

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1999 • BRASÍLIA • ANO 36 • Nº 142



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

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 142

abril/junho – 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, Dalcilene Rocha da Silva Furtado e Roberta Negromonte Vasconcelos

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

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: João Emílio Caram Rohlf, Lizandra Nunes M. da Costa e Maria Helena Neves de Moraes

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 142 · abril/junho · 1999

Arnaldo Moraes Godoy	Notas sobre o Direito Tributário na Grécia Clássica 5
Gerson dos Santos Sicca	A proteção da propriedade intelectual dos programas de computador 9
Frank Larrúbia Shih	Planos e seguros privados de assistência à saúde: inconstitucionalidades da Lei nº 9.656/98 17
Maria da Penha Gomes Fontinele	Anotações à lei nº 9.800/99 (que permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais) 23
Carlos Fernando Mathias de Souza	Direito de integração, internacionalização da justiça e duas palavras sobre o Mercosul 27
Gilberto Bercovici	A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro 35
Jete Jane Fiorati	Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt 53
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva	Processo de execução por quantia certa 65
Leonardo Henrique M. M. Oliveira	As Instituições Financeiras no Direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva 75
Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas e Carlos Maria Gambaro	Questões controvertidas: da resistência e da desobediência em face do flagrante delito facultativo e do favorecimento pessoal na prisão em domicílio 85
Yuri Grossi Magadan e Danilo Alejandro Mognoni Costalunga	Limites ao exercício da advocacia por juízes leigos dos Juizados Especiais – ensaio de uma interpretação do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95 99
Carlos Antonio de Almeida Melo	Algumas questões objetivas sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade 111
Marlon Alberto Weichert	A pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora no mandado de segurança 121

Maria Coeli Simões Pires	Autonomia municipal no Estado brasileiro 143
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes	Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado 167
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	Limitação dos mandatos legislativos: uma nova versão do contrato social 191
Jairo Gilberto Schäfer	As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul 207
Carlos Eduardo Caputo Bastos e Gustavo Henrique Caputo Bastos	Os modelos de integração europeia e do Mercosul: exame das formas de produção e incorporação normativa 221
José Matias Pereira	Repensando a administração pública: o futuro do Estado de bem-estar 239
Maurinho Luiz dos Santos et ali.	Contribuição de melhoria: o desuso de um tributo justo para os municípios 251
Luiz Olavo Baptista	Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro 267
Anna Candida da Cunha Ferraz	Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade 279
Luiz Fernando de Mello Perezino	Crédito extraordinário: discussão sobre tramitação e forma de operacionalização 297
Joaquim B. Barbosa Gomes	Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade 307
Mônica Jacqueline Sifuentes	O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas 325
Angela Cristina Pelicioli	A impossibilidade da terceirização da cobrança da dívida ativa 341
Roberto Amaral	Civilização e barbárie (ou ensaio sobre a nova ordem mundial) 347

Notas sobre o Direito Tributário na Grécia Clássica

Arnaldo Moraes Godoy

Sumário

1. Introdução. 2. Da necessidade de recursos. 3. Das exações fiscais. 4. A Administração Tributária. 5. Conclusões.

1. Introdução

Os gregos desconheciam categorias contemporâneas de Direito Tributário, não alcançavam as idéias de tributo, de obrigação tributária, de crédito tributário, de lançamento, de compensação. Conquanto gerissem intuitivamente a máquina tributária, não havia distinção precisa entre imposto, taxa, contribuição, não obstante percebam-se receitas originárias e derivadas, como veremos.

Tão-somente pode-se imputar aos romanos um ensaio de técnica de tributação, a propósito de impostos diretos como a *capitatio* e a *lustralis conlatio* e indiretos, esses últimos inúmeros, incidindo sobre minas, sal, operações aduaneiras, além de bizarras imposições, sobre janelas e ar (*vectigal aerum*), portas (*ostiarum*), colunas (*columnarium*), telhas, chaminés, fumaças, mictórios, cloacas.

Essa suposta ausência de base teórica dos gregos (em matéria tributária) é um pouco paradoxal. Embora tenham os gregos lançado as bases da política, da democracia, da filosofia, do teatro, da retórica, seu gênio abstrato não alcançou formulações tributárias mais precisas. Mas as cidades-estado lançaram e cobraram as mais variadas

Arnaldo Moraes Godoy é Procurador da Fazenda Nacional, especialista em Filosofia pela Uel – Londrina, cursou o Internacional Business Program da Universidade de Miami – FLA – USA e é mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

exações e, tomando-se Atenas como paradigma (dada uma relativa copiosidade de fontes indiretas), tem-se um panorama do Direito Tributário da Grécia Clássica. É esse o escopo do presente artigo.

2. Da necessidade de recursos

Atenas precisava alocar recursos para pagar o pessoal civil, as inúmeras obras públicas, o Exército, os cultos, as festas, a assistência aos necessitados. Um quase permanente estado de guerra, sobretudo no período de maior penetração comercial nos mares Jônio e Egeu, exigia grandes somas em face de tantas despesas extraordinárias.

Os cofres públicos estipendiavam os participantes das Assembléias, os membros dos tribunais, os custos do Areópago, do Tribunal dos Éfetos, dos Heliastas, esse último mais popular e democrático, com membros sorteados entre os cidadãos. Havia também gastos com embaixadores, escribas, policiais, escravos do Estado. Há quem tenha afirmado que, no tempo de Péricles, havia mais de dez mil funcionários públicos. O domínio dos mares exigia uma frota permanente, além de exército estável, que, portanto, consumia também em tempos de paz. O patriotismo da vida pública fomentava cultos, procissões, certames, concursos, competições dramáticas, disputas musicais, torneios atléticos. O poder público subvençãoava os necessitados, distribuindo entradas para as peças teatrais, o chamado ingresso *teórico*. Gastava-se com caridade, os órfãos viviam do Estado. Gastava-se com obras portentosas, a exemplo do Partenon, símbolo mais acabado da superioridade ática. Pagavam-se indenizações: *misthoí* (prestação única) e *katástasis* (de trato sucessivo). Pagavam-se também os *Epístatai tôn demosíon érgon*, fiscais que supervisionavam os trabalhos públicos.

3. Das exações fiscais

Atenas tinha receitas originárias (que não eram impositivas) na qualidade de sujeito

de direito privado, a propósito das receitas das minas de prata, a exemplo da mina de Láurion, pródiga nos tempos de Temístocles.

No que tange às receitas derivadas, uma alíquota de 2 % *ad valorem* incidia sobre importações e exportações, à guisa de direitos portuários (*elliménion*). O desfavorecimento da exportação aponta para negação empírica da extrafiscalidade. Já não se diz o mesmo da parafiscalidade, em virtude de valores arrecadados com custas judiciais, multas, emolumentos. O confisco de bens era penalidade acessória que oxigenava as contas públicas.

Os aliados de Atenas pagavam um tributo (*phóros*) com alíquotas e base de cálculo que variavam na razão da riqueza do sujeito passivo. O resultado era depositado no templo de Apolo, em Delfos, cujas ruínas atestam a opulência do poderio ateniense.

Os cidadãos contribuía para a manutenção do Estado, mediante doações voluntárias (*epidóseis*), cuja natureza não se afina ao conceito de tributo, de nosso sistema, como consignado no artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Havia também as liturgias (*leitourgíai*) pelas quais o Estado transferia aos particulares o ônus da manutenção das cerimônias cívicas e religiosas. Assim, temos a corégia (*chorégia*), a ginasiarquia (*gymnasiarchía*), a hestíase (*hestíasis*) e a trierarquia (*trierarchía*). A primeira custeava os festivais dramáticos, a segunda, as corridas com tochas dos jogos panatenéios, a terceira, os banquetes religiosos e a última, a equipagem das tirremes.

Durante a guerra, um imposto especial incidia sobre o capital (*eisphorá*), fixado pelos estrategos, que tinham competência em assuntos bélicos.

4. A Administração Tributária

Os *helenótamos* recebiam os tributos dos aliados, quando pagos atempadamente. O atraso suscitava a ação dos coletores (*eklogéis*), que eram acompanhados por

soldados. Os poletas (*poletai*) eram autorizados a arrendar os bens públicos, adjudicando os valores pagos pelos rendeiros (*élonai*).

As multas eram recebidas pelos prótores (*prátores*). Os apodectas (*apódekai*) liquidavam os empenhos, pagando aos credores do Estado.

O tesouro arrecadado era depositado no Partenon. No século IV, os atenienses tinham um supervisor geral de finanças, o *ho epítê deoikései*.

5. Conclusões

Aparentemente não há racionalidade no modelo tributário helênico, que não alcançou objetivamente patrimônio, renda, serviços. Verifica-se uma prática intuitiva. Não há gritantes problemas de aceitação (exceto nas imposições de guerra, bem entendido), o que indica provável sintonia entre arrecadação e despesa, embora convém que se lembre tratar-se de uma sociedade escravocrata. Mesmo na época dos tiranos (cujo conceito diverge do sentido moderno da expressão), não há claras referências a resistências a tributação excessiva. O equilíbrio contábil entre entrada e saída parece informar à essência do modelo tributário ateniense. E, a adotarmos uma posição ciceroniana (*historia magistra vita est*), esse equilíbrio faz as vezes de lição da história, um exemplo a ser seguido.

Bibliografia

- Carey, Christopher, *Trials from Classical Athens*, Routledge, London e N. York, 1997.
- Cohen, David, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge University Press, New York, 1995.
- Croiset, Maurice, *La Civilisation de La Grèce Antique*, Payot e Rivages, Paris, 1994.
- Faure, Paul, *La vita quotidiana nelle colonie greche*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1995.
- Foxhall, L. e Lewis A.D.E (Ed.), *Greek Law in its Political Setting*, Clarendon Press, N. York, 1995.
- Gagarin, Michael, *Early Greek Law*, University of California Press, Berkeley e Los Angeles, 1989.
- Gernet, Lovis, *Droit et Institutions en Grèce Antique*, Flammarion, Paris, 1982.
- Giordani, Mário Curtis, *História da Grécia*, Vozes, Petrópolis, 1992.
- Glitz, Gustave, *La cité Grecque*, Albin Michel, Paris, s.d.
- Heródoto, *História*, W. M. Jackson, Rio de Janeiro, 1964.
- Jardé, A., *La Grèce Antique et la vie grecque*, Delagrave, Paris, s.d.
- Jaeger, Werner, *Demóstenes*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- Mac Dowell, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, Cornell University Press, Íthaca, 1995.
- Meira, Sílvio, *Direito Tributário Romano*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- Millet, Paul, *Lending and Borrowing in Ancient Athens*, Cambridge University Press, N. York, 1994.
- Mossé, Claude, *Les Institutions Grecques*, Armand Colin, Paris, 1996.
- Tucídides, *História da Guerra do Peloponeso*, Ed. da UNB, Brasília, 1987.

A proteção da propriedade intelectual dos programas de computador

Gerson dos Santos Sicca

Sumário

1. Os debates doutrinários acerca da proteção jurídica dos *softwares*. 1.1. Introdução. 1.2. Caracterização do *software*. 1.3. A proteção jurídica do programa de computador. 2. A proteção jurídica do *software* no Brasil. 2.1. Direitos Autorais e a Lei nº 7.646/87. 2.2. A Lei nº 9.609 e a nova regulamentação da propriedade intelectual dos programas de computador. 3. Considerações finais.

1. Os debates doutrinários acerca da proteção jurídica dos softwares

1.1. Introdução

A proteção jurídica do *software* é tema relativamente recente, demandando, em vista disso, uma grande necessidade de aprofundar sua análise. A importância econômica que o programa de computador adquiriu mostra a concorrência cada vez mais acirrada em torno da propriedade intelectual, fonte primordial de poder nos tempos atuais. Aliado a esse fato, nota-se a tendência à uniformização das legislações referentes à proteção do *software*, principalmente devido à pressão imposta pelos EUA, tendo nítido interesse de proteger o interesse de suas indústrias, garantindo a essas 1) um mercado uniformizado, dotado de uma certa previsibilidade, e 2) a supremacia no controle da fabricação de programas e manutenção do privilégio do saber científico.

Como se nota, o tema envolve as próprias possibilidades de desenvolvimento

Gerson dos Santos Sicca é Advogado. Mes-
trando em Instituições Jurídico-Políticas pela
UFSC. Professor da Universidade do Vale do
Itajaí (UNIVALI) e da Universidade do Sul de
Santa Catarina (UNISUL). Membro da Comis-
são de Direitos Humanos da OAB/SC.

econômico, trazendo à baila problemas relativos à abertura de mercado proposta atualmente.

1.2. A caracterização do software

Primeiramente, para que se possa configurar a proteção jurídica do programa de computador, é necessário compreender do que se trata. Para a Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI), segundo classificação criada em 1977, o *software* pode ser considerado em três categorias, a saber:

a) Programa de computador é o conjunto de instruções capaz, quando incorporado num veículo legível pela máquina, de fazer com que uma máquina, que disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado.

b) Descrição do programa é uma apresentação completa de um processo, expressa por palavras, esquemas ou de outro modo, suficientemente pormenorizada para determinar o conjunto de instruções que constitui o programa de computador correspondente.

c) Material de apoio é qualquer material, para além do programa de computador e da descrição do programa, preparado para ajudar a compreensão ou a aplicação de um programa de computador, como, por exemplo, as descrições dos e as instruções para usuários¹.

Já a Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, que trata da proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador, conceitua, no seu art. 1º, parágrafo único, o programa de computador:

“Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da infor-

mação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

A Lei nº 9.609/98, que dá nova regulamentação à propriedade intelectual dos programas de computador, manteve a mesma definição dada pela Lei nº 7.646/87.

Analisando as definições de “programa de computador” dadas pela OMPI e pela legislação brasileira, nota-se que, para a sua caracterização, é essencial um corpo de instruções dado à máquina para que realize determinada função e esteja contido em um suporte físico, seja qual for. De acordo com Gilberto Ulhoa Canto², dois aspectos caracterizam o *software*: um material, pois se incorpora em determinados suportes, e outro imaterial, visto ser o programa um trabalho de criação.

O programa parte de uma idéia base, denominada algoritmo, expressa pela combinação dos números 0 e 1³, e que por si só não caracteriza objeto de proteção jurídica, visto ser essencial para a realização de qualquer *software*. A proteção, evidentemente, para que tenha sentido, deve configurar criação nova, original.

Caracteriza-se o *software* por ser um bem imaterial⁴, não se caracterizando pelo seu suporte físico, mas pela combinação que gerou a aptidão para realizar determinada tarefa ou função, fruto de uma idéia original. No dizer de Ascensão, “o programa é uma coisa incorpórea enquadrada na categoria dos bens intelectuais”. Já para Adriana Camargo Rodrigues⁵, o *software* tem natureza híbrida devido à exigência de um suporte físico para as instruções dadas à máquina, sendo esse um problema de ordem extrínseca para o estudo da proteção jurídica do *software*. Importante ressaltar que, ao lado dessa questão mencionada pela autora, ele coloca como problema de ordem intrínseca a disparidade econômica entre os produtores de *software*, já que, por exemplo, a pirataria pode ser muito mais prejudicial

para uma pequena empresa do que para uma grande corporação do ramo da informática.

1.3. A proteção jurídica do programa de computador

A proteção jurídica do *software* tem sido buscada de diversas formas, sendo que a mais utilizada, como veremos adiante, é a da aplicação das normas atinentes aos direitos autorais.

Procurou-se garantir a proteção por meio da propriedade de idéias, o que, como afirma Ascensão, não é possível, tendo em vista que as idéias são patrimônio da humanidade e a exclusividade de idéias fere o princípio básico que estabelece a liberdade dessas. Além do mais, a idéia básica do programa é livre; no dizer do autor citado, “só a sua corporificação num programa mereceria tutela”⁶.

