essa proposta, reúne opiniões e define as implicações para o programa do Presidente. Sem a avaliação favorável do Escritório do Orçamento, um órgão do Governo não apóia uma medida em apreciação pelo Congresso.

O Escritório não impede que o Congresso delegue poderes a órgãos sem sua prévia aprovação, mas pode agir após o ato do Congresso. Enquanto uma medida aguarda a ação presidencial, o Escritório reúne informações dos demais órgãos e prepara recomendação para que o Presidente vete ou aprove. Além dos seus poderes formais, o BOB possui reputação de inviolabilidade junto aos congressistas e a grupos de interesse. O Congresso respeita o esforço desse Escritório como revisor e filtrador das solicitações financeiras dos órgãos, e hesita em impor seus interesses ao Escritório para evitar precedentes que seriam seguidos por outros membros. Os grupos de interesse não conseguem receptividade junto a referido Escritório, que foi considerado “fora de alcance” para a negociação de interesses.

Menciona ainda que o isolamento político do Escritório do Orçamento<sup>4</sup> torna a natureza de seus processos de decisão um tanto obscura. Não obstante a sua importância ser evidente no mecanismo de formulação de políticas, os cientistas políticos admitem que têm aprendido muito pouco a respeito de suas atividades, afirma Sharkamsky.

Existe, também, o Conselho de Assessores Econômicos (*Council of Economic Advisors – CEA*), nomeado pelo Presidente dos EUA, com o consentimento do Senado; compõe-se de três economistas profissionais e de equipe de assistentes. Tem atribuições de supervisionar e controlar a economia da nação. Sua origem remonta ao *Employment Act*, de 1946.

A atividade mais importante do Conselho é a elaboração do Relatório Econômico do Presidente, enviado ao Congresso anualmente, no início de janeiro. Nesse Relatório são avaliados o crescimento e a estabilidade econômica, balanço de pagamentos e assuntos internacionais. Também são apreciados os impactos de determinadas políticas sobre a economia, e a recomendação de medidas corretivas para evitar ameaças à política econômica.

Apesar de não ter responsabilidade direta na implementação de políticas, o Conselho influi nas decisões do Presidente e no Escritório de Orçamento por meio de suas atividades nos órgãos administrativos.

#### 6. *O General Accounting Office-GAO*<sup>5</sup>

Trata-se de uma autarquia independente que integra o Poder Legislativo, tendo sido instituído em 1921, por meio da Lei de Orçamento e Contabilidade (*Budget and Accounting Act*). É o órgão fiscalizador das atividades dos órgãos federais; é chefiado pelo *Comptroller General*, cujo mandato é de 15 anos. Ele é nomeado pelo Presidente da República e só pode ser demitido pelo Congresso por motivo justo.

Os objetivos do GAO não se dissociam das necessidades de informação e de consultoria que o Congresso possui para o

desempenho das suas responsabilidades legislativas e fiscalizadoras. Ele assiste ao Congresso, quando solicitado, emitindo opiniões sobre aspectos legais, ditando princípios e padrões de controle de contas e também examina por iniciativa própria o funcionamento do Governo Federal, preparando análises para serem enviadas ao Congresso.

O GAO apóia o Congresso por meio de auditorias, de avaliações e de estudos dos programas federais. Sua ação dá-se em atendimento às solicitações das comissões ou membros do Congresso sobre as diversas atividades do governo em função de compromissos permanentes com as comissões ou por determinação legal, mas também trabalham por iniciativa própria.

Na visão de Camargo (1992), seu trabalho de avaliação permite o exame de todas as atividades do governo pelo Congresso, em nível local e federal e até no exterior, pois existem escritórios do GAO nos 50 Estados americanos e em muitos países estrangeiros.

O relatório “Trabalhando para o Congresso”, elaborado pelo GAO, registra as seguintes questões que são respondidas com relação à avaliação de programas:

“Os programas do governo estão sendo executados de acordo com as leis e os regulamentos aplicáveis ao caso? São corretos os dados fornecidos ao Congresso a respeito desses programas?”

Existem oportunidades de eliminar o desperdício e o uso ineficiente dos recursos públicos?

Os recursos estão sendo aplicados de forma legal? Sua contabilização está correta?

Os programas estão atingindo os resultados esperados, ou são necessárias modificações nas políticas ou na administração do governo?

Há maneiras melhores de atingir-se os objetivos do programa a custos menores?

Quais são as questões principais ou novas que o Congresso deve examinar?”

Outros órgãos legislativos podem colaborar com o Congresso para exercer a sua função de fiscalizador: o *Congressional Budget Office* (Escritório Orçamentário do Congresso), o *Congressional Research Service* (Serviço de Pesquisas do Congresso) e o *Office of Technological Assessment* (Escritório de Avaliação Tecnológica), além do *OIG – Office of the Inspector General* (Inspetoria-Geral).

A área de ação do GAO passou das auditorias clássicas para a operacional, que prioriza o monitoramento e os resultados, além dos aspectos legais. Além dessas auditorias, o GAO oferece assessoria em áreas de políticas contábeis e de administração financeira, prestando consultoria a órgãos federais sobre políticas fiscais e de padrões para a realização de auditoria de programas de Governo.

A disponibilidade de informações de bancos de dados, de pesquisas e organismos privados que trabalham com assuntos de interesse do Congresso americano, principalmente as oferecidas pelo *Congressional Research Service – CRS*, contribuem de forma especial para a eficácia do controle e fiscalização.

O GAO pode desautorizar o pagamento, pelo Tesouro, de despesas que não se encontrem de acordo com as estipulações dos Atos de Apropriações. O GAO, por iniciativa própria ou do Congresso, é responsável por extensos estudos sobre os atos administrativos. Quando ele considera algumas práticas ineficientes e ineficazes ou anti-econômicas embora legais, ele envia relatório ao Congresso e propõe as devidas reformas.

Procedimentos desse tipo podem ser implementados por qualquer órgão responsável por avaliação de programas de governo; a diferença é que, nos Estados Unidos, eles são efetivos, fazem parte da rotina e a avaliação é realizada em nível bastante sofisticado, como informou o Professor Nicholas Zacchea, da Universidade de Nova Iorque, ex-Diretor Regional do GAO, na palestra “Avaliação de Programas no GAO”, realizada no Tribunal de Contas da União, em

Brasília, em 8 de novembro de 1996. Para avaliar a qualidade da água de determinado rio, nos arredores de Nova York, o próprio avaliador coleta a água junto com um técnico de um laboratório escolhido por ele para que se proceda à pesquisa.

O GAO, também, realiza estudos específicos sobre os mais variados assuntos de interesse do governo, suas políticas públicas, programas e projetos, além de promover, por iniciativa própria, avaliações contestatórias. Essas atividades podem ser executadas nos governos local e estadual, pois o GAO possui escritórios nos cinquenta estados americanos e em muitos países estrangeiros.

Outra questão que se coloca é o intenso relacionamento e a proximidade com que trabalham os técnicos do GAO com o Congresso americano e órgãos do Executivo, apesar da sua total independência, flexibilidade e capacidade de cobrir as mais variadas áreas de atuação do governo com os seus estudos. Esses técnicos podem, inclusive, contratar especialistas não-disponíveis na sua equipe multidisciplinar – que é altamente especializada e com credibilidade em suas conclusões – para a realização de estudos de interesse do Congresso.

“O GAO faz questão de uma constante comunicação com o Congresso antes e durante uma avaliação. Antes do início do trabalho, a equipe do GAO, juntamente com os solicitantes do estudo, determinam os objetivos, a viabilidade, a abrangência, os prazos e o tipo de produto final” (Camargo, 1992, p.533)

O GAO discute com o Congresso as áreas prioritárias de avaliação para assegurar-se de que elas serão úteis ao Congresso. No Brasil, o trabalho realizado pelo TCU, como auxiliar do Congresso na fiscalização e controle, especialmente o Relatório e Parecer Prévio sobre as contas do Governo e os relatórios trimestrais e anuais sobre as atividades do Tribunal, encaminhados ao Congresso, geralmente não tem sido utilizado como subsídio para as decisões pelos parlamentares. Contendo importantes informações e, às

vezes, avaliações de programas e órgãos de Governo, torna-se imprescindível que o Congresso brasileiro as utilize para orientar e até reorientar as ações do Governo, visando ao atendimento da demanda da sociedade.

Ressalte-se, ainda, que existe uma integração entre o GAO, Congresso e Setores de Planejamento e Avaliação do governo que conjuntamente discutem os programas de governo desde a sua concepção, seus objetivos, seus orçamentos e as possibilidades de se tornar ou não viável a sua implementação, ou seja, a avaliação inicia-se antes mesmo da implementação dos programas que sofrem permanente monitoramento ou reorientação, se for o caso, conforme informou o Professor Nicholas, no Seminário do TCU.

Como pode-se observar, um sistema de informações é fundamental para o bom desempenho do controle. O Brasil carece de informações em todos os níveis de governo, sendo esse um dos aspectos que dificultam o trabalho de avaliação, que requer dados para conhecimento da realidade, parâmetros para comparar resultados.

Verifica-se que o controle em outros países e os mecanismos utilizados para sua efetivação apresentam semelhanças entre si e com os do Brasil. O trabalho das Comissões de Inquérito, as Solicitações de Informações e a convocação de autoridades ou servidores do governo são algumas delas, assim como os relatórios e auditorias, parte das atividades desenvolvidas tanto pelo GAO como pelo TCU.

Há que se destacar, com relação à França, o controle de aplicação das leis, a Corte de Disciplina Orçamentária, para instituir responsabilidades efetivas dos ordenadores, e as Comissões de Controle, que examinam a gestão administrativa e as questões orais ou escritas que não precisam de voto.

Com relação à Inglaterra, destacam-se as Comissões para verificar as contas das Es-tatais, o controle da legislação delegada, as *Question Time* – período dedicado à obtenção de respostas do governo sobre informações solicitadas pelo Parlamento, realizadas

de segunda a quinta durante uma hora, comparando, inclusive, o Primeiro Ministro. Destaca-se, ainda, o fato de as Comissões de Inquérito serem compostas por pessoas indicadas, mas não vinculadas ao Parlamento e presididas por magistrado da Corte Suprema.

E finalmente nos Estados Unidos, a característica principal do sistema de prestação de contas é a participação do Congresso, com equipe especializada nos processos de avaliação. O vínculo estável e permanente com os órgãos do Poder Executivo, o Sistema de Informações e o relacionamento integrado com esses órgãos e o GAO que realiza a avaliação das políticas públicas, especialmente as auditorias operacionais voltadas *para o controle do mérito e resultado*. Vale mencionar, ainda, as comissões legislativas que examinam as substâncias da legislação sobre os programas, dirigem as finalidades das atividades dos ministérios e examinam regularmente os administradores, bem como o sistema de medidas para aferir a produtividade do setor público.

Embora perceptíveis os avanços, existem críticas e insatisfação por parte da sociedade com relação aos controles e suas fragilidades.

## 7. Conclusão

Seguindo uma tendência mundial, apesar da existência de críticas, o controle dos recursos públicos está evoluindo do formal/legal para um controle voltado para resultados, priorizando a eficiência/eficácia e contemplando o acompanhamento e avaliação das políticas públicas.

Nos países estrangeiros abordados neste estudo, os parlamentos são responsáveis pelo controle externo, com auxílio de controladorias, cortes de contas ou tribunais de contas.

Com relação ao controle dos recursos públicos nos países da Europa Ocidental e Oriental, ficam evidenciados aspectos do controle como situações comuns dos

países envolvidos na pesquisa apresentada, a imprescindibilidade, a metodologia uniforme, a dualidade de objetivos, técnicas assemelhadas e ambigüidades permanentes do controle. Como situações variáveis, destaca-se a organização política, administrativa e social, condicionadoras do sistema de controle dos recursos públicos.

Vale ressaltar alguns aspectos positivos desses controles na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América. Participam das CPIs cidadãos comuns indicados pelo Parlamento; preside as CPIs um magistrado da Corte Suprema; utilizam *Question Time*; vigilância sistemática sobre a legislação editada pelo Executivo (Inglaterra). Os relatórios enviados ao Parlamento contendo informações do Governo são numerosos e permanentes; questões orais, exposição e debate entre o Parlamento e Governo em sessão semanal (França). A integração entre os órgãos responsáveis pelo controle e o poder Executivo é intensa; o Congresso possui assessoria técnica altamente especializada e está estruturado para o exercício do controle dispondo de excelente banco de dados para tal atividade; a avaliação realizada de modo sistemático pelo *General Accounting Office – GAO* utiliza-se de técnicas bastante avançadas (Estados Unidos da América).

Elementos importantes também são: o grau de cidadania, maior participação da sociedade civil, a cultura e a hegemonia dessas sociedades – não tolerando abusos demasiados por parte do Governo –, contribuem para a eficácia desse controle.

De um modo geral, o processo de fiscalização e controle dos recursos públicos é de responsabilidade dos Parlamentos, com o auxílio do Tribunal de Contas, ou órgão similar (controladorias ou cortes de contas).

Nos países que possuem maior tradição democrática, o controle ocorre de modo mais efetivo, contempla avaliação de políticas públicas e é voltado para resultados, além dos aspectos legais.



## Bibliografia

- AYAKO, Liliam. *Aspectos da Elaboração Orçamentária nos Estados Unidos*. Brasília: Cadernos ASFICO n.1, v.1, Câmara Legislativa do DF, 1996.
- ABERBACH, Joel D. *Keeping a Watchful Eye. The politics of Congressional Oversight*. Washington D.C.: The Brookings Institution, 1989.
- ALENCAR, Ana Valderez. *As Instituições Legislativas e o "Comparative Development Studies Center" da "State University of New York at Albany"*. Brasília, 1974.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral das Comissões Parlamentares*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BOBBIO, Roberto, Matteucci, Nicola e Pasquino Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BOWSER, Charles A. *The Role of The General Accounting Office*. Congressional Support Agencies. Washington: United States General Accounting Office, 1993.
- CAMARGO, Heloísa Tartarotti. *O Aprimoramento da Prestação de Contas do Governo através da Fiscalização e Avaliação: Um Estudo Comparativo entre Canadá, EUA e Brasil*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1992.
- CITADINI, Antônio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*. Max Limonad. São Paulo, 1995.
- ENAP, Fundação Escola Nacional de Administração Pública. *As Relações Operacionais entre o executivo e o legislativo*. Reimpressão. Brasília, 1991.
- LIMA, Nelia Pamplona Castilho. Brasília: *O Controle Externo pelo Legislativo: reflexões sobre o seu funcionamento*. Cadernos ASFICO, n.1v.1 CLDF, 1996.
- LIKIERMANN, Andrew. *Parliament's Role in Planning and Monitoring*. England, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Controle Parlamentar da Administração*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1990.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa, 1990.
- REGO, PEIXOTO, Antônio Carlos P. *A Revisão Constitucional e Reforma do Estado Brasileiro*. In Revista de Administração Pública, v. 28, nº. 3, jul/set/94, Rio de Janeiro. 1994.
- SHARKANSKY, Ira. *Administração Pública: A Formulação de Políticas nos Órgãos Governamentais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1994.
- SOARES, Rosinthe Monteiro. *Fiscalização e Controle do Executivo pelo Legislativo*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1989.

## Notas

<sup>1</sup> Instrumento similar no Brasil são os requerimentos de informações encaminhados a Ministros para prestar esclarecimentos sobre assuntos de sua competência.

<sup>2</sup> No Brasil, o Congresso tem a prerrogativa de anular atos do governo considerados viciados.

<sup>3</sup> Essa Corte de Contas é similar ao TCU no Brasil.

<sup>4</sup> O órgão similar no Brasil é a Secretaria de Orçamento e Finanças.

<sup>5</sup> É o órgão similar ao TCU no Brasil.

# A supremacia do advogado em face do *jus postulandi*

Mario Antonio Lobato de Paiva

“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos, porém estes direitos constitucionais só prevalecerão com a presença do advogado que é indispensável à Justiça”.

Desde o legislador Solon, na Grécia Antiga, cuidava-se da profissão do advogado, e esta, por ser muito nobre, avantajava-se às outras pela sua independência. Entre os Romanos, eram, ordinariamente, os advogados que proviam os mais nobres empregos do Império. Em Athenas, eles dispunham de negócios públicos, e não se executava senão o que a eles parecia justo. Na França, tiveram voto deliberativo, no Parlamento, sobre os novos regulamentos que se formavam, e das mais ilustres famílias togadas deriva a glória da origem da Ordem dos Advogados.

Em Athenas, com a persistência do argumento de que todo direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa, nomeavam-se dez advogados por ano para prestar assistência judiciária aos menos favorecidos. Os Gregos foram os criadores de uma forma instrumentalizada de garantir o acesso dos pobres aos Tribunais, preocupando-se com uma metodologia mais ampla: a da noção de justiça, surgindo, assim, a isonomia, que significa igual participação de todos os cidadãos no exercício do poder, que, aliada à teoria jusnaturalista, está na raiz do que,

Mario Antonio Lobato de Paiva é Advogado em Belém do Pará.

mais tarde, comporia os hoje chamados direitos humanos.

O pensamento grego influenciou decisivamente o modelo social e cultural de Roma, inclusive a estrutura do seu direito. Para evidenciá-lo, basta assinalar-se a frequência com que textos gregos são invocados, a título de autoridade. A noção de patrocínio em juízo passa-se para a jurisprudência romana, na qual Ulpiano conceitua com precisão o direito de postular:

*“postulare autem est, desiderium suum vel amici sui, in jure apud eum, qui jurisdictione praeest, exponere”*,

revelando a percepção da necessidade da função social do advogado e carreando a compreensão da indispensabilidade deste para o equilíbrio das partes no litígio:

*“Ait praetor: Sin non habebunt advocatum, ego dabo”*,

sobretudo se manifesta a desigualdade de forças:

*“Sed si qui per potentiam adversarii non invenire se advocatum dicat, aequo oportebit ei advocatum dare”*.

Não há que se duvidar que essas noções determinaram a iniciativa de Costantino de elaborar uma lei que consolidasse o patrocínio gratuito aos necessitados, posteriormente inserido, também, no Código de Justiniano, continente de extenso tratamento da atividade advocatícia, de suas prerrogativas e de seus interesses.

No Brasil, com o advento das Ordenações Afonsinas, bem como nas Manuelinas, foi prevista a atividade advocatícia somente aos que tivessem cursado Direito Civil ou Canônico, durante o período de oito anos, na Universidade de Coimbra, sujeitando os infratores a penas severas, se não observadas tais regras e, por último, prevista, também, pelas Ordenações Filipinas.

A advocacia não é apenas uma profissão, é também um *munus*, é um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico, O Grande, que sempre chamava os advogados de sanguessugas e

venenosos répteis, prometia enforcar, sem piedade nem contemplação de qualquer espécie, aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto Napoleão ameaçava cortar a língua de todo o advogado que a utilizasse contra o governo. Bem sabem os ditadores, reais ou potenciais, que os advogados, como disse Calamandrei, são “as antenas supersensíveis da justiça”. E estas estão sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo.

Diante de tais fatos históricos, verifica-se que o advogado não adquiriu o *status* de indispensável à administração da Justiça. Apenas, e tão-somente, após a promulgação da Carta Magna de 1988. Sua participação tornou-se essencial a partir do momento em que houve os reclamos das partes em extrair as pretensões asseguradas pelo ordenamento jurídico, incumbindo a ele (advogado) a escolha das vias judiciais apropriadas, colaborando, assim, sobremaneira, com o aprimoramento das instituições.

Porém, com a previsão, em nossa Carta Magna, do artigo 133, asseverando a essencialidade do advogado para a administração da justiça, trouxe-se à baila um velho e antigo conflito, tendo como opositor o chamado *jus postulandi*, que nada mais é do que a capacidade postulatória de empregados e empregadores na esfera da Justiça do Trabalho, assegurada pelo artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, para ajuizarem pessoalmente suas reclamações, permanecendo sem a representação de procurador judicial investido, por mandato, durante todo o decorrer do litígio.

José Afonso da Silva, observando o artigo 133 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, ensina que:

“o princípio da essencialidade do advogado na administração da Justiça é agora mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir postulação judicial por leigos, mesmo em causa própria, salvo falta de advogado que o faça”<sup>1</sup>.

Pinto Ferreira asseverou que:

“pela primeira vez surgiu em nossa história constitucional a figura do advogado na Lei Magna do país. Trata-se de uma homenagem àqueles que exercem uma função essencial à justiça, ao lado do juiz e do Ministério Público. O advogado exerce um *munus público* a que já se referia o aviso nº 326 de 19/11/1980”<sup>2</sup>.

Celso Ribeiro Bastos diz que:

“embora já dispusesse de garantias desse teor, por força do Estatuto que regia a carreira àquela época (Lei nº 4.215/63) a elevação da imunidade ao nível da própria Constituição acaba por lhe conferir uma dignidade e um peso que não podem ser desprezados”<sup>3</sup>.

Nas palavras de Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido de Rangel Dinamarco,

“o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica”<sup>4</sup>.

Na lição do Professor Sérgio Bermudes, citando o velho provérbio inglês “quem é seu próprio advogado tem por cliente um tolo”, talvez se pudesse dizer, no lugar de tolo, “um apaixonado”, ora demasiadamente temeroso, ora exageradamente audaz, sempre perturbado pela emoção, péssima conselheira, que prejudica o entendimento e impede a boa defesa. Porque o advogado é sujeito da relação processual. A sua falta compromete a validade e a eficácia do processo<sup>5</sup>.

Com o advento do “Estatuto da Advocacia e da OAB”, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, observa-se em seu artigo 1º, com clara redação, que é atividade privativa de advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”, daí o debate em torno da manutenção, ou não, do *jus postulandi*, que acabou por ser levado ao

Supremo Tribunal Federal, que deu, incidentalmente, interpretação ao artigo 133 constitucional, ao rejeitar, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade de parte argüida contra o reclamante, por postular em juízo sem advogado (Processo de *Habeas Corpus* nº 67.390-2), afetando, conseqüentemente, o estatuído no artigo 1º do “Estatuto da Advocacia e da OAB”, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; ressalvando-se que essa decisão, apesar de ter sido proferida pela mais alta Corte do país, não vincula as decisões dos Tribunais e juízes.

Caso semelhante surgiu, como explica o Professor catedrático Celso Agrícola Barbi, no início da aplicação do mandado de segurança; foi o de poder a ação ser requerida pela própria parte, independentemente da utilização de advogado. Felizmente, essas tentativas, inspiradas na aproximação histórica e legislativa com o *habeas corpus*, foram repelidas pelos Tribunais<sup>6</sup>.

Os Pretórios Trabalhistas entendem de forma uníssona com o Supremo Tribunal Federal, a começar pela mais alta Corte Trabalhista, asseverando o seguinte – “A Constituição Federal não exclui o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho” (TST – 4ª t. – RR 32943/91.2 – rel. Min. Marcelo Pimentel – DJU 30/10/92).

Seguindo basicamente o mesmo entendimento dos Pretórios Trabalhistas, estão os seguintes juristas :

Luciano Viveiros entende válida a capacidade das partes para postularem pessoalmente até que outra lei especial venha manifestar-se contrariamente<sup>7</sup>.

Em artigo doutrinário, o Professor Vicente José Malheiros da Fonseca defende esse entendimento ardorosamente, concluindo pelo pleno vigor do *jus postulandi* e argumentando, entre outros, que a tutela jurisdicional não pode ser negada àqueles que não tenham condições ou que não queiram contratar advogados, aos que não desejam ou não podem contar com a assistência de Sindicato ou do Estado na defesa de seus direitos ou interesses<sup>8</sup>.

Essa é a mesma conclusão a que chega o saudoso Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Orlando Teixeira da Costa ao interpretar o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, que é a de que esse artigo reserva a esses profissionais uma condição de servidor da justiça, e não de monopólio para que se tenha acesso a ela. Do que decorre que o *jus postulandi*, previsto no artigo 839 da Consolidação da Leis Trabalhistas, continua em plena vigência, porque absolutamente compatível com o texto constitucional vigente<sup>9</sup>.

Igualmente nesse sentido leciona o insigne Isis de Almeida, que não discute a permanência do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, considerando-o como princípio de direito processual<sup>10</sup>.

Assim entendem, também, os Ministros do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, por meio de decisão, ao apreciarem o Processo de *Habeas Corpus* nº 67.390-2 (já referido anteriormente), consignando a vigência do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho em face do Estatuto da Advocacia e da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido, Antônio Alvares da Silva, dizendo que:

“o acesso pessoal aos órgãos judiciários trabalhistas é uma constante do direito comparado e faz parte da cultura jurídica contemporânea. Afastar do trabalhador esta garantia é diminuir-lhe a capacidade de reivindicação e, em muitos casos, impedir-lhe o acesso ao Judiciário, com expressa violação do artigo 5º, item XXXV, da Constituição Federal”<sup>11</sup>.

Assim entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, dizendo que:

“o monopólio da advocacia, defendido pelas associações de classe e pela sua corporação, encontra limites no texto constitucional ao assegurar a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos

direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, XXXIV, a)”<sup>12</sup>.

Idêntica é a posição de Floriano Corrêa Vaz da Silva quando observa que :

“Uma análise com uma perspectiva mais ampla, que não se limite apenas e tão-somente ao cotejo entre duas normas isoladas (o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho), leva, de modo firme e seguro, à conclusão de que o artigo 791 resiste incólume”.

Na esteira de tal pensamento, v. acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região:

“o artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho que admite o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho não foi revogado pela Constituição atual (artigo 133), vez que o dispositivo já existia na Lei nº 4.215/63 (Estatuto da OAB)”<sup>13</sup>.

Em consonância com esse raciocínio, encontramos o ilustre Mestre Amador Paes de Almeida, sustentando:

“a subsistência do *jus postulandi* no Processo do Trabalho, ressaltando o seu alto significado social, como meio de facilitar o acesso do hipossuficiente aos pretórios trabalhistas”<sup>14</sup>.

O Professor e Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região Francisco Menton Marques de Lima assegura que, no tocante ao processo do Trabalho, prescinde de assistência obrigatória de advogado<sup>15</sup>.

Para o Juiz do Trabalho Edson Pecis Lerrer, o *jus postulandi* prevalece na Justiça Especializada do Trabalho, assim como nos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, o Dr. Kazuo Watanabe diz ser pura defesa de mercado dos advogados, afirmando que, quando o artigo 133 da Constituição Federal estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça, não está dizendo que em todo e qualquer processo o advogado tenha de participar.

Para Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho, as partes na Justiça do Trabalho gozam do *jus postulandi*, isto é, podem praticar, pessoalmente, todos os atos processuais<sup>16</sup>.

Na opinião do Professor Wagner Giglio, a Lei nº 8.906/94 se excedeu e, ao pretender demais, tornou-se inconveniente e repudiada pela sociedade<sup>17</sup>.

Assim é a corrente dominante de juslaboralistas de alto gabarito, que entendem que, sob a autorização do referido artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, reclamante e reclamado podem postular em todas as instâncias trabalhistas, independentemente de estarem representados por advogado, inclusive perante o Tribunal Superior do Trabalho. Argumentam que o precitado dispositivo legal possibilita essa ampla atuação das partes, devendo ser assegurado até sua expressa revogação ou modificação. A justificativa de referida compreensão recai sobre o próprio escopo desse instituto, que, em verdade, põe um ponto final nessa discussão, mais de natureza social que propriamente jurídica. Revela-se o espírito do legislador de democratizar o acesso à Justiça Laboral, possibilitando ao trabalhador postular em juízo sem advogado, incorrendo-se em ledô engano ao pensar que se faz justiça, ou se dá a entrega efetiva da prestação jurisdicional, sem que as partes possam ter usufruído de uma participação verdadeira no processo, que só pode ser alcançada se postulada mediante patrocínio advocatício.

Incorre-se em erro ao tentar aplicar à administração da justiça o princípio e valor da sociedade capitalista: a produtividade, entendida como o maior ou menor percentual de casos julgados, convertendo-se num instrumento de medida da eficácia da atividade jurisdicional nos ordenamentos jurídicos de nosso tempo.

Com o devido respeito e reverência à excelência de tão nobres argumentos e dos que os defendem (no caso, a maioria dos juristas, Tribunais), tenho como incabível e,

na melhor das hipóteses, indesejável o exercício do *jus postulandi* na Justiça Obreira. Por mais lícitos e bem intencionados que tenham sido os argumentos inspiradores do dispositivo anteriormente vigente no processo laboral, as melhores homenagens devem ser rendidas à orientação ora defendida pelo artigo 133 da Constituição Federal de 1988, lembrando-se, ainda, que a norma constitucional em questão encontra-se inserida no capítulo relativo às Funções Essenciais à Justiça, ou seja, aquelas que lhe integram a natureza e a substância.

No processo português, as Recomendações de Toledo asseveram que o Estado deve assegurar a todos, desde o início do processo, o direito de ser assistido por um advogado, sendo que essa assistência deve ser gratuita e a cargo do Estado, se o interessado não dispuser de meios econômicos suficientes, recomendação essa que se encontra em harmonia com as garantias estabelecidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966.

Para o Dr. Atinoel Luiz Cardoso:

“o *jus postulandi* na justiça laboral constitui vilipêndio. É odioso, até porque representa uma agressão aos direitos e prerrogativas, assegurados pela Constituição, ao advogado, único profissional com habilitação legal a postular em Juízo, vênha. Ademais, transferindo-se tal encargo à parte interessada, extirpa do advogado a arma que lhe consagra. É a mesma coisa de retirar do médico o sagrado direito da incisão. O que é pior, confere ao leigo a possibilidade de se auto operar, correndo por sua conta e risco auto-lesionar.”