Outra tentativa de proteção, segundo Ascensão⁷, foi por meio da patente de invenção. Poderia o *software* ser enquadrado entre as patentes de processo, cumprindo ainda as exigências de originalidade e novidade. Todavia, o programa de computador não cumpriria o requisito da industriabilidade, isto é, o programa não é o próprio processo produtivo, que é realizado pela máquina e não por aquele.

Entretanto, embora a Convenção de Munique de 1973 tenha vedado o patenteamento de *softwares*, e, no caso brasileiro, a Lei nº 5.772/71, no seu art. 9º, e a Lei nº 9.279/96, no seu art. 10, não admitam as patentes de programas de computador, a jurisprudência estrangeira tem admitido a hipótese, como nos informa Marcelo Varella⁸. De acordo com esse autor, várias decisões dos Tribunais dos EUA reconhecem a patente de programas de computador, o que representa uma tentativa daquele país de proteger seus interesses. Além do mais, levanta-se a tese da admissibilidade da patente do programa contido em um suporte físico, como um *chip* semiconductor ou um disquete, protegendo-se não somente o programa, como bem imaterial, mas este

considerado conjuntamente com seu aspecto material, evidenciando a hibridez dos programas de computador. Segundo Varella⁹, o que se pretende é contornar as exigências do ordenamento jurídico, “garantindo aos programas de computador os abrangentes direitos da lei de patentes”.

A concorrência desleal também foi invocada para a proteção do *software*. Todavia, mostrou-se frágil tendo em vista que não protege o direito do programador¹⁰, mas apenas as práticas ilegítimas praticadas por seus concorrentes.

O mecanismo do segredo de negócio, que tem por objetivo impedir que a criação chegue até a concorrência, também tem sido invocado para a proteção da propriedade intelectual do programador. Entretanto, o segredo de negócio não é o meio mais apto para a proteção, visto a dificuldade em se manter o segredo sobre a estrutura do programa. Apesar das dificuldades, esse mecanismo é plenamente aceito pelos Tribunais americanos¹¹.

Em meio a tantas tentativas de proteção da propriedade intelectual do programador, foi o programa de computador considerado como objeto próprio do direito autoral. Para tanto, reconhece-se o *software* como uma obra intelectual de expressão lingüística, devendo manifestar um certo nível de criatividade, um trabalho que, no dizer de Orlando Gomes¹², “é atividade criativa de quem o executa e que o seu resultado é uma obra (serviço) original, que exige esforço intelectual típico da personalidade do seu criador”. Nesse sentido, quando a criatividade for mínima ou a expressão utilizada seja a única possível para a manifestação da idéia, não se admite a proteção por meio dos direitos autorais¹³.

A tese dos direitos autorais tem sido admitida em quase todos os países. Na França¹⁴, o “Tribunal de Grande Instance de Paris”, ao julgar o caso *Apple Computer Inc. vs. S.A.R.L. Segimex*, aplicou o regime dos direitos autorais, entendendo que, embora os programas não sejam perceptíveis ao

sentido humano, tornam-se acessíveis no momento em que são transcritos em suportes. A questão foi posta fora de discussão em 1985, quando foi adicionada à lei dos direitos autorais a expressão *software* como objeto de proteção (Lei nº 8.560, de 3-9-1985)¹⁵.

Na Alemanha, Orlando Gomes¹⁶ cita decisão do Tribunal de Munique de dezembro de 1982, prolatada em ação movida por uma empresa americana contra uma empresa alemã que estaria utilizando um de seus programas. O Tribunal entendeu que esses programas devem ser entendidos como obras literárias e representações de natureza científica ou técnica, estando pois sob o regime dos direitos autorais. Além disso, o próprio Ministério Federal da Justiça adotou esse entendimento em resposta aos dispositivos-padrão do Bureau Internacional da Organização Mundial da Propriedade Industrial (WIPO), bem como o Tribunal Distrital de Kassel, em sentença de 21 de maio de 1981, e o Tribunal Distrital de Mosbach, em sentença de 13 de julho de 1982¹⁷.

No caso alemão, entretanto, verificou-se divergência jurisprudencial, no momento em que o Tribunal Distrital de Manheim, em sentença de 12 de junho de 1981, decidiu que os programas de computador não podem ter a proteção nos termos dos direitos autorais pelo fato de não possuírem substância intelectual-estética¹⁸.

Na Inglaterra, foi instituída uma Comissão por ocasião da reforma do *Copyright Act* de 1956, que ao final entendeu não ser necessária legislação especial para a proteção dos programas de computador, visto que a expressão “trabalhos literários” seria capaz de abranger aqueles. Mesmo assim, em 22-02-85, a Câmara dos Comuns colocou o *software* sob a proteção dos direitos autorais¹⁹.

Nos Estados Unidos, o *Copyright Act* de 19-10-76 exige, para que um trabalho tenha a proteção do direito autoral, dois requisitos: 1) seja um trabalho original; 2) conste de um meio de expressão tangível²⁰. Essa legislação garante ao titular do direito a exclusividade

na reprodução e distribuição, podendo ainda dispor do mesmo. Contudo, essa legislação não solucionou diversos problemas decorrentes dos avanços tecnológicos, o que levou o Congresso a criar uma Comissão de Novas Utilizações Tecnológicas de Obras Protegidas pelo Direito Autoral (CONTU). Essa Comissão sugeriu que a lei fosse alterada a fim de tornar explícito que os programas de computador estão sob a proteção do direito autoral, o que ocorreu com a Lei Pública nº 96-517, datada de 12 de dezembro de 1980²¹, em que se limitou os direitos de exclusividade do titular a fim de permitir que os possuidores de cópias dos programas possam adaptá-las para o seu uso e, no parágrafo 101, adotou-se uma definição de programa de computador²². Portanto, nos EUA adota-se a tese da proteção da propriedade intelectual por meio dos direitos autorais, embora, como vimos anteriormente, os Tribunais daquele país estejam admitindo a patente de programas de computador, visando maior proteção da propriedade intelectual.

Cabe salientar ainda que, conforme observa Arnoldo Wald²³, nos EUA, a proteção do *software* por meio do *copyright* abrange qualquer tipo daquele, em qualquer código e modalidade de expressão, além de todas as formas derivadas do programa original. A doutrina ainda menciona estarem protegidos pelo *copyright* os manuais e a documentação que acompanham o *software*.

2. A proteção jurídica do *software* no Brasil

2.1. Direitos autorais e a Lei nº 7.646/87

O tema é relativamente recente na literatura jurídica brasileira, tendo em vista tratar-se de problema decorrente do rápido avanço tecnológico das duas últimas décadas.

Inicialmente, não havia legislação específica regulando a matéria. Assim, a doutrina, majoritariamente, procurou enquadrar a proteção da propriedade intelectual do

programador na disciplina dos direitos autorais, nos termos da Lei nº 5.988/73, vendo o programa de computador como uma criação intelectual exteriorizada por meio de expressão tangível. Nessa linha, José de Oliveira Ascensão²⁴, por exemplo, entendia que o art. 6º da Lei dos Direitos Autorais, que tratava das obras a serem abrangidas pela lei, continha enumeração exemplificativa e nada impedia que os *softwares* pudessem enquadrar-se na proteção. Outros, como Carlos Augusto da Silveira Lobo²⁵, entendiam que os programas de computador se enquadravam na categoria “escritos” empregada nas Convenções de Berna e de Genebra. Dessa maneira, a doutrina procurava evitar o entendimento de que haveria uma lacuna no direito no que se refere à proteção jurídica do *software*.

Em 1987, entretanto, surge uma legislação específica acerca do tema, acabando com as discussões sobre a admissibilidade ou não dos regimes autorais para a proteção dos programas de computador, visto o art. 2º da Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, dispor expressamente que se aplica ao caso a Lei dos Direitos Autorais, com as modificações dadas por aquela legislação.

Ernesto Rengifo Garcia²⁶ menciona que em 1984 um informe do Departamento de Comércio dos EUA intitulado *Competitive assessment of the U.S. software* sugeria que aquele país pressionasse os demais países para a adoção do regime dos direitos autorais para a proteção dos direitos autorais. Menciona ainda que alguns países reformaram suas leis a fim de dar um capítulo especial para a proteção do *software* (China, Espanha, França e Japão), enquanto outros preferiram simplesmente adicionar à legislação dos direitos autorais existente a menção expressa dos programas de computador como objeto de proteção, dando ainda algumas normas específicas (Austrália, Canadá, Alemanha, Reino Unido e outros). Já o Brasil é visto como um caso *sui generis*, pelo fato de haver editado uma regulação extensa sobre a proteção do

programa de computador, incluindo os princípios do direito autoral aplicáveis ao caso.

Essa regulação extensa demonstrava, na verdade, a consagração do entendimento de que a proteção mais eficaz se dá pelos direitos autorais, embora o legislador tenha entendido, corretamente, ser necessária uma legislação especial que tratasse de pontos que são específicos da proteção do *software* e que poderiam apresentar dificuldades na sua solução pela via dos direitos autorais pura e simplesmente.

A proteção dos programas de computador ficou garantida pelo prazo de vinte e cinco anos (art. 3º), independente de registro. Todavia, para que um programa possa ser comercializado, é necessário o cadastro na Secretaria Especial de Informática (art. 8º).

Outro ponto importante da Lei era a exclusão expressa de hipóteses que poderiam ser reclamadas como de violação dos direitos autorais. Dessa forma, admitia-se reprodução de cópia legitimamente adquirida, desde que indispensável à utilização adequada do programa, a citação parcial para fins didáticos, citando o autor e o programa a que se refere, e a integração de um programa, desde que se mantivessem suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, sendo de uso exclusivo de quem a promoveu. Além disso, não constitui ofensa aos direitos autorais a ocorrência de semelhança entre programas, um deles preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos legais, regulamentares ou de normas técnicas, ou ainda de limitação de forma alternativa para a sua expressão.

A Lei nº 7.646/87 manifestava forte caráter protecionista ao condicionar a comercialização de programa desenvolvido por empresas estrangeiras à inexistência de programa similar desenvolvido por empresa nacional (art. 8º, § 2º), além de serem estabelecidas diversas exigências para que

as empresas oriundas de outros países possam comercializar seus programas (art. 28-29).

Também foram estabelecidas regras de proteção ao consumidor, estabelecendo-se que a retirada do programa do mercado antes do prazo de validade técnica gera para o consumidor um direito a indenização (art. 25), além da necessidade de que a embalagem do programa contenha o nº de ordem do cadastro e o prazo de validade técnica da versão comercializada (art. 23), além da obrigatoriedade de garantir-se assistência técnica (art. 24, § 2º).

Já o art. 5º da Lei nº 7.646/87 estabelecia que pertenciam ao empregador ou contratador os direitos relativos ao programa de computador desenvolvido durante vínculo estatutário ou vigência de contrato desde que a tarefa esteja prevista. Concordamos aqui com a crítica feita por Marcelo Varela²⁷, entendendo ser a norma equivocada, pois ignora a importância do programador na realização do programa. Melhor seria, e concordamos inteiramente com o colega, a estatuição da obrigatoriedade da divisão dos *royalties* entre empregado e empregador.

2.2. A Lei nº 9.609 e a nova regulamentação da propriedade intelectual dos programas de computador

Em 20 de fevereiro de 1998, foi promulgada a Lei nº 9.609, que revogou a Lei nº 7.646/87. A nova lei regulamenta a matéria em apenas 16 artigos, evitando maiores detalhamentos, como se dava, por exemplo, às normas relativas ao registro do programa de computador na legislação anterior.

A nova lei mantém a mesma conceituação de programa da Lei nº 7.647, mostrando assim a preferência em delimitar já de antemão qual o objeto de direito protegido.

Mantém, da mesma forma, a aplicação da legislação dos direitos autorais (art. 2º), excluindo, para os *softwares*, a aplicação das disposições atinentes aos direitos morais, garantindo, contudo, a possibilidade de o

autor reivindicar seus direitos sobre o programa, bem como opor-se a alterações não autorizadas, “quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador”, que prejudiquem a honra ou reputação do autor (art. 2º, § 1º).

Outro dispositivo que se manteve foi o relativo à propriedade intelectual dos programas por parte do empregador ou contratante de serviços, desde que a atividade do empregado ou contratado esteja prevista ou decorra da natureza dos encargos contratados. Adicionou-se também à regulamentação os órgãos públicos, para que gozem do mesmo direito de titularidade sobre os *softwares* produzidos pelos servidores ou contratados (art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98). A nova lei também estabelece que, salvo estipulação em contrário, “a compensação do trabalho ou serviço prestado limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado” (art. 4º, § 1º), sendo que o tratamento dado à relação empregado/empregador, regulada pelo art. 4º, estende-se para bolsistas, estagiários e assemelhados (art. 4º, § 3º).

Quanto àquelas condutas que não constituem ofensa aos direitos do programador, a nova regulamentação, no seu art. 6º e incisos, manteve as disposições da lei anterior, contidas no art. 7º. A Lei nº 9.609/98 deixou expresso, contudo, ser admissível apenas uma cópia do programa para a salvaguarda ou armazenamento eletrônico (art. 6º, I).

A proteção dos direitos do autor, assim como na lei anterior, independe de registro prévio (art. 2º, § 3º).

As alterações mais importantes, e que são os maiores motivos para se ter uma nova lei de proteção da propriedade intelectual, são o aumento do prazo de proteção e a extinção do exame de similaridade.

O prazo de proteção aumentou de 25 para 50 anos, procurando seguir a tendência mundial. A meu ver, essa alteração não terá maiores efeitos, tendo em vista os rápidos avanços no mundo da informática.

Já a verificação da inexistência de programa nacional similar ao estrangeiro, como condição para a comercialização deste no país, prevista pelo art. 8º, § 2º, da Lei nº 7.646/87, foi suprimida pela nova lei. Assim, abre-se o mercado para os programas de origem externa, rompendo com a proteção dada à indústria nacional do *software*. O que se exige agora é que o contrato de licença para a comercialização do programa de origem externa contenha, obrigatoriamente, os tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos pagamentos e a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residentes no exterior (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.609/98). Contudo, não há qualquer restrição para o ingresso de programas estrangeiros no mercado brasileiro.

Em síntese, são esses os principais pontos da nova lei.

3. Considerações finais

A discussão sobre a natureza jurídica da proteção da propriedade intelectual dos programas de computador é quase que pacífica atualmente. A grande maioria dos autores enquadram os programas de computador dentro do regime dos direitos autorais. Essa orientação foi seguida pela doutrina brasileira, pela Lei nº 7.646/87 e agora pela Lei nº 9.609/98, sendo que a legislação brasileira referente à matéria preocupou-se em definir algumas disposições específicas aos programas, e, no mais, continua-se aplicando a lei dos direitos autorais.

Um breve comentário deve ser feito sobre a nova legislação. Quanto ao prazo, já explicitamos nosso entendimento no sentido de que a alteração provavelmente não terá maiores repercussões práticas.

No que se refere à comercialização de programas provindos do exterior, entendemos não ter sido feliz a alteração dispensando um maior controle sobre os contratos de licença. Enquanto a lei anterior exigia, para se comercializar o *software*, o cadastramento na Secretaria Especial de Informática (SEI),

hoje a exigência é que os contratos disponham obrigatoriamente sobre alguns pontos. Todavia, isso evidentemente facilita a existência de fraudes ou até mesmo de concorrência desleal, visto não haver mais mecanismos eficazes de proteção da produção nacional de programas de computador.

Não se pode esquecer que as empresas de *software* brasileiras, via de regra, sofrem dificuldades para manter paridade de concorrência com as empresas estrangeiras. Assim, é essencial que o governo brasileiro reconheça essa diferença e procure garantir o desenvolvimento da tecnologia nacional, é claro, respeitando normas gerais de proteção relativas aos programas, como as restrições à pirataria.