Entende o Dr. Paulo Roberto Pereira, Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho no Estado de Santa Catarina, que:

“às vésperas do Terceiro Milênio, não é mais possível admitir que o cidadão venha postular na Justiça, seja comum

ou especializada, federal ou estadual, sem a presença de um patrono capaz de assisti-lo e orientá-lo devidamente na busca de seus direitos.”

Em carta de cumprimentos a esta exposição, o Professor paulista Eduardo Gabriel Saad manifesta-se dizendo que a tese exposta é a mesma sua, asseverando que:

“A constituição da República de 1988 pôs fim à faculdade de as partes estarem no juízo trabalhista desacompanhadas de advogado”.

O advogado Marcelo José Araújo diz que: “acima de qualquer interesse da classe de advogados em estar em juízo (apenas para ganhar dinheiro!!!) está o interesse da sociedade em que haja equilíbrio e igualdade nas discussões, e o Estado é responsável em garantir isso àqueles que não têm o tal do dinheiro para que a justiça esteja presente.”

A Dra. Gisela Gondin Ramos, advogada militante em Santa Catarina, explica que:

“num sistema positivista como o nosso, em que o juiz não tem a menor flexibilidade na condução do processo, adstrito que está à formulação legal pré-concebida, defender o *jus postulandi* sob o argumento de permitir o acesso fácil à justiça é, no mínimo, um contra-senso. O maior equívoco, de compreensível defesa numa cultura tradicionalmente autoritária, é dizer que a pretensão dos advogados seja monopolizar o mercado de trabalho. Infelizmente, argumento tão singelo encontra ressonância em nossa sociedade, mais familiarizada com a máxima ‘o negócio é levar vantagem’ do que com o exercício pleno da cidadania, conceito que poucos conhecem, ou são capazes de vivenciar no dia-a-dia. Países de cultura efetivamente democrática valorizam o advogado na proporção inversa daqueles que se fizeram sob o jugo da arbitrariedade e/ou do controle

estatal em todos os setores sociais. No que diz respeito, mais especificamente, à Justiça do Trabalho, tenho para mim que a resistência maior desta questão, muito mais evidente exatamente naqueles próximos ao foro trabalhista, é resquício ainda da própria estrutura viciada daquela justiça, dita especializada, criada por cópia de um regime arbitrário, e que, infelizmente, jamais se desvinculou de suas raízes administrativas. Com certeza o modelo é falido. Falta apenas enterrar, e guardar para a história!!”

Entende o Dr. Fábio de Oliveira Braga, advogado em Minas Gerais, que:

“do mesmo jeito que o povo precisa de educação, precisa de saúde, precisa de assessoria jurídica, sem os atropelos do *jus postulandi*, sem as limitações da Defensoria Pública.”

O Dr. Luiz Riccetto Neto considera que:

“no que tange à mencionada posição do Tribunal Regional Federal da 8ª Região, afirma tratar-se de heresia jurídica a afirmação de que o artigo 133 não revogou o *jus postulandi* em razão de tal exigência já existir na Lei Federal nº 4.215/63. Ora, o bom direito ensina que a Constituição Federal não revogou nenhuma norma anterior à sua vigência pois, se todo um ordenamento jurídico passou a existir após a sua promulgação, no máximo, poder-se-ia afirmar que a Constituição Federal *receptionou* ou não a Lei Federal nº 4.215/63. Ao se fazer a exegese da Carta Magna, constatar-se-á que a indispensabilidade do Advogado não tem qualquer relação com o acesso do hipossuficiente, acesso esse garantido pela Defensoria Pública (arts. 5º, inc. LXXIV, e 134 da CF). Observando-se que a *cidadania* é o segundo fundamento do Estado Democrático de Direito em que vivemos, sobre ela apenas prevalecendo a soberania (art. 1º, inc. I, da CF),

constata-se que tal indispensabilidade decorre da preocupação precípua com a cidadania, precedendo, inclusive, sobre a eficácia da prestação jurisdicional, da qual é apenas uma decorrência natural. Entendo que os ‘limites da lei’ a que se refere o texto constitucional refere-se apenas à inviolabilidade dos atos e manifestações do Advogado no exercício da profissão, sendo essa a única questão *passível de limitações* pois, o termo *indispensável* é conclusivo e terminativo, não permitindo interpretação contrária ao termo *indispensável* (dispensável). Assim, não havendo qualquer exceção prevista pela própria Constituição Federal, não será uma Lei Federal ou qualquer outra norma hierarquicamente inferior que poderá derrogar ou revogar a Lei Maior. Ademais, sabendo-se a grande diferença que faz o patrocínio de um bom Advogado, se fosse ele *dispensável*, não estaria o Estado obrigado a prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, sendo a assistência desse valioso profissional, apenas um privilégio de poucos cidadãos com capacidade de recursos para contratá-los, criando um violento desequilíbrio entre as partes, favorecendo a elite. O *jus postulandi* só é defendido por aqueles que sabem que o acesso ao Poder Judiciário não é a mesma coisa que o acesso à Justiça e que, essencialmente, despreza a cidadania.”

Entende o Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul Dr. Luiz Alberto de Vargas que:

“na falta da presença do advogado tem-se uma queda considerável da qualidade do serviço prestado ao cidadão e sérias conseqüências à própria justiça. A própria segurança jurídica fica comprometida, pois, dependendo do poder econômico da

parte, a contratação de advogados mais ou menos qualificados certamente influenciará no resultado da lide. A melhor solução é a obrigação de que toda a parte se faça acompanhar de advogado e que a esse se garanta uma remuneração condigna, vinculada à sorte da demanda. Quanto aos carentes, é obrigação do Estado a assistência judiciária integral”.

O Juiz do Trabalho do Tribunal Regional da 9ª Região José Aparecido dos Santos diz ser contra o *jus postulandi*, uma vez que a parte sem advogado fica extremamente prejudicada.

O Juiz do Trabalho Antônio Cavalcanti Costa diz que

“o *jus postulandi* concedido aos litigantes no foro trabalhista tem-se constituído muito mais em desvantagem que em benefício para as partes, principalmente para os empregados, restringindo, por isso, na Junta de Conciliação e Julgamento que preside, as chamadas reclamações a termo”.

Iniciativa essa que merece aplausos pela seriedade, independência e compromisso com a justiça igualitária.

Conforme observa o Juiz do trabalho aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região Cristóvão Piragibe Tostes Malta – entendimento este no mesmo sentido do nosso:

“no processo trabalhista as partes e outras pessoas que interferem nas lides dispunham do *jus postulandi*, isto é, podiam praticar por si próprias, pessoalmente, os atos processuais. Atualmente, contudo, as partes devem ser assistidas por advogados no processo trabalhista, desde que a Constituição dispõe, em seu artigo 133, que este é indispensável à administração da Justiça”<sup>18</sup>.

O Professor paulista Estevão Mallet concorda integralmente com as conclusões expostas pelo autor neste artigo, acrescentando que:



“entende também que o art. 791 da CLT não mais vigora, em face do disposto no art. 133, da CF. A Constituição não podia ter sido mais clara. De todo modo, o mais importante é que o *jus postulandi*, a meu juízo, não facilita o acesso do litigante pobre à justiça. Na verdade, cria-se, com o *jus postulandi*, a falsa imagem de acesso facilitado. Mas na realidade, a desigualdade em que se colocam as partes, uma representada por advogado, geralmente a mais abastada, e outra não, a menos abastada, dificulta a solução da lide e quebra, em concreto, o princípio da isonomia. Desigualdade esta inconcebível até a Jesus quando fala que ‘o reino dos céus é semelhante ao fermento’, querendo dizer que ‘o reino dos céus é o da situação de igualdade de todos na terra’”<sup>19</sup>.

Com o mesmo sentimento de igualdade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela Nações Unidas em Paris, em 1948, diz que todos os homens são iguais em dignidade e direitos. Significa esse direito de igualdade que todos os direitos, todas as regalias, franquias, prerrogativas, concessões atribuídas a uma pessoa humana se comunicam às demais, sem qualquer restrição quanto a sua intensidade, extensão, profundidade, aspectos e proporções.

Em síntese, continua Mallet:

“tudo se resume à seguinte idéia tirada de uma analogia do direito com a medicina (e são muito frequentes as semelhanças entre as duas ciências: a lide é uma doença e o juiz atua como médico, curando a doenças, etc.): ao doente pobre ninguém imagina oferecer tão-somente a possibilidade de se tratar por si mesmo; cabe, sim, a assistência médica pública e gratuita. Ao litigante pobre, da mesma forma, o que se deve dar é assistência jurídica gratuita e não permitir que, postu-

lando por sua conta em juízo, faça com que se perca seu direito.”

Deve-se notar que, ao longo de mais de cinquenta e cinco anos, o processo trabalhista teve como uma de suas peculiaridades a presença do *jus postulandi* das partes nos termos do artigo 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Essa referida capacidade postulatória das partes nada mais é do que um ranço pernicioso inspirado em um período administrativo e que ainda insiste em vigorar conforme entendimento jurisprudencial e terminantemente banido do ordenamento pelo Estatuto da Advocacia e pela Constituição Federal de 1988, mesmo que isso incorra na absoluta incompatibilidade com a realidade atual que é cristalizada pela indispensabilidade da presença do advogado especializado em litígio judicial. Conforme esse entendimento, encontramos porto seguro nas sábias palavras do Professor Amauri Mascaro Nascimento, dizendo o seguinte :

“A prática não tem revelado bons resultados quanto a essa experiência. Se a audiência do advogado deixa o Juiz mais à vontade para reduzir as exigências formais do processo e simplificar o seu andamento, por outro lado a comunicação com o juiz torna-se mais difícil. As petições são mal redigidas e ao meio de uma longa redação, defeituosa, não apenas sobre o prisma técnico, mas também estritamente gramatical, estende-se um desabafo sentimental pouco produtivo ou um ataque ferino ao adversário, quando não são esses os argumentos que convencerão o juiz, muito menos essa é a forma de transmitir ao seu conhecimento os aspectos fundamentais da questão. Uma tipificação de modelos jurídicos padronizando as petições e que só o advogado conhece é necessária para melhor compreensão da demanda. O *jus postulandi* é um dos aspectos que devem merecer a atenção do legislador, mesmo porque há uma

contradição entre processo trabalhista perante o órgão jurisdicional, técnico, portanto, e postulação leiga. O advogado é o intermediário natural entre a parte e o órgão judicial, para melhor atuação deste<sup>20</sup>.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a efetividade do processo está bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz. O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto de vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito”<sup>21</sup>.

Ora, esse grau de aprimoramento só poderá ser alcançado se as partes em litígio estiverem acompanhadas de um nobre causídico, pois, somente por meio dele será possível elaborar peças que correspondam à vontade concreta da parte litigante em assegurar seu direito de postulação e defesa, neste último, exercitando o amplo direito de defesa e o contraditório amplamente assegurados na Constituição Cidadã e quase inatingíveis à parte que se apresenta em juízo sem a representação legal de um advogado.

Desse entendimento podemos extrair a seguinte lição do Mestre Mozart Victor Russomano:

“O Direito Processual do Trabalho está subordinado aos princípios e aos postulados medulares de toda a ciência jurídica, que fogem à compreensão dos leigos. É o ramo do direito positivo com regras abundantes e que demandam análises de hermenêutica, por mais simples que queiram ser. O resultado disso tudo é que a parte que comparece sem procurador, nos feitos trabalhistas, recai de uma inferioridade processual assombrosa. Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado,

entretanto, põe por terra sua pretensão, porque mal fundada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem o que está provado. Não há porque fugirmos, no processo trabalhista, às linhas mestras da nossa formação jurídica: devemos tornar obrigatória a presença de procurador legalmente constituído em todas as ações de competência da Justiça do Trabalho, quer para o empregador, quer para o empregado”<sup>22</sup>.

Em virtude dessa discussão, o Professor Amauri Mascaro Nascimento perquire o alcance do *jus postulandi*, considerado a contradição entre processo trabalhista perante órgão jurisdicional, técnico, portanto, e a postulação leiga.

Para Manoel Antonio Teixeira Filho:

“o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 revogou o artigo 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que concedia às partes o *jus postulandi*.”

E continua:

“sempre entendemos que o advogado era condição fundamental para o equilíbrio técnico da disputa, para uma solução justa e equilibrada do conflito de interesses. A vida prática demonstrou, num incontável número de ocasiões, que, quando um dos litigantes ia a juízo sem advogado, mas outro fazia-se acompanhar por procurador judicial, o que se presenciava, dramaticamente, não era uma porfia equilibrada, mas um massacre”.

Continua:

“Os tempos, contudo, agora são outros. A Constituição Federal vigente declara ser o advogado pessoa indispensável à administração da Justiça (art.133). E a Lei nº 8.906/94, não só repete esta regra (art. 2º, *caput*), como proclama constituir ato privativo de

advocacia a postulação a qualquer órgão do poder Judiciário (art. 1º, inc. D). Isso significa, a nosso ver, que foi revogado o artigo 791, *caput*, da CLT, que concedia às partes o *ius postulandi* – essa faculdade equívoca e artilosa, que as fazia, muitas vezes, ver o seu direito perder-se pelos labirintos de um processo, que, por mais simples que se insinuasse, era incompreensível para quem não possuísse um mínimo de noção acerca das regras de postulação em juízo. Quantos direitos, quantas faculdades foram fulminados pela preclusão temporal, em nome dessa insidiosa capacidade postulatória”<sup>23</sup>.

Vimos que a postulação do empregado ou empregador, em primeira instância, sem advogado, mediante reclamação verbal e defesa oral, cumpre o objetivo do *jus postulandi*, obrigando o juiz de forma dolorosa a aniquilar em virtude do quase que total desprezo à boa técnica processual e às exigências formais do processo, simplificando o seu andamento, sacrificando vários princípios constitucionais de importância fundamental para a verificação do fim primordial do processo. Em grau de recurso, o problema torna-se insustentável, não querendo dizer que, no 1º grau, também não o seja, uma vez que a necessidade do tecnicismo se faz presente com superior intensidade, pois, mesmo no caso do *jus postulandi*, já não mais se admite, expressamente, o procedimento verbal, sendo indispensáveis algumas formalidades, a exemplo da petição escrita (artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho), sendo função privativa dos advogados a representação da parte na instância recursal, cabendo somente a estes a sustentação oral, por exemplo.

Em virtude do exposto, entende-se que o direito de postular pessoalmente não pode ser exercido na instância primária em detrimento das normas processuais, muito menos em nível de recurso. O Colegiado, tanto na Junta de Conciliação e Julgamento,

como perante o Tribunal julgador, não poderá usar desse tipo de flexibilidade com relação ao rigor do processo, uma vez que a postulação sem advogado sempre reverte, indubitavelmente, em desfavor do próprio postulante que se utiliza desse instituto, nefasto, mormente se o outro litigante estiver representado por advogado habilitado.

Há que se entender claramente que o processo judicial é uma relação de direito eminentemente técnico, faltando às partes, pela ausência de formação jurídica, condições de postular em juízo a tutela dos próprios interesses.

Por isso mesmo, Calamandrei escreveu: “para assegurar praticamente no processo a liberdade e a igualdade das partes é necessário situar um advogado ao lado de cada uma delas, para que o advogado, com sua inteligência e conhecimento técnico dos mecanismos processuais, restabeleça o equilíbrio do contraditório”.

No fundo, o direito à assistência de um advogado representa, no âmbito do processo, “a expressão mais importante – é ainda Calamandrei a escrever – do respeito à pessoa, já que onde não existe advogado a personalidade do litigante fica diminuída”<sup>24</sup>.

Em brilhante julgamento a mim enviado pelo Juiz Ricardo Gehling, juiz no exercício da Presidência e Relator da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, cumprimentando-me pelo excelente trabalho, que, com profundidade e erudição, adota a melhor tese sobre a matéria, assevera o seguinte:

“Entendo serem aplicáveis ao processo do trabalho, subsidiariamente, os dispositivos legais do CPC que tratam da sucumbência, considerando a indispensabilidade do advogado como detentor do *ius postulandi* não exclusivamente em face do disposto no art. 133 da CF, mas como única forma de se assegurar o contraditório – garantia insculpida na Lei Maior em seu art. 5º, LV”.

Em carta de cumprimentos pelo excelente trabalho, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Marco Aurélio Giacomini fez o seguinte comentário, reforçando a corrente ora defendida:

“A presença do advogado aos atos processuais é imprescindível. Não seria o *jus postulandi* que iria dar a condição ideal de acesso à justiça ao hiopossuficiente. Ao contrário, com este instituto ficaria à mercê de sua própria sorte e capacidade e sempre na dependência do juiz que iria traduzir seus anseios mal manifestados. Os mecanismos de assistência jurídica existem justamente para assegurar o amparo de um profissional. Essa sua razão de ser.”

Em meio a elogios a nossa exposição, o Professor e Juiz-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Antônio Facioli Chedid, presenteou-me com seu reluzente e incomparável artigo publicado na revista da editora Ltr em 1989, no qual expõe de maneira clara a necessidade do advogado no processo, asseverando que:

“Afirmo, por várias oportunidades, com convicção teórica e prática, colhidas durante longos dezoito anos de exercício da magistratura comum e agora especializada, que jamais se atingirá a plenitude de uma entrega justa da prestação jurisdicional sem a presença do profissional do direito.”

“Afirmo, nesta ótica, que não há garantia do contraditório sem a participação do advogado.”

“É incoerente e afronta a técnica a admissão de leigos nas esferas profissionais, sem o preparo necessário para desenvolverem a profissão. Não mais subsiste o conhecimento empírico, que cede passo ao conhecimento técnico e científico.”

“Dar a cada um o que é seu sem a presença do advogado para exercer a defesa técnica é tarefa das mais perplexas, angustiantes e, quiçá,

perdoem os doutos, temerárias. A tarefa pertence, em exemplo amplo, à permissão legal para os leigos se medicarem ou para exercerem a medicina cirúrgica ou, ainda, sem risco de catástrofe, pilotarem aeronaves”<sup>25</sup>.

Meu entendimento encontra-se em total consonância com o do Professor João de Lima Teixeira Filho, quando diz que:

“seja qual for o ângulo que se aprecie a matéria, o *jus postulandi* não sobrevive ao novo Estatuto da Advocacia. Revogados pois, e agora inquestionavelmente, os artigos 791 e 839 da Consolidação Leis do Trabalho, em sua inteireza e parcialmente o artigo 4º da Lei nº 5.584/70. Admitir a prática de qualquer procedimento na Justiça do Trabalho sem patrocínio de advogado equivale a retardar a entrega da prestação jurisdicional, na medida em que se dá seqüência a um processo acoimado de nulidade absoluta pelo artigo 4º da Lei nº 8.906/94. Asseverando o fato de que cabe às esferas do Governo dar efetividade à Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80 de 12/1/94) dotando-a de profissionais que viabilizem sua missão constitucional, é outro sinal eloqüente que a Carta Magna emite sobre a obrigatoriedade do advogado, bem como obrigação de o sindicato manter serviço jurídico para assistir a categoria, em juízo ou fora dele, é supletiva a do Estado e residual, pelo menos enquanto sobreviver a nefasta contribuição sindical compulsória. É que a Consolidação das Leis do Trabalho determina a aplicação de parte destes vultosos recursos em assistência jurídica (art. 592, II, a)”<sup>26</sup>.

Conforme o disposto pelo nobre Professor:

“cai por terra o argumento daqueles que justificam a impossibilidade financeira de constituir advogado, uma vez que, tanto o Estado como o

Sindicato – dependendo da situação do envolvido –, não só oferecem como têm a obrigação de prestar auxílio jurídico, conforme as razões demonstradas acima<sup>26</sup>.”

Sugere Allan Kardec Carvalho Rodrigues, advogado no Distrito Federal, uma nova maneira de enfrentar o problema da falta de advogados em juízo, opinando que a “defesa daqueles que por força de recursos não possam pagar um Advogado deveria ser patrocinada pelo Estado, que através da OAB indicaria defensor, cujos honorários seriam remunerados de acordo com a tabela da Ordem, pois a Defensoria Pública nos parece uma entidade precária, despreparada e ineficiente, que em nada contribui para a igualdade entre as partes num processo legal. Tal entidade deveria ser substituída pela atuação de Advogados independentes, indicados pela Ordem, este procedimento não só agilizaria a defesa de direitos como acarretaria em dispêndios menores para o Estado, visto que os gastos com servidores e material lhe seriam retirados.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, analisando o princípio da isonomia assegurado pela Constituição, coloca magistralmente a função do advogado no seu devido lugar, dizendo que:

“o juiz, promotor e advogado (público ou privado) formam um tripé sem o qual não funciona a Justiça; promotor e procurador atuam como partes no processo; ambos defendem o princípio da legalidade, emitindo pareceres nos processos judicial e administrativo, respectivamente, sendo obrigados à mesma imparcialidade com que o juiz aplica a lei aos casos concretos. O promotor defende a sociedade, o procurador defende o Estado, o defensor público defende o pobre. No entanto, o grande ponto comum é o fato de corresponderem todas elas a

carreiras jurídicas, cabendo a todos os seus integrantes, por meios institucionais diversos, a tutela do direito. Não é por outra razão que a Constituição colocou, no mesmo Título, a Justiça e as funções essenciais”<sup>27</sup>.

Exigir-se de leigos que penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem os fatos sem transformar a lide em um desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente são exigências que não mais se coadunam com a complexidade processual, em que o próprio especialista, não raras ocasiões, tem dúvida quanto à medida cabível em determinadas situações.

Verifica-se a necessidade de reforma da mentalidade de todos os lidadores da ciência do direito, no que diz respeito ao processo trabalhista, com relação ao instituto do *jus postulandi*. Trouxe a Lei Federal nº 8.906/94 e a Constituição Federal de 1988 o marco de um novo tempo, o fim de uma era, que já agonizava há décadas. No entanto, infelizmente, no dia-a-dia, as resistências para sua verdadeira implementação serão muitas. Os velhos Institutos temerão, pois ainda se ouvirá dos conceitos tradicionais travões capazes de anestesiar essa tão crucial revolução. Mas o aplicador da norma tem, com esse comando legal e constitucional, não só um ônus, mas um dever histórico-jurídico-social sem proporções. Acima disso, uma responsabilidade ética de mudança.

Acomodar-se à simplicidade de transpor, mecanicamente, os velhos e revogados padrões legais até hoje vigentes por insistência da grande maioria dos intérpretes do direito para os novos casos, será, sem sombra de dúvida, o sepultamento prematuro da possibilidade de mudança. O desafio está aí, agora é a vez da sociedade, representada pelos ilustres defensores do direito, o desafio de vencer.

O sistema antigo do *jus postulandi* faliu, desmoronou, essa é que é a verdade. Não há mais espaço para uma lide trabalhista inerte,

viciada e inócua. A Lei Federal nº 8.906/94 e a Constituição Federal de 1988 sintetizam e preconizam uma nova ordem: modernidade e eficácia. Uma Defensoria Pública e um Sindicato com plena assistência judiciária convenientemente estruturada, com suficiente número de defensores e advogados em funcionamento, atuando em tempo integral, inclusive à noite, de forma desburocratizada, descomplicada, acessível a todas as ocorrências que lhe sejam oportunamente encaminhadas.

A Lei Federal nº 8.906/94 e a Constituição Federal de 1988 precisam, urgentemente, serem compreendidas em sua inteireza. Necessitam, principalmente, de vontade política dos governantes e Sindicatos, dos administradores, da atenção dos juristas e dos lidadores do direito, a fim de que não a transformem numa cartilha inútil, como tantas outras, divorciada da realidade prática, vítima de uma postura reacionária.

É ingênuo pensar que uma sociedade como a nossa, marcada por tamanhas diferenças sociais, por desemprego e pela miséria, consiga viver em paz, pois é o estado de guerra que, hoje, cada cidadão enfrenta e que só poderá ser resolvido quando tomarmos consciência de que é injusto e irresponsável tão-somente esperar soluções. É preciso, urgentemente, o esforço de todos para a mudança. Essa é a tarefa que nos compete, a todos, indistintamente. E a de participar dessa empreitada patriótica a que temos concitado todos os companheiros que se consagram às causas do Direito do Trabalho e, portanto, à causa do próprio homem, exortando-o nas oportunidades públicas que se nos oferecem para essa missão sublime. Essa quadra de construir, de fazer, de plasmar e de erigir sempre valerá a pena, se a ela nos dedicarmos integralmente, com a mesma intensidade e espírito realizador dos que plantam para um futuro, com a mesma paixão e frêmito com que embalam os nossos anelos mais recônditos. A nova Justiça do Trabalho sem o famigerado *jus postulandi* que antevemos, sonhemô-la como

sonham os poetas, tal como o grande Quintana, ao isculpir, em versos imortais, uma inscrição para sua lareira:

“Que importa restarem cinzas  
se a alma foi bela e alta?  
Em meio aos toros que desabam  
Cantemos a canção das chamas!”

Recaséns Siches diz que: “a partir da filosofia protetiva o processo é meio instrumental para que se consiga entregar a prestação jurisdicional”<sup>28</sup>. Porém essa prestação jurisdicional só se realiza se a parte tiver ao seu lado a companhia de causídico que nada mais é do que um jurisconsulto que aconselha e auxilia as partes litigantes em juízo. Não devemos esquecer que este, como conhecedor das leis, é peça fundamental para defesa dos direitos dos povos em juízo.

Encontramos em Roberto Lyra Filho a seguinte explicação:

“No parto futuro, que já começou, inclusive aqui e agora, nós, os juristas democratas, não somos nem a criança que é a sociedade socialista autêntica, nem o parteiro – que é todo o povo trabalhador, em que nos integramos, sem distinção profissional. Nós somos, e temos de ser, os fabricantes dos berços e das mantas, do enxoval jurídico limpo e vivo, para que a dogmática reacionária não nos transforme em cúmplices de abortamento, em fabricantes de caixões, em lugar de berços; de mortalhas, em lugar de mantas; para que nos transforme em ajudantes de coveiro. O Direito que nos cerca ainda é o Direito do Capital. Nossa práxis há de ser voltada, segundo as aptidões de cada um, para a sociedade em que todo Direito seja Direito do Trabalho, de honestos trabalhadores, sem medo e sem peias”<sup>29</sup>.

É preciso, então, uma luta para derrubar esse malfadado instituto, luta essa digna das palavras de Rudolf Von Ihering, quando preleciona que:

“a paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve

para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do estado, das classes, dos indivíduos”<sup>30</sup>.

Como diz o Dr. Benedito Calheiros Bonfim:

“é preciso formar a consciência de que a advocacia é uma atividade político-jurídica, possui múnus público, conteúdo ético, político e social, constitui uma forma de participação, de inserção na comunidade, de opção pela justiça, de luta pelo direito e pela liberdade, de tutela dos interesses da sociedade, de defesa dos valores jurídicos e princípios fundamentais dos direitos do homem e da dignidade do trabalho”<sup>31</sup>.

Concluo, assim, que a postulação é um direito irrenunciável que se estampa como exigência indeclinável da própria Justiça; porém, a postulação no processo trabalhista não há de figurar como simples fantasia legal, colocada em ângulo sombrio e a título de mera espectadora; não pretendendo dizer que essa postulação deva ser brilhante e erudita, mas que, porém, não deva ser restringida a argumentos esdrúxulos e muitas vezes vazios de consistência por parte do postulante leigo, que notoriamente não possui qualificação profissional adequada para garantir a efetividade da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, a justiça por todos almejada. Nas palavras do Dr. Ives Gandra Martins:

“O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete”<sup>32</sup>.

Faz-se necessário lembrar e nunca esquecer a seguinte frase que exprime ao longo da história, sem dúvida alguma, o pensamento majoritário dos mais nobres juristas, advogados, promotores, juízes e do povo em geral,

que é a seguinte: “Sem advogado não há justiça e sem justiça não há democracia”.

### *Bibliografia*

- A BÍBLIA SAGRADA. Tradução em português por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2ª ed. São Paulo : Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo, Brasília : Tribunal Federal da 1ª Região, Gabinete da revista; São Paulo, Saraiva, 1997.
- ALMEIDA, Amador Paes de, Curso Prático de Processo do Trabalho, editora Saraiva 7ª edição, 1994, São Paulo.
- ALMEIDA, Isis. in Manual de Direito Processual do Trabalho, 1º vol., 5ª edição, 1993.
- BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 5ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 19ª edição, 1998, editora Saraiva, pagina 418.
- BERMUDES, Sérgio. Introdução ao Processo Civil, 2ª edição, revista e atualizada, editora Forense, 1996.
- BOMFIM, Benedito Calheiros. A Função Social da Advocacia. Correio Brasiliense.
- CALAMANDREI, P. El respeto de la personalidad en el proceso en Proceso y democracia, Buenos Aires, E.J.E.A., 1960.
- COSTA, Orlando Teixeira da. in Revista LTr, 53, 1989, página 268.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido de Rangel. Teoria Geral do Processo, 11ª edição, editora Malheiros, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo, editora RT, São Paulo, 1987.
- FILHO, João de Lima Teixeira, Instituições do Direito do Trabalho, 17ª edição, editora LTr, 1997, São Paulo.
- FILHO, Manoel Antonio Teixeira. Sistema dos Recursos Trabalhistas.Ed. LTr, 9ª edição, 1997, São Paulo.
- FILHO, Roberto Lyra, Direito do Capital e Direito do Trabalho. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre.
- FONSECA, Vicente José Malheiros da. Reforma da Execução Trabalhista e outros estudos, LTr, São Paulo, 1993.
- GIGLIO, Wagner. Direito Processual do Trabalho, editora Saraiva, 10ª edição revista e ampliada, 1997, São Paulo.

- IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Tradução de João Vasconcelos, 16ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- LIMA, Francisco Menton Marques de Lima. Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência, 2ª edição, ed. LTr, São Paulo, 1997.
- MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes, Prática do Processo Trabalhista, 24ª edição, editora LTr, São Paulo, 1993.
- MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B., em seu livro Direito do Trabalho, 17ª edição, 1996, editora da Fundação Getúlio Vargas, página 430, Rio de Janeiro.
- MARTINS, Ives Gandra. Revista Direitos. Ano I, nº 6, set/out 98, página 32.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Elementos do Direito Processual do trabalho, LTr, editora 1973.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 3ª edição, editora Atlas, 1993, São Paulo.
- Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 4 n. 3, julho-setembro 1994, Director Jorge de Figueiredo Dias, Aequitas editorial notícias.
- RUSSOMANO, Mozart Victor, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Ed. Forense, 1983.
- SICHES, Recaséns apud Francisco Antônio Oliveira, Manual de Audiências Trabalhistas, editora RT, 1994, São Paulo.
- SILVA, Antônio Alvares da, O *ius postulandi* e o novo estatuto da advocacia, LTr 58-08/922, ago. 94).
- SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 9ª edição, 4ª tiragem, 1994, São Paulo-SP, página 510.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Comunicado nº 78/94, DOESP, de 27, 29.07 e 2.08.94, p.1.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO, RO 592/89, Rel. Juiz José de Ribamar Alvim Soares, Ac. 1.173/89.
- VIVEIROS, Luciano Direito do Trabalho. Conflitos soluções e perspectivas, 2ª ed. Edições trabalhistas, 1997, Rio de Janeiro.
- <sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 19ª edição, 1998, editora Saraiva, página 418.
- <sup>4</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido de Rangel Teoria Geral do Processo, 11ª edição, editora Malheiros, 1995, pág. 216.
- <sup>5</sup> BERMUDES, Sérgio. Introdução ao Processo Civil, 2ª edição, revista e atualizada, editora Forense, 1996, página 79.
- <sup>6</sup> BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 5ª edição, editora forense, Rio de Janeiro, 1987, página 181.
- <sup>7</sup> VIVEIROS, Luciano. Direito do Trabalho. Conflitos soluções e perspectivas, 2º ed. Edições trabalhistas, 1997, Rio de Janeiro, pág. 90.
- <sup>8</sup> FONSECA, Vicente José Malhadeiros da. Reforma da Execução Trabalhista e outros estudos, LTr, São Paulo, 1993, pág. 126/127.
- <sup>9</sup> COSTA, Orlando Teixeira da. in Revista LTr, 53, 1989, pág. 268.
- <sup>10</sup> ALMEIDA, Isis. Manual de Direito Processual do Trabalho. 5ª edição, Ltr, volume 1, itens 15 e 39, 1993.
- <sup>11</sup> SILVA, Antônio Alvares da, O *ius postulandi* e o novo estatuto da advocacia, LTr 58-08/922, ago. 94.
- <sup>12</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Comunicado nº 78/94, DOESP, de 27, 29.07 e 2.08.94, p.1.
- <sup>13</sup> TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª região, RO 592/89, Rel. Juiz José de Ribamar Alvim Soares, Ac. 1.173/89.
- <sup>14</sup> ALMEIDA, Amador Paes de, Curso Prático de Processo do Trabalho, ed. Saraiva 7ª ed., 1994, São Paulo, pág. 69.
- <sup>15</sup> LIMA, Francisco Menton Marques de Lima em Os princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência, 2ª edição, ed. LTr, São Paulo, 1997, pág. 199.
- <sup>16</sup> MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio B., em seu livro Direito do Trabalho, 17ª edição, 1996, editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, página 430.
- <sup>17</sup> GIGLIO, Wagner. Direito Processual do Trabalho, editora Saraiva, 10ª edição revista e ampliada, 1997, São Paulo, página 101.
- <sup>18</sup> MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes, Prática do Processo Trabalhista, 24ª edição, ed. LTr, São Paulo, 1993, pág. 211.
- <sup>19</sup> A BÍBLIA SAGRADA. Tradução em português por João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada no Brasil. 2ª ed. São Paulo : Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- <sup>20</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Elementos do Direito Processual do Trabalho, LTr, 1973, pág. 123.

### Notas

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 9ª edição 4ª tiragem, 1994, São Paulo-SP, pág. 510.

<sup>2</sup> A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo, Brasília : Tribunal Federal da 1ª região, Gabinete da revista; São Paulo, Saraiva, 1997, página 944.



<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo, ed.RT, São Paulo, 1987, 420.

<sup>22</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, Ed. Forense, 1983, pág. 853.

<sup>23</sup> FILHO, Manoel Antonio Teixeira. Sistema dos Recursos Trabalhistas. Ed. LTr, 9ª edição, 1997, São Paulo, página 146 e 186.

<sup>24</sup> CALAMANDREI, P. *El respeto de la personalidad en el proceso em Proceso y democracia*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1960, p. 182.

<sup>25</sup> CHEDID, Antonio Carlos Facioli. Indispensabilidade do Advogado e o exercício privativo do *jus postulandi* em qualquer processo judicial ou administrativo. Revista Ltr, 1989.

<sup>26</sup> FILHO, João de Lima Teixeira, Instituições do Direito do Trabalho, 17ª edição, editora LTr,

1997, São Paulo, pág. 1358/1359.

<sup>27</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 3ª edição, editora Atlas, 1993, São Paulo, página 315.

<sup>28</sup> SICHES, Recaséns apud Francisco Antônio Oliveira, Manual de Audiências Trabalhistas, editora RT, 1994, São Paulo, página 39.

<sup>29</sup> FILHO, Roberto Lyra, Direito do Capital e Direito do Trabalho. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1982.

<sup>30</sup> IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Tradução de João Vasconcelos, 16ª edição, editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, página 1.

<sup>31</sup> BOMFIM, Benedito Calheiros. A Função Social da Advocacia. Correio Braziliense.

<sup>32</sup> MARTINS, Ives Gandra. Revista Direitos. Ano I, nº 6, set/out 98, página 32.

# A natureza e eficácia do direito internacional

Ielbo Marcus Lobo de Souza

## Sumário

1. Introdução. 2. A estrutura do sistema legal internacional. 3. A eficácia do direito internacional. 4. Conclusão.

### *1. Introdução*

Normalmente, um estudante que inicia o estudo da disciplina “direito internacional público” tem uma idéia pré-concebida de que esse direito não é verdadeiramente um direito. Essa suposição é fruto da percepção que o estudante faz do comportamento dos Estados no plano internacional. O sistema internacional mais pareceria uma creche, onde as crianças (os Estados) estão armadas e não há uma professora que os supervisione. Na verdade, uma análise semelhante (embora mais elaborada) é feita tanto por parte dos teóricos das relações internacionais quanto pelos estudiosos da filosofia jurídica. Em primeiro lugar, questiona-se a eficácia e o papel do direito internacional como meio regulador da conduta dos Estados no plano internacional. Em segundo lugar, afirma-se que o direito internacional não apresentaria as características que estão presentes no esboço teórico de um sistema jurídico e seria, portanto, quando muito, um exemplo de um direito ainda em estágio muito primitivo. Sem dúvida, há um pouco de verdade nessas percepções, mas o problema é que muitas vezes elas se baseiam

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

num conhecimento parcial e incompleto do sistema internacional e do seu subproduto, o direito internacional. O objeto desse estudo é procurar responder a essas questões, descrevendo-se a natureza do direito internacional e o seu papel no sistema internacional.

## 2. A estrutura do sistema legal internacional

De acordo com alguns autores, uma análise comparativa da estrutura geral de um sistema legal nacional com a do sistema legal internacional revela que o direito internacional não é propriamente um direito ou que corresponderia a uma forma de direito primitivo<sup>1</sup>. A análise se desenvolve da seguinte forma. Um sistema jurídico nacional é composto por um conjunto de normas e instituições. Ele é, sob a ótica institucional, repartido em três ramos principais: um órgão ou conjunto de órgãos que se destinam a produzir novas normas jurídicas ou alterar ou revogar as existentes, chamado de Legislativo; um órgão ou conjunto de órgãos que têm como função atestar a validade e existência das normas jurídicas, seu conteúdo e escopo de aplicação, e determinar quando uma norma foi violada, por quem foi violada e a quem cabe o pagamento de reparação ou a imposição de sanção, chamado de Judiciário; e um órgão ou conjunto de órgãos responsáveis por cumprir e fazer cumprir as normas jurídicas, aplicando sanções sobre aqueles que as violam. Toda essa estrutura do sistema legal interno é centralizada, e uma das suas principais características é que, à parte casos muito excepcionais, o uso da força e a aplicação das sanções previstas nas normas jurídicas são monopólio do Estado.

As características acima elencadas do sistema legal nacional refletem, obviamente, a natureza e o estado de desenvolvimento da sociedade nacional contemporânea. Nas sociedades primitivas, em contraste, inexistia o fenômeno do Estado nacional, bem como órgãos centralizados que exercessem em nome do Estado as prerrogativas da soberania; o direito subsistia sob a forma

costumeira, e a justiça pelas próprias mãos era a regra. Como nas sociedades primitivas, o sistema legal internacional carece dessas instituições centralizadas. Demais, o direito costumeiro é uma importante fonte formal do direito internacional, e, na ausência de uma autoridade executiva internacional, a “justiça pelas próprias mãos” seria a regra entre os Estados. Por essas razões, o direito internacional mais se pareceria com um direito das sociedades primitivas e seria com dificuldade enquadrado como um sistema legal<sup>2</sup>.

Para podermos entender melhor a natureza do direito internacional ou do sistema legal internacional, é preciso, primeiramente, que se entenda qual a natureza e estado de desenvolvimento do sistema internacional. Parece haver um consenso no sentido de que o sistema internacional está ordenado de acordo com o princípio da anarquia<sup>3</sup>. “Anarquia” significa a ausência de um Governo Mundial que possua um conjunto de instituições genuinamente supra-estatais: inexistente um legislativo internacional supra-estatal centralizado, um órgão judiciário internacional com jurisdição compulsória *erga omnes* e uma autoridade executiva centralizada com poder para cumprir e fazer cumprir as normas internacionais<sup>4</sup>. O sistema internacional é, portanto, descentralizado e cada unidade do sistema (o Estado) representa um centro de decisão autônomo e soberano. É com base nesses atributos que historicamente o direito internacional se desenvolveu e muitas de suas alegadas deficiências ou peculiaridades são reflexo do estado de desenvolvimento do sistema internacional.

Em razão da natureza do sistema internacional, os Estados, componentes do sistema, são considerados pelo direito internacional como entidades igualmente soberanas que se relacionam umas com as outras num plano de igualdade jurídica<sup>5</sup>. A soberania do Estado é uma qualidade jurídica que lhe atribui um número de competências ou poderes exclusivos sobre o seu território e população, e que, com relação

aos seus pares, situa-o num plano horizontal e não vertical ou hierárquico, pois não está sujeito a qualquer autoridade superior<sup>6</sup>. No que diz respeito à produção de normas internacionais, visto que inexistente um legislativo internacional, o papel de legislador cabe àqueles a quem as normas se destinam, ou seja, aos próprios Estados. O processo legislativo internacional é, por conseguinte, descentralizado, participativo e não institucional. Os Estados elaboram as normas internacionais especialmente por meio de tratados internacionais (que produzem as chamadas normas convencionais) e do costume internacional (que produz normas costumeiras). Essas chamadas fontes formais do direito internacional podem produzir tanto obrigações particulares como normas gerais aplicáveis a todos os Estados ou a muitos Estados, mas de todo modo esses processos normativos só operam mediante a participação direta dos Estados.

Como já observamos, não existe um órgão judicial internacional centralizado. Isso não significa, contudo, que os Estados não dispõem de meios para resolver suas disputas internacionais. Há vários meios; no entanto, eles são descentralizados e caracteristicamente voluntários. A prática dos Estados mostra que não raro os Estados recorrem a mais de um desses meios para resolver uma disputa internacional<sup>7</sup>. Mas quais são esses meios? No plano judicial, cite-se a Corte Internacional de Justiça, um dos seis principais órgãos das Nações Unidas, criada justamente para resolver disputas entre Estados<sup>8</sup>. Há, também, uma série de outros tribunais internacionais que foram estabelecidos para dirimir questões relativas a áreas específicas do direito internacional (e.g., Corte Interamericana de Direitos Humanos). No plano arbitral, existe a chamada Corte Permanente de Arbitragem de Haia, que coloca à disposição dos Estados um tribunal arbitral permanente para resolver suas disputas, outros tribunais arbitrais previstos em tratados multilaterais e a possibilidade de os Estados acordarem a

criação de tribunais arbitrais *ad hoc* para a solução de um determinado litígio. Todos esses órgãos, judiciais ou arbitrais, só podem atuar na base da jurisdição voluntária, i.e., precisam do consentimento dos Estados partes da disputa para poderem exercer jurisdição sobre o caso em tela.

Além da via judicial ou arbitral, o sistema legal internacional prevê uma série de outros meios de solução pacífica de conflitos internacionais, tais como negociação direta, investigação, mediação, conciliação e bons ofícios<sup>9</sup>. Esses chamados meios diplomáticos dependem também da iniciativa e consentimento dos Estados para que possam operar. A necessidade do consentimento ou iniciativa dos Estados envolvidos é, sem dúvida, uma grande limitação, pois concede ao Estado interessado na continuação da disputa, ou do estado de coisas sobre o qual a disputa versa, um certo poder de veto sobre a solução da referida disputa. Para tanto, basta que se oponha à operação do meio ou crie obstáculos ao acordo no processo de negociação<sup>10</sup>. A habilidade diplomática do Reino Unido em manter por tanto tempo o andamento inconclusivo das negociações com a Argentina a respeito das ilhas Falkland/Malvinas poderia ser citado como um exemplo disso.

Uma terceira forma de solução de disputas internacionais é por meio da atuação de órgãos políticos das organizações internacionais. Nesses casos, porém, poderá haver uma ação interventiva do órgão político mesmo quando um Estado parte da disputa a ela se opõe. Por exemplo, o Conselho de Segurança das Nações Unidas pode atuar em qualquer disputa internacional, independentemente do consentimento das partes da disputa, e até mesmo propor medidas ou tomar decisões que são compulsórias para os Estados em conflito e para todos os outros membros das Nações Unidas (Carta da ONU, Caps. VI e VII). A autonomia do Conselho de Segurança sofre, contudo, uma limitação: a Carta da ONU confere aos cinco membros permanentes (Estados Unidos,

Reino Unido, França, Rússia e China) a prerrogativa de voz, voto e *veto* em decisões não-procedimentais (art. 27). Esta prerrogativa, assegurada aos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, nada mais faz do que espelhar a natureza do sistema internacional: neste, as unidades (Estados) são desiguais em termos de poder, e a configuração do poder assume a forma oligárquica<sup>11</sup>.

Deve-se salientar, entretanto, que o direito de veto não é irrestrito. Por exemplo, segundo o art. 27 da Carta da ONU, nas decisões do Conselho tomadas sob o Capítulo VI da Carta, (Resolução Pacífica de Conflitos), e com base no parágrafo 3 do artigo 52 (resolução pacífica de conflitos locais por meios regionais), o membro que seja parte no conflito deverá abster-se de votar. Portanto, nenhum membro permanente poderá evitar que o Conselho considere, examine e adote resoluções a respeito de um conflito ou situação sujeita ao exame do Conselho nesses dois casos, nem poderá eximir-se de prestar esclarecimento ao Conselho. Demais, o direito de veto não impede que um membro do Conselho – permanente ou não-permanente – relembre os Estados membros da ONU de suas obrigações gerais assumidas na Carta com respeito à resolução pacífica de conflitos internacionais. Por fim, o direito de veto não significa que os cinco membros permanentes poderiam sozinhos tomar decisões no Conselho, pois até mesmo em questões não meramente procedimentais o Conselho precisa do voto concorrente de pelo menos mais quatro membros não-permanentes. Assim, é possível que quatro membros não-permanentes exercitem, conjuntamente, o que seria equivalente ao direito de veto.

Tendo em vista o exposto, pode-se concluir que, embora o sistema legal internacional não possua um órgão judiciário centralizado, ele apresenta alternativamente uma série de meios de solução pacífica de disputas internacionais de natureza e resultados diversos. Essas alternativas têm funcionado em muitas ocasiões. A grande

falta que faz, porém, uma estrutura judicial centralizada está na ausência de uma interpretação judicial do conteúdo e validade das normas internacionais. Embora a interpretação dada por esses meios alternativos para cada caso tenha influência sobre a percepção jurídica dos Estados em geral e sobre o desenvolvimento do direito internacional, o sistema internacional ainda permite aos Estados uma certa autonomia na interpretação dos fatos de uma disputa e das normas internacionais a eles aplicáveis (cf. *infra*).

A maior deficiência do sistema legal internacional, para os críticos, estaria justamente na ausência de uma autoridade executiva centralizada com poderes para cumprir e fazer cumprir as normas internacionais, e aplicar sanções. O órgão que mais se aproximaria dessa figura é o Conselho de Segurança das Nações Unidas. Embora sua competência executiva esteja circunscrita às disposições da Carta da ONU e não ao direito internacional geral, o fato de ser responsável pela manutenção da paz e segurança internacionais o aproxima bastante do papel de uma autoridade executiva internacional<sup>12</sup>. O grande problema é que, como já foi comentado, o Conselho de Segurança está sujeito ao veto dos seus membros permanentes; além disso, depende da vontade política dos membros das Nações Unidas para a implementação de suas decisões, mesmo que sejam obrigatórias, particularmente aquelas que envolvem o uso da força ou a imposição de embargos econômicos ou militares<sup>13</sup>. Apesar dessas limitações, o Conselho de Segurança já demonstrou ser um órgão eficaz na repressão de graves violações do direito internacional quando há vontade política dos seus membros, e a Guerra do Golfo (Iraque v. Kuwait) ilustra bem isso. Há, inclusive, uma estatística recente que aponta que, de 1945 até 1989, o veto foi usado 279 vezes pelos membros permanentes do Conselho, ao passo que, de 1990 até 1992, o veto não foi utilizado uma vez sequer, o que seria um reflexo do fim da chamada guerra fria<sup>14</sup>.

Na ausência de uma autoridade executiva centralizada, o sistema legal internacional prevê mecanismos descentralizados por meio dos quais as conseqüências decorrentes da violação de normas internacionais se fazem valer. O que ocorre foi explicado por Hans Kelsen de forma muito simples. A norma internacional, como toda norma jurídica, prevê a aplicação de uma sanção a todo aquele que a violar, isto é, àquele que comete um delito. A quem caberia, no plano internacional, a aplicação de uma sanção decorrente de uma violação de uma norma internacional? A resposta é simples: ao Estado que teve o seu direito violado pelo comportamento ilícito do outro Estado. Quando um Estado aplica a sanção contra um outro Estado, ele estaria agindo, no entendimento de Kelsen, como um órgão ou agente descentralizado da comunidade internacional, visto que esta detém o monopólio da força no plano internacional (assim como o Estado detém o monopólio da força nas sociedades nacionais)<sup>15</sup>.

Não resta a menor dúvida que há sanções previstas ou permitidas pelo direito internacional para os Estados que violam normas ou obrigações internacionais, assim como há formas de reparação para o Estado cujo direito foi violado e que sofreu um dano causado por esta violação. Mas o mecanismo pelo qual a aplicação da sanção ocorre é mais complexo do que a análise teórica do Prof. Kelsen o representa. Em primeiro lugar, a sanção não assume apenas a forma da guerra ou retaliação. O exercício legítimo do direito de autodefesa como uma sanção contra aquele Estado que recorre ilicitamente ao uso da força para resolver suas disputas internacionais seria apenas um tipo de sanção. Há também outras formas de sanção que podem ser aplicadas, como embargos econômicos e rompimento de relações diplomáticas, assim como há vários tipos de ilícitos de acordo com o tipo de obrigação internacional que se está violando (e.g., violação de obrigação convencional contida num tratado internacional). Pode ocorrer, como a história nos mostra, que

Estados apliquem “sanções” a outros Estados com objetivos meramente políticos, isto é, certamente não na qualidade de agentes da comunidade internacional agindo legitimamente para reprimir um ato ilícito praticado por um outro Estado<sup>16</sup>.

Outra limitação na teoria de Kelsen é que, como já foi mencionado, os Estados têm uma certa autonomia na interpretação das normas internacionais e dos fatos relacionados a uma disputa internacional, o que significa que nem sempre é fácil dizer, em face de alegações mutuamente contraditórias, quem está com a razão (por exemplo, quem na verdade está usando lícitamente do seu direito de autodefesa e quem recorreu ilicitamente ao uso da força)<sup>17</sup>. Nesse entendimento, cada Estado seria um juiz em causa própria, o que é absolutamente inconsistente com a estabilidade do sistema internacional e com a noção de um sistema legal. Essa teoria seria bastante benéfica para as grandes potências, pois poderiam conduzir-se ilicitamente e apresentar justificativas legais sabendo que os outros Estados provavelmente não teriam condições ou vontade política de executar as sanções previstas pela norma internacional. Felizmente, o próprio sistema internacional prevê uma atenuante para esse perigo: conforme se verá mais adiante, cada justificativa legal apresentada por um Estado, por mais poderoso que seja, está sujeita ao julgamento da comunidade internacional e dos órgãos políticos das organizações internacionais (embora, neste último caso, o direito de veto e o peso político freqüentemente impeçam a sua atuação).

### 3. *A eficácia do direito internacional*

As críticas que têm sido levantadas a respeito da eficácia do direito internacional procuram veicular a idéia de que, se o conjunto de normas que se denomina direito internacional é ineficaz, então o direito internacional não seria verdadeiramente um direito, e mais se aproximaria da moral ou de um instrumento político que os Estados

usam para justificar ou legitimar sua conduta no plano internacional. Do ponto de vista teórico, seria um erro confundir eficácia da norma com sua validade ou existência. É óbvio que, se uma norma é absolutamente desrespeitada por todos, não se pode dizer que ela exista. Mas se ela for parcialmente desrespeitada, ou geralmente respeitada, então não se pode pôr em dúvida sua validade ou sua natureza jurídica, pois isso é o que acontece normalmente com muitas normas jurídicas que compõem os direitos nacionais internos. Admite-se, contudo, que um sistema legal só possui essa qualidade se a generalidade de suas normas for habitualmente respeitada e aplicada, *i.e.*, se ele for, de uma forma geral, eficaz. A tese que parece ser mais correta é que, a despeito das suas deficiências institucionais, o conjunto de normas que compreende o direito internacional é relativamente eficaz<sup>18</sup>. Deixando de lado, por enquanto, essa discussão mais teórica, passemos então para as três mais importantes críticas que se fazem a respeito da eficácia do direito internacional.

1) A primeira é que o direito internacional tem sido inoperante frente à sua mais importante missão: evitar conflitos armados entre os Estados. Inúmeros conflitos armados interestatais têm ocorrido desde o final da Segunda Guerra Mundial, e pouca ou nenhuma influência teria tido o direito internacional em evitá-los. A esse respeito, o que poderia ser dito?

É importante que se tenha em vista que, se examinarmos a experiência dos direitos nacionais, a situação também não é muito diferente. A norma de direito internacional que proscree o uso ou ameaça do uso da força nas relações internacionais tem semelhança com a que proíbe o homicídio nos sistemas legais nacionais, e esta última também é freqüentemente violada, inclusive nos países de democracia estável não sujeitos a uma guerra civil<sup>19</sup>. Há dezenas ou mesmo centenas de homicídios sendo praticados diariamente nos Estados Unidos e no Brasil, para citar apenas dois exemplos, e nem

por isso alega-se que o direito brasileiro ou o americano não seja verdadeiramente um direito ou seja ineficaz. Obviamente, devemos guardar as devidas proporções, pois um conflito armado interestatal pode potencialmente produzir um número infinitamente maior de vítimas e até colocar em risco a sobrevivência da humanidade (por causa das armas nucleares). É talvez por essa razão que, embora os conflitos interestatais sejam bem menores em número, eles recebem uma cobertura mais intensa pela mídia nacional e internacional. Ainda assim, pouca atenção é dispensada aos casos em que, por causa também do direito internacional, muitos conflitos em potencial não chegaram a se concretizar e outros não se agravaram ou foram solucionados.

Outro aspecto que merece ser mencionado é que o direito internacional não regula apenas o uso da força nas relações internacionais. Há uma infinidade de outros campos que são também regulados pelo direito internacional de forma satisfatória, tais como a cooperação internacional nas áreas comercial, cultural e tecnológica, as relações diplomáticas e consulares, o uso dos espaços marítimo, terrestre e cósmico. Nessas áreas, o direito internacional é observado pela maior parte dos Estados na maior parte do tempo<sup>20</sup>. O fato, por exemplo, de centenas de tratados internacionais bilaterais e multilaterais serem observados diariamente pelos Estados passa despercebido e não é mencionado como um fator que corrobora a eficácia do direito internacional. Aliás, vale notar que o direito internacional não tem apenas a finalidade de “limitar” o comportamento dos Estados: ele também regula, formaliza e determina os efeitos jurídicos das variadas interações entre os Estados<sup>21</sup>. Sem o direito internacional, por exemplo, não haveria segurança nos acordos bilaterais e multilaterais firmados entre os Estados.

Um terceiro ponto, que nos ajuda a entender a eficácia relativa do direito internacional em algumas áreas, é que, assim como ocorre com o direito público interno, o direito

internacional se dirige aos Governos dos Estados, e muitas vezes eles são incapazes de cumprirem as normas (e.g., falta de pessoal técnico ou recursos internos) ou simplesmente não desejam cumpri-las. Não raro, uma legislação interna emitida pelo Estado em cumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais é deliberadamente desrespeitada pelos órgãos ou agentes do próprio Estado. Nesses casos, a mesma dificuldade encontrada no cumprimento do direito internacional é também enfrentada pelo direito público interno<sup>22</sup>.

Em resumo, pode-se dizer que o direito internacional é de uma forma geral eficaz, embora, no que diz respeito ao uso da força nas relações internacionais, admite-se que seja eficaz até certo ponto ou relativamente eficaz.

2) Uma segunda crítica diz que o fato de os Estados cumprirem o direito internacional pode ser atribuído a uma mera coincidência entre os interesses nacionais e a conduta requerida pela norma. Em outras palavras, quando os Estados observam o direito internacional, eles não o fazem porque se sentem obrigados pelas normas desse direito, mas apenas porque o comportamento requerido pelas normas é justamente aquele que os Estados teriam adotado mesmo que elas não existissem.

É ponto pacífico que o direito nasceu da necessidade de regular as relações humanas na sociedade, e, portanto, suas normas não são o produto de um mero capricho do soberano (legislativo), mas atendem aos interesses dos indivíduos. Por outras palavras, as normas são observadas pelos indivíduos porque também elas lhes são úteis, e, se elas não existissem, ainda assim o comportamento determinado por muitas delas seria observado na prática pela maioria das pessoas. Para entender-se a utilidade das normas, basta pensar na norma que determina o cumprimento fiel dos contratos firmados validamente. Haveria pouca estabilidade e segurança jurídica nas relações contratuais sem tal norma, o que não interessaria a

ninguém. Mesmo sendo as normas úteis e necessárias, isto é, havendo uma coincidência entre os interesses dos indivíduos e o comportamento requerido pela norma, ninguém aponta esse fato como justificativa para considerar o direito interno como ineficaz ou prescindível.

No plano internacional ocorre o mesmo. As normas de direito internacional, que, lembre-se, são fruto da prática dos próprios Estados, são úteis e benéficas para os Estados. Quando menos, elas atendem aos interesses a longo prazo dos Estados, a saber, a preservação do sistema internacional e a estabilidade e ordem nas relações internacionais. Essa correlação entre os interesses nacionais e o comando das normas internacionais explicaria o fato de que, mesmo após o surgimento de dezenas de novos Estados a partir da década de cinquenta, não houve grandes transformações nas normas gerais e básicas do direito internacional<sup>23</sup>.

Há outras razões que podem explicar o cumprimento do direito internacional por parte dos Estados. Por exemplo, os Estados teriam interesse em evitar as sanções ou remédios previstos pelo direito internacional contra a violação de normas internacionais (protesto diplomático, pedidos de esclarecimento ou de desculpas, reparação de danos, retorno ao *status quo ante*, etc.), ou atritos com outro(s) Estado(s), particularmente aquele(s) que seria(m) vítima(s) da violação. Haveria também uma preocupação por parte dos Estados em manter sua credibilidade e imagem política no plano internacional e interno, e um interesse em evitar um precedente perigoso que poderia ser aplicado amanhã contra si mesmo por outros Estados<sup>24</sup>.

3) Uma terceira crítica diz que, quando os Estados recorrem ao direito internacional para justificar ações que seriam *prima facie* ilícitas, isso o fazem como um mero exercício de retórica, ou então para evitar possíveis perdas políticas, particularmente entre seus aliados ou em face da opinião pública interna e internacional. Em outras palavras, o direito internacional não teria qualquer



papel na orientação da conduta dos Estados, senão uma função *ex-post facto*.

Mesmo que os Estados utilizem o direito internacional para legitimar seus atos ilícitos, é significativo o fato de que eles valorizam a imagem da legalidade, de estar conforme à lei. Isso ocorre porque o direito internacional tem o papel de conceder legitimidade às ações dos Estados. É também importante notar que as justificativas legais apresentadas pelos Estados estão sempre sujeitas ao julgamento da comunidade internacional<sup>25</sup>. Os outros Estados, individual ou coletivamente, ou os órgãos políticos das organizações internacionais, costumeiramente julgam as justificativas legais apresentadas pelo Estado e não raro rejeitam-nas. Basta considerar alguns exemplos.

a) Em junho de 1981, aviões de guerra de Israel bombardearam o centro de pesquisa nuclear de Tuwaitha, perto de Bagdá, especialmente o reator nuclear “Osirak”. O Governo de Israel justificou sua ação com base no direito de autodefesa (antecipatória) e autopreservação, pois, se o Iraque conseguisse desenvolver uma arma nuclear, ele certamente a utilizaria contra Israel. A resposta da comunidade internacional foi majoritariamente contra a atitude de Israel e no sentido de rejeitar sua justificativa. O Conselho de Segurança da ONU, por meio da Res. 487, de junho de 1981, condenou “fortemente o ataque militar de Israel numa clara violação da Carta das Nações Unidas e das normas do direito internacional”. A Assembléia Geral da ONU, por seu turno, na Res. 36/27, de novembro de 1981, condenou “fortemente Israel por seu ato de agressão premeditado e inédito em violação da Carta das Nações Unidas e das normas de conduta internacional”<sup>26</sup>.

b) Em 1979, tropas soviéticas entraram no território do Afeganistão. A União Soviética e o Afeganistão alegaram que a presença das tropas era legal e legítima porque o Governo do Afeganistão havia requerido, com base num Tratado Bilateral de Amizade e Cooperação de 1978, o apoio da União Soviética para repelir ou prevenir uma

intervenção (armada) externa atual ou iminente, de caráter contra-revolucionário. Muito embora o Conselho de Segurança não tenha podido manifestar-se a respeito, em virtude do veto soviético, a Assembléia Geral da ONU emitiu várias resoluções, entre as quais a ES-6/2, de janeiro de 1980, e a 35/37, de novembro de 1980, em que se declarava que havia uma intervenção armada externa em violação do princípio da Carta da ONU que proíbe a ameaça ou uso da força contra a integridade territorial, soberania ou independência política de um país, e se requeria a imediata retirada de todas as forças estrangeiras do território do Afeganistão<sup>27</sup>.

c) Em maio de 1985, os Estados Unidos anunciaram a suspensão das relações comerciais e do transporte aéreo e marítimo entre os Estados Unidos e a Nicarágua. Apresentaram, como justificativas, que o Governo Sandinista da Nicarágua estava desestabilizando, intimidando e subvertendo os países vizinhos, e que estaria transformando a própria Nicarágua num “satélite autoritário da União Soviética”. A questão foi examinada pela Assembléia Geral da ONU, que em repetidas resoluções (*e.g.*, Res. 40/188, de novembro de 1985) requereu o fim do embargo econômico imposto à Nicarágua e declarou que o embargo prejudicava os princípios do livre comércio e da não-discriminação, e que cada Estado tinha o direito de escolher o seu sistema de desenvolvimento político e econômico<sup>28</sup>.

d) Em dezembro de 1989, forças militares norte-americanas intervieram no Panamá e, entre outras coisas, capturaram o Presidente do Panamá e o levaram para os Estados Unidos para que fosse julgado num tribunal americano por alegação de tráfico de drogas. Os Estados Unidos justificaram sua ação com base na necessidade de proteger a vida de cidadãos americanos residentes no Panamá e de manter a integridade dos Tratados do Canal do Panamá. Alegaram também que estariam agindo em legítima defesa, em resposta a ataques armados praticados por forças sob a direção

do Presidente do Panamá, General Noriega. O Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos se reuniu em sessão extraordinária e emitiu uma Resolução, a CP/Res. 534 (800/89), de 22 de dezembro de 1989, na qual o Conselho, *inter alia*, deplora profundamente a intervenção militar no Panamá; exorta a retirada das tropas estrangeiras utilizadas para a intervenção militar; requer o pleno respeito à livre determinação do povo panamenho sem ingerências externas; e expressa a necessidade de que se respeitem as obrigações assumidas pelos Estados nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares<sup>29</sup>.

O que merece ser ressaltado nesses exemplos é que eles demonstram como os Estados, individual ou coletivamente, julgam as justificativas legais aduzidas pelo Estado que praticou a ação. Isso significa que, embora cada Estado tenha uma certa autonomia na interpretação das normas internacionais e no julgamento da legalidade de sua própria conduta, ele age sob um risco que ele próprio assume, pois a decisão última a respeito da legalidade de sua conduta (e das consequências da violação do direito internacional) não repousa somente nas mãos desse Estado<sup>30</sup>. Vale lembrar que até mesmo as grandes potências podem ser condenadas (e suas justificativas legais rejeitadas) pelos seus aliados. Isso tudo mostra que existe um limite para toda justificativa legal, e esse limite é encontrado no próprio direito internacional e na constatação e interpretação dos fatos por outros Estados. A propósito, a mídia internacional tem desempenhado um papel cada vez mais importante nessa área, informando e formando a opinião pública interna e internacional, e, por via de consequência, influenciando o posicionamento dos Estados a respeito de cada disputa internacional<sup>31</sup>.

De toda forma, é necessário lembrar que a apresentação de justificativas legais para demonstrar a legalidade de uma ação aparentemente ilegal é uma atitude habitualmente encontrada no direito interno dos países. Quando um indivíduo comete

homicídio, por exemplo, ele imediatamente invoca normas do direito penal que excluem a ilicitude ou culpabilidade ou pelo menos reduzem a penalidade imposta (legítima defesa, erro material, embriaguez fortuita, etc.), ao invés de admitir claramente a prática de um ato ilícito e suas consequências. O habitual recurso a esse tipo de justificativa nem por isso põe em dúvida a eficácia do direito interno.

Demais, mesmo no caso em que Estados fazem uso de justificativas legais *ex-post facto*, esse tipo de atitude não produz necessariamente o enfraquecimento da norma aparentemente violada. Há, a respeito, uma declaração clara da Corte Internacional de Justiça no caso *Nicaragua* (1986) que merece ser transcrita:

“Se um Estado age aparentemente de forma incompatível com uma norma reconhecida, mas defende sua conduta apelando para exceções ou justificativas contidas na própria norma, então, independentemente do fato da conduta do Estado estar realmente justificada naquela base, o significado daquela atitude é confirmar ao invés de enfraquecer a norma”<sup>32</sup>.

A única adição que poderia ser feita é que não é necessário que o Estado apele para exceções ou justificativas contidas na própria norma; poderia, por exemplo, recorrer a outra norma do direito internacional. Assim, por exemplo, quando um Estado aparentemente viola a norma que proíbe o uso da força, ele comumente o faz com referência à norma da autodefesa.

O que talvez seja o fator que mais corrobora a qualidade jurídica do direito internacional é o chamado teste sociológico. Os Estados consideram o direito internacional como um direito, valem-se de suas normas nas suas posições em relação aos outros Estados, estimam-se obrigados por suas normas, e usam uma linguagem estritamente jurídica quando se reportam ao direito internacional em sua correspondência diplomática. A título de ilustração, mencionem-se os seguintes exemplos:

a) em 1979, um barco civil de bandeira holandesa, o *Rainbow Warrior*, de propriedade da organização *Greenpeace*, que estava estacionado no porto de *Auckland*, foi afundado por agentes franceses. O navio tinha por missão impedir a realização dos anunciados testes nucleares franceses. A França acabou oferecendo um pedido formal de desculpas à Nova Zelândia pelos atos praticados “em violação do direito internacional” e concordou em pagar uma indenização pelos danos sofridos<sup>33</sup>;

b) na Conferência de Kampala de 1974, que reuniu os Estados sem litoral e em posição geográfica desvantajosa, os Estados participantes emitiram uma Declaração que afirmava, *inter alia*, que “o direito dos Estados sem litoral ao acesso livre e ilimitado ao alto mar é um dos direitos cardinais reconhecidos pelo direito internacional”<sup>34</sup>;

c) em Carta endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas (1985), a Tunísia manifestou o seu ponto de vista de que o ataque israelense contra a sede da OLP em Tunís constituiu um ato de agressão e uma “flagrante violação das regras e normas de direito internacional”<sup>35</sup>.

É importante notar também que as Constituições de muitos Estados mencionam o direito internacional (ou normas do direito internacional) e a necessidade de respeitá-lo<sup>36</sup>.

#### 4. Conclusão

O direito internacional constitui uma das bases de apoio do sistema internacional. Ele sustenta o sistema internacional por meio de um conjunto de princípios e normas fundamentais que representam o mínimo necessário para a manutenção e operação regular do sistema. Como um sistema jurídico, ele apresenta um desempenho satisfatório, embora limitado.

Esse estudo procurou mostrar que as deficiências do direito internacional nada mais são do que um reflexo das próprias deficiências estruturais do sistema internacional. Os Estados têm procurado suprir ou minorar as insuficiências do direito internacional

mediante mecanismos, meios e procedimentos alternativos e descentralizados. Uma conclusão geral que pode ser feita é que o direito internacional tem a natureza de um direito e não representa um mero conjunto de regras morais ou políticas.

#### Notas

<sup>1</sup> Veja, *inter alia*, Hart, H., *The Concept of Law* (Oxford, Oxford Univ. Press, 1991), pp. 3-4, 208-211; Kunz, Joseph, *The Changing Law of Nations* (Ohio, Ohio State Univ. Press, 1968), pp. 20-23, 44.

<sup>2</sup> Veja Vellas, P., *Droit international public* (Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967), pp. 16-17.

<sup>3</sup> Veja, *inter alia*, Bull, Hedley, *The Anarchical Society* (London, Macmillan Press, 1977), pp. 8, 16-19; Axelrod, Robert and R. Keohane, *Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions*, 38 (1) *World Politics* 1985, p. 226.

<sup>4</sup> Veja *Restatement of the Law Third*, The American Law Institute, Vol I (USA, Minnesota, 1987), Part I, pp. 16-17.

<sup>5</sup> Veja a Carta das Nações Unidas, art. 2(4). Vale notar que igualdade jurídica não é a mesma coisa que igualdade econômica, por exemplo. Os Estados são juridicamente iguais, mas diferentes em termos de poder econômico, político e militar.

<sup>6</sup> Cf. Cheng, Bin, *Introduction to Subjects of International Law*, in *International Law: Achievements and Prospects* (Paris, Martinus Nijhoff, 1991), p. 33. Veja também *Island of Palmas case*, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol II, p. 838.

<sup>7</sup> Cf. Cançado Trindade, A.A., *Os Métodos de Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais: Tendências Recentes*, 82 *Revista de Informação Legislativa* abr/jun 1984, pp. 9-10.

<sup>8</sup> Cf. Carta da ONU, art. 92. A Corte Internacional de Justiça também tem uma jurisdição consultiva, podendo elaborar opinião consultiva sobre questões legais a pedido do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral, ou de outros órgãos das Nações Unidas ou agências especializadas (Carta da ONU, art. 96). As decisões e pareceres da Corte têm sido, de uma forma geral, aceitos e obedecidos pelas partes. O Conselho de Segurança tem autoridade para fazer respeitar uma decisão da Corte (art. 94, 2), mas não há qualquer precedente a respeito.

<sup>9</sup> Cf. Carta da ONU, art. 33.

<sup>10</sup> Veja Vallat, Sir Francis, *The Peaceful Settlement of Disputes*, in *Cambridge Essays in International Law* (London, Stevens & Sons, 1965), pp. 158-159.

<sup>11</sup> Veja Aron, Raymond, *Paix et guerre entre les nations* (Paris, Calmann-Lévy, 1962), p. 104.

<sup>12</sup> Cf Carta da ONU, art. 24.

<sup>13</sup> Por exemplo, é sabido que vários países venderam ou doaram armas às ex-repúblicas da Jugoslávia na vigência do embargo militar estabelecido pelas Nações Unidas.

<sup>14</sup> Veja UN Doc. A/47/277 – S/24111, de 17/6/92.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, *Principles of International Law* (New York, Holt, Rinehart, and Winston, 1967), pp. 3-24.

<sup>16</sup> O embargo econômico imposto pelos Estados Unidos contra Cuba talvez seja um bom exemplo.

<sup>17</sup> No conflito das ilhas Falkland/Malvinas, por exemplo, tanto a Argentina como o Reino Unido alegavam estar exercitando o seu legítimo direito de autodefesa, com base no art 51 da Carta da ONU. Veja UN Security Council Docs, Doc S/14963, Doc S/15148, Doc S/15009, e Doc S/15053.

<sup>18</sup> Veja Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (New York, Russel & Russel, 1961), p. 42.

<sup>19</sup> Cf. Carta da ONU, art. 2 (4).

<sup>20</sup> Veja Henkin, L., *How Nations Behave* (New York, Columbia Univ. Press, 1979), p. 47.

<sup>21</sup> Veja Kratochwil, F., *Thrasymachos Revisited: On the Relevance of Norms and the Study of Law for International Relations*, in *International Law* (Aldershot, Dartmouth, 1992), M. Koskeniemi (ed.), p. 49.

<sup>22</sup> Veja Brownlie, Ian, *The Reality and Efficacy of International Law*, *The British Year Book of International Law* 1981, p. 2.

<sup>23</sup> Os novos Estados não desafiaram as normas gerais e básicas do direito internacional, mas procuraram posteriormente, por meio de procedimentos multilaterais que enfatizavam sua posição majoritária, reformular alguns aspectos do antigo direito internacional, especialmente aqueles que tinham repercussão na área econômica e diziam respeito ao direito de autodeterminação dos povos. Veja, inter alia, Sinha, P., *Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law*, in *Third World Attitudes Toward International Law* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987), F. Snyder and S. Sathirathai (eds.), e Buirette-Maurau, P., *La participation du tiers-monde a*

*l'élaboration du droit international* (Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983).

<sup>24</sup> Veja Henkin, L., *op. cit. supra* n. 20, p. 92-97.

<sup>25</sup> Veja Schachter, Oscar, *Self-Defense and the Rule of Law*, 83 *American Journal of International Law* 1989, pp. 263-266.

<sup>26</sup> Cf. *Yearbook of the United Nations* 1981, pp. 282-283.

<sup>27</sup> Cf. *Yearbook of the United Nations* 1980, pp. 307-309.

<sup>28</sup> Cf. *Yearbook of the United Nations* 1985, pp. 213-214, 218.

<sup>29</sup> Cf. Consejo Permanente, *Acta de la Sesión Extraordinaria Celebrada el 20, 21 y 22 de diciembre de 1989*, OEA/Ser.G, CP/Acta 800/89, pp. 11-15, 125-126.

<sup>30</sup> Veja Gross, Leo, *States as Organs of International Law and the Problem of Autointerpretation*, in *Law and Politics in the World Community* (California, Univ. of California Press, 1953), G. Lipsky (ed), pp. 78-82.

<sup>31</sup> Não se quer dizer, contudo, que a visão apresentada pela mídia seja imparcial ou objetiva, ou não esteja influenciada pela *policy* de um determinado Estado ou de um grupo de Estados.

<sup>32</sup> Cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case, Merits, Judgement*, I.C.J. Reports 1986, p. 98, par.185.

<sup>33</sup> Veja Pinto, Roger, *L'affaire du Rainbow Warrior*, 4 *Journal du Droit International* 1990, pp. 862-865.

<sup>34</sup> Cf. Oda, Shigeru (ed.), *The International Law of the Ocean Development, Basic Documents* (The Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1979), Vol I, III. E. 2, p. 2.

<sup>35</sup> Cf. UN Security Council Docs, Doc S/17509.

<sup>36</sup> Veja, inter alia, as Constituições dos Estados Unidos, de 1787 (art 1º, Seção 8, par. 10º), Irlanda, de 1937 (art 29, par. 3º), Coréia, de 1962 (art 5º), e Itália, de 1947 (art 10º). Cf. *Constitutions of the Countries of the World* (New York, Oceana Publ., 1973), Blaustein & Flanz (eds), Vols VI e VII, e *Um Índice para a Constituição dos Estados Unidos da América* (USA, Ralph Mitchell, 1980).

# As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais

José Emílio Medauar Ommati

## Sumário

1. Introdução. 2. As novas técnicas de reprodução humana. a) Histórico. b) Reprodução medicamente assistida. c) A inseminação artificial. d) A transferência intratubária de gametas. e) A transferência intratubária de zigotos. f) A fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões. g) As mães de substituição. 3. As novas técnicas de reprodução humana e os direitos reprodutivos. 4. Problemas jurídicos decorrentes das novas técnicas de reprodução humana. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Vivemos em um mundo de perplexidades. Ao final do segundo milênio, estamos assistindo a uma série de transformações políticas, econômicas, sociais e tecnológicas. Presenciamos fatos até então inconcebíveis, se pensássemos com a mentalidade de dez, vinte ou trinta anos atrás. No plano político, ficamos deslumbrados com o fim do comunismo, a queda do Muro de Berlim, a unificação das duas Alemanhas. Socialmente, talvez o fato mais marcante dessa década tenha sido o fim do regime de discriminação na África do Sul. No tocante à economia, fato que nos impressionou foi a derrocada das economias planificadas, com a atual tendência desses países para um regime capitalista. Mas, sem dúvida, os avanços tecnológicos foram os que mais impressionaram neste final de milênio. Senão, vejamos. Descobrimos uma nova doença, de proporções terríveis para a humanidade, a

José Emílio Medauar Ommati é aluno do 6º período de Direito da UFMG.

AIDS, ao mesmo tempo em que já em muito avançamos para conseguirmos a cura desse mal. Por outro lado, a engenharia genética avançou a passos largos: na década de 70, nasceu o primeiro bebê de proveta; logo depois, desenvolveram-se as técnicas de inseminação animal, vegetal e humana, com a possibilidade de melhoramento dos animais para o abate, de uma produtividade maior na agricultura, resolvendo, em tese, o problema da fome mundial, e, o que é considerado, para muitos, um avanço incalculável na área médica, devolvemos aos casais estéreis ou com problemas reprodutivos a possibilidade de gerar filhos. Para culminar, o maior avanço na engenharia genética se deu na Escócia, quando o cientista Ian Wilmut conseguiu clonar uma ovelha, ou seja, de forma assexuada, reproduziu uma ovelha idêntica a uma outra usada como modelo.

Realmente, é um admirável mundo novo que se abre para nós e para as gerações futuras. Quantas possibilidades não se desdobram para a humanidade? Ao mesmo tempo, que mundo perigoso esse que podemos criar, se utilizarmos todas as técnicas à nossa disposição, sem um mínimo de debate sobre a eticidade dos resultados obtidos. Certa vez, advertiu o Ministro da Justiça da Alemanha, Hans Engelhard, que nem tudo que é cientificamente possível pode ser autorizado.

Inserido em todo esse contexto já delineado está o problema candente das novas técnicas de inseminação artificial. Será possível, jurídica e eticamente, utilizarmos todas as técnicas possíveis de inseminação artificial de que dispomos? Em caso de resposta negativa, quando elas deverão ser autorizadas pelo Direito?

São perguntas difíceis de serem respondidas, mormente pelo fato de o Brasil não possuir uma legislação específica sobre o tema, o que atesta o nosso atraso em relação aos países mais desenvolvidos do mundo (basta dizer que Espanha e Suécia, só para se ficar com dois exemplos, já possuem leis específicas sobre a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida).

Ancoraremos nosso estudo nos princípios constitucionais, pois acreditamos serem eles os únicos com possibilidade de dar respostas satisfatórias às perplexidades que se apresentam quanto ao tema em exame. Inspira-nos a afirmação de Sérgio Ferraz, ao tratar da relação entre as manipulações biológicas e os princípios constitucionais<sup>1</sup>:

“Em outras palavras, seja agora, enquanto não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais – única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.”

## 2. As novas técnicas de reprodução humana

### a) Histórico

“(…) E disse também Deus: Façamos o homem à nossa imagem e semelhança, o qual presida aos peixes do mar, às aves do céu, às bestas, e a todos os répteis, que se movem sobre a terra, e domine em toda a terra.

E criou Deus o homem à sua imagem: ele o criou à imagem de Deus, macho e fêmea os criou.

Deus os abençoou e disse: Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra, e sujeitai-a, e dominai sobre os peixes do mar, e sobre as aves do céu, e sobre todos os animais que se movem sobre a terra.

(…) Formou pois o Senhor Deus ao homem do barro da terra, e inspirou no seu rosto um assopro de vida, e foi feito o homem em alma vivente.

(…) Disse mais o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só: façamos-lhe um adjutório semelhante a ele.

(…) Infundiu pois o Senhor Deus um profundo sono a Adão: e quando

ele estava dormindo, tirou uma de suas costelas, e encheu de carne o lugar donde se tinha tirado.

E da costela que tinha tirado de Adão formou o Senhor Deus a mulher, e a trouxe a Adão.”<sup>2</sup>

Esse é o mito da criação, encontrado na Bíblia Sagrada dos cristãos. Explica a criação da espécie humana, amparando-se no poder de um Ser Supremo.

Os gregos, na busca de explicações racionais para os fenômenos naturais, tentaram explicar o surgimento do homem e como este transmitia a sua descendência. Coube a Aristóteles formular a teoria da pré-formação, que foi popularizada por Sêneca, grande orador romano:

“Na semente estão contidas todas as partes do corpo do homem que serão formadas. A criança que se desenvolve no útero da mãe tem as raízes da barba e do cabelo que nascerão um dia. Também estão presentes nesta pequena massa todos os contornos do corpo e tudo o que a posteridade descobrirá nele.”<sup>3</sup>

Essa idéia de Aristóteles, popularizada por Sêneca, ficou conhecida como teoria da pré-formação e se revelou tão sedutora que, mesmo quando o microscópio foi inventado, 2000 anos depois da época da Grécia Antiga, os primeiros cientistas que examinaram os espermatozoides julgaram ver um homúnculo no interior.

Apenas no final do século XIX, os cientistas iniciaram pesquisas a respeito do desenvolvimento embrionário. Nesse período, descobriram que o óvulo desempenhava papel importante para a fecundação humana, desmitificando a idéia de que apenas o homem, com seu espermatozoide, era o responsável pela geração de vida humana, sendo a mulher considerada mero receptáculo para o novo ser.

Em meados do século XX, foi descoberto o processo de meiose celular, que originava as células reprodutoras e, por meio da união do espermatozoide com o óvulo, fazia surgir

um pequeno ser, possuidor de metade do material genético da mãe e metade do pai.

Apenas na década de 50, graças aos trabalhos de dois grandes geneticistas, de nomes Watson e Crick, foi possível desvendar a estrutura do DNA, o material genético primordial de todo ser humano. Daí para frente, os avanços na área da genética foram espantosos e, em curto espaço de tempo, foi possível o desenvolvimento de técnicas de manipulação do material genético e de fertilização humana em laboratório.

O final da década de 70 assistiu estupefato o que nunca se acreditou ser possível realizar: o nascimento de bebês de proveta. O delírio de Aldous Huxley<sup>4</sup> ganhava forma e se tornava realidade. Em 20 de julho de 1978, nascia Louise Joy Brown, no General Hospital, na cidade de Oldham (Inglaterra), graças ao trabalho dos doutores Steptoe e Edwards, que vinham-se dedicando à pesquisa há mais de quinze anos<sup>5</sup>.

Após esse fato espantoso, vários outros bebês de proveta surgiram em todo o mundo. Aperfeiçoaram-se, outrossim, as técnicas de reprodução artificial, surgindo novas tecnologias na área. Tudo isso será explicado no próximo tópico.

#### *b) Reprodução Medicamente Assistida*

As tecnologias de reprodução medicamente assistida inserem-se no contexto mais amplo dos cuidados relativos à infertilidade. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), infertilidade é a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não-protegidas. Os fatores de infertilidade podem ser absolutos ou relativos, dando origem, respectivamente, à esterilidade ou à hipofertilidade. A primeira deriva de situações irreversíveis em que a concepção só será possível por meio de técnicas de reprodução medicamente assistida. Nas situações de hipofertilidade, como infertilidades de causa inexplicada, a concepção poderá ser conseguida, em alguns casos, por terapêuticas tradicionais<sup>6</sup>.

As técnicas de reprodução medicamente assistida, também denominadas técnicas

de inseminação artificial, classificam-se em dois grandes gêneros: inseminação artificial homóloga, ou simplesmente inseminação homóloga, e inseminação heteróloga.

Diz-se que uma inseminação é homóloga quando realizada com o sêmen do próprio marido, e heteróloga quando feita em mulher casada com sêmen originário de terceira pessoa ou, ainda, quando a mulher não é casada.

Recorre-se à inseminação heteróloga quando a esterilidade é indiscutível.

Diversas são as causas de esterilidade masculina, mas as razões mais freqüentes continuam sendo a ausência completa de espermatozóides (azoospermia), ou quando a produção de espermatozóides é alterada (azoospermia secretória)<sup>7</sup>.

Como técnicas principais atualmente disponíveis podemos destacar: inseminação artificial (IA), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigotos (ZIFT), fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE). Pode-se, ainda, recorrer a pessoas que carreguem o embrião, caso de impossibilidade física da mulher, situação que ficou vulgarmente conhecida como “mães de aluguel”, mas que preferimos denominar “mães de substituição”.

Importante ressaltar que qualquer dessas técnicas podem ser utilizadas ora de forma homóloga, ora de forma heteróloga. O que vai definir como homólogo ou heterólogo será a proveniência do material biológico utilizado. A seguir, explicitaremos de forma sucinta cada uma dessas técnicas para, mais à frente, discutirmos seus principais problemas, tendo como balizas os princípios constitucionais consagrados na Constituição brasileira de 1988.

### *c) A inseminação artificial*

A inseminação artificial é o processo pelo qual se dá a transferência mecânica de espermatozóides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino.

A técnica de inseminação artificial é muito simples, consistindo basicamente em obtenção dos espermatozóides, seja do marido, seja de terceira pessoa, por meio da masturbação ou de massagens nas vesículas seminais. Depois de vários processos de seleção dos espermatozóides, estes estão prontos para serem implantados no corpo da mulher, mediante a simples colocação no fundo do canal vaginal, podendo-se utilizar pílulas de espermatozóides, inventadas pelo professor Milton Nakamura da Universidade de São Paulo.

A mecânica mais simples, sem dúvida, supondo-se a sanidade dos gametas, seria a coleta do sêmen com a imediata introdução no corpo da mulher, donde se falar em auto-inseminação, possibilidade exitosa se a mulher estiver na época da ovulação e não sofrer de nenhuma deficiência funcional ou orgânica. Essa introdução pode ser feita usando-se cânulas ou seringas. Isso permite a simplicidade da técnica e a ausência quase que total de riscos para a receptora<sup>8</sup>.

É possível, ainda, o congelamento do sêmen recolhido, quando este não é automaticamente implantado no corpo da mulher. Pelas técnicas de crioconservação (congelamento de gametas) existentes na atualidade, pode-se manter o sêmen com suas características inalteradas por um período de até 20 anos. Assim é que foi notícia em revista de grande circulação aqui no Brasil a façanha de um hospital do estado americano da Califórnia, que conseguiu a concepção de um gêmeo de um menino de sete anos de idade. Essa proeza, que, ao mesmo tempo, assusta, só foi possível graças ao congelamento de espermatozóides<sup>9</sup>. E o congelamento de óvulos, técnica que parecia impossível, foi noticiado em outubro de 1997 como o mais novo avanço na área de reprodução artificial<sup>10</sup>.

O alongamento na discussão de técnica tão simples justifica-se, como se verá adiante, pelo fato de que todos os outros métodos são derivados da inseminação artificial.



d) *A transferência intratubária de gametas*

Idealizada pelo médico argentino Ricardo Ash, a transferência intratubária de gametas (GIFT, sua sigla em inglês) consiste em captar os óvulos da mulher por meio de laparoscopia, exame endoscópico da cavidade abdominal mediante uma pequena incisão na parede do abdome<sup>11</sup>, ao mesmo tempo em que se capta o esperma do marido. Na mesma operação, colocam-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das trompas de Falópio, lugar onde se produz naturalmente a fertilização. Se tudo transcorre normalmente, os espermatozoides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Este descerá dentro das trompas até o útero, de forma tal que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher. O grande problema é a baixa porcentagem de êxito dessa técnica, figurando entre 35 a 40%<sup>12</sup>. Outro problema, comum às técnicas que não se utilizam apenas de métodos físicos, é a grande possibilidade de concepção de gêmeos. Isso se explica pelo fato de, ao se utilizar esse método de reprodução artificial, recolherem-se vários óvulos, para se garantir alguma margem de sucesso.

e) *A transferência intratubária de zigotos*

Por meio da transferência intratubária de zigotos (ZIFT, em inglês), ambos os tipos de gametas são postos em contato, *in vitro*, em condições apropriadas para a sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas.

A grande diferença da ZIFT em relação à GIFT é que, na primeira, a fecundação se realiza fora do corpo da mulher, enquanto, na segunda, o encontro do óvulo com o espermatozoide, formando o embrião, ocorre nas trompas<sup>13</sup>.

Possui a ZIFT as mesmas restrições apresentadas pela GIFT, ou seja, baixa porcentagem de êxito e sobra de vários zigotos não colocados no corpo da mulher. Esses zigotos são conservados congelados até que o casal decida o que fazer com eles, surgindo

problema ético-jurídico de monta, que será analisado mais a frente.

f) *A fertilização in vitro seguida da transferência de embriões*

A fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões, ou simplesmente FIVETE (sigla em inglês), consiste na técnica segundo a qual o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação. O embrião ou embriões resultantes (estágio de 2 a 8 células) são, então, transferidos para o útero ou para as trompas. É a fertilização em laboratório, conhecida como bebê de proveta.

Difere da ZIFT pelo fato de a transferência ocorrer após a segmentação do zigoto, quando este já é denominado embrião<sup>14</sup>.

g) *As mães de substituição*

Por fim, nesse breve esforço de caracterização de algumas práticas concernentes à reprodução artificial, temos o que vulgarmente se chamou de “mães de aluguel”, mas que preferimos, por razões a serem explicitadas mais a frente, denominar “mães de substituição”.