Deve-se ter em conta que uma grande empresa estrangeira, com mercado em nível mundial, pode a qualquer momento não só copiar programas de empresas menores, sem que isso prejudique quem lesou o direito do programador, como também implementar políticas de grandes reduções de preços, visando eliminar a concorrência das empresas menores, criando assim grandes monopólios da indústria da informática.

Além disso, a manutenção do dispositivo que dá o direito sobre o programa ao patrão, prestador de serviços e órgãos públicos, quando haja cláusula prevendo a atividade do programador ou quando seja sua tarefa inerente à função, manifesta uma incoerência com os princípios de preservação da atividade intelectual e o respeito à criatividade do programador, já que este perde todo e qualquer direito sobre sua atividade. Deve-se alterar essa orientação, exigindo a participação do programador na titularidade do programa.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Programa de Computador e Direito Autoral. In: *A Proteção Jurídica do software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BRASIL. Lei nº 7.646, de 18-12-1987. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual sobre

- programas de computador e sua comercialização no país e dá outras providências.
- _____. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências.
- CANTO, Gilberto Ulhoa. *A Proteção Jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GARCIA, Ernesto Rengifo. El software y su protección jurídica. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, v.XV, nº 50, maio/ago. 1993.
- GOMES, Orlando. A Proteção dos Programas de Computador, in *A Proteção Jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RODRIGUES, Adriana Camargo. Proteção Jurídica do Software. *Revista de Informação Legislativa*. a. 23, n. 89, p. 452, 1986.
- ULMER, Eugen, e KOLLE, Gert. A Proteção sob Direito Autoral de Programas de Computador, in *A Proteção Jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- VARELLA, Marcelo Dias. Propriedade Intelectual de Setores Emergentes. São Paulo, Atlas, 1996.
- WALD, Arnoldo. Da natureza Jurídica do *Software*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 87, jul./set. 1985.
- in *A Proteção Jurídica do Software*. Rio de Janeiro, Forense, 1985. p. 20.
- ⁵ Proteção Jurídica do Software, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 89, p. 452, 1986. A autora diz ainda que o *software* “nada mais é que uma série de instruções consubstanciadas num suporte técnico. Assim, possui um elemento imaterial e um elemento material”.
- ⁶Ob. Cit., p. 57-58.
- ⁷Ob. Cit., p. 58.
- ⁸*Propriedade Intelectual de Setores Emergentes*. Atlas, São Paulo, p. 208-209, 1996.
- ⁹Idem, p. 209.
- ¹⁰ASCENSÃO. Ob. Cit., p. 60.
- ¹¹VARELLA. Ob. Cit., p. 183.
- ¹²A Proteção dos Programas de Computador, in *A Proteção Jurídica do Software*. Ob. Cit., p. 2.
- ¹³ASCENSÃO. Ob. Cit., p. 66.
- ¹⁴GOMES. Ob. Cit., p. 9.
- ¹⁵VARELLA. Ob. Cit., p. 186.
- ¹⁶GOMES. Ob. Cit., p. 10.
- ¹⁷ULMER, Elgen, e KOLLE, Gert. A Proteção sob o Direito Autoral de Programas de Computador, in *A Proteção Jurídica do software*. Ob. Cit., p. 128-129.
- ¹⁸Idem, p. 130.
- ¹⁹WALD. Ob. Cit., p. 31.
- ²⁰Idem, p. 34.
- ²¹ULMER. Ob. Cit., p. 124.
- ²²WALD. Ob. Cit., p. 35.
- ²³Idem, p. 37.
- ²⁴Ob. Cit., p. 63.
- ²⁵A Proteção Jurídica dos Programas de Computador, in *A Proteção Jurídica do Software*. Ob. Cit. A Convenção de Berna e a de Genebra são os mais importantes tratados sobre direitos autorais, sendo que ambas foram ratificadas pelo Brasil.
- ²⁶El software y su protección jurídica. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Bogotá, v XV, nº 50, maio/agosto 1993.
- ²⁷VARELLA. Ob. Cit., p. 215-216.

Notas

¹ASCENSÃO, José de Oliveira. Programa de computador e Direito Autoral. In *A Proteção Jurídica Software*. Rio de Janeiro: Forense, p. 52, 1985.

²*A Proteção Jurídica do Software*. Rio de Janeiro: Forense, p. 23, 1985.

³ASCENSÃO. Ob. Cit., p. 53-54.

⁴ARNOLDO WALD fala que a “substância do ‘software’ é intangível, embora a sua expressão e veiculação sejam processadas em bens tangíveis”. Da natureza jurídica do *software*,

Planos e seguros privados de assistência à saúde: inconstitucionalidades da Lei nº 9.656/98

Frank Larrúbia Shih

Sumário

1. Intróito. 2. Intervenção no domínio econômico e regulamentação: reflexões e críticas sobre a Lei nº 9.656/98. 3. Inconstitucionalidades materiais. 4. Posição da SUSEP frente aos preceitos inconstitucionais.

1. Intróito

Os planos e seguros privados de assistência à saúde estão agora sob a normatização da Lei nº 9.656, de 3-6-98, que introduziu profundas e expressivas mudanças no perfil contratual desse negócio jurídico, além da submissão de significativa parcela do setor empresarial à fiscalização governamental, alterando-lhe o regime de constituição, funcionamento e extinção das empresas que atuam no ramo.

A lei citada traz indiscutível proteção ao segurado ou beneficiário, registrando que toda vez que o governo almeja regular o setor privado mediante intervenção no domínio econômico, o faz com notório desequilíbrio entre as partes, sobrecarregando uma em favor da outra. É a *política pendular* a que se refere o preclaro magistrado Nagib Slaibi Filho¹, em que o Legislativo edita lei muito rigorosa, depois seguida de legislação menos intervencionista, para correção das injustiças anteriormente verificadas.

Justamente nesse aspecto, a Lei nº 9.656/98, com as alterações das medidas provisórias posteriores², traduz de forma pioneira um rigoroso caráter intervencionista no ramo

Frank Larrúbia Shih é Procurador Autárquico Federal da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Ex-Professor da Faculdade Moraes Júnior/RJ. Advogado no Rio de Janeiro.

especializado, em que os seus excessos adentraram as raias da inconstitucionalidade, motivando o objeto deste breve estudo.

2. *Intervenção no domínio econômico e regulamentação: reflexões e críticas sobre a Lei nº 9.656/98*

A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado, entre outros princípios constitucionais, o da livre concorrência. Mas a própria Constituição condecora o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 174), conferindo-lhe como instrumento de ação a fiscalização, que pressupõe também o poder de regulamentação. Daí a edição da Lei nº 9.656/98 como expressão viva desse poder. O momento da lei (*occasio legis*) coincidiu com a política governamental de retração do Estado na economia, afastando-se do modelo paternalista em que todas as necessidades sociais devem ser providas generosamente pelo Estado³, sobretudo quando presente um manifesto cenário de falência da previdência social, caracterizada por exigências sociais muito acima de suas possibilidades atuariais, como bem acentuado por Maria Leonor B. Jourdan⁴.

Referida lei deu novo trato jurídico às empresas que operam ou venham a operar planos ou seguros privados de assistência à saúde, exigindo-lhes autorização governamental para sua constituição e funcionamento, além da formação de reservas técnicas e da submissão ao regime especial de fiscalização – *direção fiscal, liquidação extrajudicial e procedimentos de recuperação financeira* –, excluindo, assim, o regime falencial para essas entidades, observados os vetores estabelecidos pela Medida Provisória nº 1.719, de 13-10-98.

Embora *de lege lata*, muito se debateu sobre a conveniência da submissão de tais entidades (planos de saúde) ao crivo dessas exigências, como também a instituição de dois órgãos – SUSEP e Ministério da Saúde – para a fiscalização aparelhada das segu-

radoras e demais empresas, pois, apesar da previsão de convênio com o objetivo de definir as respectivas atribuições (Lei cit., art. 35-G, §§ 1º e 2º), a prática geralmente evidencia descompasso de atuação na regulamentação de matérias intrinsecamente específicas e complexas. A exemplo, se o próprio Judiciário, que tem suas competências definidas na Lei Maior, já enfrenta diariamente vários problemas correlatos ao conflito de competência, certamente não será o referido convênio o baluarte perfeito e preciso da definição das atividades de cada órgão fiscalizador. Vale dizer, a duplicidade de procedimentos de fiscalização ocasionará denodado gravame nas entidades fiscalizadas, em prejuízo justamente do equilíbrio que se esperava para esse setor privado.

Outrossim, a instituição obrigatória do plano ou seguro-referência para os atuais e futuros consumidores, bem como a ampliação de cobertura assistencial compulsória (Lei cit., art. 10 e seu § 2º), não se traduz, ao meu ver, numa medida protetiva ao consumidor. A proteção é apenas aparente. É que essa imposição legal trará conseqüências inevitáveis na majoração do prêmio ou das contribuições devidas, excluindo o acesso de significativa parcela de consumidores a um plano ou seguro-saúde, com a possível perda ou redução de clientela para as empresas desse ramo, em desestímulo ao crescimento do mercado. Ou seja, a medida não aproveita ao consumidor nem ao empresário. A despeito das críticas, melhor seria que a modalidade de contratação fosse de livre negociação entre as partes, na exata medida das possibilidades de cada uma.

Outros pontos polêmicos estão centrados na seara da regulamentação, tais como a noção de carência para urgência e emergência, o problema fronteiriço da obrigatoriedade de cobertura para doenças mentais, o estreitamento das faixas etárias e o mais polêmico de todos, o relativo às doenças preexistentes. Espera-se uma normatização coerente, a título de assegurar a clara compreensão sobre os normativos e a redução dos conflitos emergentes entre as

empresas e os consumidores⁵. A responsabilidade do Poder Público, diga-se, é também de educar o mercado, ao invés de apenas punir.

3. Inconstitucionalidades materiais

Ao vez da política pendular que individualiza as legislações de natureza intervencionista, temos que a Lei nº 9.656/98, no afã de propiciar vantagens protetivas ao consumidor, acabou justamente por desampará-lo na exata medida em que desconsidera e ofende a Lei Fundamental.

Nesse prisma da intangibilidade da supremacia constitucional, merecem séria reflexão os seguintes dispositivos da Lei nº 9.656/98 (com redação da MP nº 1.801-11, de 25-3-99):

Art. 9º Após decorridos cento e vinte dias de vigência desta Lei para as operadoras de planos e seguros de assistência à saúde e duzentos e quarenta dias para as administradoras de planos de assistência à saúde e até que sejam definidas as normas do CNSP, as empresas de que trata o art. 1º só poderão comercializar *ou operar planos ou seguros de assistência à saúde se estiverem provisoriamente registradas na SUSEP⁶ e com seus produtos registrados no Ministério da Saúde, de acordo com o disposto no art. 19.⁷*

Art. 10.....(omissis)

§ 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus *atuais* e futuros consumidores.

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, *assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei*, observado o prazo estabelecido no § 1º.

§ 1º *A adaptação aos termos desta legislação de todos os contratos celebrados anteriormente à vigência desta Lei*, bem como daqueles celebrados entre 2 de setembro e 30 de dezembro de 1998, dar-se-á no prazo máximo de quinze meses a partir da data da vigência desta Lei, sem prejuízo do disposto no art. 35-H.

Art. 35-H. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos *celebrados anteriormente* à data de vigência desta Lei que:

I, II, III e IV.....(omissis)

§ 1º Nos contratos individuais de planos ou seguros de saúde, *independentemente da data de sua celebração*, e pelo prazo estabelecido no § 1º do art. 35, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias, vinculadas à sinistralidade ou à variação de custos, dependerá de prévia aprovação da SUSEP. (grifos nossos)

Os dispositivos *sub oculi* têm um núcleo comum de afetação direta sobre os contratos já consumados e com suas execuções em curso, impondo-lhes profunda alteração no perfil das condições anteriormente contratadas e dos critérios dos reajustes das contraprestações pecuniárias. Não é possível a dedução de nenhuma dúvida: os dispositivos precitados – se não forem alterados – atingem frontalmente as relações jurídicas já estabelecidas de maneira definitiva. É dizer, a lei nova é *retroativa* e atinge em cheio o *ato jurídico perfeito*.

Mas o ato jurídico perfeito, assim entendido o que sob regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável⁸, mesmo quando possa estar sujeito a termo ou condição⁹, constitui garantia constitucional de segurança das relações jurídicas, sendo *inconstitucional* qualquer lei que venha prejudicá-lo (CF, art. 5º, XXXVI).

A propósito, urge trazer à colação as densas considerações exaradas em tom de

advertência pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADIn 493-0-DF, ocasião em que o emérito Ministro Moreira Alves acentuou:

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima), porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato já ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.”

E continua:

“Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência salarial por categoria profissional”.

A ilação resultante é que os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmos os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no *momento de sua pactuação*. Os contratos, que se qualificam como atos jurídicos perfeitos, acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda insculpida no art. 5º, XXXVI, da Carta Política de 1988. Essa é a atual orientação do STF sobre a matéria: RE 201.017, Rel. Min. Carlos Velloso; AGRRE 199.636, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 205.249, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 199.321, Rel. Min. Sydney Sanches; AGRAG 158.973, Rel. Min. Ilmar Galvão, e mais recente, AGRRE 221.663, Rel. Min. Sydney Sanches (D.J., 13-10-98, p. 33).

Posto isso, diante desse autorizado entendimento do STF, resta irrefragável que sobre os dispositivos citados da Lei nº 9.656/98 paira a espada de Dâmoçles, a ensejar o controle abstrato e concreto de constitucionalidade,volvendo a delicada questão da extensão da declaração de nulidade¹⁰.

4. Posição da SUSEP frente aos preceitos inconstitucionais

Qual será a postura administrativa da SUSEP frente aos preceitos inconstitucionais? A indagação não é meramente acadêmica, pois, uma vez que a Autarquia dispõe de poder para aplicação das penalidades cabíveis (Lei cit., art. 5º, III), presente a potencialidade de punir-se a entidade fiscalizada justamente pelo descumprimento do preceito legal acoimado de inconstitucional.

O órgão jurídico da Autarquia (PRGER) tem adotado, na dicção da ilustrada maioria de seus procuradores, o raciocínio de que milita em favor da lei a presunção de constitucionalidade, devendo a Administração observar e aplicá-la em retitude ao princípio da legalidade que norteia a atividade administrativa, competindo ao Judiciário, no controle abstrato e concreto, a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Exemplo dessa postura, que tem ressonância na doutrina e na jurisprudência, tem ocorrido nos processos administrativos punitivos em que a seguradora é autuada por inobservância do art. 7º da Lei 6.194/74 (DPVAT), embora aduza a inconstitucionalidade desse dispositivo sem lograr êxito, pois as defesas e os recursos sobre esse pálio deságuam sempre no desprovento e a multa aplicada pode alçar valores até sessenta mil reais, passível de cobrança mediante execução fiscal.

Revedo o meu posicionamento sobre a matéria, o que faço em reserva de entendimento pessoal, tenho que a questão está a merecer melhor reflexão e amadurecimento.

A interpretação atualmente considerada, embora fundada em premissa verdadeira –

presunção da constitucionalidade em favor da lei –, tem a cômoda vantagem de exonerar o Executivo da apreciação sobre a constitucionalidade da lei e transferir essa responsabilidade exclusivamente para os ombros do Judiciário, em franca e singela homenagem ao vulgar axioma *dura lex sed lex*.

Ocorre que a lei inconstitucional é inconstitucional para todos os Poderes e não apenas para o Judiciário, não sendo crível e razoável sustentar que a interpretação e a observância da Lei Básica seja exclusivo monopólio do Judiciário, sobretudo quando a nota distintiva do Estado Democrático de Direito é a submissão de todos à ordem jurídica.

Claro está que não se deve confundir a “declaração” de inconstitucionalidade, que é função típica do Judiciário, com a *não aplicação* da lei inconstitucional pelo Poder Executivo¹¹. Luis Roberto Barroso, emérito Procurador do Estado do Rio de Janeiro, salienta que

“também o Executivo tem o poder e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior. Esse entendimento tem a chancela quase absoluta da melhor doutrina, bem como tem sido reiteradamente acolhido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal”¹².

De fato, a resenha da doutrina e da jurisprudência tem enfoque específico para os mais autorizados e destacados juristas, todos no mesmo sentido ora exposto: Gilmar Ferreira Mendes, Miguel Reale, Alfredo Buzaid, Themistocles Brandão Cavalcanti, Vicente Ráo, José Frederico Marques, Miranda Lima, Lucio Bittencourt, Ronaldo Poletti, Seabra Fagundes, Carlos Maximiliano, Cáo Tácito e Moreira Alves (Jurisprudência do STF: súmulas 346, 347 e 473; RDA 76/308, 42/230, 72/221, 97/116; RTJ 96/496, 127/811, 72/329).

À guisa de torrencial e exaustiva convicção sobre o tema, mormente por ser conheci-

do, pode e deve a SUSEP apreciar a *questão de fundo* sobre as inconstitucionalidades da Lei nº 9.656/98, devendo *inaplicar* as suas disposições que estejam em flagrante dissídio com o Texto Constitucional, pois, no embate emergente entre a Lei e a Constituição, deve-se, naturalmente, optar pela última.

São essas, em apertada síntese, as minhas breves considerações sobre o tema.

Notas

¹ SLAIBI FILHO, Nagib. Comentários à Nova Lei do Inquilinato. Rio de Janeiro, 8. ed., Forense, 1995, p. 11.

² O presente estudo tem seu exame atualizado até a edição da Medida Provisória nº 1.801-11, de 25-3-99.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 49.

⁴ Semanário sobre Contratos de Seguro. O Seguro, esse desconhecido. TACIVRJ/EMERJ, RJ, 1994, p. 78-9.

⁵ O Ministério da Saúde, mais célere, já editou, até o momento, as Resoluções CONSU de nº 1 a 21, regulamentando amplamente a matéria.

⁶ Respeitante ao registro provisório: v. Circulares SUSEP nº 68/99 e 77/99.

⁷ Redação dada pela MP nº 1.801-11, de 25-3-99. A nosso ver, a interpretação sistemática desse dispositivo com a adaptação obrigatória exigida aos contratos em curso e anteriores à Lei leva-nos ao quadro de ofensa direta ao ato jurídico perfeito.

⁸ FRANÇA, R. Limongi. A Irretroatividade das Leis e do Direito Adquirido. São Paulo, 4. ed., RT, 1994, p. 235.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1997.

¹⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. Jurisdição Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2. ed., 1998.

¹¹ SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense, 4. ed., 1993, p. 86.

¹² In O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas/Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro, Renovar, 2. ed., 1993, p. 333-7.

Anotações à Lei nº 9.800/99

(que permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais)

Maria da Penha Gomes Fontinele

Começou a vigor em 26 de junho de 1999 disposição legal que permite às partes a “utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”. Essa norma se acha contida na Lei nº 9.800, publicada no DOU de 27-5-99.

Trata-se, realmente, de importante inovação que vem a satisfazer imperiosa necessidade de agilizar o trâmite processual. Como abordado por Salomão Almeida Barbosa,

“a utilização do fax, em sede judicial, deve ser expandida, facilitando a atividade das partes, dos advogados e dos juízes, dado que a busca incansável de uma Justiça célere requer um Judiciário moderno, bem aparelhado e suscetível aos avanços tecnológicos” (in ‘Fac-Símile – utilização para a prática de atos processuais – jurisprudência do Supremo Tribunal Federal’, Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 213, julho/95).

A propósito, o juiz Geraldo Magela e Silva Meneses fez consignar:

“Úteis à rapidificação do processo, vêm sendo admitidas peças fac-similadas. Fato irrefutável, o expedito meio de comunicação a distância (o fax) contribui para a almejada celeridade processual” (in ‘Interposição de Recurso por Fac-símile’, Repertório IOB

Maria da Penha Gomes Fontinele é pós-graduanda em Direito Processual pela UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina).

Jurisprudência, São Paulo 1ª quinzena de abril/97, nº 7/97, caderno 3, p. 128). Observou, também, aquele magistrado que “somente a lei poderá dispor sobre a admissibilidade do fac-símile para interposição de recursos, regendo casos e circunstâncias. Descabe regulamentação infralegal, muito menos suplementação judicial, para prorrogar prazo de recurso” (ob. cit., p. 127).

Verificava-se, há um certo tempo, a tendência dos tribunais em admitir o uso do *fax* para o envio de peças postulatórias. Havia, porém, discussão acerca da necessidade da apresentação dos originais dentro do prazo legal. Aos poucos, surgiram decisões concedendo um prazo de tolerância, dito *razoável*, além do estipulado em lei, para que o original chegasse a ser protocolado.

No próprio Supremo Tribunal Federal, os pronunciamentos não eram uníssonos, como se depreende dos seguintes informes:

“Agravo Regimental. Interposição pelo sistema fac-símile. A interposição de recurso pelo sistema da transmissão fac-símile tem sido condicionada à apresentação de documento original e à autenticação da mensagem, mediante o reconhecimento da firma do subscritor do documento. A não-observância de tais formalidades, na reprodução do documento, resulta no seu não-conhecimento.” (ac. unân. da 1ª T. do STF – Ag. 0140347/040 – rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 26-11-91, DJU I 13-12-91, p. 18.538 – publ. no RJ-IOB 3/6508);

“... a óptica até aqui prevalecente conduz esse moderno meio de transmissão, que é o *fax*, ao desuso por inutilidade. Exigir que alguém que o utilize dê a entrada do original, no protocolo da Corte, no prazo assinado para a prática do ato é revelar que não tem valia alguma.” (2ª T. do STF – trecho do voto do Min. Marco Aurélio, proferido no AgRg-HC 72338-2-RJ, j. em 12-12-95).

Até mesmo no Superior Tribunal de Justiça – Corte incumbida constitucionalmente de uniformizar a aplicação da legislação federal –, as decisões turmárias destoavam, como se nota a partir dos arestos adiante transcritos:

“Admite-se recurso interposto via *fax* dentro do prazo legal, desde que o original seja juntado *a posteriori*.” (STJ, 6ª T., RHC 4.342-3-RS, rel. Min. Vicente Leal, DJU 24-4-95);

“Admite-se recurso interposto, via *fax*, com a juntada do original fora do prazo legal, mas em tempo razoável. A exigência de juntar-se, no prazo do recurso, o original da petição equivale a não se admitir a interposição mediante telefax. Evolução da jurisprudência.” (STJ, ac. da 1ª T., AG-MC 547-RS, rel. Min. Gomes de Barros, publ. em 12-12-96);

“Em assentada recente, a Corte Especial reafirmou a jurisprudência no sentido de que é inadmissível o recurso por sistema *fax*, não suprida a falta pela apresentação de original após a fluência do prazo recursal.” (STJ, ac. 3ª T., AR-AI 144.426-RJ, rel. Min. Costa Leite, publ. em 6-10-97);

“Interposição via *fax*. Intempestividade. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento no sentido da possibilidade de interposição de recurso via fac-símile, desde que os originais sejam protocolados dentro do prazo recursal.” (STJ, ac. da 3ª T., Edcl no AgRg no AI 164.676-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 1-3-99);

Agora, por força da lei recém-editada, a questão dos prazos encontra-se definitivamente superada. Com efeito, dispõe o seu art. 2º que os originais das peças encaminhada via *fax* devem “ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término”. No caso de atos que não estejam sujeitos a prazos, a entrega dos originais deverá ser feita, “necessariamente, até cinco dias da data da recepção do

material”, nos termos do parágrafo único do citado dispositivo legal.

Aplicam-se as disposições da Lei nº 9.800/99 a todo e qualquer processo judicial – cível, trabalhista e penal –, tanto na fase postulatória quanto na fase recursal.

Cabe à parte que se utilizar desse meio de transmissão de mensagens diligenciar “pela qualidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário” (artigo 4º). Não sendo legível o texto enviado por *fax*, ou não sendo efetuada a entrega do original dentro do prazo fixado legalmente, o ato praticado será tido como inexistente, não produzindo nenhum efeito. Serão declarados insubsistentes as providências jurisdicionais adotadas a partir de requerimentos dirigidos através de *fax*, caso não sejam ratificados nos moldes da lei comentada.

Naturalmente, o usuário do sistema estará sujeito às sanções cabíveis por litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil), sempre que agir sem lealdade processual, incorrendo em quaisquer das práticas anatematizadas no elenco do art. 17/CPC. Assim, terá que haver perfeita concordância entre o texto enviado por *fax* e o teor da peça original protocolada no órgão judiciário.

Será grandemente satisfatório o uso do *fax*, a facilitar o acesso rápido à Justiça, à medida que as repartições do Poder Judiciário forem dotadas dos aparelhos necessários. Lamenta-se, no entanto, que a própria lei sob análise prescreva não obrigar “a que os órgãos judiciários disponham de equipamentos para recepção”. Surge, então, o

fundado receio de que, em muitos órgãos, a idéia não venha a ser implementada por falta de vontade de alguns juízes (renitentes a inovações), ou por não constituir prioridade para determinados dirigentes de tribunais (que mais se preocupam em ostentar o conforto de prédios e gabinetes).

Fazem eco – e deveriam ser bem assimiladas pelos administradores da Justiça – as palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“o Judiciário, conservador por tendência e carências bem conhecidas, não pode fechar os olhos a instrumento tão eficaz e hoje amplamente utilizado no plano mundial. Recomenda-se, para melhor segurança do sistema, inclusive para fins de aferição da tempestividade, a colocação de aparelho receptor nas dependências do protocolo” (STJ, 4ª T., Edcl no REsp 62.529-RS, DJU 02-9-96).

Teria sido mais proficiente o legislador se houvesse, pelo menos, inserido como norma programática que os tribunais fizessem incluir, na próxima previsão orçamentária, recursos financeiros para materializar a Lei, atendendo ao anseio dos jurisdicionados.

Apesar de inovadora, a aludida lei já surgiu defasada. Em um futuro breve, por certo, a legislação processual terá que sofrer nova mudança para adequar-se aos avanços tecnológicos, acompanhando as conquistas científicas da informática. Assim, a comunicação dos atos processuais passará a ser promovida através de *e-mail*, com extraordinário benefício para a sociedade.

Direito de integração, internacionalização da justiça e duas palavras sobre o Mercosul

Carlos Fernando Mathias de Souza

Sumário

1. Introdução. 2. A realidade da integração e o direito conseqüente. 3. A internacionalização da Justiça. 4. Algumas observações sobre o Mercosul.

1. Introdução

Sem que implique, desde logo, aceitar-se plenamente a idéia da aldeia global (a que se refere MacLuhan), também na área do direito, observa-se que é chegada a hora e a vez do *internacional*.

Afonso Arinos, em seu Curso de Direito Constitucional Brasileiro, fala em internacionalização do Direito Constitucional e em constitucionalização do Direito Internacional.

Com efeito, todas as constituições modernas consagram preceitos de Direito Internacional (vejam-se, por exemplo, os artigos 4º, com seu parágrafo único, e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988), e, enquanto isso, os organismos e organizações internacionais, à guisa de tratados fundadores, adotam verdadeiras *constituições internacionais*.

A rigor, desde o que a História do Direito designa por constitucionalismo (séculos XVIII e XIX) já se podia observar esse fenômeno da internacionalização, só que por outras motivações.

Nos Estados Unidos e na França, para citarem-se dois significativos exemplos, foram razões de ordem interna (os Estados

Carlos Fernando Mathias de Souza é Professor Titular da Universidade de Brasília e Juiz do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Unidos, interessados na paz com a Inglaterra e a França, envolvida em uma espécie de guerra européia) que os levaram a trazer, para seus sistemas constitucionais, normas do *direito das gentes*.

Posteriormente, o que se verifica é o contrário, posto que não se trata mais – como problema maior – de consolidar a ordem jurídica interna dos Estados e sim colaborar e participar da organização jurídica internacional, objetivando, natural e principalmente, uma estrutura estável.

Foi dentro dessa óptica que Mestre Afonso Arinos sintetizou que, na primeira fase (séculos XVIII e XIX), a tendência era trazer para o direito interno princípios e normas do direito internacional; já no mundo do século XX, tem-se a criação de órgãos permanentes, que (muito embora não sendo superestados) imitam na estrutura e no funcionamento as Constituições estatais, gerando a constitucionalização do Direito Internacional. Fala-se, hoje, mesmo em um Direito Constitucional Internacional (*Mirkine - Guetzévitch* tem até, lembre-se como mero exemplo, um trabalho com o título (*Droit Constitutionnel International*)).

Todavia, o mundo contemporâneo parece revelar fenômeno ainda mais significativo em matéria de internacionalização no direito, inclusive conduzindo a um repensar sobre a própria idéia ou conceito de soberania.

Hans Kelsen, em seu importante estudo *A Paz por meio do Direito*, mostrou como poderia ocorrer o primado do Direito Internacional sem sacrifício para a soberania:

“O Estado é soberano desde que está sujeito ao Direito Internacional e não ao Direito Nacional de qualquer outro Estado. A soberania do Estado, sob o Direito Internacional, representa a independência jurídica do Estado em relação a outros Estados”.

Acontece que, hoje, repita-se, observa-se a ocorrência de algo de maior amplitude, no particular, a tal ponto que Philip C. Jessup fala em um Direito Transnacional (*Transnational Law*).

Assinala Jessup, em trabalho intitulado *Transnational Law* (Yale University Press, 1956): (...)

I shall use, instead of ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.

O que, em linguagem cabocla, poderia ser dito assim:

“Usarei em vez de *direito internacional*, a expressão *direito transnacional* para incluir todas as leis (ou normas) que regulam ações ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Ambos, o direito internacional público e o direito internacional privado, estão incluídos (compreendidos), como estão outras normas (ou regras) que não se enquadram totalmente (inteiramente) nessas categorias clássicas”.

2. A realidade da integração e o direito conseqüente

No Direito Transnacional, enquadra-se perfeitamente o que se designa Direito Comunitário, em uma linguagem mais européia, ou Direito de Integração, expressão mais usada entre os latino-americanos.

Aliás, fala-se também hoje em *Comunidades de Direito*.

Em verdade, criadas pelo direito, as comunidades se querem como *Comunidade de Direito*, segundo a expressão cuja paternidade é atribuída a Walter Hallsfein, primeiro presidente da Comissão Comunidade Econômica Européia.

Recordese, de plano, que o Direito Comunitário ou de Integração não se confunde com o Direito Internacional clássico (tanto o Direito Internacional Público quanto o Direito Internacional Privado) e, tampouco, colide com o *direito nacional* dos integrantes (Estados membros ou participantes) das comunidades.

Não há necessidade sequer, ao tratar-se desse novo direito, de se invocarem as clássicas teorias *monista* e *dualista*, tanto sobre suas fontes (ou sobre a origem delas) quanto sobre o primado de suas normas, quando se tratar, efetivamente, de tutela de relação jurídica cuja norma de referência seja *comunitária*.