Convém ressaltar que não se trata de uma técnica biológica, mas sim da utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião, durante o período de gestação, pela impossibilidade física de a mulher que recorreu aos Centros de Reprodução suportar o período gestacional.

Essa prática tem tido repercussões bastante negativas, pelo fato de, muitas vezes, a mãe substituta se afeiçoar ao ser que vai gerar, descumprindo a obrigação contratual de devolver o recém-nascido à mulher que a contratou.

Nos países desenvolvidos, esse fato tem causado grandes discussões, sendo na maior parte deles vedado o uso das mães de substituição. Tudo isso será examinado quando tratarmos das questões jurídico-constitucionais que envolvem os métodos de reprodução artificial.

### *3. As novas técnicas de reprodução humana e os direitos reprodutivos*

Examinaremos, a partir de agora, a temática das novas técnicas de reprodução humana sob o prisma jurídico-constitucional. São essas técnicas direitos constitucionalmente garantidos? Quais as características desses direitos, se realmente assim são considerados? Devemos, no entanto, para uma compreensão melhor de problema tão intrincado, olhar para o passado e fazer a reconstrução dos direitos fundamentais, tendo como marco as gerações de direitos, elaboradas de forma magnífica por Norberto Bobbio.

Segundo esse autor, os direitos humanos ou fundamentais podem ser agrupados em gerações sucessivas e complementares, gerações essas surgidas em íntima relação com o grau de evolução do Estado. Os direitos de primeira geração surgiram na primeira fase do Estado Moderno, o Estado de Direito. Eram direitos de liberdade, igualdade e segurança basicamente. Num contexto político em que se entendia que o indivíduo era tanto mais livre quanto menos o Estado interviesse em sua vida particular, constituíam-se esses direitos uma garantia contra os abusos do poder estatal. Era o período do liberalismo econômico, refletido no pensamento do “laissez-faire, laissez-passar”, que acabou por influenciar a esfera política, gerando o que se denominou Estado Mínimo.

Mas, devido a grandes modificações sociais, políticas, econômicas e culturais, o Estado foi obrigado a intervir no domínio econômico. Passou a regular a atividade econômica, a intervir sempre para minorar as desigualdades nas relações entre os indivíduos. Surge, então, o Estado de Bem-Estar Social e, com ele, os direitos de segunda geração, não considerados como superiores em relação aos de primeira, mas complementares, englobando aqueles e lançando uma nova interpretação em relação a eles. São os direitos relativos ao trabalho, saúde, transporte, etc.

O Estado de Bem-Estar conseguiu por muito tempo garantir um mínimo de igualdade entre seus membros. Mas, em

decorrência de crises econômicas e até mesmo crises internas nos Estados de Bem-Estar, esse modelo começa a apresentar problemas. Passa-se a elaborar um novo modelo de Estado, denominado Estado Democrático de Direito, uma nova alternativa para a resolução dos problemas que o Estado Social não havia conseguido resolver<sup>15</sup>.

É nesse novo paradigma estatal que surgem os direitos de terceira (direito ao meio ambiente equilibrado, consumidor, patrimônio histórico, etc.) e quarta gerações<sup>16</sup> (direitos reprodutivos, material genético, etc.). Esse modelo estatal caracteriza-se principalmente pela reconstrução de conceitos como cidadania e soberania. Essas noções são baseadas na idéia de ação comunicativa racionalmente fundada no seio da sociedade, ou seja, são conceitos que devem ser construídos pelas pessoas no seu dia-a-dia, por meio da comunicação e do diálogo<sup>17</sup>.

Ressalte-se que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, há uma grande inovação nos conceitos de público e privado. O público não se confunde mais com o estatal; é agora o próprio espaço social, em que se desenvolvem as ações comunicativas. É nesse contexto que se devem entender os direitos reprodutivos, entre eles podendo-se destacar o direito à integridade do material genético, o direito a ter filhos e de deixar descendentes, a própria sacralidade do corpo com a proibição do comércio de partes do corpo humano (art. 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal).

### *4. Problemas jurídicos decorrentes das novas técnicas de reprodução humana*

Vamos agora examinar algumas questões palpantes sobre as novas técnicas de reprodução humana. É bem de ver que não temos a pretensão de esgotar tema tão vasto e complexo. Nossa tarefa será colocar alguns problemas, sempre balizados pelos princípios constitucionais.

Nas páginas anteriores, discorreremos sobre os aspectos biológicos das técnicas de reprodução humana. Se assim fizemos, foi

com o objetivo de aclarar algumas noções, para que não repetíssemos posteriormente.

As grandes discussões que surgem na área das técnicas de reprodução humana dizem respeito a uma questão básica e central: o congelamento do material genético, para posterior implante no corpo da mulher. Questões secundárias também surgem, como o problema das mães de substituição. Na primeira parte, trataremos do congelamento de embriões e espermatozoides. E, no final, das mães de substituição.

Já dissemos anteriormente que as técnicas denominadas de GIFT, ZIFT e FIVETE se utilizam da técnica de congelamento, seja de embriões, seja de material genético, seja de zigotos, para o posterior implante no corpo da mulher. Por isso, surgem questões palpitantes, a saber: por quanto tempo se deve deixar esse material congelado? O que fazer com o material congelado que não foi utilizado?

São questões de difícil resolução, examinadas agora no âmbito dos princípios constitucionais, com o escopo de delinear as principais perplexidades referentes ao tema. Sim, porque não temos a pretensão de apresentar soluções prontas e acabadas, até porque elas não existem. E não existem pelo simples fato de que essa área da pesquisa humana está extremamente relacionada com as visões de mundo, conceitos e preconceitos do sujeito que produz o conhecimento. Assim, é possível, para uma mesma questão sobre um tema da preocupação bioética (manipulação genética, reprodução artificial, clonagem, etc.), serem apresentadas várias respostas, em decorrência da influência do sujeito que escreve.

As técnicas retro-referidas são utilizadas para se tentar sanar problema de fertilidade. Até aí, nada mais humano do que tentar dar filhos a quem a natureza não permitiu. O problema surge em decorrência das técnicas utilizadas. Ora, todas essas técnicas se utilizam de uma super-estimulação hormonal, com o objetivo de coletar vários óvulos numa mesma menstruação. Isso se deve ao fato de que as técnicas de reprodução

possuem um índice baixo de êxito, índice que é aumentado se forem implantados vários embriões no corpo da mulher. Por razões de segurança médica, implantam-se cerca de quatro embriões, tendo-se, dessa forma, uma grande probabilidade de ocorrência de gêmeos. O problema é que não são apenas quatro óvulos que são retirados do corpo da mulher quando da super-estimulação hormonal; e, pior, todos os óvulos retirados são fecundados, significando que, além dos quatro embriões implantados no corpo feminino, temos ainda outros congelados no laboratório. Resta-nos perguntar: esses embriões são seres humanos? A partir de que momento podemos nos referir a uma vida humana?

Na França, tem-se assentado que só se considera vida humana depois de 14 dias da fecundação, por ser esse tempo a época aproximada do surgimento do tecido nervoso. Esse critério não nos parece aceitável, pois logicamente um ser não-humano não se pode tornar ser humano da noite para o dia. Cremos que assim que as duas células sexuais se unem, formando uma só célula, teríamos um ser humano, pelo menos em potencial. Por conseqüência, os embriões sobrantes não podem de forma alguma ser destruídos, em respeito aos princípios assegurados no artigo 5º de nossa Constituição. O grande problema é que nossa Constituição também garante como direito fundamental a intimidade, a vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), gerando um conflito de princípios: o direito à vida do embrião *versus* o direito à intimidade da mulher. Perguntamo-nos, então: pode a mulher pedir a destruição dos embriões sobrantes?

No nosso entender, a resposta aqui é também negativa. Quando há choque de princípios, como no caso em tela, esse choque é resolvido não com a eliminação de um princípio, mas com a valoração, no caso concreto, dos princípios<sup>18</sup>. Assim, nesse caso, temos assente que o princípio da vida humana, e mais, da dignidade da vida

humana é mais importante do que intimidade, vida privada, ou qualquer outro princípio que se queira invocar no caso concreto. A própria Constituição, no entender de Cármen Lúcia Antunes Rocha, em brilhante artigo editado na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, foi toda estruturada para defender a vida e a dignidade da pessoa humana<sup>19</sup>.

Além da proteção constitucional da vida humana, estabelecida no art. 5º, o nosso ordenamento ainda cuida, no plano infraconstitucional, da proteção do nascituro, ou seja, o ser humano que ainda não chegou a nascer. É o que estabelece, de forma clara, sucinta e objetiva, o Código Civil, no seu artigo 4º. Dispõe o artigo citado:

“Art 4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

Assentada, então, a impossibilidade de destruição dos embriões sobranes, o que fazer com eles? Esse é o grande problema a ser resolvido. Têm-se algumas possibilidades. Pode-se doar os embriões, mas a possibilidade de rejeição em decorrência de ser um corpo estranho é muito grande. Pode-se deixar congelado para uma nova implantação no corpo da mulher, caso ela queira ter mais filhos. Mas, pergunta-se, e se ela não quiser?

Realmente, é um problema de grande complexidade, e qualquer solução pensada trará com ela milhões de outros problemas. Como disse no início, não tenho pretensão de dar uma solução única, até porque ela não existe. Não existe no plano legal (inexiste lei no Brasil sobre o assunto), não existe no plano teórico (poucos autores brasileiros têm-se dado conta do problema e apresentado soluções satisfatórias). O ponto positivo de se levantar um problema é que podemos, a partir de agora, começar a pensar soluções éticas, jurídicas e morais adequadas.

Devemos, nesse momento, abordar a questão dos direitos do casal que recorre às técnicas de reprodução. Deve o casal ter

toda a informação, por parte do médico responsável bem como do Centro de Reprodução. Deve o médico dar todas as informações necessárias sobre a porcentagem de êxito, o número de vezes em que o casal deverá ir ao Centro, os perigos da técnica, qual a melhor técnica a ser utilizada no caso concreto, bem como todo o procedimento que possibilitará ao casal ter o filho tão desejado. Caso o médico não dê todas as informações, poderá ser responsabilizado solidariamente com o Centro em que trabalha. Sempre que um casal recorrer a um Centro de Reprodução Humana, deve este apresentar um documento, que deverá ser assinado pelos beneficiários da técnica de reprodução, declarando que receberam todas as informações sobre o procedimento a ser utilizado, isentando de responsabilidade o Centro e o médico, caso não haja sucesso. É importante ressaltar que a obrigação do Centro e do médico é de meio, e não de resultado, só sendo eles responsabilizados por dolo ou culpa no caso de falta de diligência no uso do procedimento<sup>20</sup>.

Resta abordar o problema das mães de substituição, questão que considero um pouco mais simples. Utiliza-se a técnica de mães de substituição, ou seja, contrata-se uma mulher para carregar o embrião pelo fato de a mãe não poder fazê-lo, em decorrência de problemas biológicos. No Brasil, essa prática deve ser terminantemente vedada, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, a mulher que se dispõe a carregar o embrião por nove meses se apega ao ser que cresce dentro de suas entranhas. Como fica o sentimento dessa mulher quando da entrega desse filho que ela ajudou a nascer? Ela raciocina, e com toda razão, que esse filho é muito mais dela que do casal que com ela contratou. Ora, foi ela que suportou todas as dificuldades durante nove meses e, muitas vezes, aprendeu a amar o bebê, que, de estranho, passou a ser o seu bebê. É por tudo isso que, não raras vezes, a mulher que carrega o bebê se recusa a devolvê-lo ao casal contratante após o parto. Nos

EUA, isso tem ocorrido de forma recorrente, gerando grandes disputas nos tribunais<sup>21</sup>.

Essa prática da mãe de substituição não deve ser acolhida no Brasil, porque o direito de ter filhos entra em choque com o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do nosso Texto Fundamental.

### 5. Conclusão

À guisa de conclusão, podemos afirmar:

1. Os avanços da tecnologia têm causado grandes perplexidades na área das Ciências Sociais, notadamente na esfera jurídica, que não tem conseguido dar respostas satisfatórias aos problemas surgidos em decorrência dos avanços nas ciências biológicas. É nesse contexto que se situam as novas técnicas de reprodução humana.

2. A Ciência Jurídica deve refletir a fundo toda a problemática surgida em decorrência das novas técnicas de reprodução humana, devendo-se criar uma legislação séria, embasada em cânones éticos, decorrentes de uma discussão ampla com todos os setores da sociedade civil.

3. A nosso ver, deve a legislação consagrar que as técnicas de reprodução humana só devem ser utilizadas com o intuito terapêutico, ou seja, para devolver a possibilidade de gerar filhos a quem não teve naturalmente essa oportunidade.

4. A legislação deve proibir, baseada no princípio do respeito à vida do nascituro, consagrado no artigo 4º do Código Civil, a destruição de embriões congelados.

5. Deve também proibir o contrato de mães de substituição, pois atenta contra o princípio constitucionalmente garantido da dignidade da pessoa humana.

6. Por fim, deve a legislação garantir como direitos do casal que se submete a esse tipo de tecnologia a livre informação sobre as possibilidades de êxito, os perigos da técnica utilizada, devendo o médico e o Centro de Reprodução serem responsabilizados solidariamente em caso de dano causado em decorrência de culpa ou dolo.

7. O Centro exigirá do casal a assinatura

de documento, declarando que recebeu todas as informações sobre a técnica a ser utilizada, bem como sobre as possibilidades de êxito, isentando de responsabilidade tanto o médico como o Centro de Reprodução.

### Bibliografia

- BIBLIA SAGRADA. Antigo e Novo Testamento. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Vol 1. Livros do Brasil S.A, Rio de Janeiro, 1962.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. [L'età dei Diritti]. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, 217p.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5ª edição, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1993, 239p.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, 1228p.
- CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo (Intersexualidade, Transexualidade, Transplantes)*. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, 389p.
- CÓDIGO CIVIL. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 47ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, Legislação Brasileira.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Coordenação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, Vários Colaboradores.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996, 168p.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, 214p.
- GOMES, Orlando. A Obrigação. Capítulo 2, p. 9 a 24. IN: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, 357p.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. [Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln]. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Editora Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1989, 236p.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. [Brave New World]. Tradução: Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 22ª edição, Editora Globo, São Paulo, 1996, 242p.

- KOLATA, Gina. *Os Caminhos Para Dolly*. [The road to Dolly and the path ahead]. Tradução: Ronaldo Sérgio De Biasi. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1998, 262p.
- LAMADRID, Miguel Ángel Soto. *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y La Experimentación Genética ante El Derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, 573p.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, 480p.
- PASTORE, Karina; FRANÇA, Valéria. Nova Proveta: Técnica Experimental Permite Gravidez Depois da Menopausa. IN: Revista *Veja*. Editora Abril. Edição 1519. Ano 30. Nº 43. 29 de outubro de 1997. P. 68.
- PASTORE, Karina. A Vida no Freezer: Americana Dá à Luz Gêmeo de Menino Nascido Há Sete Anos. IN: Revista *Veja*. Editora Abril. Edição 1535. Ano 31. Nº 8. 25 de fevereiro de 1998. P. 40.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. 3ª edição, Editora Loyola, São Paulo, 1991, 551p.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Cidadania e Constituição (As Cores da Revolução Constitucional do Cidadão). IN: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano 27. Nº 65. Julho/Dezembro 1997. P. 29 a 54.
- de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 215.
- <sup>7</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op.cit., p. 32.
- <sup>8</sup> LAMADRID, Miguel Ángel Soto. *Biogenética, filiación y delito: La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 28 a 30.
- <sup>9</sup> PASTORE, Karina. A Vida no Freezer. IN: Revista *Veja*, editora Abril, edição 1535, ano 31, nº 8, 25 de fevereiro de 1998, p. 40.
- <sup>10</sup> PASTORE, Karina; FRANÇA, Valéria. Nova proveta: Técnica experimental permite gravidez depois da menopausa. IN: Revista *Veja*, editora Abril, edição 1519, ano 30, nº 43, 29 de outubro de 1997, p. 68.
- <sup>11</sup> Laparoscopia. IN: KOOGAN/ HOUAISS - Enciclopédia e Dicionário Ilustrado. Edições Delta, p. 948.
- <sup>12</sup> LAMADRID, Miguel Ángel Soto. Op cit., p.30.
- <sup>13</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Op.cit. p. 218.
- <sup>14</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Op.cit. p. 218 a 219.
- <sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Livraria Del Rey Editora, 5ª edição, Belo Horizonte, 1993. 239p.
- <sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* [L'età dei diritti]. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 49 a 67.

### Notas

<sup>1</sup> FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 16.

<sup>2</sup> GÊNESIS. IN: Bíblia Sagrada. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo padre Antônio Pereira de Figueiredo. Livros do Brasil SA, Rio de Janeiro, 1962, vol.1. p. 3 a 4.

<sup>3</sup> KOLATA, Gina. *Clone: Os Caminhos para Dolly*. [Clone: the road to Dolly and the path ahead]. Tradução: Ronaldo Sérgio De Biasi. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1998, p. 43 a 44.

<sup>4</sup> Para maiores informações, consulte: HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. [Brave New World]. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. Editora Globo, São Paulo, 1996. 242p.

<sup>5</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 19 a 20.

<sup>6</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian

<sup>17</sup> Para uma melhor compreensão da idéia de ação comunicativa, vide: HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. [Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln]. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Editora Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário, nº 84, Rio de Janeiro, 1989. 235p.

<sup>18</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996. 168p.

<sup>19</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Cidadania e Constituição (As Cores da Revolução Constitucional do Cidadão). IN: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 65, ano XXVII, julho/dezembro 1997, p. 29 a 54.

<sup>20</sup> Para maiores esclarecimentos sobre as diferenças quanto às conseqüências jurídicas entre obrigações de meio e de resultado, vide: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 16 a 17.

<sup>21</sup> A esse propósito, vide: LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., 480p.

---

Referências bibliográficas conforme original.

# Algumas reflexões sobre o impacto do sistema judicial no desenvolvimento brasileiro

Oswaldo Agripino de Castro Jr.

## Sumário

1. Introdução. 2. A importância da segurança jurídica para o desenvolvimento. 2.1. Requisitos básicos da segurança jurídica. 3. O impacto da administração da justiça no desenvolvimento. 4. As causas da ineficiência da administração da justiça. 5. Conclusão e propostas.

## 1. Introdução

No Brasil, é recente a realização de pesquisas<sup>1</sup> abordando o impacto do sistema da administração da justiça (*judicial system*)<sup>2</sup> no desenvolvimento. Algumas hipóteses podem ser enumeradas para justificar tal situação: i) a cultura jurídica patrimonialista e positivista que se consolidou no último grande período autoritário ao qual esteve submetido o sistema judicial brasileiro, durante o qual, em regra, o direito sempre foi ensinado como uma ciência isolada, sem qualquer interação com outros ramos do conhecimento; ii) a existência de poucos dados<sup>3</sup> na reduzida quantidade de centros de pesquisa jurídica no Brasil.

O presente artigo pretende fazer algumas reflexões sobre o impacto do sistema judicial no desenvolvimento, por meio de uma abordagem sócio-econômica do sistema da administração da justiça, muito comum em países de tradição anglo-saxônica, tais como Estados Unidos e Inglaterra,<sup>4</sup> mediante disciplinas como Sociologia Jurídica, Economia Institucionalista e *Law and Economics*, esta bastante confundida no Brasil com Direito Econômico.

Oswaldo Agripino de Castro Jr. é Advogado, Professor de Direito Constitucional da Universidade do Grande Rio, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-RJ), Pesquisador do CNPq, avaliador da Comissão de Especialistas em Ensino de Direito da SESu-MEC e Doutorando em Direito do Estado na UFSC.

Sabemos que uma das preocupações dos economistas é a eficiência, e a dos operadores do direito é a justiça, e que os ramos do conhecimento, a Economia e o Direito, têm enorme relevância no debate sobre a Reforma do Estado brasileiro. Desse modo, o presente trabalho pretende colaborar para a reforma do sistema judicial brasileiro, por meio de uma análise sócio-econômica da sua atividade.

Na primeira parte, trataremos da relevância da segurança jurídica para o desenvolvimento,<sup>5</sup> bem como dos requisitos básicos para a sua existência e, na segunda parte, abordaremos o impacto da atuação do sistema judicial, mediante a análise dos custos econômicos, no desenvolvimento brasileiro. Na terceira parte, trataremos, de forma sucinta, das causas da ineficiência para, na quarta e última parte, concluirmos e propormos algumas medidas para a melhoria do referido sistema.

Embora reconheçamos que o tema direito *versus* economia seja árido para um pesquisador do Direito do Estado, acreditamos que o resultado do desafio possa ser útil para a eficiência do sistema judicial e, por conseguinte,<sup>6</sup> o aumento de investimentos na economia brasileira, com redução do nível da taxa de desemprego e melhoria da qualidade de vida.

## 2. A importância da segurança jurídica para o desenvolvimento<sup>7</sup>

A efetivação da segurança jurídica é extremamente importante para o Estado de Direito,<sup>8</sup> para o processo de globalização da economia e, conseqüentemente, ao desenvolvimento, tendo em vista que o respeito e a observância à efetividade<sup>9</sup> da norma e ao bom funcionamento de um sistema judicial são requisitos essenciais para a consolidação da economia de mercado; além disso, a habilidade para garantir a efetividade de normas e procedimentos é fundamental para o desenvolvimento dos setores público e privado da economia nacional e, conseqüentemente, para proporcionar a

geração de emprego e renda,<sup>10</sup> com a melhoria da qualidade de vida, em face da estabilidade que deve proporcionar nas relações jurídicas garantidoras das relações econômicas.

### 2.1. Requisitos básicos da segurança jurídica

A segurança jurídica engloba uma série de elementos essenciais para a sua caracterização, que é fundamental para as eficiências dos sistemas judicial e econômico. Nesse sentido, concordamos com as condições enumeradas pelo Professor Leisinger, quais sejam:

“A falta de segurança no que tange à existência desta virtude, ou seja, a falta de segurança jurídica, é um dos maiores problemas da governança. Decisões sobre investimentos ou outros projetos de conseqüências a longo prazo e exigindo vultosos recursos são substancialmente facilitadas na presença de cinco condições enumeradas a seguir:

– O conjunto das regras vigentes precisa ser consistente e conhecido de antemão. Concretamente, isto significa entre outros que não poderá haver leis retroativas. No interesse de uma informação confiável, as leis promulgadas precisam ser comunicadas ao público interessado por órgão de imprensa confiável. A confiabilidade incondicional do direito é condição essencial para a confiança de investidores que exigem, pelo menos neste particular, estabilidade e previsibilidade.

– O conjunto de regras também precisa vigorar na realidade, ou seja, não pode haver dicotomia entre a letra e a realidade da lei e as instâncias do Estado precisam garantir que todos obedeçam à lei.

– A aplicação destas regras precisa ser flexível, mas não pode ser arbitrária, isto é, precisa, respeitados critérios transparentes, justos e equitativos, ser



flexível onde for oportuno na ótica do bem comum.

– Conflitos precisam ser dirimidos por decisões, obrigatórias para todas as partes, de um judiciário independente ou órgão de arbitragem.

– É preciso que haja uma possibilidade de adaptar aos novos requisitos regras existentes que se tornaram sem sentido ou inadaptadas. Este aspecto é de particular importância quando mudanças nas condições gerais exigem novas leis que contradizem as existentes. O paralelismo de leis e regulamentos contraditórios incentiva a arbitrariedade no exercício do poder público. Entretanto, novas leis também não podem ser arbitrárias mas deveriam acarretar sempre progresso no sentido de maior bem comum e expansão de liberdade individual<sup>11</sup>.

No caso brasileiro, em face da baixa consciência dos direitos por parte da população,<sup>12</sup> podemos acrescentar uma outra condição necessária para a existência da segurança jurídica: o conhecimento dos direitos.

Como sabemos, a norma não é simplesmente um servo do passado, mas também um veículo para o futuro, de modo que a alternativa da norma é o caos, situação essa da qual se aproximam alguns Estados da federação, entre eles Alagoas, Rio de Janeiro (Favelas e Baixada Fluminense) e sul do Pará, bem como as regiões de conflitos dos sem-terra, além das constantes violações de direitos humanos cometidas pelas polícias civil e militar e rebeliões dos presídios, tudo isso em decorrência da cultura da certeza da impunidade<sup>13</sup> predominante na sociedade brasileira e da desconfiança do povo em relação à justiça.<sup>14</sup>

Assim sendo, ressalvado o aspecto da não-consolidação da democracia material ou substantiva no Brasil, a norma não é somente a reflexão das forças dominantes de uma determinada sociedade, mas pode ser também um imprescindível e importante instrumento para promover transformações.

O problema é como a norma pode ser usada para alcançar o crescimento econômico, de maneira que proporcione o desenvolvimento sustentável e a distribuição do resultado obtido com o referido desenvolvimento, de tal maneira que diminua as desigualdades sociais, ainda enormes na sociedade brasileira. É nesse aspecto que o governo do direito – *rule of law* – pode ser conceituado como o sistema baseado em três pilares: i) normas; ii) procedimentos; e iii) instituições.

O atual modelo brasileiro encontra-se em crise,<sup>15</sup> tendo em vista que i) o elevado valor moral da segurança jurídica e o predomínio da lei são quase inexistentes; ii) as normas não se efetivam na sua plenitude; iii) os procedimentos são procrastinatórios; e iv) as instituições e a cultura dos seus membros, em regra,<sup>16</sup> são corporativas<sup>17</sup> e distantes da realidade social. Esse ambiente proporciona uma crise do sistema e a inibição de investimentos na economia, em face da insegurança do mesmo.

A primazia do direito, por meio da criação de condições nas quais um judiciário independente e eficiente na aplicação da leis, deve ser a regra num país que pretende ser desenvolvido. O excesso de regulamentos, bem como de regras do processo decisório da administração, sem requisitos objetivos de decidibilidade, deve ser evitado, pois possibilita a interpretação pelo funcionário no caso concreto e facilita a corrupção.

No que tange à instabilidade jurídica do sistema brasileiro, segundo a lição do Professor José Luís Fiori, a luta pelo dinheiro público, num *locus* de disputa não-democrático, provocou o casuísmo legal e arbitrário de um Estado interventor de natureza ditatorial, que até hoje se manifesta por meio do uso abusivo e sem critérios do instituto da medida provisória pelo governo federal, porque:

“A instabilidade do dinheiro tem sua contraface inevitável, a instabilidade jurídica das normas e, por isso, o problema do *contrato sobre valor*

transforma-se, facilmente, no problema do *valor dos contratos*. Nesse sentido, à instabilidade produzida pela luta permanente em torno do dinheiro, envolvendo setores sócioeconômicos com força desigual, só poderia corresponder a contínua insolvência de qualquer corpo normativo, substituído, no varejo, pelo *casuismo* legal e arbitrário do Estado, única forma de conciliar aquilo que nascia movido e, periodicamente, inconciliável. A despeito disso, e enquanto contrapartida simbólica e obrigatória, compreende-se, talvez, a partir daí, a aprovação em 1916 ( Lei nº 3071), de nosso primeiro Código Civil. Chegara a hora da estabilização das regras contratuais”<sup>18</sup> .

### 3. O impacto da administração da justiça no desenvolvimento

A relação causal entre a ineficiência do sistema da administração da justiça e o desenvolvimento econômico é bastante evidente em estudos comparados, tal como nos ensina Beatrice Weder:

*“Such studies generally suggest that the economic costs of a badly working legal system are large. In fact, a weak legal system is likely one of the prime obstacles to economic development and growth. This thesis is supported by the property rights, contract rights, and general ‘rules of the game’ that form the basis of a well-functioning market economy”*<sup>19</sup>.

Não nos deteremos nas relações entre variáveis político-institucionais e crescimento econômico, bem como na crise do Estado desenvolvimentista, por não serem objeto deste artigo, mas podemos afirmar que o mau funcionamento do sistema da administração da justiça, com baixa efetividade das normas jurídicas, decorre da não-democratização da atual estrutura de funcionamento, inclusive no que concerne às dificuldades da flexibilização do monopólio da

prestação jurisdicional estatal, bem como à cultura jurídica corporativa, dogmática e patrimonialista ainda predominante no sistema judicial brasileiro, inibidora do desenvolvimento de novas formas de solução de conflitos,<sup>20</sup> entre as quais a mediação<sup>21</sup> e a arbitragem, o que é relevante para a consecução dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88).

Esse novo enfoque está em sintonia com o Programa Nacional de Direitos Humanos, que, sob uma abordagem internacional desenvolvimentista, especialmente no que se refere às políticas públicas para a proteção e promoção dos direitos humanos, assim preceitua ao tratar das Propostas de Ações Governamentais:

“Apoiar a formulação e implementação de políticas públicas e privadas e de ações sociais para a redução das grandes desigualdades econômicas, sociais e culturais ainda existentes no país, visando a plena realização do direito ao desenvolvimento”<sup>22</sup> .

Ressalte-se que, tendo em vista que “*es cada vez más amplio el consenso sobre la vinculación entre justicia y desarrollo económico*”<sup>23</sup>, é cristalina a ineficiência das instituições da administração da justiça e a sua relação com o subdesenvolvimento econômico existente no país, na medida em que a insegurança jurídica do sistema, no que tange à garantia dos direitos e a sua morosidade na solução dos litígios, é um relevante fator inibidor dos investimentos na economia brasileira.

Por fim, cabe acrescentar que, de acordo com estudos do IDESP, o Brasil perde substancial quantia por ano em investimentos na economia, em decorrência da ineficiência, da corrupção<sup>24</sup> e da insegurança jurídica das relações contratuais proporcionada pelo sistema da administração da justiça.