A propósito, Joël Rideau, em sua relativamente recente obra (junho de 1995) *Le Droit des Communautés Européennes*, observa sobre a dupla hierarquia normativa:

“La prééminence des traités constitutifs sur les autres sources de droit est une donnée fondamentale de l’ordre juridique communautaire, mais sa nature et ses conséquences doivent être précisées. L’analyse de la hiérarchie interne aux actes de droit communautaire dérivé s’impose pour compléter la présentation de la hiérarchie des sources”,

o que, em latim vulgar mais próximo da brasílica gente, poder-se-ia dizer assim:

“A preeminência dos tratados constitutivos sobre as outras fontes de direito é um dado fundamental da ordem jurídica comunitária, mas sua natureza e suas conseqüências devem ser precisadas (bem definidas). A análise da hierarquia interna sobre os atos de direito comunitário derivado impõe-se para completar a apresentação da hierarquia das fontes”.

Assim, à toda evidência, a humanidade vive hoje uma experiência, em matéria de direito, para além da norma nacional e do clássico direito internacional. É o novo tempo do Direito Comunitário, de Integração ou Transnacional, conforme se queira designá-lo.

Acrescente-se, por outro lado, que, após a queda do muro de Berlim – tome-se-o como símbolo –, desaparece o conflito Leste/Oeste.

A rigor, como lembra Jean-Chisthofe Rufin, em obra (a um só tempo polêmica e interessante) sob o título *L’empire et les nouveaux barbares*, seria o caso de fazer-se coro com Catão, quando de forma irônica, após a destruição de Cartago, indagava: “O

que será de Roma sem seus inimigos?”

Enquanto o conflito Leste/Oeste desapareceu, muitas guerras e conflitos setoriais continuaram pelos quatro cantos do mundo, como a nova questão balcânica, a guerra do Golfo, e o que está ocorrendo em alguns países africanos, por exemplo.

Assim, paradoxalmente, vêem-se, de um lado, disputas com assinalada afirmação de etnias ou de afirmações (ou reafirmações) nacionais, enquanto, por outro lado, países aglutinam-se em blocos, em que é inevitável, ou melhor, indispensável a integração.

Com respeito a esse último aspecto – e seria até desnecessária qualquer ilustração –, tem-se a União Européia e o incipiente Mercosul, para citarem-se apenas dois significativos exemplos.

De passagem, observe-se que o direito resultante do Mercosul ainda não é direito dito de integração, mas sim (ainda) direito internacional público clássico.

Permita-se, agora, uma indagação: como ficarão (ou como já ficam) os direitos nacionais em face dessa nova realidade jurídica, ou seja, na efetiva realidade comunitária ou de integração?

Veja-se, desde logo, que não se trata de invocar, nesse quadro, o direito internacional privado como garantidor do exercício de direitos de alienígenas e solucionador de conflitos da aplicação de leis no espaço.

A questão, aí, evidentemente, é outra.

Trata-se, a rigor, de um novo tempo em que países, no exercício de sua soberania, integram-se com outros para formar uma só comunidade, o que, naturalmente, não se realiza sem problemas.

Todavia, o que se percebe é que nessas comunidades, concebidas como entes supraestatais, os seus membros estão abrindo mão de muitos comportamentos ou práticas tradicionais, gerando até mesmo um novo conceito de soberania, em seu próprio benefício e em prol de objetivos comuns.

Caberia aqui uma outra indagação: ficarão os direitos nacionais integralmente comprometidos? Comprometidos parece

que sim, mas não desaparecerão, como não desaparecem os *direitos nacionais* nas Confederações, ou determinados direitos autonomizados nas Federações.

Certamente, e a realidade o tem demonstrado, muitos direitos já não serão mais nacionais (ainda que do nacional de *per se*), tampouco serão internacionais (como se entende o direito internacional clássico), mas sim comunitários.

Assim, nada de estranho ou de excepcional a assinalar diante desse quadro novo de direitos nacionais (civil, penal, comercial etc.) convivendo, coexistindo e, mais do que isso, integrados com o direito, por exemplo, civil, penal, comercial e comunitário.

Haverá, pois (aliás já tem existido), leis tipicamente nacionais e outras tipicamente comunitárias ou de direito de integração, como, em um estado federativo, existem normas de direito municipal, estadual e federal, dependendo do nível de esfera legiferante, em face, obviamente, da competência para legislar.

Observe-se, para ficar-se tão-só com uma ilustração, que, no Brasil, o direito federal é o direito mais aplicado pelas justiças estaduais, como o Código Civil, o Código Penal e os Códigos de Processos etc.

Para esse tempo novo, surge, evidentemente, um direito novo.

O desafio dos juristas será o de se adaptarem a essa nova realidade, mas não de forma acomodada, e sim participativa, elaborando, construindo, descobrindo, ou aplicando esse *novum jus*.

Nesse particular, *a família romano-germânica* (recorde-se a expressão de René-David) não pode estar separada.

Em outras palavras, o que ocorre na Europa hoje, em termos de direito de integração ou de direito comunitário, é subsídio indispensável (veja-se bem que não se fala em modelo ou figurino) para, por exemplo, o Mercosul, que está dando os seus primeiros passos.

Como se sabe, o Mercado em destaque está apenas na fase de união aduaneira e

vive momento mais de aprofundamento do que de alargamento.

Da óptica brasileira, recorde-se, de outra parte, a integração não é uma opção, por exemplo, de política internacional, mas um imperativo constitucional, que tem por comando que o Brasil “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos países da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (parágrafo único do art. 4º da Constituição).

3. A internacionalização da Justiça

De outra parte, observe-se o fenômeno da internacionalização da Justiça que parece ser um dos mais significativos do século XX.

A experiência pioneira – é dizer-se, da existência de um órgão de jurisdição internacional e com caráter de permanência –, como se sabe, foi a da Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907, por tratado entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua. Durou apenas dez anos, mas foi importante.

Como uma das conseqüências da paz resultante do término da Primeira Guerra Mundial, adviria, em 1920, a Corte Permanente de Justiça Internacional (Haia), que, a rigor, não era propriamente um órgão da Sociedade das Nações (ainda que o Tribunal estivesse previsto no artigo 14 do Pacto da Sociedade).

Essa Corte, primeira (efetivamente) com vocação internacional, duraria até 1939, cessando suas atividades, obviamente, por ter eclodido a Segunda Grande Guerra.

Com o mesmo espírito, ressurgiria o órgão, com a Carta de São Francisco, agora com o nome de Corte Internacional de Justiça, também com sede em Haia.

Prescreve, expressamente, o seu Estatuto que a Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas, é o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Isso porque há outros órgãos judiciários (ou assemelhados) previstos para atuação em plano internacional.

Só Estados podem ser parte em questões perante a Corte (art. 34 do Estatuto respectivo).

Basicamente, a competência do órgão em destaque abrange todas as questões que as partes lhe submetam, assim como todo e qualquer assunto previsto na Carta das Nações ou especificamente em tratados e convenções.

Ademais, os Estados-partes, em qualquer momento, podem declarar que reconhecem como obrigatória,

“*ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer pacto de direito internacional; c) a assistência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional, e d) a natureza ou a extensão de reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional”.

A Corte tem competência contenciosa e consultiva.

De outra parte, observe-se que, por vezes, um tribunal internacional pode ter um caráter temporário e específico.

Ao término da Segunda Guerra, como se sabe, os governos dos Estados Unidos, da França, do Reino Unido e da antiga União Soviética firmaram acordo (8 de agosto de 1945) objetivando a criação de um Tribunal Militar para “processar e punir os maiores criminosos de guerra”. Daí surgiria o célebre (e muito criticado – recordem-se as reflexões de Nelson Hungria) Tribunal de Nuremberg.

Esse Tribunal Militar deveria julgar: a) crimes contra a paz; b) crimes de guerra, em sentido estrito, e c) crimes contra a humanidade.

Ademais, o seu Estatuto dispunha que nenhum acusado estaria isento de responsabilidade pelo fato de ter agido em cumprimento de ordem de seu governo ou de seu superior e, de igual modo, não se eximiriam aqueles que exerceram funções de chefe de Estado ou que foram funcionários grados,

responsáveis por órgãos ou departamentos governamentais.

Evidentemente, a condenação (de caráter penal-militar) em Nuremberg recaiu sobre *indivíduos* e não sobre *Estados*.

De passagem, lembre-se que, sob a inspiração da Corte de Nuremberg, foi criado o Tribunal do Extremo Oriente, para julgar os *criminosos de guerra* japoneses.

Esse tribunal, que funcionou a partir de 1946, por vários meses foi organizado pelos Estados Unidos, Reino Unido, antiga União Soviética e China e contou com a cooperação e participação da Austrália, Canadá, França, Filipinas, Holanda, Índia e Nova Zelândia.

Há, como se sabe (e, aliás, já observado), outros *tribunais internacionais*, previstos ou já em funcionamento.

A convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar, por exemplo, prevê a existência de um órgão jurisdicional de caráter internacional.

De outra parte, organizações internacionais, como a OIT, a OEA e a ONU, possuem tribunais administrativos para dirimir questões decorrentes do exercício da função pública de caráter internacional.

A Constituição brasileira, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

A propósito, no concernente aos contenciosos internacionais, relativos especificamente aos direitos humanos, já existem a Corte Interamericana, sediada em Costa Rica, decorrente da Convenção sobre Direitos Humanos de 1969 (o Brasil aderiu à Convenção em setembro de 1992), e a Corte Européia, com sede em Estrasburgo (Convenção de 1950).

Em dezembro de 1995, sob o alto patrocínio da Universidade de Roma *La Sapienza* e da Universidade Livre Internacional de Estudos Sociais (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali), realizou-se um seminário cujo tema central não foi outro que não *From the ad hoc International Criminal*

Tribunals to a Permanent Court (dos Tribunais Internacionais *ad hoc* a uma Corte Permanente).

Essa Corte Internacional, com a denominação (em português, evidentemente) de Tribunal Penal Internacional, acaba de ser aprovada pela ONU. De passagem, lembre-se a existência do Tribunal de crimes de guerra das Nações Unidas, sediado em Haia, Holanda, sobre o qual a imprensa deu grande destaque, por motivo do julgamento dos líderes servo-bósnios, em particular Radovan Karadzic, acusado de comandar a *limpeza étnica* de muçulmanos.

Os crimes sob jurisdição do novo Tribunal Penal Internacional serão (o verbo aqui está empregado no futuro tão-só pelo fato de que algumas providências ainda pendem para sua instalação): genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e agressão.

Observe-se que o exercício da jurisdição da Corte em destaque sobre o crime de agressão está condicionado à aprovação de uma emenda ao Estatuto do Tribunal, isolada ou no contexto de uma conferência de revisão, que inclua a tipificação do referido crime e estabeleça o papel a ser desempenhado pelo Conselho de Segurança da ONU.

Ademais, tem-se a internacionalização da Justiça por decorrência do fenômeno das Comunidades ou Nações.

Em verdade, como manifestação do chamado direito comunitário (e até mesmo para garantir sua eficácia), tem-se a importante Corte de Justiça das Comunidades Européias, com sede em Luxemburgo.

Essa Corte não tem seu acesso restrito apenas aos Estados-membros da União Européia, mas, ao contrário, ela existe também (ou principalmente) para dirimir conflitos em que sejam as partes particulares (indivíduos, empresas ou outras pessoas jurídicas).

Acentue-se bem esse novo tipo de tribunal internacional. Já não se trata mais de uma Corte restrita a Estados. E esse fenômeno de

internacionalização da Justiça parece uma onda, que vai aumentando a cada dia.

4. *Algumas observações sobre o Mercosul*

Por fim, registre-se que, muito embora ainda não seja tão pacífica a aceitação da idéia da criação de um tribunal internacional para o Mercosul (observe-se o Protocolo de Brasília), tem-se que, não só a experiência do Tribunal de Luxemburgo (ou melhor, como fruto da experiência da União Européia), mas principalmente quando o Mercosul der passos mais largos e deixar de ser uma simples Zona Aduaneira, fatalmente advirá uma Corte com caráter permanente.

A propósito do referido *Protocolo de Brasília, para a solução de controvérsias*, recorde-se que ele prevê negociações diretas (Capítulo II), intervenção do Grupo Mercado Comum (Capítulo III) e procedimento arbitral (Capítulo IV).

As controvérsias em destaque são as

“que surgirem entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum”.

Particularmente, sobre os Tribunais *ad hoc* previstos pelo Protocolo de Brasília, vale dizer Tribunais Arbitrais, deviam eles ser constituídos, em cada caso, para conhecer e resolver as controvérsias surgidas no âmbito do Mercosul (e daí, obviamente, a designação *ad hoc*) e terão como sede a cidade de Assunção.

De outra parte, parece oportuno registrem-se os passos que têm sido dados no que se poderia designar cooperação institucional, no âmbito do Mercosul.

Assim, tem-se o *Protocolo de las Leñas* sobre a cooperação e assistência jurisdicional, em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (e seu acordo complementar),

o *Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais*, o *Protocolo de Medidas Cautelares*, o *Protocolo de Buenos Aires* sobre jurisdição internacional em matéria contratual e o *Protocolo de São Luiz* em matéria de responsabilidade civil emergente de acidente de trânsito entre os estados-partes do Mercosul.

De outra parte, recorde-se que o Judiciário brasileiro, nos diferentes graus de jurisdição, vem aplicando, com regularidade, as normas do Mercosul.

O juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública (sentença de 13-1-98) concedeu segurança impetrada por uma empresa importadora de laticínios do Rio Grande do Sul, em que foi pleiteado, como líquido e certo, o direito de efetuar importações de leite enlatado do Uruguai, sem recolhimento do ICMS, similar ao produto nacional, com fundamento no Tratado de Assunção.

Sem diminuir o mérito do juiz sentenciante e, mais ainda, sem extrair-lhe o mérito de pioneirismo (em termos de aplicação de norma do Mercosul), a decisão, em si, não contém muita novidade e está na esteira de velha posição firmada pelo STF e, mais recentemente, pelo STJ (q.v. Súmulas nºs 20 - 71 dessa última Corte citada).

Por mera ilustração, transcrevam-se seus verbetes:

“A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta de ICM, quando contemplado como esse favor o similar nacional” (Súmula nº 20, do STJ) e “o bacalhau importado de país signatário do GATT é isento de ICM” (Súmula nº 71, do STJ).

Em nível de Suprema Corte, tem-se decisão relativamente recente, em que foi prontamente atendida carta rogatória (com aplicação do Protocolo de Las Leñas), carta, aliás, por equívoco encaminhada a um juiz estadual.

De qualquer modo, deve-se registrar que, a teor do art. 49, I, da Constituição brasileira,

“é da competência exclusiva do Congresso Nacional (I) resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem

encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

O mecanismo adotado, a observação é do professor titular da Universidade de São Paulo, Luiz Olavo Baptista,

“para a incorporação dos acordos internacionais é o da aprovação pelo legislativo, (art. 49, I) e depois sua promulgação pelo executivo, que os negociou, celebrou e é, também, quem os ratifica.

O tratado segue um iter, que tem início pelas negociações, passa pela sua assinatura, e pela remessa ao Poder Legislativo com o pedido de aprovação, (atos esses da competência exclusiva do Poder Executivo, a quem incumbe a condução da política externa do país). Prossegue com o imprescindível exame pelo Poder Legislativo, a quem cabe constitucionalmente examinar e, querendo, aprovar o tratado, terminando com sua promulgação, também ato de competência do Executivo.

Trata-se de antiga tradição no direito brasileiro.

A razão deste procedimento é explicada pelo Prof. Vicente Marotta Rangel:

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

A aprovação na Câmara dos Deputados deve ser por maioria absoluta de votos (C.F. art. 47), e a ela segue um projeto de Decreto Legislativo que será enviado ao Senado, que o aprovará ou rejeitará. Se a aprovação for sem emendas, o Presidente do Senado promulga o Decreto Legislativo (RIS, Título IX, Cap. IV, art. 48, item 28). Se ocorrerem emendas, volta à Câmara, cabendo a esta decidir se aceita as emendas ou mantém seu projeto.

O Presidente do Senado é que promulgará o Decreto Legislativo, em qualquer caso.

À edição do decreto Legislativo, que é a *aprovação* do acordo, seguem-se a *ratificação* e a *promulgação* através de Decreto presidencial que incorpora o tratado ao direito brasileiro, atos esses privativos do Presidente da República (C.F. art. 84, VIII).

Cabem só ao presidente estes dois últimos atos do procedimento de inserção do tratado na legislação brasileira, porque – como bem explica Cachapuz de Medeiros na sua obra definitiva sobre a matéria – ‘pertence ao executivo a competência para declarar internacionalmente a vontade do Estado’.

A importância da ratificação é destacada por Celso de A. Mello e classificada pelo autor como ‘a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados’, e a necessidade da promulgação ressaltada por autoridades como J. F. Rezek e o Prof. João Grandino Rodas, para quem ‘a promulgação atesta a adoção da lei pelo legislativo, certifica a sua existência e o seu texto, e afirma, finalmente o seu valor imperativo e executório’.

Por isso, é com a promulgação pelo Presidente da República que culmina a inserção dos tratados no direito brasileiro.”

Finalmente, registre-se que tudo isso bem se harmoniza com o Protocolo de Ouro Preto, que, em seu art. 42, contém expressamente:

“As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.”

Bibliografia

- ARINOS, Afonso - *Curso de Direito Constitucional Brasileiro - Teoria Geral*, Rio, Forense, 1958.
- BAPTISTA, Luiz Olavo - artigo, São Paulo, 1998.
- DAVID, René - *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1986.
- DE ARAÚJO, Nadia; Marques Frederico V. Magalhães e Reis, Márcio Monteiro – *Código do MERCOSUL – Tratado e Legislação*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- JESSUP, Philip C. - *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.
- KELSEN, Hans - *La Paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- REZEK, Francisco - *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, São Paulo, Saraiva, 4ª Edição revista e atualizada, 1994.
- RIDEAU, Joël - *Le Droit des Communautés Européennes*, Paris, P.U.F., 1995.
- RUFIN, Jean-Chisthofe - *L’Empire et les nouveaux barbares*, Paris, Éditions Jean-Claude Lattès, 1991.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de - *Algumas reflexões sobre Estado, Nação, Sistemas Jurídicos, Internacionalização do Direito, Direito Comunitário e Internacionalização da Justiça*. Notícia do Direito Brasileiro, nº 2 (nova fase), Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2º semestre, 1996.

A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro

Gilberto Bercovici

Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. Do Estado Liberal ao Estado Social. 3. Constituição garantia e constituição dirigente. 4. Eficácia e efetividade do programa constitucional. 5. Constituição dirigente e decisão política. 6. A nova análise de Canotilho e a “Responsabilidade Social”. 7. Crise de governabilidade e retorno ao Estado Liberal. 8. Eficácia vinculante das normas constitucionais programáticas. 9. Concretização da Constituição. 10. Conclusões.

1. Considerações iniciais

Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica¹. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o “conceito de constituição constitucionalmente adequado”². Dessa maneira, ater-nos-emos à Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade num dado período histórico, pois estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução do resto do ordenamento jurídico, além de conformar e determinar amplamente o seu conteúdo. É a Constituição que fixa os

Gilberto Bercovici é doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

princípios e diretrizes sob os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas do Estado, mas não se limita a ordenar apenas a vida estatal, regulando também as bases da vida não-estatal³.

A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas⁴, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população⁵. Na mesma linha das Constituições anteriores de 1934 e 1946, a Constituição de 1988 construiu um Estado Social, ao englobar entre as suas disposições as que garantem a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III), os direitos trabalhistas (artigos 6º a 11) e previdenciários (artigos 194, 195 e 201 a 204), além de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). Conforme assinalou Paulo Bonavides⁶, a partir da Constituição de 1988, o Estado passou não apenas a conceder, mas a fornecer os meios de garantir e efetivar os direitos sociais (entre outros, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão).

2. Do Estado Liberal ao Estado Social

O Estado Liberal, segundo, entre outros, o Professor Fábio Comparato, é estático, conservador, cuja única tarefa é a de *government by law*, isto é, produzir direito, por meio da edição de leis⁷. Os mecanismos de freios e contrapesos, além de impedirem o Estado de fazer o mal, isto é, ameaçar as liberdades e garantias individuais, também o impedem de empreender políticas ou programas de ação a longo prazo, revelando, assim, a inadequação estrutural dos poderes públicos nesse tipo de Estado⁸.

A grande mudança ocorreu com a superação do Estado de Direito formal pelo Estado Social de Direito. A suposta anti-

nomia entre Estado de Direito e Estado Social tem um caráter ideológico de que a reestruturação democrático-social não pode ser feita por meio do Estado de Direito, refletindo a idéia de que a Constituição representa uma limitação do poder estrutural, devendo os fins político-sociais serem relegados para a administração, sendo o Estado Social, conseqüentemente, contrário às liberdades individuais.

Nesse sentido, destaca-se a posição do jurista conservador alemão Ernst Forsthoff, que diz serem incompatíveis o Estado de Direito e o Estado Social no plano de uma mesma constituição⁹ e destaca que o Estado Social deve limitar-se ao âmbito administrativo, não podendo alçar-se à categoria constitucional, pois a Constituição não é lei social, devendo, além de tudo, ser breve¹⁰. O Estado Social de Direito não é, para Forsthoff, um conceito jurídico, no sentido em que dele não podem ser deduzidos direitos e deveres concretos, nem instituições jurídicas¹¹. Esses argumentos se assemelham em muito aos daqueles que defendem a desconstitucionalização de inúmeras matérias da nossa Constituição, pois, além de ser “detalhista em excesso”, é muito extensa, com muitos artigos. Ao que parece, para eles, os nossos problemas resumem-se ao fato de a Constituição possuir 200 ou 20 artigos...

Para Luís Roberto Barroso, não há qualquer justificativa a esse tipo de argumento. O grande exemplo invocado na defesa de um texto mais enxuto, a Constituição norte-americana, foi fruto de condições conjunturais e históricas únicas. Além disso, embora o texto da Constituição tenha permanecido praticamente inalterado (com exceção das Emendas), ocorreram materialmente inúmeras mudanças constitucionais mediante a jurisprudência. Para ele, os que defendem a adoção do modelo constitucional americano como solução à “prolixidade” dos nossos textos constitucionais são, na melhor das hipóteses, ingênuos¹². Na realidade, segundo Paulo Bonavides, a Constituição tornou-se mais volumosa graças à preocupação de dotar certos

institutos de proteção mais eficaz, ao anseio de conferir maior estabilidade a determinadas matérias e à conveniência de atribuir ao Estado, por meio do texto constitucional, encargos considerados pelo constituinte como indispensáveis à manutenção da paz social¹³.

No Estado de Direito, as regras jurídicas estabelecem padrões de conduta ou comportamento e garantem também uma distância e diferenciação do indivíduo, por meio do Direito, perante os órgãos públicos, assegurando-lhe um estatuto subjetivo essencialmente caracterizado pelos direitos e garantias individuais. Isso não significa hoje oposição entre o Direito e o Estado. A função do Direito num Estado de Direito moderno não é apenas negativa ou defensiva, mas positiva: deve assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural. O Estado de Direito atual não se concebe mais como anti-estatal.

Com as novas tarefas do Estado, o livre desenvolvimento da personalidade não mais se baseia no apego à propriedade contra a intervenção estatal, excludente de boa parcela da população, mas se funda nas próprias prestações estatais. O arbítrio dos poderes públicos é evitado mediante a reserva da lei e do princípio democrático, característicos do Estado de Direito. A busca de melhorias sociais e econômicas dá-se sem o sacrifício das garantias jurídico-formais do Estado de Direito. Afinal, a liberdade é inconcebível sem a solidariedade, e a igualdade e progresso sócio-econômicos devem fundar-se no respeito à legalidade democrática¹⁴.

Governar, no entanto, passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Com o Estado Social, o *government by policies* substituiu o *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas¹⁵, tarefa primordial do Estado Social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução

dessas mesmas políticas, acaba por se revelar incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal¹⁶.

A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei¹⁷. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal¹⁸.

3. *Constituição garantia e constituição dirigente*

O grande debate constitucional trava-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade. No primeiro caso, a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável. Subjacente à essa tese da Constituição como mero “instrumento de governo” está o liberalismo e sua concepção equivocada de separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado-mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas. Deve-se deixar claro que o Estado não é o único opressor¹⁹, assim como nem sempre o Estado-mínimo e

sua Constituição são os melhores guardiães da liberdade. A Constituição não pode restringir-se ao Estado, deve ser a lei fundamental também da sociedade²⁰.

As teorias redutoras da Constituição a mero instrumento de governo são insuficientes, pois hoje se constata que organizar e racionalizar os poderes pressupõe alguma medida material para o exercício desses poderes. Passa-se a se exigir a fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos. Tradicionalmente, essa fundamentação material é dada essencialmente pelos direitos fundamentais. A fundamentação pode limitar-se a princípios, denominados por Canotilho princípios materiais estruturantes (Estado de Direito, Democracia, República), ou estender-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. A constitucionalização de tarefas torna mais importante a legitimação material, embora não substitua (e nem deveria) a luta política. Esse problema de legitimação gera o fenômeno da dinamização da Constituição, expresso na consagração de linhas de direção, na tendência para sujeitar os órgãos de direção política à execução de imposições constitucionais e na constitucionalização dos direitos econômicos e sociais. A Constituição deixa de ser instrumento de governo, definidor de formas e competências para o exercício do poder, insistindo-se na programática (tarefas e fins do Estado)²¹.

As tarefas e fins do Estado inseridos no texto constitucional e os princípios constitucionais são propostas de legitimação material da Constituição de um país. A compreensão material da Constituição passa pela materialização dos fins e tarefas constitucionais. Se o Estado constitucional democrático não se identifica apenas com o Estado de Direito formal e quer legitimar-se como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do

processo econômico²². A Constituição deixa de ser apenas do Estado, para ser também da sociedade.

A dualidade marca as discussões em torno da Constituição, contrapondo a idéia de sociedade civil e liberdade (mercado) à idéia de sociedade e igualdade (Estado). Ao invés de considerarmos esses pontos como absolutos, devemos ter em mente que o problema da Constituição dirigente é um problema de transformação da realidade. Quando se questiona a Constituição dirigente e sua matriz programática, opõe-se sempre a Constituição-garantia, instrumento de governo. O problema está em como deve ser conformada a realidade: se essa adequação deve estar explícita ou não no texto constitucional. Não podemos deixar de destacar que todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o domínio político mediante a sua atuação. Hoje abandona-se o ordenamento majoritariamente repressivo e afirmam-se novas funções do Direito, de condução e incentivo do processo social²³.

4. Eficácia e efetividade do programa constitucional

Os problemas da Constituição não são apenas os derivados da ordenação dos limites e competências, mas também os de fundamentação da ordem jurídica. Independentemente da função de dar forma e procedimento à atuação estatal (a Constituição jurídica também é uma Constituição política), a fixação adquire sentido material quando relacionada a determinados fins. É óbvio que uma constituição apenas definidora de competências e garantidora de liberdades formais atinge mais facilmente o ideal de efetividade imediata. Uma constituição programática, por sua vez, torna mais transparente a vinculação dos órgãos de direção política ao fornecer linhas de atuação e direção. A Constituição enquanto lei fundamental tende a refletir a interdependência do Estado e da sociedade (ela é estatal e social). De acordo com Canotilho, o

sentido normativo de uma constituição concebe-se como prospectivamente orientado, sem fechar o sistema, pois não é apenas o garantidor do existente, mas deve ser o esboço do porvir²⁴.

O caráter programático suscita problemas específicos que põem em jogo a força normativa da Constituição, pois implica que se confie a concretização a instâncias políticas, dependendo da vontade dos detentores do poder político²⁵. A amplitude e a indeterminação do texto constitucional não supõe, segundo Konrad Hesse, a incapacidade da Constituição para regular a vida do Estado e da sociedade. Segundo ele, a Constituição não se limita a deixar matérias abertas, mas a estabelecer, com caráter vinculante, o que não pode ficar aberto e indeterminado, além de estabelecer os procedimentos por meio dos quais podem ser decididas as questões abertas²⁶.

O pensamento constitucional tradicional, de acordo com Konrad Hesse, está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, dando-se ênfase em uma ou outra direção. Assim, chega-se a uma norma despida de elementos de realidade ou a uma realidade sem elementos normativos. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua essência reside na vigência e na pretensão de eficácia (a situação regulada pretende ser concretizada na realidade), que não podem ser separadas das condições históricas. É graças a essa pretensão de eficácia que a Constituição vai procurar ordenar e conformar a realidade. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia²⁷.

A eficácia pode ser compreendida tanto no sentido jurídico quanto no social. No primeiro caso, diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, é a qualidade de produzir, mais ou menos, efeitos jurídicos ao regular situações ou comportamentos. No segundo, trata-se da conformidade das condutas à norma, isto é, se ela foi realmente observada²⁸. A eficácia da lei, para Marcelo Neves, abrange situa-

ções das mais variadas (observância²⁹, execução³⁰, aplicação e uso do direito), podendo ser compreendida genericamente como concretização normativa. Para ele, esse processo sofre bloqueios sempre que o conteúdo do texto legal positivado for rejeitado, desconsiderado ou desconhecido nas diversas interações da sociedade³¹. Detentoras de eficácia jurídica, as normas programáticas têm, assim, possibilidade de ter alcançados os seus objetivos, ou seja, possuem perspectiva de efetividade³², ou nas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Os efeitos da norma constitucional, contudo, são sempre plenos, vale dizer, o que nela se contém e se constituiu é efetivável”³³.

Já a efetividade, ou eficácia social, refere-se à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa. A norma só será efetiva quando seu objetivo for alcançado por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso), ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real³⁴.

5. *Constituição dirigente e decisão política*

As constituições dirigentes, como a nossa de 1988, vêm sendo duramente criticadas nos últimos tempos. O grande debate travado diz respeito à continuidade ou não de um modelo de desenvolvimento centrado no Estado intervencionista. Em termos jurídicos, surgem os grandes defensores da “desconstitucionalização” e da “desregulamentação”. Em 1982, Canotilho já tratava do tema:

“A ‘desconstitucionalização’ de matérias em nome de uma ‘desestadualização’ e ‘desregulamentação’ mostra as conseqüências a que uma apressada crítica contra a juridicização conduz: aquela – a desestadualização – propõe a substituição da normatividade constitucional pela ‘economicização da política’ e da vinculação jurídica do sistema político

pelas ‘leis económicas’; esta – a desregulamentação – pede a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos para tornar mais claudicante o estatuto político-social já alcançado (direitos dos trabalhadores, medidas sociais, garantias de qualidade de vida)”³⁵.

Uma das críticas mais comuns feitas à concepção de constituição dirigente é a de o texto constitucional promover de tamanha forma o dirigismo estatal que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política. Nesse sentido, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“O caminho do desenvolvimento institucional só estará aberto quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe”³⁶.

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Inclusive, ao não regular inúmeras questões (afinal, nenhuma constituição pode-se pretender completa ou perfeita), cabe à discussão política solucioná-las. A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal³⁷.

A definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política conjuntural dos governos³⁸. Os fins políticos supremos e as tarefas do Estado encontram-

se normatizados na Constituição. Afinal, a Constituição legitima o poder político do Estado. O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização³⁹.