O impacto estimado do aumento da eficiência do Poder Judiciário, decorrente de pesquisa coordenada pelo Professor Armando Castelar Pinheiro, realizada junto a 600 empresas que atuam no Brasil, é bastante elucidativo por meio da seguinte tabela:

*O impacto estimado do aumento da eficiência do Poder Judiciário*

<i>Aumento</i>	<i>%</i>
No volume anual de investimento	13,7
No volume de negócios	18,5
No número de empregados	12,3
No investimento em outros estados	6,2
No volume de negócios em outros estados	8,4
Na proporção de atividades terceirizadas	13,9
No volume de negócios com o setor público	13,7

Fonte: Pinheiro (1997)<sup>25</sup>

Em seguida, ao analisar a tabela acima, o Professor Armando Castelar Pinheiro obtém as seguintes conclusões:

“A partir das respostas pode-se obter uma estimativa, ainda que grosseira, do impacto agregado da melhoria do Judiciário usando as participações no PIB, no investimento e no emprego, e a média de respostas de cada setor. Os resultados da aplicação deste procedimento indicam que a melhoria do Judiciário levaria a um aumento do PIB de 13,7%, a uma elevação no nível de emprego de 9,4% e a um aumento do investimento de 10,4%. A partir do aumento do investimento é possível estimar que uma melhoria do Judiciário brasileiro, que o tornasse ‘equivalente em termos de agilidade, imparcialidade e custos à Justiça do Primeiro Mundo, incluindo-se aí sua capacidade de fazer respeitar com rapidez suas decisões, e que tirasse o poder da Justiça do Trabalho de decidir sobre reajustes salariais e outros conflitos econômicos empresas e empregados’, faria a taxa de crescimento do PIB ser mais alta cerca de 25%. Isto é, por conta do mau funcionamento do Judiciário, o Brasil cresce cerca de 20% mais devagar do que poderia crescer se tivesse um ‘Judiciário de Primeiro Mundo’”<sup>26</sup>.

Devemos ressaltar que a avaliação acima, embora de natureza econômica, é relevante para a reforma do Judiciário brasileiro; por outro lado, ressaltamos que o desenvolvimento econômico é condição necessária, mas não suficiente para garantir o desenvolvimento social,<sup>27</sup> tendo em vista que este depende de uma série de variáveis, entre as quais a reforma do sistema político e a democratização do Estado brasileiro, mas tal tema foge ao escopo deste trabalho.

Desde a crise da dívida externa dos anos 80, os países da América Latina têm enfrentado a necessidade de redefinição dos seus modelos de desenvolvimento, vez que baseado numa forte intervenção do Estado na economia, em regra autoritária, e no modelo de substituição de importações.

O paradoxo do modelo da economia latino-americana é que, por meio de uma forte intervenção do Estado na economia, em grande parte de origem ditatorial militar, tem proporcionado um fraco Estado em termos de garantir a sua função básica: promover o bom governo, incluindo-se a efetividade da norma – *rule of law*. Assim, o direito ao desenvolvimento nesses países deve ser entendido como um direito humano fundamental, garantido por meio de Constituições, acordos internacionais e normas infraconstitucionais.

Segundo o Professor Peter Nunnenkamp, Diretor do Departamento de Estudos

sobre Desenvolvimento Econômico do Instituto Kiel para a Economia Mundial, o Brasil tem sido um dos principais perdedores da globalização da economia,<sup>28</sup> pois:

“sofreu perda dramática de atratividade para o capital estrangeiro. Nos anos setenta, o País era, de longe, o local de maior relevância para investimentos estrangeiros diretos em países em desenvolvimento. A partir de 1982, porém, diminui não somente a participação proporcional do Brasil nos investimentos diretos, mas estes ainda sofreram redução em termos absolutos; assim, por exemplo, o fluxo de investimentos diretos em 1990, era apenas cerca da metade destes investimentos em 1980”<sup>29,30</sup>.

De acordo com o Professor Vittorio Höslé, da Universidade GHS Essen, na Alemanha, é improvável que haja crescimento econômico sem segurança jurídica no sistema, mesmo que ocorra industrialização, tal como leciona:

“Por analogia cabe distinguir entre as condições de idealização do pensamento moderno de desenvolvimento e as de sua absorção. Aquelas podem ter sido excepcionais, estas não o são, conforme comprovam os fatos. A probabilidade é tanto maior, quanto mais complexo for o pacote deste processo: por exemplo, é difícil obter um crescimento econômico a longo prazo sem segurança jurídica; não basta de modo algum a industrialização. Quem pertence a culturas que desconhecem a noção de segurança jurídica se encontra diante da alternativa de reformar a sua cultura ou renunciar às vantagens do processo de modernização. A escolha é realmente das mais difíceis, mas não se ajude ninguém pretendendo, por exemplo, que seja possível criar riquezas sem uma economia competitiva”<sup>31</sup>.

Por sua vez, o Professor Klaus M. Leisinger da Universidade de Basel, Suíça,

sustenta que a democracia formal, por si só, ou seja, sem segurança jurídica (garantida por um bom sistema judicial), não configura a efetividade do ideal democrático:

“Ao observar o mundo de hoje, parece lícito concluir que aspectos parciais de boa governança, p. ex. segurança jurídica, desenvolvimento econômico positivo ou responsabilidade, são compatíveis com formas de governo diferentes e portanto graus diversos de realização da idéia democrática. Neste contexto se torna particularmente significativa a tese de Flückiger, segundo a qual ‘a curto prazo apenas a democracia não basta (Índia, Brasil, Zâmbia) enquanto a longo prazo não basta um desenvolvimento exclusivamente econômico (Taiwan, Cingapura, Coreia, China)’”<sup>32,33</sup>.

Além disso, o referido autor enumera a insegurança jurídica como uma das causas inibidoras do desenvolvimento, da seguinte forma:

“Muito pelo contrário, a experiência demonstra que ingerências do Estado, obstáculos administrativos ao investimento, tendências burocratizantes e insegurança jurídica exercem efeito negativo sobre a mobilização da disposição individual de empreender, investir e assumir riscos e portanto sobre o conjunto do crescimento econômico”<sup>34</sup>.

#### *4. As causas da ineficiência da administração da justiça*

Algumas evidências, entre várias, podem ser apontadas como causas do mau funcionamento do sistema: i) o excessivo número de instâncias recursais, em regra são três, mas há casos de quatro instâncias; ii) a grande quantidade de procedimentos recursais; iii) a inexistência de controle externo das atividades administrativas e financeiras dos órgãos da administração da justiça; iv) o corporativismo exarcebado das categorias que atuam no sistema judicial; v) o baixo

grau de qualificação profissional dos servidores do sistema judicial, principalmente em nível estadual; vi) a inexistência de um sistema de acompanhamento e controle da qualidade e dos resultados dos serviços prestados; vii) a cultura da impunidade no próprio sistema que possibilita a prática da corrupção. Dessa forma, de acordo com estudos do IDESP, este ambiente propicia uma inibição de investimentos estrangeiros e nacionais na economia, prejudicando, portanto, o desenvolvimento do Brasil.

### 5. Conclusão e propostas

Embora a abordagem econômica para a crítica do sistema judicial seja ainda bastante questionada pelos juristas, seja em face da nossa cultura bacharelesca ibérica ou do desconhecimento deste novo ramo de pesquisas, acreditamos que, com as devidas ressalvas que uma análise dessa natureza possa ter, a mesma possa ser relevante para a melhoria da atividade do referido sistema.

Como verificamos, mediante o estudo das causas acima elencadas, algumas sugestões podem ser efetuadas a fim de proporcionar uma melhor eficiência ao sistema da administração e, por conseguinte, desobstruir os canais de resolução de conflitos, atrair investimentos que não sejam especulativos e proporcionar o desenvolvimento social, quais sejam:

1. democratização do Poder Judiciário, com a criação de um órgão de controle das suas atribuições administrativas e financeiras, majoritariamente formado por membros que não sejam magistrados;

2. aumento e difusão dos mecanismos alternativos de solução de litígios, entre os quais a mediação, que ainda necessita de uma lei que a regulamente, e a arbitragem;

3. treinamento dos servidores da justiça, objetivando a melhoria da qualidade dos serviços pela administração da justiça;

4. treinamento e atualização dos operadores do direito, com a mobilização das entidades de classe, tais como OAB, Associações de Magistrados, de Procuradores, de

Defensores e Academias de Polícia, para colaborar com a mudança da cultura jurídica existente;

5. aumento dos canais de acesso à justiça pública e privada;

6. criação de uma Corte Constitucional para efetuar o controle preventivo da constitucionalidade das normas;

7. reforma do ensino, a fim de que possa ser dimensionado numa perspectiva multidisciplinar, com a inclusão de disciplinas obrigatórias que tratam da mediação e da arbitragem;

8. obrigatoriedade de disciplinas que tratem dos Direitos da Cidadania e da Resolução de Conflitos no ensino fundamental;

9. reforma do sistema processual brasileiro, com a redução de procedimentos que inviabilizam uma efetiva prestação jurisdicional, tais como a possibilidade de três ou quatro graus de jurisdição;

10. criação e divulgação de programas através do rádio e da TV que venham a colaborar para a consolidação da cidadania, mediante o conhecimento dos direitos e dos procedimentos para a sua efetividade;

11. criação e difusão do *accountability* (prestação de contas), expressão pouco conhecida na administração pública brasileira, na estrutura dos órgãos que fazem parte da administração da justiça.

### Bibliografia

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Guia da Cidadania: Teoria, Prática e Legislação*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1998, 312 p.

FIORI, José Luís. *O Vôo da Coruja. Uma leitura não liberal da crise do estado desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1995.

———. O espelho espanhol de FHC. *Os moedeiros falsos*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

FLÜCKIGER, ST. Politische Bedingungen für Entwicklungshilfe. Good Governance – Schlagwort oder Durchbruch? *Neue Zürcher Zeitung*, n. 207, 7 de setembro de 1993.

FURTADO, Celso. *Pequena Introdução ao Desenvolvimento*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1980.

HAUSSMAN, Ricardo. *La economía política de la reforma judicial en América Latina*. 1996, mimeo.

HÖSLE, Vittorio. Necessidades e alternativas do desenvolvimento. *Desenvolvimento Econômico ou Humano? Reflexões sobre uma nova política de desenvolvimento*. Série Traduções, n. 9. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1996.

*Lei, Justiça e Cidadania – Direitos, vitimização e cultura política na Região Metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV/ISER, 1997.

LEISINGER, Klaus M. A boa governança começa em casa. *Desenvolvimento Econômico ou Humano? Reflexões sobre uma nova política de desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Traduções, n. 9, 1996.

NUNNENKAMP, Peter. Os impactos da globalização no Brasil. *Inserção na economia global: uma reapreciação*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas, n. 8, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economic Costs of Judicial Inefficiency in Brazil*. São Paulo, november 1997, 77 p.

— *A Reforma do Judiciário: Uma análise econômica*. Trabalho apresentado no Seminário Internacional “Sociedade e a Reforma do Estado”, realizado em São Paulo nos dias 26 a 28 de março de 1998. Rio de Janeiro, mimeo.

*Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.

*World Data – CD-ROM*. Washington: World Bank, 1996.

### Notas

<sup>1</sup> A maioria destas pesquisas é efetuada por cientistas sociais e economistas, sendo relevantes os seguintes trabalhos: i) do IDESP: PINHEIRO, Armando Castelar. *Economic Costs of Judicial Inefficiency in Brazil*. São Paulo, november 1997, 77 p.; ii) do BNDES: PINHEIRO, Armando Castelar. *Judicial System Performance and Economic Development*. Ensaios BNDES n. 2. Rio de Janeiro: out. 1996, 52 p; iii) do Departamento de Economia da PUC-RJ: CAMARGO, José Márcio. *Labour standards, labour justice and the Brazilian labour market*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 1996, mimeo. Sobre o tema da influência do Poder Executivo, veja-se os seguintes trabalhos do autor, onde é evidente a subordinação da Justiça Federal de 2ª Instância à política econômica do Governo Federal, em decorrência do art. 107 da Constituição Federal de 1988, comprometendo o grau de independência necessário a uma boa prestação jurisdicional e causando insegurança jurídica, quais sejam: i) A Justiça Federal e a Privatização da CSN. *Anais da 47ª Reunião Anual da SBPC*, vol. II, 1995, p. 149; ii) A Justiça Federal e a análise das ações populares na privatização da CSN. *Anais da 48ª Reunião Anual da SBPC*,

vol. II, julho/96, p. 178. Além destes, veja-se: Os efeitos do sistema da administração da justiça no desenvolvimento social. *Mercosul no Cenário Internacional – Direito e Sociedade*, organizado por Luiz Otávio Pimentel, v. 1. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 459-466.

<sup>2</sup> Conceituo o sistema da administração da justiça brasileira: i) no sentido estrito: como o conjunto de todos os entes públicos e privados que proporcionam a efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Polícias Federal, Estaduais e Militares e os advogados; ii) no sentido amplo: abrange o sentido estrito, bem como os professores dos cursos jurídicos, os estagiários de Direito e os consumidores da justiça, tomando-se como fundamento a Lei nº 8078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), tendo em vista que os órgãos que fazem parte do sistema da administração da justiça são prestadores de serviços públicos e, portanto, sujeitos ao disposto no referido código, inclusive no que tange à responsabilidade civil do agente público (art. 37, § 6º. da Constituição Federal de 1988) pela má prestação jurisdicional, conforme os artigos 1º a 4º e 6º, inciso VI, todos do mencionado texto legal. Para efeito deste artigo, trabalharei com o conceito em sentido amplo.

<sup>3</sup> A melhor forma de um mau governante isentar-se das suas responsabilidades políticas é não fornecer dados ou colaborar para a inexistência de estatísticas sobre as matérias de sua competência.

<sup>4</sup> Acerca do tema, veja-se: i) HAY, Jonathan, SHLEIFER, Andrei and VISHNY, Robert W. *Toward a theory of legal reform*. *European Economic Review*, vol. 40, n. 3-5, April, 1996; ii) HUFBAUER, Garry. *Economic sanctions reconsidered*. Washington: Institute for International Economics, 1990; iii) KNACK, Stephen and KEEFER, Philip. *Institutions and economic performance: cross country tests using alternative institutional measures*. *Economics and Politics*, vol. 7, n. 3, november 1995.

<sup>5</sup> As seguintes obras, entre outras, foram importantes para a elaboração do presente artigo: i) FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961; ii) *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Nacional, 1971; iii) *Pequena Introdução ao desenvolvimento*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1980; iv) CARDOSO, Fernando Henrique Cardoso. *O Modelo Político Brasileiro*. São Paulo: Difel, 1973; v) FALLETO, Enzo. *Dependência e Desenvolvimento na América Latina*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970; vi) JAGUARIBE, Hélio. *Introdução ao desenvolvimento social*. São Paulo: Círculo do Livro, 1978; v) FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

<sup>6</sup> Acreditamos que esta eficiência é condição necessária relevante, porém, não, suficiente para o aumento de investimentos na economia.

<sup>7</sup> De acordo com Celso Furtado, a idéia de desenvolvimento possui pelo menos três dimensões: “a do incremento da eficácia do sistema social de produção, a da satisfação das necessidades elementares da população e a da consecução dos objetivos a que almejam os grupos dominantes de uma sociedade e que competem na utilização de recursos escassos. A terceira dimensão é, certamente, a mais ambígua, pois aquilo a que aspira um grupo social pode parecer simples desperdício de recursos a outros. Daí que essa terceira dimensão chegue a ser percebida como tal parte de um discurso ideológico. Assim, a concepção de desenvolvimento de uma sociedade não é alheia a sua estrutura social, e tampouco a formulação de uma política de desenvolvimento e sua implantação são concebíveis sem preparação ideológica.” (FURTADO, Celso. *Pequena Introdução ao desenvolvimento*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1980, p. 16).

<sup>8</sup> Sobre o tema, veja-se: MATTAROLO, R. *L'Amérique latina à la recherche de l'État de Droit. Le Monde Diplomatique*. Paris: Le Monde Diplomatique, v. 38, n. 444, 1991, p. 21.

<sup>9</sup> Cabe acrescentar a diferença entre eficácia jurídica, que é a norma jurídica com vigência e validade, e eficácia social, que é a efetividade da norma, ou seja, quando a mesma se concretiza, alcançando a sua finalidade. Ressalte-se a existência de um enorme abismo entre o texto legal (norma) e a sua efetividade, cuja principal causa é a ineficiência do sistema da administração da justiça. Acerca da efetividade, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1993.

<sup>10</sup> Mediante uma análise profunda da conjuntura econômica brasileira, o Professor Fiori, cita o caso espanhol como exemplo de política em que, mesmo ocorrendo aumento de investimentos, não houve aumento das taxas de emprego e de renda, da seguinte maneira: “Em compensação a participação salarial no PIB caiu de 51,2% em 1980 para 46,1%, e a taxa de desemprego, que girava em torno dos 6% à época de Moncloa, e dos 15% no início do primeiro governo Gonzalez, hoje atinge à cifra inimaginável de 37,9% entre os jovens com menos de 15 anos de idades. Sendo que, em relação aos mais velhos, com idade entre 30 e 54 anos, 800 mil dos 3,4 milhões de desocupados nessa faixa de idade permanecem analfabetos ou possuem escassa formação, o que lhes dá pouquíssima possibilidade de ocupar qualquer dos empregos no setor ‘reestruturado’ da economia.” (FIORI, José Luis. O espelho espanhol de FHC. *Os moedeiros falsos*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 55.)

<sup>11</sup> LEISINGER, Klaus M. A boa governança começa em casa. *Desenvolvimento Econômico ou Humano? Reflexões sobre uma nova política de desenvolvimento*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Tradução, n. 9, 1996, p. 81-82.

<sup>12</sup> É lastimável o índice de conhecimento dos direitos da cidadania no Brasil. Essa baixa consciência dos direitos dos brasileiros foi verificada em importante pesquisa realizada recentemente. Ao ser indagado para citar três direitos constitucionais que considera importantes, o cidadão fluminense respondeu da seguinte forma: Direitos civis, 11,7%; Direitos Políticos, 1,7%; Direitos Sociais, 25,8%; Outros, 4,2%, e Não sabe/ Não respondeu, 56,7%, o que confirma o desconhecimento majoritário da população no que se refere à percepção dos seus direitos. (*Lei, Justiça e Cidadania – Direitos, vitimização e cultura política na Região Metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV/ISER, 1997, p. 11).

<sup>13</sup> “No Brasil a maior parte das violações aos direitos dos brasileiros é de pequena complexidade e ocorre no cotidiano, todavia, como estas injustiças não são levadas ao Poder Judiciário, isto provoca uma cultura da certeza da impunidade que, infelizmente, é a regra”. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *Guia da Cidadania: Teoria, Prática e Legislação*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1998, p. 1.

<sup>14</sup> Tal hipótese é comprovada empiricamente pelas pesquisas de opinião pública realizadas pelo IBOPE, entre várias outras publicadas periodicamente na imprensa brasileira, no período de agosto de 1993 a setembro de 1995, sobre “A confiança do brasileiro nas instituições”, segundo a qual, em agosto de 1993, 49% da população não confia na Justiça.

<sup>15</sup> Sobre as evidências e a comprovação empírica da crise de legitimidade da justiça brasileira, veja-se o livro de nossa autoria *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1998, 188 p.

<sup>16</sup> A crítica não é genérica, porque há vários grupos de operadores do direito que atuam de forma diferenciada, dentro de uma perspectiva crítica e transformadora da desigualdade social brasileira. Por outro lado, a maioria dos membros da administração da justiça, incluindo também os advogados, em regra, ainda atuam mediante um paradigma de radicalidade na solução do conflito, individualista e conservador do *status quo*.

<sup>17</sup> Como exemplo recente de corporativismo podemos citar o processo de discussão e elaboração do Substitutivo da Proposta de Emenda Constitucional de nº 96 e 112, que propõe mudanças ao Poder Judiciário, relatado pelo Deputado Federal Jairo Carneiro (PFL-BA) que, por meio de uma Comissão Especial no Congresso Nacional, durante mais de um ano, ouviu, de forma predominante, representantes do Poder Judiciário, Ministério

Público e OAB. O resultado do parecer, que se assemelha a um acordo entre amigos, em que a sociedade civil brasileira foi mais uma vez excluída, proporcionou uma proposta de reforma que está muito aquém de solucionar as disfuncionalidades do referido Poder. Verificamos, dessa forma, que a participação irrisória e quase inexistente dos representantes dos movimentos e categorias diretamente atingidos pela ineficiente prestação jurisdicional, tais como: pensionistas, consumidores, trabalhadores, empresários, movimento dos sem-terra, colaborou ainda mais para perpetuar a cultura atípica de consolidação da cidadania brasileira, em que a sociedade civil fica sempre à margem das decisões que afetam o seu cotidiano.

<sup>18</sup> FIORI, José Luís. *O Vão da Coruja. Uma leitura não liberal da crise do estado desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1995, p. 82.

<sup>19</sup> Tais estudos sugerem que os custos econômicos do mau funcionamento de um sistema legal são grandes. De fato, um fraco sistema legal é provavelmente um dos mais importantes obstáculos ao desenvolvimento e crescimento econômicos. Essa tese é fundada no direito de propriedade, nos direitos contratuais e nas regras gerais do jogo, que são a base principal do funcionamento de uma economia de mercado eficiente. (tradução do autor). (WEDER, Beatrice. *Legal Systems and Economic Performance: The Empirical Evidence*. In: ROWAT, Malcolm, MALIK, Waleed H., DAKOLIAS, Maria. *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Washington: The World Bank, paper number 280, 1995, p. 21).

<sup>20</sup> Acerca do tema, com uma nova abordagem epistemológica, veja-se o recente e importante texto do Professor Luis Alberto Warat da UFSC, *Anotaciones Preliminares para una teoría contradogmática del Derecho y de la Sociedad*, 1998, 44 p., em que desenvolve a Teoria contradogmática do Direito, segundo a qual a resolução de conflitos, mediada por meio de um terceiro que não é um ente público, deverá levar em consideração a dor, o amor e o ódio, sem que necessariamente a norma jurídica seja a fonte primária do direito.

<sup>21</sup> Acrescente-se que no Brasil inexistia uma lei específica regulamentando a mediação, procedimento de solução de conflito distinto da conciliação e da arbitragem. Alguns estudos começam a ser empreendidos por uma comissão criada na OAB/RJ e na UFSC, em grupo coordenado pelo Professor Luis Alberto Warat que, inclusive, em atividade de extensão pretende formar agentes multiplicadores de mediação.

<sup>22</sup> *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça, 1996, p. 18.

<sup>23</sup> HAUSSMAN, Ricardo. *La economía política de la reforma judicial en América Latina*. 1996, mimeo, p. 41.

<sup>24</sup> Sobre o tema, com pesquisa empírica que comprovou a corrupção no Poder Judiciário Federal e Estadual do Rio de Janeiro, veja-se: DOS ANJOS, José Haroldo. *Corrupção e Crime Organizado – Elementos desagregadores do Estado*. Rio de Janeiro: Mestrado em Direito da Cidade da UERJ, mimeo, 1997, 160 p.

<sup>25</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. *A Reforma do Judiciário: Uma análise econômica*. Trabalho apresentado no Seminário Internacional “Sociedade e a Reforma do Estado”, realizado em São Paulo nos dias 26 a 28 de março de 1998, p. 8.

<sup>26</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit. p. 8-9.

<sup>27</sup> Nesse sentido, podemos citar o paradoxo do exemplo espanhol, como nos ensina o Professor Fiori: “Entre 1986 e 1990 entraram na Espanha dez bilhões de pesetas, exatamente dez vezes mais do que no quinquênio anterior. Mas, para entender o que se consolidou nesse período não se pode esquecer que 30% desse total foi aplicado na compra de empresas locais; 58% em investimentos de carteira em ações, obrigações e dívida pública em Bolsa e o restante foi destinado, basicamente, à compra de imóveis. Dados que refletem o caráter especulativo que assumiu e manteve uma boa parte desse fluxo de capitais. Esse processo revalorizou os ativos reais e financeiros, aumentou a riqueza pessoal de seus detentores e multiplicou o preço das habitações urbanas, mas pouco alimentou as atividades capazes de gerar um progresso durador e estável”. (FIORI, José Luis. *O espelho espanhol de FHC. Os moedeiros falsos*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, p. 53.)

<sup>28</sup> Devemos acrescentar que, conforme o relatório do FMI, por meio do *International Financial Statistics Yearbook*, de 1996, os países em desenvolvimento do Leste Asiático ofereceram melhores condições de aproveitamento da globalização. No período de 1980-1994, países como Indonésia, Malásia, Coreia do Sul e Tailândia atingiram taxas médias de investimento de 31-22%. Por outro lado, altas taxas de investimento não garantem o progresso econômico, tal como é demonstrado na experiência da Europa Central e Oriental antes da mudança do regime político.

<sup>29</sup> No período 1970-1979, o Brasil absorveu cerca de 30% do total de investimentos estrangeiros em países em desenvolvimento, conforme relatório do Banco Mundial, *World Data*, CD-ROM, Washington, 1996.

<sup>30</sup> NUNNENKAMP, Peter. Os impactos da globalização no Brasil. *Inserção na economia global: uma reapreciação*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas, n. 8, 1997, p. 79.

<sup>31</sup> HÖSLE, Vittorio. Necessidades e alternativas do desenvolvimento. *Desenvolvimento Econômico ou Humano? Reflexões sobre uma nova política de desenvolvimento*, Série Traduções, n. 9. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1996, p. 13.



<sup>32</sup> FLÜCKIGER, ST. Politische Bedingungen für Entwicklungshilfe. Good Governance – Schlagwort oder Durchbruch? *Neue Zürcher Zeitung*, n. 207, 7 de setembro de 1993, p. 19.

<sup>33</sup> LEISINGER, Klaus M. Op. cit. p. 57.

<sup>34</sup> LEISINGER, Klaus M. Op. cit. p. 70.

# Tribunal do Júri e prerrogativa de foro

Irapuan Sobral Filho

O Supremo Tribunal Federal, julgando *habeas corpus*, decidiu que a prerrogativa de foro conferida a determinados agentes públicos não elide a competência do Tribunal do Júri para julgá-los quando denunciado por crimes dolosos contra a vida.

A decisão foi tomada no HC 78.168<sup>1</sup>, sendo relator o em. Néri da Silveira, no qual um Procurador de Estado da Paraíba questionou a competência originária do Tribunal de Justiça local que o condenara a doze anos de reclusão, denunciado que fora por homicídio, fundado na dúvida quanto à constitucionalidade do art. 136, II, da Carta Paraibana, que conferia ao Procurador do Estado a prerrogativa de foro perante a Corte local, posto que legislar em matéria processual é competência privativa da União.

O STF, que houvera decidido pela aparente – porque em sede cautelar – constitucionalidade do dispositivo enfocado da Carta paraibana (v. ADIn 541/PB, Min. Marco Aurélio)<sup>2</sup>, entendeu, na assentada que julgou o *habeas*, que, embora

“de início, não se mostre ofensivo à Carta Federal, preceito de Constituição Estadual que contempla os Procuradores do Estado com a prerrogativa de foro, isto ao atribuir competência ao Tribunal de Justiça para processá-los e julgá-los”,

tal possibilidade não elide a competência do Tribunal do Júri tal qual a assegura o art. 5º, XXXVIII, d, da CF.

Entretanto, a decisão excluiu as prerrogativas asseguradas no texto constitucional

Irapuan Sobral Filho é Advogado e Assessor da Mesa do Senado.

da República. Para essas, permanecem as competências por prerrogativa de função, independente da condição do agente ou do crime cometido.

Ao surpreender<sup>3</sup>, admitindo na ADIn 541 a inserção de legislação processual pelo constituinte autorizado (estadual) e, no *habeas*, que as prerrogativas definidas em lei não excluem a competência do Tribunal do Júri, o STF inova de forma significativa a temática, deixando no entanto escapar um lance que parece essencial.

No que renova, a Corte sinaliza um caminho. É que, em situações anteriores, prevaleceu o entendimento de que a prerrogativa se mantinha em desfavor do júri popular, nos casos de crime doloso contra a vida, independentemente do *status* normativo da prerrogativa (cf. RECr-74381/SP, Min. Antônio Neder, HC 58410/RJ, Min. Moreira Alves; HC 69325/GO, Min. Néri da Silveira; HC 69344/RJ, Min. Néri da Silveira; HC 69999/PB, Min. Néri da Silveira; RECr 162966/RS, Min. Néri da Silveira; HC 73235/DF, Min. Néri da Silveira).

A decisão, ao excluir os agentes que têm prerrogativas na Carta Federal, deixou de apreciar um dado relevante: a aparente antinomia que há entre as *normas* de competência das Cortes e as definidoras de prerrogativas com o *princípio* (garantia fundamental) do júri popular; ou então o entrelaçamento necessário de ambas as regras, de maneira que a incidência de uma não afaste a incidência da outra. É dizer: tais e quais autoridades têm prerrogativas de foro nessa ou naquela Corte, ressalvada a aplicação do art. 5º, XXXVIII, *d*, CF, isto é, nos crimes dolosos contra a vida.

Afastada a hipótese *Bachof* de inconstitucionalidades originárias em um mesmo texto constitucional<sup>4</sup>, tem-se que a garantia do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, *d*, CF) deve prevalecer em desfavor das normas de competências, mesmo que elas tenham sede na Constituição Federal (arts.: 29, VIII; 96, III; 108, I, *a*; 105, I, *a*; e, 102, I, *b* e *c*, CF), seja

pela interpretação sistemática, seja pela resolução de um aparente conflito.

O fato de as regras de competências não terem *status* de princípio, mas de normas, favorece o entrelaçamento e a prevalência do júri, tido como princípio soberano de garantia. Mais ainda porque entre regras de hierarquias diferentes não há conflito e sim prevalência da que tenha nível superior.

Mas, se porventura fosse possível estabelecer-se o conflito, a solução também daria-se em favor do júri. Primeiro porque,

“como se sabe, quando há antinomia de normas no texto do mesmo diploma legal, o critério para resolvê-la não é o da posteridade no tempo obviamente, mas, especialmente, o da *sede materiae*”<sup>5</sup>

que no caso é do júri; depois, porque o júri tem como sede o título das garantias fundamentais, sendo uma segurança (juízo natural, art. 5º, XXXVII e LIII, CF) do acusado.

Constituição Federal

“Art. 5º (...)

(...)

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

De tão relevante, o princípio – garantia – do júri popular é uma cláusula pétrea, como tal garantida pelo art. 60, § 4º, CF, não sendo possível sua exclusão por via constitucional derivada, nem sua extensão a outros delitos por via infraconstitucional. Aliás, discute-se, com posicionamentos críticos favoráveis, se tal imutabilidade é absoluta, não se permitindo, mesmo que constitucionalmente, a exclusão, a diminuição ou mesmo a extensão do seu alcance.

Constituição Federal

“Art. 60. (...)

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias fundamentais.”

A discussão no STF sobre a constitucionalidade da lei que autorizava o julgamento dos crimes contra a economia popular por um Tribunal do Júri é um fato marcante<sup>6</sup>. Nesse sentido é o pensamento do Ministro José Celso de Mello Filho, *Chief Justice* da nossa Suprema Corte, citando Fernando da Costa Tourinho e Pontes de Miranda:

“a regra constitucional estabelece competência única e exclusiva do júri, limitada, apenas, aos crimes dolosos contra a vida. Essa competência é *insuscetível* de ampliação por meios de normas infraconstitucionais”<sup>7</sup>.

O mesmo não acontece com as normas de competências das Cortes. A rigor, não estão tuteladas pelo manto da imutabilidade e podem ser tratadas pela legislação infraconstitucional.

A rigor, o Tribunal do Júri, embora revestido da liturgia judiciária por sua natureza e por seu funcionamento, não é um órgão do Poder Judiciário. Sequer está elencado no rol definido no art. 92, CF. Na atual Constituição, como nas últimas, conservou-se sempre como uma garantia do cidadão.

Qualquer sentença ou julgamento por outra instituição (ou autoridade) será havido por nulo, como decidiu o STF no HC em comento, porquanto a competência não lhe será própria para o caso de crime doloso contra vida, dada a existência, em sede constitucional, da garantia da reserva do júri para tal proceder, mesmo que essa outra competência tenha também o *status* constitucional.

Ademais, com a Carta de 1988, o Tribunal do Júri é uma instituição soberana, tal qual era nas Constituições de 1946 e 1967, diferente da Emenda de 1969 que, apesar de manter o Júri, retirou-lhe a soberania (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários...*)<sup>8</sup>.

Para Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, o Tribunal do Júri é

o juiz natural do crime doloso contra a vida. Dizem:

“E, como precisa a doutrina mais autorizada, não há como confundir, a tal propósito, a Justiça Penal Especial com órgãos especiais da Justiça Penal Comum.

No âmbito desta, ademais, destaca-se a competência do importante e especialíssimo órgão denominado Tribunal do Júri, instituição sobrelevada no art. 5º, XXXVIII, da Carta Magna da República, *verbis* : “ É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A derradeira alínea, como facilmente perceptível, contempla-o como juiz natural para o processamento e julgamento de autores de crimes dolosos contra a vida, na Justiça Penal Comum, com exclusão óbvia de qualquer outro órgão judicante<sup>9</sup>.”

A questão não é solucionada diferentemente por Pontes de Miranda, para quem

“os crimes dolosos contra a vida são, todos, necessariamente incluídos na lista dos que têm que ser julgados pelo júri<sup>10</sup>.”

Ao admitir a validade da disposição da Carta paraibana, ferindo-a apenas para excluir do seu raio de alcance os crimes dolosos contra a vida, porque tratados nas garantias fundamentais, a decisão do STF validou, na forma da ADIn 541, a ação legislativa constitucional autorizada dos Estados membros para definir competências de suas Cortes de Justiça e deu a devida dimensão à competência do Tribunal do Júri no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, restando admitir a prevalência mesmo contra a prerrogativa que tenha sede na Carta Magna.

Outras questões relevantes devem ser suscitadas, porquanto inter-relacionadas

com a tese trazida à baila. O Tribunal do Júri recebe a proteção da regra geral de isonomia (mesma situação, mesmas regras) do *caput* do art. 5º, segundo a qual “*no men up of the law*”, igualando situações, por mais graduada que seja a autoridade envolvida nos atos delituosos, ou por mais dignidade e relevância que tenha perante o Estado o cargo que desempenha.

O norte escolhido para a aplicação do art. 5º, *caput*, auxiliado pelo art. 1º e o Preâmbulo, chama a atenção para outro ponto relevante. Os incisos LIII, LIV e LV do art. 5º garantem meios – processo e procedimentos – que as normas de competências por prerrogativa relevam nos casos de crimes dolosos contra a vida.

Constituição Federal

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei...

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Embora se tenha dito que o Tribunal do Júri não é um órgão do Poder Judiciário, suas decisões, apesar de soberanas – a expressão constitucional tem o reforço político que merece –, podem ser examinadas pelo Poder Judiciário por meio de recursos que lhe são próprios (cf. incisos XXXV e LV do art. 5º, CF). Destarte, afora a quebra do princípio do juízo natural, a norma de competência retira do acusado a possibilidade de utilizar-se de instâncias recursais. Ocorre até, em alguns casos, que o julgamento por prerrogativa de foro não permite nenhum recurso, conferindo ao julgado a complexidade de, numa só assentada, ser único e último. Assim, o devido processo legal também se ressentido do deslocamento da competência.

As autoridades que têm prerrogativa de foro nos tribunais de justiça, no STJ e no STF, *ratione muneris*, perdem as possibilidades disponíveis nas leis processuais para oporem recursos ordinários das decisões dessas Cortes, chegando, no STF, a instância a ser única, não permitindo recursos de sentido modificativo por qualquer natureza.

José Delgado, Ministro de STJ, reforça a compreensão, com ênfase para a instituição do juiz natural, entendendo que

“a força dessa garantia constitucional não permite que os poderes constituídos criem juízos destinados a julgamentos de determinados casos ou de pessoas especificadas”... “...não há, assim, ambiente jurídico de se estabelecer qualquer relação jurídica processual ou substancial que contrarie, de modo frontal, princípios previstos na Constituição Federal<sup>11</sup>.”

Por essas outras razões, sai favorecido o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em face dessa competência do júri popular, a prerrogativa de foro, como um privilégio, atenta contra a isonomia e, como uma definição de competência pretoriana, atenta contra o devido processo legal.

Referentemente às nuances políticas da instituição do júri, isto é, sua faceta como manifestação popular ou exercício de poder, não seria mero argumento retórico entendê-lo como poder emanado do povo e exercido de forma direta, como no Parágrafo único do art. 1º.

Tratando da participação do povo em todos os ramos do governo, Jefferson, nos Escritos Políticos<sup>12</sup>, diz que as pessoas, os cidadãos

“não estão aptos para julgar questões de leis, mas têm capacidade para julgar questões de fato. Na forma do júri determinam todas as questões de fatos.”

Reforçando o entendimento, opta pelo povo no judiciário se

“fosse chamado para decidir sobre se seria preferível omitir o povo no departamento judiciário ou legislativo”.

A análise do júri, enquanto instituição política, e até mesmo judiciária, tem em Alexis Tocqueville um referencial paradigmático. Para ele, a instituição do júri adquiriu luzes brilhantes na Inglaterra e estendeu-se pelo mundo anglo-saxão, a despeito da complexidade e da erudição das relações sociais modernas.

É definitiva sua explicação sobre essa conotação do júri.

“Aplicar o júri à repressão dos crimes parece-me introduzir no governo uma instituição eminentemente republicana. Explico-me.

A instituição do júri pode ser aristocrática ou democrática, conforme a classe em que se convocam os jurados; mas sempre conserva um caráter republicano, por colocar a direção real da sociedade nas mãos dos governados ou de uma porção deles, e não na dos governantes<sup>13</sup>”.

Com efeito, falta pouco para a compreensão geral do poder juspolítico do Tribunal do Júri e, assim, para que as prerrogativas, mesmo constitucionais, não suplantem as garantias do cidadão e as manifestações democráticas do povo. O Ministro Néri da Silveira, que se encarregou de tal definição paradigmática, foi também relator de outros casos, os quais, de certa forma, assemelham-se à matéria ora discutida. Em alguns deles, a posição da Corte é um bom exemplo de construção jurisprudencial constitucional, faltando apenas uma compreensão extensiva e, para nossa garantia, o princípio do *stare decisis et non quieta movere*, cá entre nós, “efeito vinculante”.

### Notas

<sup>1</sup> HC 78.168-7, Rel.: Min.: Néri da Silveira. Paciente: João de Queiróz Melo; Coator: Tribunal de Justiça da Paraíba; e Impetrante: Carlos Mário da Silva Velloso Filho. Data de Julgamento: 18 de novembro de 1998.

<sup>2</sup> ADI 541-3, Rel.: Min. Marco Aurélio. Requerente: Governador do Estado da Paraíba; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba.

O acórdão ficou ementado assim, em sua parte final:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – PRERROGATIVA DE FORO – PROCURADORES ESTADUAIS. De início, não se mostra ofensivo a Carta preceito de Constituição Estadual que contempla os Procuradores do Estado com a prerrogativa de foro, isto ao atribuir ao Tribunal de Justiça a competência para processá-los e julgá-los nos crimes comuns e de responsabilidade. Se de um lado compete à União legislar sobre direito processual – artigo 22, inciso I – de outro cabe às Constituições dos Estados a fixação das competências dos respectivos Tribunais – artigo 125, § 1º, ambos da Constituição Federal.”

<sup>3</sup> Na ADInMC 1916, o Tribunal entendeu diferentemente, com anuência de precedentes. Publicação do Informativo STF mostra que: por aparente incompatibilidade com o art. 22, I, da CF, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender a execução e aplicabilidade da expressão “e a ação civil pública” contida no inciso X do art. 30 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (LC nº 72/94, art. 30: “Além das atribuições previstas nas Constituição Federal e Estadual, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:... X – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativas, quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado...”). À primeira vista, entendeu-se que a matéria relativa à legitimação ativa para promover a ação civil pública diz respeito a processo (CF, art. 22, I), e não a procedimento em matéria processual inserido na competência concorrente dos Estados-membros (CF, art. 24, XI). Precedente citado: ADInMC 1.285-SP (julgado em 25.10.95, acórdão pendente de publicação, v. Informativo 11). ADInMC 1.916-MS, rel. Min. Nelson Jobim, 11.2.99.

<sup>4</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e Nota Prévia de José Manuel Cardoso da Costa – Coimbra. Almedina. 1994. (Reimpressão)

ALVES, José Carlos Moreira – A Inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias: sua impossibilidade em nosso sistema constitucional – Revista dos Estudantes de Direito da UnB – pp. 54/55; ADIN’s 815/DF, DJ 10.05.96 e 997/RS, DJ 30.08.96.

Cumprе ressaltar a diferença entre a inconstitucionalidade de normas do mesmo texto constitu-

cional originário e entre estas e as normas do direito natural ou suprapositivo, conforme destaca o Min. Moreira Alves no seu voto nas ADIN's citadas.

<sup>5</sup> ADINMC 492, Re.: Min.: Carlos Velloso; Requerente: Procurador-Geral da República e Requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Excerto da opinião do Min. Moreira Alves em discussão com os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

<sup>6</sup> HC 34071, Rel.: Min.: Edgard Costa, julgado em 11/05/56; RECR 72988, Rel.: Thompson Flores, julgado 09/12/7; RECR 71713, Rel.: Min.: Amaral Santos.

<sup>7</sup> MELLO FILHO, José Celso de, in *Constituição*

*Federal Anotada/Saraiva*. 1984. pp. 345/346.

<sup>8</sup> *Comentários à Constituição Brasileira*, Vol.: I (arts. 1º a 43). 1990. Ed. Saraiva.

<sup>9</sup> *Constituição de 1988 e Processo*. Ed. Saraiva 1989. pp. 30/31.

<sup>10</sup> *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo V, pp. 254.

<sup>11</sup> *Revista de Informação Legislativa* 123, jul/set 1994. pp. 41/41.

<sup>12</sup> Thomas Jefferson, *Escritos Políticos*. Os Pensadores – 1979 – pp. 31/32.

<sup>13</sup> *A Democracia na América*. Ed. Martins Fontes – São Paulo/1998.

# Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução

Artur Stamford

## Sumário

1. Pretensão deste texto. 2. Os vocábulos *certeza* e *segurança*. 3. Instituições à segurança social. Relação entre certeza e segurança. 4. A diversidade de decisões judiciais na aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro. Questionando a certeza jurídica. 5. O princípio da verdade processual, reflexões em torno da segurança social. 6. Enfim.

### *1. Pretensão deste texto*

Pretende-se, aqui, propiciar reflexões em torno das limitações ao conhecimento dos agentes jurídicos – aqueles profissionais cujo exercício de sua atividade interfere, direta ou indiretamente, no funcionamento e andamento dos processos judiciais, ou seja, seus atos integram os autos processuais –, o que conduz à relação verdade real e verdade processual.

Iniciando pelos termos *certeza* e *segurança*, em seguida serão abordadas as instituições jurídicas previstas no direito estatal, para, então, tratar-se das referidas verdades.

Antes, porém, esclarecer-se-á o sentido do termo direito. Independente de se aceitar ou não a teoria do pluralismo jurídico, é unânime se concordar com a ambigüidade do termo *direito*. Entre as várias acepções jurídicas, temos: direito como sinônimo de destro; no sentido de o certo, a maneira correta de fazer algo; como oposição de deveres, “isso é um direito meu ...”; como normas emanadas do poder competente, direito positivo, legislado, posto pelo Estado; e

Artur Stamford é Doutorando em Direito pela UFPE, Professor da Faculdade de Direito de Olinda (FADO-AESO) da Escola Superior de Magistratura Trabalhista da 6ª Região (ESMATRA VI) e da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).



como a ciência que estuda o fenômeno jurídico, também chamada de Jurisprudência. Neste último significado, há divergências quanto ao objeto desta ciência: para uns, direito é o sistema de normas emanadas do poder competente, o Estado, estes são os “dogmáticos jurídicos”; para outros, ditos não-dogmáticos, toda e qualquer forma de controle social, coercitiva ou não, é manifestação do fenômeno social jurídico, direito, portanto, é todo mecanismo de solução dos conflitos sociais, capaz de manter o convívio social com conflitos controláveis, como é o caso dos estudos jurídicos desenvolvidos por sociólogos, filósofos, antropólogos, etnólogos, historiadores, psicólogos, criminólogos etc.

Devido à referida ambigüidade, uma forma de se evitar que o leitor ou ouvinte não compreenda o sentido em que se está empregando a palavra *direito*, aconselha-se não expô-lo sozinho, isolado; antes dotando-o de adjetivo. Assim, eliminam-se, ao menos em parte, confusões das idéias que se pretende transmitir. A saída palpável é, pois, trabalhar com expressões como: direito estatal, direito para-estatal, direito oficial, direito inoficial. Outra solução é evidenciar em qual sentido o termo *direito* será exposto. Para efeito deste texto, *direito* terá o sentido de direito estatal, o positivado porque posto pelo Estado. Assim será porque a idéia de certeza jurídica e segurança social está atrelada à crescente importância da forma estatal do fenômeno social jurídico, a qual enseja a promessa de previsibilidade das decisões judiciais, o que conduz à segurança de um convívio social cujos conflitos são controláveis, porque todos têm como saber e conhecer seus direitos e deveres.

## 2. Os vocábulos certeza e segurança

O termo certeza provém do latim *certitudo*, *certitudinis*. Em português, há apenas o termo certeza; em italiano, *certezza*; e em francês, *certitude*; porém a língua inglesa e a espanhola detêm dois vocábulos: em inglês

tem-se *certainty* e *certitude*, em espanhol, *certeza* e *certidumbre*.

Certeza, por se enquadrar entre os temas da teoria do conhecimento, é objeto da gnoseologia. Daí se diz ter certeza quando se sabe sobre o algo.

Certeza, todavia, comporta dois significados: um objetivo e outro subjetivo<sup>1</sup>. No primeiro sentido, prima a razão, a certeza objetiva oferece uma verdade convencional, pois conectar uma palavra a um objeto é convencional. Como exemplo, tem-se que a conexão da palavra ao objeto realiza certa certeza, pois, p. ex., não se discute se “abacaxi” é a palavra apropriada para a fruta que se convencionou chamar de abacaxi. Outro problema é como transmitir o conhecimento de qual fruta é o abacaxi. Por meio dos cinco sentidos (tato, olfato, visão, paladar e audição), conhecem-se os objetos. Assim, conhece-se o abacaxi por meio da visão, olfato, tato e paladar. Corresponde a esse sentido o inglês *certainty* e o espanhol *certeza*.

No sentido subjetivo, certeza assume a conotação de fé, representa o conhecimento obtido pela crença, pela causa. “Quando o conhecimento se dá em nós e nos apropriamos de uma verdade, adquirimos uma segurança subjetiva”<sup>2</sup>. Nesse caso, certeza depende da vontade, está ligada ao crer ou não crer. Em dito popular, tem-se: “religião, futebol e política não se discute”. Correspondem a esse sentido os termos inglês *certitude* e o espanhol *certidumbre*.

Como nos idiomas italiano, francês e português só há um termo para exprimir a idéia de certeza, este comporta os dois significados: o de certeza objetiva, conhecer por meio da razão; e o de certeza subjetiva, conhecimento mediante a fé.

Acontece que o conhecimento pode-se dar pela razão sem passar pelo crivo dos cinco sentidos e nem por isso trata-se de uma crença. É o que se dá, p. ex., com a pretensão de se transmitir idéias racionais sobre entes inanimados como direito, sociedade, instituições, normas jurídicas. É a dificuldade que se tem quando se pretende responder à

questão: a que objeto esses termos se referem? Não se nega a existência do fenômeno jurídico, nem a existência das normas, inclusive porque, no cotidiano, elas constantemente interferem nas relações sociais. A questão, então, é: pode-se falar em certeza jurídica?

Essa questão envolve o problema da forma como as normas e instituições jurídicas são compreendidas, conhecidas, bem como se pode-se falar em verdade jurídica. Preocupa-nos apenas a primeira idéia, como se conhecer que certas manifestações podem ser classificadas como expressão do fenômeno jurídico.

Com a concepção moderna de direito, pretende-se reduzir a forma de manifestação do fenômeno jurídico às normas estatais. Certeza do direito, portanto, absorve uma conotação valorativa: poder confiar no direito. Dentro da concepção dogmática do direito, essa confiança se dá porque, tendo validade, as normas jurídicas estatais guiam os comportamentos sociais. Essa é a magna entre as promessas do estado moderno. Com o Estado de Direito há a certeza jurídica, pois todos conhecem seus direitos, porque positivados, postos pelo Estado. Assim, constrói-se a expectativa do comportamento alheio, ao possibilitar certo cálculo de probabilidade do agir social, o que significa poder-se prever as ações alheias. A tese, portanto, divulgada é: conhecer o conteúdo das normas jurídicas corresponde a ter uma certeza de como agir, atuar e se comportar.

Passando agora para o vocábulo *segurança*, vê-se que este envolve uma idéia de “garantia contra o acaso. Tranquilidade psicológica que resulta da certeza de que não há qualquer perigo a temer ou de que se está protegido contra as ameaças”<sup>3</sup>. Tendo por segurança social o “conjunto das medidas coletivas e legais que têm por objetivo garantir os indivíduos contra riscos”<sup>4</sup>, pode-se concluir que a segurança jurídica provém do fenômeno da positivação do direito, com elaboração de normas jurídicas escritas, postas pelo poder competente<sup>5</sup>. A segurança é,

portanto, resultado das normas e instituições jurídicas<sup>6</sup>, ou seja, resultado da forma como vêm funcionando essas normas por meio das instituições.

Segurança e certeza, portanto, não se opõem, antes são interdependentes. Essa correlação conduz à idéia de que, por existirem as normas jurídicas estatais, pode-se guiar o como-agir, bem como prever e exigir comportamentos sociais alheios, ou seja, objetivam-se expectativas de comportamentos, forma-se uma padronização social e edifica-se um ideal mínimo de ética. Diz-se, então, assegurados os direitos porque positivados pelo Estado. Daí constroem-se inúmeras teorias, se não explicativas, legitimadoras do discurso dogmático.

A visão sistêmica da teoria da decisão, para a qual as expectativas são estruturas<sup>7</sup>, permite-nos averiguar que o sistema jurídico reduz, porque controlada, a perspectiva de frustração, significa dizer que o direito posto pelo Estado imprime uma pauta ordenadora de comportamentos. Os destinatários das normas e instituições jurídicas, por isso, adquirem uma certeza, ao escolher o como-agir, na medida em que conhecem os conteúdos dos textos legais estatais. E segurança, garantia contra a imprevisão dos atos sociais, obtém-se na medida em que o sistema jurídico funciona com eficiência. Evidencia-se, portanto, a relação entre a certeza e a segurança. Enfim, não basta haver leis, indispensável é a certeza de que elas serão aplicadas, pois assim se formará a segurança. Daí Maquiavel aconselhar: “quando vou a um país, não me preocupo quais são suas leis, mas como elas são aplicadas”.

### *3. Instituições à segurança social. Relação entre certeza e segurança.*

O debate travado entre Flávio Lopes de Oñate e Francesco Carnelutti revela os debates em torno da atribuição de uma certeza ao direito, inclusive em face da relação entre ela e a segurança.

Para Oñate, certeza é a garantia certa e inequívoca da ação, nasce da lei, a qual faz

cada um saber o que pode querer. A objetividade da certeza advém da objetividade da lei, pois nesta última a relação entre sujeitos realiza-se objetivamente<sup>8</sup>.

Carnelutti defende que essa certeza, tal como defende Oñate, não existe. É que, em face das inúmeras leis, as pessoas não chegam a conhecer o que podem e têm de querer, bem como não têm como prever os comportamentos sociais, principalmente devido às mudanças das leis. A certeza, caso se insista em acordar com sua existência, impõe um custo: sacrificar a justiça<sup>9</sup>.

Conceber o direito como sistema de normas capazes de controlar as ações sociais implica falar em expectativas de comportamentos sociais, ou seja, tornar o agir de outrem previsível. Respalhada nessa idéia, a visão dogmática do direito encontra argumentos para sustentar suas teorias e refutar quaisquer perspectivas críticas<sup>10</sup>. Para isso, estabelece-se como base para sustentar suas argumentações a redução do mundo jurídico ao direito estatal e, assim, fundamenta-se o chavão de que apenas essa forma de manifestação jurídica é mecanismo hábil à contenção dos conflitos sociais, por isso, estabelecendo a ordem social. Os adeptos dessa visão formulam inúmeros conceitos, porém despreocupados em atrelá-los a conteúdos objetivos – transmissíveis a terceiros com um mínimo de precisão, de forma a não permitir interpretações díspares –, elaboram, então, discursos vazios de conteúdo, contudo funcionais, por concretizarem a legitimidade de institutos jurídicos estatais, assumindo a qualidade de última palavra ao convencimento num discurso da verdade intangível. Sob a égide do direito estatal, edificam-se teorias com aparência de “única saída” à construção do que se convencionou chamar “ordem social”, para e em nome da qual justifica-se o emprego da violência institucionalizada – o “monopólio da violência legítima por meio da associação política”<sup>11</sup> – e divulga-se a ideologia de que só aumentando o emprego dessa forma de violência – na qual quanto maior o nível

de brutalidade melhor – inibem-se os deturpadores da ordem social. Em nome dessa ordem, constrói-se uma rede ideológica (no sentido de idéias referentes a ...) pró-violência e instiga-se a população a clamar por sua aplicação. Daí, a população suplica e vibra, p. ex., pela institucionalização da pena de morte imbuída no ânimo da ignorância (da falta de informação) dos vários fatores intervenientes ao emprego da violência oficial, a estatal.

Trata-se do fenômeno da posituação do direito, quando o Estado vai consolidando seu poder, fins do século XVIII e início do XIX, passando a prevalecer a prévia fixação das regras do jogo, pois “o Estado *positiva* as alternativas que lhe parecem importantes, ou seja, *decide* quais as relevantes entre as infinitas possibilidades”, daí que, “uma vez estabelecidas estas regras, é de menor importância se a base é a Vontade Geral ou os desígnios do soberano”<sup>12</sup>.

Nesse contexto, consegue-se inibir a crítica – discordância entre idéias –, tachando de anarquista todo aquele que se propõe a travar discussões mais elaboradas sobre os problemas jurídicos. É o que se dá com aqueles que não acatam as idéias “endeusando” quem as elabora, como os que se propõem a “verificar se o sistema opera ou não no marco da programação normativa e dogmática e, em especial, se as decisões judiciais são de fato dogmaticamente pautadas e, por extensão, igualitárias, seguras e justas”<sup>13</sup>.

Essa falta de abertura à dimensão crítica provoca a ilusão da segurança, ilusão essa edificada devido à postura de “donos da verdade”, própria da maioria dos juristas, culminando na exclusão de inúmeros fatores aos raciocínios jurídicos.

Na perspectiva, portanto, de o direito estatal ser o único instrumento capaz de fornecer a almejada segurança social, por deter uma certeza, defende-se que as previsões do sistema jurídico são impostas como único meio de eliminar o subjetivismo nas decisões judiciais, pois contêm critérios rígidos, objetivos e não-valorativos capazes de ofe-

recer o caminho seguro à escolha da solução do caso concreto. Refiro-me ao denominado “ciclo dogmático”, com o “duplo grau de abstração” da dogmática jurídica, ou seja, só é aceito por jurídica a argumentação que tiver por ponto de partida as normas emanadas pelo Estado<sup>14</sup>.

Parece, todavia, ignorar-se aí que à segurança faz-se necessária a eficácia das normas estatais, ou seja, seu funcionamento diante dos conflitos sociais, como meio de inibi-los. Só cumprindo esse papel é que se pode atribuir ao direito estatal a função de guia de comportamento e previsão das expectativas<sup>15</sup>. A segurança, então, não está nas fontes, na estrutura normativa, nas condições de validade da norma jurídica, está antes nos modelos, no conteúdo material das fontes, no procedimento, no plano da eficácia<sup>16</sup>. Daí realistas jurídicos, como Alf Ross, atribuírem a construção da segurança social às decisões judiciais<sup>17</sup>.

Para que haja segurança social, os casos concretos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade pode objetivar suas expectativas de comportamento e agir segundo um certo cálculo de probabilidade das ações alheias.

A certeza, entretanto, promana do conhecimento e a segurança advém da experiência, porque, baseado no que se conhece, obtém-se garantia na escolha do como-agir, o que envolve a experiência, a vivência de uma prática empírica.

Max Weber conceitua ação social como aquela que detém um sentido, e assim distingui-a das ações simplesmente reativas. Estas últimas estão calcadas em impulsos sentimentais, por isso desprovidas de reflexões anteriores à sua realização; seriam as ações irracionais. É assim porque, na concepção weberiana, uma ação só é social se tem um sentido, ou seja, é orientada pela ação dos outros<sup>18</sup>. Weber aponta quatro tipos ideais de ação social: a *ação estritamente tradicional*, quando reage-se segundo os estímulos habituais, da tradição cultural; a *ação estritamente afetiva*, quando orienta-se

pela racionalidade axiológica, ou seja, age-se emotivamente condicionado mediante uma descarga consciente em um estado sentimental, como se dá quando se externa uma raiva, um rancor, imediatamente ao senti-la; a *ação racionalmente orientada com respeito a valores*, quando a ação é orientada por convicções pessoais sobre o que deve ser, todavia sem considerar as suas conseqüências; elabora-se a ação buscando satisfazer afetivamente necessidades atuais; tem-se esse tipo de ação quando planeja-se a forma de agir, mas não se põe nesse cálculo a reação, a ação alheia, como ocorre na vingança, com a beatitude contemplativa, com o querer dar vazão às paixões; por fim, a *ação racionalmente orientada com respeito a fins*, aquela planejada racionalmente visando atingir fins; nesta calculam-se os meios e as conseqüências da ação, preocupa-se com possíveis formas de reações alheias<sup>19</sup>.

A ação irracional não apresenta conexão com o tema da certeza. Ela resulta de impulsos irrefletidos, não tem sentido, não se orienta pelas ações dos outros. Também não se confunde com a ação dramática, quando pretende-se transmitir às outras pessoas imagens de sua personalidade, de seus sentimentos e desejos<sup>20</sup>.

Acontece que os agentes jurídicos, como advogados, promotores e magistrados, estão, ao menos dogmaticamente, impedidos de lançar mão de seus sentimentos, procedendo seus juízos restritos ao conteúdo das normas jurídicas; discurso esse que parece ignorar a interferência de fatores outros durante o processo de interpretação dos textos jurídicos. Este estudo conduz-nos aos limites da verdade processual como guia à ação desses agentes jurídicos.

Ora, sendo a certeza proveniente do conhecimento, pode-se concluir que: quanto mais fatores forem inseridos na ponderação, maior conhecimento se adquire, logo, maior a certeza, conseqüentemente mais seguro quanto à decisão a ser proferida.

Em suma, da certeza forma-se a segurança. No âmbito jurídico: da certeza do

direito resulta a segurança social. Para tanto, é de se considerar não só as previsões normativas estatais, mas todos os elementos imbuídos no processo decisório.

O denominado “ciclo dogmático”, por meio do duplo grau de abstração da dogmática jurídica, como já apresentamos, implica aceitarem-se apenas as normas jurídicas por objeto da ciência do direito; reduz-se o conhecimento dos juristas aos preceitos legais. Nesta ideologia, divulga-se ao senso comum a noção de que apenas os agentes jurídicos, porque conhecedores do conteúdo das normas jurídicas, são aptos a tomar as decisões justas, porque jurídicas. Assim, pretende-se legitimar as decisões judiciais e sustentar a tese da eliminação do arbítrio nas decisões jurídicas. Esse ciclo resulta numa disparidade, no afastamento entre direito e sociedade, pois o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas restrito a esses agentes impede a formação de uma certeza, na população, em sua escolha do como-agir. Esse corte traz ao funcionamento do direito estatal, por meio do processo judicial, inúmeras conseqüências sociais, entre elas o fato de que à sociedade resta perceber a aparência, um imaginário jurídico, culminando na desmoralização do direito estatal.

Assim, para o direito estatal servir à segurança social, faz-se imprescindível a existência e o funcionamento eficaz das instituições jurídicas. Perceba-se que a aporia não está na instituição do direito estatal, mas nas organizações responsáveis pelo funcionamento dessa forma de manifestação do fenômeno jurídico social.

Entre os dogmas jurídicos reconhecidos no direito brasileiro que garantem a segurança social, temos: o princípio de que a ignorância do conteúdo da norma não exime de seu cumprimento (art. 3º da LICC); a irretroatividade da lei (art. 6º da LICC); a coisa julgada (art. 6º, § 3º, da LICC e arts. 467 e ss. do CPC); o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF c/c art. 6º, § 2º, da LICC); o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF). A esses acrescenta-se: a fundamentação da

sentença (art. 458, II, do CPC e arts. 381, 386 e 387 do CPP), o livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC) e a obrigatoriedade de proferir julgamentos (art. 126 do CPC).

Todavia, quando se parte para uma perspectiva empírica, detecta-se que inúmeros fatores interferem à construção de uma certeza jurídica, como é o caso dos problemas provenientes da interpretação dos textos legais, como são evidenciados por meio dos estudos de lingüística jurídica. Para abordar a questão da certeza jurídica, reportamo-nos à aplicação do art. 267, III, do Código de Processo Civil, como possível fundamento da extinção dos processos de execução.

#### *4. A diversidade de decisões judiciais na aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro. Questionando a certeza jurídica*

Com esse ponto, pretendemos enfatizar que, na prática judicial, juízes diferentes proferem decisões diferentes para casos análogos. Assim é porque o próprio direito estatal deixa aos intérpretes e aplicadores a função de decidir, ao que se chama “situação de tomada de decisão” ou, simplesmente, “situação de decisão”.

Diante da situação de decisão, outra saída não há que a construção subjetiva do intérprete ou aplicador, porém baseada em argumentação plausível. Essa é a exigência: uma argumentação convincente e não o reconhecimento de direitos preestabelecidos pelo Estado. Essa subjetividade, todavia, não se confunde com arbítrio, decisão baseada em mera especulação de opinião pessoal, como se dá com o “achismo”.

Numa pesquisa empírica, levantamos dados sobre o andamento de processos de execução de títulos de crédito; foram cadastrados 300 processos já arquivados em três varas cíveis da capital de Pernambuco. Confrontados os dados, verificaram-se divergências na aplicação de diversos dispositivos processuais. Entre elas, limitar-nos-emos à questão da extinção do processo de execução.

A constatação de que, mesmo quando se trata de definir questões processuais corriqueiras, há a interferência de um poder de escolha entre alternativas na tomada de decisão reporta-nos ao tema da certeza do direito.

A questão fática é: cabe ou não extinguir um processo de execução baseado no abandono da causa pelo autor, nos termos do art. 267, III, do CPC<sup>21</sup>? Fique evidente que não comporta discutir se há a decisão correta; preocupa-nos verificar que essa situação processual não é um *hard case* (caso difícil), contudo comporta decisões distintas. Mais intrigante foi detectar que um mesmo magistrado extinguiu um processo aplicando o art. 267, III, do CPC e, noutra ação de execução, sentenciou proferindo a inadmissibilidade da extinção do processo de execução pelo abandono da parte autora, quando citou o art. 794 desse mesmo diploma legal. Não se trata de discriminar mudanças de opiniões nos magistrados, mas é de se estranhar que um mesmo juiz aplique o art. 267, III, do CPC, meses depois recorra ao art. 794, do CPC, mais tarde retorne a utilizar o 267, III, depois o 794, e assim sucessivamente.

A situação concreta foi: de um lado sustenta-se a impossibilidade de extinção do processo de execução com base no art. 267, III, do CPC, fundamentando seu ponto de vista no art. 794 do mesmo diploma legal, o qual dispõe, taxativamente, as formas admitidas para a extinção do processo de execução; outra tese defende a admissibilidade da extinção da execução pelo abandono da parte autora, fundamentando-se no art. 598 do CPC: “aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”. A diferença está em que: enquanto o primeiro interpreta restritivamente o artigo 794 do CPC, o outro o interpreta extensivamente.

Quanto à sistemática do Código de Processo Civil, tanto o artigo 598 como o 794 pertencem ao Livro II, “Do Processo de Execução”, do mesmo diploma legal; porém, o art. 598 está no Título I, “Da Execução em

Geral”, Capítulo V, “Das Disposições Gerais”; e o art. 794, no Título VI, “Da Suspensão e da Extinção do Processo de Execução”, Capítulo II, “Da Extinção”.

Avançando as alegações: no primeiro caso, o magistrado afirma que o dispositivo legal 794 do CPC é específico do processo de execução; assim, não há como detectar outra forma de extinção desses processos senão aquelas previstas neste artigo; na prática, o processo deve simplesmente ficar encostado. No segundo caso, o juiz defende sua posição com base no fato de que se deve tomar a precaução de intimar o autor por três vezes seguidas, inicialmente intimando-o para dar andamento ao processo; na segunda, além desse conteúdo, acrescentando-se “sob pena de extinção. Prazo 5 dias”; e a terceira, nos mesmos moldes da segunda, porém diminuindo o prazo para 48 horas. Após o que outra providência não resta se não lançar mão do art. 267, III, situação não prevista no art. 794, todavia aplicando o previsto no art. 598<sup>22</sup>.

Não é nosso objetivo apontar qual dos dois detém a melhor posição, se é que esta existe, antes preocupa-nos evidenciar a possibilidade de uma mesma situação processual comportar mais de uma solução. Isso nos leva a duvidar não só da abertura cognitiva, como do próprio fechamento estrutural do sistema jurídico, como divulga a visão funcional-estruturalista<sup>23</sup> de Luhmann, ao sustentar a estrutura fechada e a abertura cognitiva do sistema jurídico<sup>24</sup>. É essa abertura que se pretende enfatizar aqui.

Esse sistema, por meio de sua estrutura normativa – “limitação das relações admitidas no sistema”<sup>25</sup> –, seleciona elementos da complexidade social – infinidade de alternativas oferecidas pelo mundo social – quando reduz os argumentos admissíveis ao âmbito do direito. Todavia, essa redução, conforme pesquisado empiricamente, não é suficiente para eliminar escolhas entre as alternativas de qual norma aplicar.

Pode-se atribuir essa falta de fechamento à falta de identidade do sistema jurídico,

a qual é função da dogmática jurídica<sup>26</sup>. Contudo, depositar tal grau de confiança na redução do direito ao direito estatal não esgota as vias de manifestação jurídica, inclusive porque abertura cognitiva implica aceitar diversidade entre interpretações e, conseqüentemente, de decisões judiciais. No entanto, tratando da indeterminação do conteúdo das normas jurídicas, Luhmann afirma que os juristas sempre encontram um modo de determinar-lhes um conteúdo<sup>27</sup>. Assim, esse autor aponta como função do sistema jurídico a de redução da complexidade social e defende que a certeza do direito não está na forma como a decisão foi alcançada, qual seu conteúdo, mas em não haver dúvida de que uma decisão será tomada.

O que legitima a aplicação do direito estatal - faz com que as pessoas acatem a decisão final - não é a decisão em si, mas o processo decisório, o procedimento, e, assim, a preocupação não é formar um consenso entre as partes, mas imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis<sup>28</sup>.

É quando nos reportamos ao tema da segurança social para tratar da necessidade de se ampliar as fontes cognitivas dos agentes jurídicos, entendendo que, assim, não se trata de “flexibilizar as leis”, mas de trabalhar mecanismos à formação de maior convicção ao se tomar decisões. Referimo-nos ao tema da verdade real *versus* a verdade processual.

### *5. O princípio da verdade processual, reflexões em torno da segurança social*

Não ampliaremos a discussão ao ponto de trazer à tona o problema de qual o conteúdo do termo *verdade*. Não nos deteremos, aqui, em verificar se há que se falar em verdade jurídica ou se, no direito estatal, apenas cabe falar em validade dos preceitos legais<sup>29</sup>. Interessa-nos evidenciar que, mesmo limitada aos autos processuais dos casos concretos, a atividade cognitiva dos magistrados não se restringe aos textos legais – tais como as normas jurídicas, as doutrinas e as jurisprudências.

Não há como ignorar a impossibilidade empírica de o magistrado conhecer todas as nuances envolvidas nos casos concretos, nem como tecer as minúcias de cada um desses casos. Não só devido à falta de tempo – ante os inúmeros processos judiciais – e ao fator espaço – impossibilidade física de estar em todo lugar, onipresença –, incluem-se também fatores como a filtragem de informações realizada deliberadamente pelas partes processuais. É o que ocorre diante da impossibilidade de se aferir se a testemunha está dizendo a verdade – no sentido de exprimir o que realmente vivenciou – ou se se trata de uma falsidade deliberada, como em Hannah Arendt<sup>30</sup>; essas situações levam os magistrados a inferências baseadas em experiências passadas, prejudgando, pois nem sempre há como detectar se o depoimento está baseado em preparos prévios da testemunha, cujos ensaios tanto servem para definir o que dizer e o que omitir, quanto para formular a criação de dados fáticos.

Não se pode deixar de considerar a experiência cotidiana, o senso comum teórico dos juristas<sup>31</sup>, como elaboradores de uma visão de mundo jurídico diversa das prescrições normativas, principalmente ao conduzirem à construção de modelos de perguntas às testemunhas e às partes processuais (depoimentos pessoais), ou seja, elaboram-se perguntas cujas respostas ensejam deduções e julgamentos pré-concebidos. Há, inclusive, a orientação, ao advogado, para não fazer perguntas cuja resposta lhe seja imprevisível. Esses fatores, muitas vezes ignorados pelo senso comum, levam à indignação daquele que assiste à total deturpação dos fatos sem ter como se defender, o que resulta, muitas vezes, nas acusações de os magistrados julgarem injustamente. É o tipo de acusação proveniente antes da falta de conhecimento de como funciona o processo judicial que de uma insatisfação de interesses pessoais. Convém, então, admitir a dificuldade de explicar e convencer diversas pessoas do porquê de seu caso concreto ter sido julgado improcedente, enquanto seu

vizinho ou colega de trabalho, em caso semelhante, teve sentença favorável.

Entre os institutos jurídicos à limitação do conhecimento dos magistrados no exercício da profissão jurisdicional, tem-se: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”, art. 2º do CPC; “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, art. 128, CPC.

Dai o chavão dogmático: “aos magistrados compete conhecer fatos e reconhecer direitos”<sup>32</sup>; em oposição àqueles que defendem a interferência de uma dimensão política nas decisões judiciais, quando “a interpretação das leis, como é pacificamente aceito, não é mais uma atividade apenas de reconhecimento, mas é sempre o fruto de uma escolha prática referente às alternativas das hipóteses interpretativas. E esta escolha, mais ou menos opinável segundo o grau de indeterminação das previsões legais, recorre-se inevitavelmente ao exercício de um poder na denotação ou qualificação jurídica dos fatos jurídicos”<sup>33</sup>.

Uma conclusão sustentável é que o processo judicial é um jogo em que não interessa trazer à tona a verdade real, elucidar as questões fáticas, esclarecer a situação tal qual ocorreu; antes, a moral jurídica, em pauta na ideologia jurídica dominante, repousa em proteger os interesses do cliente, não importando como, nem os meios utilizados. Isto é, saliente-se, reflexo da expectativa dos clientes, na qual o bom advogado é aquele que consegue livrá-los das acusações, das suspeitas, pouco interessando-lhes por meio de que recurso for.

Por essa referência: quanto maior o grau de marginalidade, o ato corrupto, quanto mais grave, ilegalmente falando, e mais envolvido criminalmente estiver o cliente, maior o mérito da defesa quando se consegue a absolvição. Esse é o ambiente do sistema jurídico em que se desenvolvem as vias de argumentação, as diversas possibilidades de interpretações, ensejando escolhas,

entre as variadas alternativas legais, de qual artigo lançar mão, em qual norma basear a tese que se pretende sustentar. Note-se que não incluímos os meios fraudulentos, como a corrupção, antes limitamo-nos aos institutos legais preestabelecidos pelas normas estatais.

Esse ambiente não se confunde com o princípio processual da ampla defesa. Espantoso é reconhecer que essa ideologia não está em baixa, antes vem tomando uma dimensão incomensurável, principalmente com a globalização, processo que vem demonstrando alto grau de disjunção, afastamento, dissociação social, porque reduz aqueles que estão qualificados à sobrevivência nessa nova forma de concorrência econômica, o que não deixa de interferir no funcionamento do mundo jurídico.

Não se pense, inocentemente, que sempre se recorre à dimensão jurídica paraestatal – paralela, à margem do direito estatal – nem que esta significa apenas lançar mão de meios ilegais. Da forma como a organização jurídica estatal está funcionando, até para agir licitamente, é indispensável recorrer ao direito inoficial (ou paraestatal), como ocorre quando o advogado se dirige ao foro para conseguir que o andamento de seu processo tenha os prazos processuais legalmente cumpridos, pois, se deixar ao impulso oficial, provavelmente, jamais o processo sofrerá continuidade no andamento.

Não se pense, também, elaborar uma formulação niilista ao problema. Há perspectiva de mudanças e aposta-se nela, principalmente quando se assiste aos vários agentes jurídicos (advogados, promotores, procuradores, magistrados) revisitando conceitos dogmáticos e agindo em oposição à forma acima exposta de trabalhar juridicamente.

Por meio da perspectiva empírica da prática forense, evidencia-se que os advogados, p. ex., funcionam como filtros ao efetuar cortes nos dados a serem revelados no processo, quando não são os próprios clientes quem omitem dados. A elaboração das petições envolve a indispensável necessidade de enfocar aqueles elementos considerados relevantes à defesa dos clientes e



excluir os entendidos como irrelevantes, ou que possam vir a comprometer sua argumentação pró-defesa do cliente. Elaboram-se e ingressam-se recursos processuais para ganhar tempo, mesmo convictos de que um dia, após alguns anos, seu cliente arcará, p. ex., com o pagamento da dívida, se processo civil, ou “esfria-se o clamor social”, quando se trata de processo crime. Nesse cálculo de ação, não entra a preocupação em elucidar os fatos, trazer à tona uma possível verdade real, antes, equacionam-se as estratégias preocupados em excluir o cliente das implicações legais, ou seja, de sua inclusão no rol dos juridicamente qualificados por criminosos.

Curioso é perceber que isso é acordado e aplaudido entre os juristas, cujo respeito é conquistado quanto melhor aprendem a manipular o “jogo” jurídico. Aqueles que resolvem agir em busca de elucidar a verdade dos fatos tendem a ser rotulados de incompetentes, despreparados, quando muito, inocentes. Se é que se pode falar em uma verdade fática.

Nesse jogo, o povo clama o aumento de penalidade, a inclusão da pena de morte para todo e qualquer brasileiro e não só para militares. Trata-se do senso comum de o aumento da violência legalmente institucionalizada servir para conter a violência privada, ignorando-se, assim, os fatores reais que provocam as atitudes violentas.

Dessa forma, pode-se dizer que os agentes jurídicos estão inseridos num sistema em que, para funcionar segundo seus padrões, a única fórmula é limitá-los a conhecer a “verdade” processual e não a “verdade” real, situação que muitas vezes não é compreendida pelos leigos.

Entendendo por verdade processual os elementos que formam os autos do processo judicial e por verdade real os fatos sociais, defrontamo-nos com um dilema e uma dificuldade. O dilema é como aproximar o sistema jurídico da vida social, ou seja, como evitar que o direito estatal se limite a servir ao formalismo, à burocracia que obstaculiza, ao invés de garantir, direitos.

Não se trata, fique evidente, de apelo ao discurso exaltador de sentimentalismo, o qual deixa ao arbítrio dos julgadores o conteúdo da decisão, antes a proposta é revisitar o direito escrito, as leituras dogmáticas e, fazendo uso das normas jurídicas estatais, pensar o direito, e não limitar-se a repetir, reproduzir noções jurídicas pré-fabricadas. Ora, se os magistrados estão, pelos arts. 128 c/c 460, ambos do CPC, limitados ao requerido pelas partes, também lhes compete a livre apreciação das provas (art. 131 do CPC), além do poder para, de ofício, determinar provas que entendam necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC). O conteúdo desses artigos do Código de Processo Civil é ambíguo, comporta mais de uma interpretação. Conforme seja a visão de mundo jurídico do jurista, a aplicação desses dispositivos legais diverge.

A leitura da expressão *livre apreciação das provas* tem apenas aparência de restrição ao constante nos autos, pois o art. 131 contém a frase: “ainda que não alegado pelas partes”. Quem, então estabelece o conteúdo para essa frase quando se parte para uma interpretação sistêmica do referido diploma legal? Por que aceitar “religiosamente” as leituras tradicionais desses textos legais, o que impede que sejam revisitados?

A pretensão não é de lançar o eterno retorno ao direito natural, fique evidenciado, antes se trata de trabalhar o funcionamento do direito estatal. A dificuldade é convencer os juristas que suas decisões serão mais seguras quanto mais ampliarem as fontes de conhecimento, como pretende Cláudio Souto ao propor a inclusão de dados científicos, oriundos da observação controlada dos fatos, como elementos à formação da livre convicção do juiz<sup>34</sup>.

Para uma argumentação ser vista como jurídica, exige-se seja fundamentada numa norma jurídica estatal; assim, uma demanda judicial deve conter um fundamento normativo<sup>35</sup> para o direito pleiteado ser reconhecido (art. 282, III, CPC). Contudo, a sentença judicial, para ser válida, tem por requisito

sua fundamentação num dispositivo legal estatal (art. 458, II, CPC). Isso reforça a leitura do art. 131 em favor da livre apreciação da prova.

Parece que, nessa hora, a visão dogmática ignora as influências sofridas pelos juristas no processo de inteligência. A busca de compreender o conteúdo dos textos – tanto o das normas estatais, como o dos autos processuais, das petições e das atas de audiências, dos depoimentos reduzidos a termo pelo escrivão, após ditado do juiz – envolve interpretação, o que impõe estudos constantes ao aprofundamento de seu conteúdo e refletidos, voltados à perspectiva crítica, postura de dúvida.

Quando dissemos que a visão dos operadores jurídicos não se limita aos preceitos legais, não nos referimos à idéia de que cada caso é um caso porque elementos peculiares a cada situação fática social os distinguem; antes a pretensão é verificar que o ato de interpretação comporta uma análise dos fatos, da situação, das circunstâncias do caso. Trata-se de enfatizar a perspectiva empírica, alguns elementos da prática forense. Não se pode negar que o direito estatal serve de redutor da complexidade social, o que se constata pelo fato, p. ex., de existirem modelos de petições iniciais, de contestação, como há modelos de despachos iniciais e de sentenças, ou seja, juridicamente vários casos concretos são tratados como semelhantes.

### 6. *Enfim*

Não há, entretanto, que se falar em certeza do direito, pois nem mesmo os juristas, educados para conhecer o direito estatal, conhecem todas as normas jurídicas vigentes, muito menos têm decifrados seus conteúdos. A segurança que a sociedade pode ter não provém, portanto, das previsões normativas, antes repousa – se é que se pode falar em segurança social obtida por meio do direito estatal – na forma como funciona o aparelho jurídico, a organização chamada Poder Judiciário. É desta última que provém a

construção da estabilização de expectativas de comportamento e de guia de comportamento<sup>36</sup>.

Enfim, fica evidenciado que o conhecimento capaz de conduzir os agentes jurídicos às suas decisões não se esgota nas normas jurídicas. A restrição dos elementos a serem conhecidos pelo magistrado, ao constante nos autos, não impede uma leitura desses textos guiada pelo “norte” teórico com que trabalha esse agente jurídico. Sobejam, então, elementos lícitos à busca da verdade real, não só no Código de Processo Civil como também no Código de Processo Penal, devido à previsão da iniciativa, de ofício, de se mandar produzir provas sob alegação da formação da livre convicção. Contudo, não há como evitar a filtragem de informações realizada pelas partes processuais, mas há como reduzir a supremacia da ideologia dominante, desde que se passe a assumir a responsabilidade pela decisão, em detrimento do discurso em favor da omissão, quando se transfere às normas jurídicas tal responsabilidade.

### *Bibliografia*

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Mestre Jou, 1984. p. 123-125: Certeza.
- ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade, no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- ANDRADE, Vera de. *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado: 1997.
- ANDRADE, Vera de. *Dogmática jurídica : esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado: 1996.
- ARENDRT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo : Perspectiva, 1992.
- BIROU, Alain. *Dicionário das Ciências Sociais*. Lisboa : Dom Quixote, 1982. p. 367-368: Segurança.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico : lições de filosofia do Direito*. São Paulo : Ícone, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 20, p.81-91, 1943.
- .
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione : teoria del garantismo penale*. Roma;Bari : Laterza, 1996.

- FERRAS JR., Tércio S. Existe um espaço, no saber atual, para uma teoria crítica?. In: PLASTINO, Carlos Alberto (org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro : Graal, 1984.
- GIORGI, Raffaele di, LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. Milano : Franco Angeli, 1995.
- GOFFMAN, Ervin. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis : Vozes, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Il rituale dell'interazione*. Bologna : Il Mulino, 1988.
- HABERMAS, Jürgen: *Teoria de la acción comunicativa : racionalidad de la acción y racionalización social*. Buenos Aires : Taurus, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre : Fabris, 1986.
- LOSANO, Mário. *Teoria pura del Derecho : evolución e puntos cruciales* : Santa Fé de Bogotá : Temis, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980.
- \_\_\_\_\_. *La differenziazione del Diritto* : contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto. Bologna : Il Mulino, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Sistemi sociali* : fondamenti di una teoria generale : Bologna : Il Mulino, 1990.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do pluralismo jurídico à misselânia 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, v. 6. p. 313, 357, 1993.
- OLIVEIRA, Juares de. *Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- LOPES DE OÑATE, Flávio. *La Certeza del Derecho*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito, para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- ROSS, Alf. *Critica del Diritto e analisi del linguaggio*. Bologna : Il Mulino, 1982.
- SOUTO, Cláudio. Direito alternativo : em busca de uma teoria sociológica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v.1, n. 1, jun. 1997.
- \_\_\_\_\_. Pós-modernidade científica e Ciência do Direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v.1, n. 2, nov. 1997.
- \_\_\_\_\_. *Ciência e ética no Direito* : uma alternativa de modernidade. Porto Alegre : SAFE, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Tempo de Direito alternativo*: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A explicação sociológica* : uma introdução à sociologia. São Paulo : EPU, 1985.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência* : um enfoque filosófico-jurídico : súmulas vinculantes, Direito alternativo, auctoritas ou potestas?. São Paulo : LTR, 1996.
- TREVES, Renato. *Sociologia del Diritto* : origini, ricerche, problemi. Torino : Einaudi, 1993.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 20-28.
- WARAT, Luiz Alberto. *O senso comum teórico dos juristas* : introdução crítica ao Direito. Brasília : UnB, 1993. p. 101-104. Série direito Achado na Rua, v. 1.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito* : interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre : Fabris, 1994.
- WEBER, Max. *Economia y sociedade*. México : Fondo de Cultura Económica, 1996.

### Notas

<sup>1</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo : Mestre Jou, 1984. p. 123-125: Certeza.

<sup>2</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência* : um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo : LTR, 1996. p. 27-30. Capa : Súmulas vinculantes, Direito alternativo, auctoritas ou potestas?.

<sup>3</sup> BIROU, Alain. *Dicionário das Ciências Sociais*. Lisboa : Dom Quixote, 1982. p. 367-368 : Segurança.

<sup>4</sup> Ibid. p. 367.

<sup>5</sup> ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade, no rastro do pensamento de Hanna Arendt*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 53, 76; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* : lições de filosofia do Direito. São Paulo : Ícone, 1995. p. 19.

<sup>6</sup> SOUZA, op. cit., p. 25-27, nota 2.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali* : fondamenti di una teoria generale. Bologna : Il Mulino, 1990. p. 17-32; DI GIORGI, Raffaele. LUHMANN, Niklas. *Teoria della Società*. Milano : Franco Angeli, 1995. p. 21.

<sup>8</sup> CARNELUTTI, Francesco. La certeza del Diritto. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 20, p. 81-91, 1943. LOPES DE OÑATE, Flávio. *La Certeza del Diritto*. Roma : Gismondi, 1942. p. 5-8, cujo prefácio, de Giuseppe Capograssi, confronta a visão de Oñate com a de Carnelutti. Há uma versão espanhola: *la certeza del derecho*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. Nesta versão há um prólogo de Eduardo J. Couture, no qual este autor afirma que a certeza absoluta do direito nunca ocorrerá e fala em “promessa de certeza”, além do vínculo da certeza a uma necessidade de educação do povo para eleger e vigiar seus governantes, aos quais é imprescindível gozarem de virtude para elaborarem as leis.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, op. cit.

<sup>10</sup> FERRAS JR., Tércio S. *Existe um espaço, no saber atual, para uma teoria crítica?* crítica do Direito e do Estado. Rio de Janeiro : Graal, 1984. p. 9.

<sup>11</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México : Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 667.

<sup>12</sup> ADEODATO, op. cit., p. 54-55, nota 5.

<sup>13</sup> ANDRADE, Vera de. A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 32-33; *Dogmática jurídica*: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996. p. 77-80.

<sup>14</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 69-72, nota 10.

<sup>15</sup> LUHMANN, *La differenziazione del Diritto* : contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto. Bologna : Il Mulino, 1990. p. 40; DI GIORGI, LUHMANN. op. cit., p. 13, nota 7.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito, para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 3-7 e 16-18.

<sup>17</sup> ROSS, Alf. *Critica del Diritto e analisi del linguaggio*. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 137-158.

<sup>18</sup> WEBER, op. cit., p. 5, 18-20, nota 11.

<sup>19</sup> Ibid. p. 20-22.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa* : racionalidad de la acción y racionalización social. Buenos Aires : Taurus, 1989. GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis : Vozes, 1995. passim. Id. *Il rituale dell'interazione*. Bologna : Il Mulino, 1988. p. 7-57.

<sup>21</sup> Este artigo pertence ao Código de Processo Civil, Livro I, "Do Processo de Conhecimento", Título VI, "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo", Capítulo III, "Da Extinção do Processo". Seu conteúdo é: "Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias".

<sup>22</sup> "Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento." (art. 598, do CPC)

<sup>23</sup> TREVES, Renato. *Sociologia del Diritto*. Origini, ricerche, problemi. Torino : Einaudi, 1993. p. 308-312. SOUTO, Cláudio. *A explicação sociológica* : uma introdução à sociologia. São Paulo : EPU, 1985. p. 18-19.

<sup>24</sup> DI GIORGI, LUHAMNN. op. cit., p. 25, nota 7.

<sup>25</sup> LUHMANN, op. cit., p. 450, nota 7.

<sup>26</sup> NEVES, Marcelo. "Do pluralismo jurídico à misselânea 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, v. 6, p. 313, 357, 1993.

<sup>27</sup> LUHMANN, op. cit., p. 94, nota 7.

<sup>28</sup> Id. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980. p. 4, 53-54.

<sup>29</sup> ARENDT. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo : Perspectiva, 1992. p. 308.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione* : teoria del garantismo penale. Roma-Bari : Laterza, 1996. p. 8-10.

<sup>31</sup> Ibid., p. 11. "L'interpretazione della legge, come è ormai pacificamente acquisito, non è mai un'attività solamente ricognitiva, ma è sempre il frutto di una scelta pratica rispetto ad ipotesi interpretative algrado d'indeterminatezza della previsione legale, si rivolge inevitabilmente nell'esercizio di un potere nella denotazione o qualificazione giuridica dei fatti giudicati".

<sup>32</sup> SOUTO. *Tempo de Direito alternativo* : uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 10, 32, 41 e 81; Id. *Ciência e ética no Direito* : uma alternativa de modernidade. Porto Alegre : SAFE, 1992. p. 49, 71; Id. Pós-modernidade científica e Ciência do Direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 1, n. 2, p.107-123, nov. 1997; Id. *Direito Alternativo* : em busca de uma teoria sociológica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 1, n. 1, jun. 1997. p. 16-73.

<sup>33</sup> São de se destacar as seguintes jurisprudências sobre este assunto: "A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes" (STJ. 4ª Turma. Ag 5.540-MG-AgRg. DJU, 11 mar. 1991; "Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal" (STJ. 4ª Turma. Resp 7.958-0, SP. DJU, p. 1.687, 15 fev. 1993).

<sup>34</sup> LUHMANN, op. cit., p. 40, nota 7.