Segundo Cristina M. M. Queiroz:

“Não obstante, o direito constitucional não abrange o ‘todo’. O legislador constitucional encontra-se, de facto, na impossibilidade de prever qual o tratamento das relações constitucionais futuras no quadro de uma sociedade cambiante e mutável em matéria de valores. Mas tal não o impede de conformar e sancionar (:legitimar), nomologicamente, a totalidade da relação de vida política. A política encontra-se submetida a um complexo sistema de imposições e limitações constitucionais. Da sua conformidade ou desconformidade com a parametricidade da norma constitucional depende em larga medida a questão da sua constitucionalidade”⁴⁰.

6. A nova análise de Canotilho e a “Responsabilidade Social”

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua última obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, afirma que o problema fundamental da constituição na atualidade é o de saber ponderar as medidas liberais e estatais que devem informar o texto constitucional para que a Constituição continue sendo o documento fundamental da *res publica* sem se converter em instrumento totalizador com concepções unidimensionais do Estado e da sociedade⁴¹.

Revedo posições anteriores, Canotilho defende que a Constituição deve evitar

converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa⁴². Afirma que os textos constitucionais de cunho dirigente (como a Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988) perderam a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade, não mais diretiva. As constituições dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas e exigências da sociedade. A eficácia das constituições é cada vez mais contestada⁴³, podendo fazer com que passem a ser consideradas meramente como “constituições simbólicas”⁴⁴.

A Constituição, para Canotilho, não tem mais capacidade para ser dirigente. Deve, assim, limitar-se a fixar a estrutura e parâmetros do Estado e estabelecer os princípios relevantes para a sociedade⁴⁵. Os sistemas jurídico e político, assim, não podem mais ter a pretensão de supremacia e universalidade sobre os outros sistemas sociais (como o econômico)⁴⁶, ou seja, não podem mais pretender regulá-los de maneira eficaz.

Grande parte das críticas ao modelo de Estado e de constituição existentes hoje é proveniente de teorias como a teoria do direito reflexivo. *Grosso modo*, essa teoria tem por fundamento o postulado de que o Estado e seus instrumentos jurídico-normativos não mais têm capacidade de regular a complexidade da sociedade contemporânea. Diante dessa incapacidade do Estado, a própria sociedade busca reduzir a sua complexidade por meio da diferenciação interna em vários sistemas, cada um deles atuando em áreas determinadas e auto-organizando suas estruturas, ordenamento, identidade, etc. Essa diferenciação da sociedade em vários sistemas faz com que não haja mais necessidade das normas gerais e padronizadoras do Estado. Além

disso, nenhum sistema pode pretender dirigir a sociedade como um todo, o que invalida as pretensões do Direito, do Estado e da Política de promoverem a integração social. O ordenamento jurídico passaria a ser um ordenamento de coordenação, viabilizando a autonomia dos sistemas para maximizar sua racionalidade interna. Embora não possa impor soluções para os sistemas, o ordenamento jurídico levaria esses sistemas, com base nos princípios da “responsabilidade social” e da “consciência global”, a uma reflexão sobre os efeitos sociais de suas decisões e atuação, induzindo-os a não ultrapassar situações limite em que todos perderiam⁴⁷.

Esse modelo do direito reflexivo não está livre de críticas. Destacaremos apenas uma⁴⁸, que diz respeito ao fato de que, para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Ou seja, critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, na nossa opinião, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social”.

Utilizemos, para demonstrar a fragilidade desse tipo de argumentação, as afirmações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Nesse sentido, e recuando elegantemente de posições anteriores, como convém a um sábio de seu porte, Gomes Canotilho considerou ‘perturbador da identidade reflexiva – capacidade de prestação de uma Constituição e impeditivo de um desenvolvimento constitucional – ... fazer acompanhar a positivação de direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais’. Parece claro que a reflexividade,

assim pretendida, poderá contribuir imensamente para reforçar os demais emergentes acima referidos, abrindo espaços para a participação, *substituindo o dirigismo estatal pela consensualidade, avivando o sentido de identidade e de responsabilidade da sociedade civil e, sobretudo, a sua sensibilidade moral*, indispensável à sólida fundamentação de uma duradoura teoria da justiça, sem a qual o direito não é mais que uma coleção anódina de regras⁴⁹.

Não basta alegar que devemos substituir a determinação e realização exclusiva das políticas públicas e sociais por parte do Estado pela supremacia do chamado “princípio da responsabilidade”, baseado apenas na atuação da sociedade civil, como o fizeram Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Joaquim Gomes Canotilho. Ao invés de propor a concretização constitucional, Canotilho limitou-se a substituir a inefetividade das políticas estatais previstas nas chamadas constituições dirigentes pela responsabilização da sociedade civil pela implementação dessas mesmas políticas⁵⁰.

7. Crise de governabilidade e retorno ao Estado Liberal

Outras críticas feitas à Constituição de 1988, enquanto constituição dirigente, dizem respeito à questão da governabilidade. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1988 agravou a governabilidade brasileira ao sobrecarregar o Estado de tarefas, sem providenciar os recursos para as mesmas, ou seja, preocupou-se com a distribuição de riquezas, não com a produção delas⁵¹. Na sua opinião, a crise de governabilidade brasileira seria solucionada com uma nova constituição:

“A superação da crise de ingovernabilidade não prescinde, ao invés, reclama, uma nova Constituição. A de 1988 nasceu fora de época, ainda inspirada por um marxismo vulgar intitulado de socialismo ‘real’, que logo se esborou. É necessário jogar

no arquivo essa obra do copismo de esquerda”⁵².

Para ele, o Estado deve ser mínimo, baseado no princípio da subsidiariedade. No entanto, mesmo o princípio de subsidiariedade deve ter suas prioridades hierarquizadas, dependendo da importância da matéria para o bem comum e os recursos disponíveis pelo Estado⁵³. O Estado, assim, deve limitar-se a ser o fiscalizador e incentivador da iniciativa privada, nunca agente de políticas públicas.

Na realidade, o que pretendem os atuais críticos da Constituição é a volta ao Estado mínimo do liberalismo do século XIX. Pretendem eles relegar o poder do Estado a simples garantidor, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, do funcionamento das três instituições fundamentais do Direito Privado e da economia de mercado: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil⁵⁴.

Essa concepção, hoje em voga, pretende ignorar as mais atuais concepções do Direito Privado. A evolução do Direito Privado moderno, a partir de 1918, evidencia uma série de traços comuns. O principal diz respeito à relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem-estar coletivo deixa de ser responsabilidade exclusiva do Estado e da sociedade, para conformar também o indivíduo⁵⁵. Os direitos individuais não são mais entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público⁵⁶. A norma constitucional tornou-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica, incidindo diretamente sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as conforme os valores constitucionalmente consagrados⁵⁷. Isso ocorre tanto na esfera da propriedade, quanto na do contrato, da responsabilidade civil⁵⁸ e até do Direito de Família.

A autonomia privada deixou de ser um valor em si⁵⁹. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis⁶⁰.

Na questão da propriedade privada, a função social é mais do que uma mera limitação. Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a⁶¹. A propriedade dotada de função social legitima-se pela sua função. A que não cumprir função social não será mais objeto de proteção jurídica, conforme salienta Perlingieri:

“A ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”⁶².

De acordo com a doutrina tradicional, a propriedade privada, o contrato e a responsabilidade civil são regulados pelo Código Civil e a Constituição serviria apenas como limite ao legislador ordinário, ao traçar os princípios e programas a serem seguidos. No entanto, essa visão hoje não procede⁶³. A perda de espaço pelo Código Civil decorre da chamada publicização ou despatrimonialização⁶⁴ do direito privado, invadido pela ótica publicista. A Constituição sucedeu o Código Civil enquanto centro do sistema de direito privado, conforme acentuou Perlingieri:

“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância

publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”⁶⁵.

8. *Eficácia vinculante das normas constitucionais programáticas*

Sendo patente a impossibilidade de retorno ao Estado Liberal, devemos ater-nos à questão das normas programáticas. A concepção simplista que considera inexistentes ou de irrelevância social os textos legais carentes de eficácia normativa deve ser rejeitada. Todas as normas constitucionais, inclusive as normas programáticas, são dotadas de eficácia vinculante⁶⁶. De acordo com José Afonso da Silva:

“Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”⁶⁷.

Equivocam-se, assim, aqueles que afirmam que as normas programáticas de uma constituição como a de 1988 não são jurídicas. Elas possuem juridicidade, caráter vinculativo e são uma imposição constitucional aos órgãos públicos⁶⁸. Os instrumentos fornecidos pela própria ordem jurídica, consagrados na Constituição, visando a consecução da justiça social, não podem ser, sob hipótese alguma, desprezados⁶⁹. A justiça social é determinante essencial que conforma todas as normas da ordem econômica, de modo que só possam ser entendidas e operadas tendo em vista esse princípio constitucional, além de ser uma exigência constitucional para todo

exercício de atividade econômica⁷⁰. O Estado brasileiro possui o dever jurídico-constitucional de realização da justiça social, mesmo que seus dispositivos estejam em normas programáticas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas –, está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”⁷¹.

No mesmo sentido, denuncia Paulo Bonavides:

“Vemos com freqüência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional”⁷².

Podemos destacar, seguindo a lição de Luís Roberto Barroso, os seguintes efeitos das normas constitucionais programáticas:

“Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente,

se com elas incompatíveis⁷³. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por elas protegidos”⁷⁴.

9. Concretização da Constituição

A força normativa da Constituição, para Konrad Hesse, não se limita somente à sua adaptação à realidade concreta. A Constituição impõe tarefas que devem ser efetivamente realizadas. No entanto, isso se dará somente se existir a, por ele denominada, “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*). Essa “vontade de constituição” possui três vertentes: a compreensão da necessidade de uma ordem normativa contra o arbítrio, a constatação de que essa ordem não é eficaz sem o concurso da vontade humana e de que a ordem normativa adquire e mantém sua vigência sempre mediante atos de vontade⁷⁵. O que Hesse afirma é que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática. Se não forem respeitados os princípios constitucionais, desperdiça-se um capital que nunca mais será recuperado. As freqüentes revisões expressam a idéia de que as exigências conjunturais têm mais valor que a ordem constitucional vigente⁷⁶. Hesse conclui afirmando que a intensidade da força normativa deriva diretamente da “vontade de constituição”⁷⁷. Entre nós, infelizmente, essa “vontade de constituição” praticamente inexistente nos altos escalões da República, quer sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Muitos afirmam que um dos problemas da concretização constitucional é o da

ausência de sanção pelo não-cumprimento das suas normas. Esclarece, no entanto, Luís Roberto Barroso que uma das sanções existentes no Direito Constitucional é a responsabilidade política⁷⁸. O governante que descumprir ou violar dispositivos da Constituição estará cometendo crime de responsabilidade (como os previstos no artigo 85 da Constituição, no caso do Presidente da República), estando sujeito, portanto, às penalidades previstas, inclusive a perda do mandato ou cargo público⁷⁹.

Ainda há a questão das omissões legislativas. De acordo com Crisafulli, as omissões legislativas configuram um comportamento inconstitucional do Poder Legislativo. Na sua opinião, o mecanismo constitucional é organizado de maneira a não compreender a inércia legislativa. A sanção, para ele, é a responsabilidade política dos legisladores e dos agentes públicos que não cumpriram com seu dever constitucional⁸⁰. A Constituição de 1988 instituiu como garantia contra as omissões legislativas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção⁸¹.

A Constituição pode ainda ser concretizada por meio da interpretação constitucional. O conteúdo de uma norma constitucional não pode realizar-se com base apenas nas pretensões contidas na norma, mas necessita de concretização. Esta só será possível, para Konrad Hesse, se levarmos em consideração, junto ao contexto normativo, as circunstâncias da realidade que essa norma pretende regular⁸².

A interpretação constitucional é dominada pelos princípios, que dão coerência geral ao sistema⁸³, ou, nas palavras de Vezio Crisafulli, *“l’adozione di un principio generale significando sempre l’adozione di una determinata linea di sviluppo dell’ordinamento giuridico”*⁸⁴. As normas constitucionais programáticas contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica⁸⁵.

De acordo com Vezio Crisafulli:

“In ogni altri casi, le norme costituzionali programmatiche avranno pur-

*tuttavia una efficacia indiretta, in quanti principi generali d’interpretazione delle norme legislative, il significato delle quali dovrà essere stabilito, nel dubbio e finché ciò si è consentito dalla loro formulazione testuale, nel modo più conforme alla norma programmatica”*⁸⁶.

Os princípios, assim, são ordenações que se irradiam e coordenam os sistemas de normas. Apesar de serem base das normas jurídicas, os princípios podem estar positivados em um texto normativo, consubstanciando as chamadas normas-princípio, constituindo, assim, elementos básicos da organização constitucional. A constitucionalização dos princípios tem um importante significado jurídico. Os princípios assumem força normativo-constitucional, superando definitivamente a idéia de constituição como mero “instrumento de governo” (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição dirigente. No entanto, os princípios possuem grau de abstração relativamente elevado, carecendo de mediações concretizadoras⁸⁷.

Os princípios político-constitucionais integram o Direito Constitucional positivo, explicitando as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Consubstanciam a ideologia inspiradora da Constituição. Esses princípios são normas conformadoras do sistema constitucional positivo. Traduzem, como afirmamos acima, as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição. Os princípios fundamentais são diretamente aplicáveis, funcionando como critério fundamental de interpretação e de integração, dando unidade e coerência a todo o sistema constitucional⁸⁸. No caso da Constituição de 1988, os princípios fundamentais são os estabelecidos nos seus artigos 1º e 3º:

“Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da

pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

“Artigo 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Os princípios político-constitucionais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar suas principais opções e objetivos político-constitucionais. Os artigos que fazem parte dessa divisão podem ser considerados como matriz dos restantes dispositivos constitucionais, formando, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o cerne da Constituição”⁸⁹.

Dessa maneira, os princípios constitucionais configuram o núcleo irreduzível da Constituição, que não pode ter suas normas interpretadas isoladamente, como se fossem artigos meramente justapostos. Afinal, conforme vimos acima, o texto constitucional é fundado em determinadas idéias positivadas em princípios que lhe garantem harmonia e coerência⁹⁰. A Constituição é o texto jurídico que estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da sociedade. Não pode, portanto, ter suas normas compreendidas pontualmente, a partir de um problema isolado⁹¹. Uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional⁹².

Cabe ao intérprete analisar a Constituição de forma a evitar contradições entre as normas constitucionais⁹³. As normas

constitucionais em tensão têm de ser harmonizadas, equilibradas. A busca do equilíbrio dentro do sistema constitucional tem por objetivo primordial que todos os seus preceitos obtenham efetividade⁹⁴. A busca por esse equilíbrio é denominada otimização por Konrad Hesse. Para esse autor, a otimização (que deve ser estabelecida de forma que todas as normas constitucionais alcancem a efetividade) é obtida ao conciliarmos o princípio da unidade da Constituição com o princípio da proporcionalidade⁹⁵. Na medida em que a otimização produz um equilíbrio, ao mesmo tempo impõe limites a determinada norma constitucional, sem negar por completo sua eficácia. Esse equilíbrio dá-se por meio da ponderação de valores pelo intérprete, realizada caso a caso, sem que nunca possa ser realizada em uma única direção pré-determinada⁹⁶.

10. Conclusões

As soluções dadas pelo intérprete e pelo aplicador da Constituição devem estar adequadas e ser coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada, que os vincula⁹⁷. A Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade. São os princípios fundamentais da Constituição, como vimos, os consagrados nos seus artigos 1º e 3º. São esses os princípios constitucionais que constituem o “cerne da Constituição” e que devem servir de diretriz, por meio do princípio da unidade da Constituição, para a interpretação coerente das normas da Constituição de 1988 sem isolá-las do seu sistema e contexto. A perspectiva jurídica da Constituição precisa ser completada por considerações de política constitucional dirigidas para manter, possibilitar ou criar os pressupostos de uma realização legítima da Constituição⁹⁸.

O grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional. E, como vimos acima, não faltam meios jurídicos para tanto. Não se reclamam

mais direitos, mas garantias de sua implementação. Na realidade, na opinião de Paulo Bonavides, a crise vivenciada sob a vigência da Constituição de 1988 não é uma crise da Constituição, mas da sociedade, do governo e do Estado⁹⁹.

A prática política e o contexto social têm favorecido uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto documento legitimador do Estado. Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado¹⁰⁰, seja enquanto poder político, seja enquanto implementador de políticas públicas. Nesse sentido, as constatações de Sergio Buarque de Holanda, infelizmente, continuam atuais:

“As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul”¹⁰¹.

Notas

¹ Cf. Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3-4 e 7-8.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 154-158 e *Direito Constitucional*, 6ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 75-76.

³ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 15-17.

⁴ Normas constitucionais programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva, “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do

Estado” in SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 138. Vide também CRISAFULLI, Vezio, “Efficacia delle Norme Costituzionali ‘Programmatiche’” in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão, Giuffrè, janeiro/março de 1951, pp. 360-361. As normas programáticas constituem um compromisso entre as forças liberais e tradicionais e as reivindicações sociais e populares, cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade cit.*, pp. 135-137 e 145-146 e Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 210. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Os agrupamentos conservadores sofrem aparente derrota quando da elaboração legislativa, mas impedem, na prática, no jogo político do poder econômico e da influência, a consecução dos avanços sociais” in BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 62.

⁵ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, p. 136.

⁶ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 332-338. No mesmo sentido de que a Constituição de 1988 projeta a instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do bem-estar social, vide GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 2ª ed, São Paulo, RT, 1991, pp. 286-289 e 321-322.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder, “Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático” in JAGUARIBE, Hélio; IGLÉSIAS, Francisco; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; CHACON, Vamiré & COMPARATO, Fábio, *Sociedade Democrática*, 2ª ed, Rio de Janeiro, José Olympio, 1986, pp. 400 e 407; COMPARATO, Fábio Konder, “Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional” in COMPARATO, Fábio Konder, *Para Viver a Democracia*, São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 93-95 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 74-77.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder, “Planejar o Desenvolvimento...” *cit.*, pp. 97-98 e 104-105.

⁹ FORSTHOFF, Ernst, “*Problemas Constitucionales del Estado Social*” in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

¹⁰ FORSTHOFF, Ernst Forstthoff, “*Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho*” in ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 78-81 e 88.

¹¹ *Idem*, p. 97.

¹² BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 50-53.

¹³ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 229-234;

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 102-111 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 358-359, 369 e 390-395.

¹⁵ Vide GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 13-14, 19-20 e 31-34.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder, “Um Quadro Institucional...” *cit.*, pp. 397-399. Conforme o Professor Comparato: “A inadequação resulta do fato de que o Estado social não se legitima simplesmente pela produção do direito, mas antes de tudo pela realização de políticas (policies), isto é, programas de ação” *in idem*, pp. 407-408.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 340-344.

¹⁸ DOEHRING, Karl, “Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático” *in* ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 161-168.

¹⁹ Karl Doehring, ao contrário dos liberais conservadores, acredita ter sido o Estado criado pelos homens para garantir a liberdade, sendo esta a origem e o sentido da soberania do povo e da fórmula de que todo o poder emana do povo. O papel do Estado é o de proteger a liberdade, pois é o único que pode garanti-la: “*Por lo tanto, el Estado es la expresión misma de la libertad, se identifica con ella, ya que sin un Estado fuerte, la libertad no existiría*”. *Idem*, pp. 148-150.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 79-82.

²¹ *Idem*, pp. 73-79 e 84-86 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Constituição Dirigente cit.*, pp. 12, 14 e 18-21. Sobre os fins e a legitimação do Estado, vide especialmente HELLER, Hermann, *op. cit.*, pp. 217-221 e 234-246.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 21-24 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e Constitucionalidade*, Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991, pp. 34-36.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 27-30 e 69-71.

²⁴ *Idem*, pp. 150-154 e 169-170; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 75-79 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 35-36 e 46.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 154-158 e 176-180.

²⁶ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 18-20.

²⁷ HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 13-16. Nas palavras de Canotilho: “‘Realizar a Constituição’ significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos

constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres” *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 201-202.

²⁸ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, p. 66; BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 81-83 e 231; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 39-41 e NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1994, p. 42.

²⁹ Observância é, para Marcelo Neves, o fato de se agir conforme a norma sem que essa conduta esteja vinculada a uma atitude sancionatória. Cf. Marcelo NEVES, *idem*, p. 43.

³⁰ Execução, ou imposição, é a reação concreta a comportamentos que contrariam os preceitos legais, destinando-se à manutenção do direito ou recuperação da ordem violada. Cf. Marcelo NEVES, *idem, ibidem*.

³¹ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 45. Vide também GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 294-299.

³² BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 114-116.

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 41.

³⁴ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 65-66; BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 82-83 e 231; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 40-41 e NEVES, Marcelo, *op. cit.*, pp. 46-47.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, p. 471.

³⁶ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo “Desafios Institucionais Brasileiros” *in* MARTINS, Ives Gandra (org.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 195.

³⁷ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 370-374; HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 17-18 e 20; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 193-196 e 462-471; GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 287-289 e QUEIROZ, Cristina M. M., *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 16-18 e 111-113. Crisafulli afirma que as normas constitucionais programáticas vinculam o legislador na medida em que este deve conformar suas decisões às suas determinações, eliminando, assim, a discricionariedade absoluta do legislador. Cf. Vezio CRISAFULLI, *idem*, pp. 367-369.

³⁸ De acordo com o Professor Eros Grau, a ordem econômica constitucional não pode ser visualizada como um produto de imposições circunstanciais ou do capricho dos constituintes, mas como o

resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que foram compostos para serem abrigados no texto constitucional de maneira peculiar, pois a Constituição é um sistema dotado de coerência, não havendo contradição entre suas normas. Cf. Eros Roberto GRAU, *op. cit.*, pp. 213-214 e 309. Para Crisafulli, a Constituição é que garante o funcionamento correto e legítimo do sistema político, portanto, pode limitar a atuação do governo ao estabelecer diretrizes e programas de atuação política. Afinal, a discricionariedade do governo não pode ser absoluta. Cf. Vezio CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 374-378.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 462-471 e QUEIROZ, Cristina M. M.M., *op. cit.*, pp. 139-147.

⁴⁰ QUEIROZ, Cristina M. M., *op. cit.*, p. 147.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, pp. 1191-1192.

⁴² *Idem*, pp. 1192-1193.

⁴³ Entre outras críticas às constituições dirigentes, Canotilho destaca a da “sociologia crítica”, que aponta para o fato de as normas constitucionais não conseguirem obter eficácia real, havendo uma relação inversamente proporcional entre o caráter ideológico das normas constitucionais e sua eficácia. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *idem*, p. 1204 e FARIA, José Eduardo, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 91-92, 99-102 e 152-155.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1199-1205 e 1208-1209. Sobre a chamada constitucionalização simbólica, esclarece Marcelo Neves que, onde a ineficácia e a inefetividade atingirem graus muito elevados, ocorrerá a falta de vigência social da lei, ou seja, a carência de normatividade do texto legal. Deve-se, no entanto, levar em consideração que as normas produzem efeitos indiretos ou latentes que poderão estar ou não vinculados à sua eficácia e efetividade. Um exemplo é o do significado econômico das normas jurídicas (Cf. Marcelo NEVES, *op. cit.*, pp. 47-49). A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz. Se for eficaz, mas inefetiva, não cabe falarmos em legislação simbólica. A legislação simbólica pode-se apresentar de três maneiras: como confirmação de valores sociais, como alibi e como compromisso-dilatatório (*Idem*, pp. 33-42 e 49). Em qualquer dessas três maneiras, a legislação simbólica produz efeitos relevantes para o sistema político, efeitos não necessariamente jurídicos. A legislação simbólica descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constituindo respaldo político-eleitoral para os legisladores ou servindo para demonstrar que as instituições são merecedoras da confiança

do povo (*Idem*, pp. 51-52).

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pp. 1272-1273.

⁴⁶ *Idem*, pp. 1205 e 1289-1290.

⁴⁷ Essa breve, portanto não isenta de erros e simplificações de nossa parte, descrição da teoria do direito reflexivo foi baseada na análise dessa teoria feita por José Eduardo FARIA, em sua obra *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, mimeo, tese de titularidade, 1997, pp. 203-220.

⁴⁸ Para outras críticas a essas teorias do direito reflexivo, vide FARIA, José Eduardo, *idem*, pp. 321-328.

⁴⁹ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 195, grifos nossos.

⁵⁰ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo” in *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo, RT, abril/junho de 1996, pp. 7-17.

⁵¹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 21-23 e 34-38.

⁵² *Idem*, p. 142.

⁵³ *Idem*, pp. 127-130.

⁵⁴ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁵⁵ WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 623-627.

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 38-39 e 53-56.

⁵⁷ *Idem*, pp. 11-12.

⁵⁸ Para uma excelente análise sobre os contornos atuais da responsabilidade civil, o seu tratamento doutrinário e jurisprudencial mais avançado e o seu entendimento de acordo com a Constituição, vide MATOS, Enéas de Oliveira, “Responsabilidade Civil do Transportador por Ato de Terceiro” in *Revista dos Tribunais* nº 742, São Paulo, RT, agosto de 1997, especialmente pp. 146-152.

⁵⁹ De acordo com Perlingieri: “A autonomia não é livre arbítrio”. Vide *op. cit.*, p. 228.

⁶⁰ *Idem*, pp. 18-19 e 277.

⁶¹ *Idem*, p. 226; GOMES, Orlando, “A Função Social da Propriedade” in *Boletim da Faculdade de Direito: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer-Correia*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1989, pp. 428-429 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 251 e 317.

⁶² PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 229.

⁶³ Vide, especialmente, PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 10 e TEPEDINO, Gustavo, “A Nova Propriedade” in *Revista Forense*, nº 306, pp. 77-78.

⁶⁴ Para Perlingieri, a despatrimonialização é a tentativa de reconstrução do direito civil, não como tutela das situações patrimoniais, mas como um dos instrumentos e garantidores do desenvolvimento livre e digno da pessoa humana. Vide PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁶⁵ *Idem*, p. 6.

⁶⁶ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 358-359; SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 71, 75-76; BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 211-212 e 219-223; BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres, *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 35-36 e 82; QUEIROZ, Cristina M. M., *op. cit.*, pp. 141-142; BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 82 e 87; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 39 e 41 e NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 81-82.

⁶⁸ *Idem*, pp. 138-139 e 152-155.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social" in *Revista de Direito Público*, nº 57-58, São Paulo, RT, janeiro/junho de 1981, p. 235 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 292-294.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 141-142 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 240-241.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 237.

⁷² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 218. No mesmo sentido, vide CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 357-358 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 46-48. José Afonso da Silva afirma que aqueles que negam juridicidade às normas constitucionais programáticas têm por hábito caracterizar como programática toda norma constitucional incômoda. Cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade cit.*, p. 153.

⁷³ Escreveu Crisafulli: "*In tutti questi casi, non vi ha dubbio che la inosservanza delle norme costituzionale programmatiche da parte degli organi legislative sarà motivo di invalidità, totale o parziale, dell'atto di esercizio del loro potere, ossia della legge deliberata in modo contrario o diverso da quanto disposto nella costituzione*" in CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 369. Vide também *Idem*, pp. 378-380 e SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 158-160. Para uma posição diversa, vide BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, pp. 86-88.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 117-118. Vide também MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 254-256.

⁷⁵ HESSE, Konrad, *A Força Normativa cit.*, pp. 19-20.

⁷⁶ *Idem*, pp. 21-23.

⁷⁷ *Idem*, pp. 24-25.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 85-86.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, pp. 247-249.

⁸⁰ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, pp. 369-370.

⁸¹ Não adentraremos na análise desses institutos por fugir ao escopo deste trabalho. Vide BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 159-177; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 202-213; CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, RT, 1995, pp. 218-261 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Potecção Judicial contra as Omissões Normativas" in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 351-367. Sobre as garantias para a efetividade das normas constitucionais, vide SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 164-166 e BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional cit.*, pp. 119-125.

⁸² HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 25-28.

⁸³ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 185-187.

⁸⁴ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 360.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, pp. 156-158.

⁸⁶ CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 378. No mesmo sentido, afirma José Afonso da Silva: "A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei" in SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade cit.*, p. 157.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 277-279 e *Direito Constitucional cit.*, pp. 166-168; CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, pp. 71-73 e SILVA, José Afonso da, *Curso cit.*, pp. 84-85.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 283-284 e *Direito Constitucional cit.*, pp. 172-173; SILVA, José Afonso da, *Curso cit.*, pp. 85-88 e BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 141-150.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 71. Vide também BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 257-259.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação cit.*, pp. 181-2 e BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 22.

⁹¹ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, pp. 49-50.

⁹² GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 180-182 e 216 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, pp. 36-37 e 87.

⁹³ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 45.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação cit.*, pp. 185-186.

⁹⁵ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 46 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 197-202. Não analisaremos aqui, por fugir do escopo deste trabalho, o princípio da proporcionalidade e suas implicações na hermenêutica constitucional. Recomendamos a leitura de Konrad HESSE, *Escritos cit.*, pp. 45-46 e de Paulo BONAVIDES, *op. cit.*, pp. 356-397.

⁹⁶ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 46; STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 293-295; CANOTILHO, José

Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 190-191 e GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 110-116. Klaus Stern é enfático ao dizer que a ponderação de valores nunca pode ser realizada em uma única direção pré-determinada. Para tanto, ele derruba a pretensão de alguns teóricos alemães e americanos de tornar o princípio *in dubio pro libertate* como diretriz primordial nas ponderações de valores. Stern ressalta a necessidade da ponderação ser decidida da forma mais conveniente caso a caso. Cf. Klaus STERN, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁹⁸ HESSE, Konrad, *Escritos cit.*, p. 29.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, pp. 345-348. Vide também ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, pp. 158-162.

¹⁰¹ HOLANDA, Sergio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 2ª ed, Rio de Janeiro, José Olympio, 1948, p. 273.

Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt

Jete Jane Fiorati

A obra de Hannah Arendt se coloca como uma das grandes contribuições ao pensamento contemporâneo, quer pelo apurado conhecimento da Filosofia Clássica, quer pela originalidade da interpretação da Filosofia Moderna aliada a um profundo conhecimento da experiência do homem no mundo em que este vive.

Recebendo influências de pensadores da Escola de Weimar como Martin Heidegger e Karl Jaspers, Hannah Arendt voltou-se para o estudo do homem, da liberdade, da comunicação, do poder e de sua organização no mundo contemporâneo, procurando estabelecer os caminhos da evolução filosófica que nos trouxeram ao atual estágio de convivência em sociedade.

Seu pensamento divide-se basicamente em três fases: a primeira, que engloba o estudo dos fenômenos modernos do totalitarismo e do imperialismo, iniciada com a publicação de “As Origens do Totalitarismo”, em 1951, e completada com um estudo intitulado “Eichmann em Jerusalém: um Relato sobre a Banalidade do Mal”; a segunda, que enfatiza sua reflexão sobre o homem, da qual fazem parte “A Condição Humana”, publicada em 1958, e “The Life of the Mind”, publicada postumamente em 1978; e a terceira fase, que se inicia com a publicação de “Entre o Passado e o Futuro”, com edição completa em 1968, perpassa pelo estudo intitulado “Da Violência” e termina com a publicação de “Crises da República”,

Jete Jane Fiorati é Professora Livre Docente de Direito Internacional da UNESP e Mestre e Doutora em Direito.

em 1972, em que a autora faz um retrospecto e uma reflexão sobre o pensamento político.

O especial interesse para este estudo são as obras da segunda fase de cunho eminentemente filosófico: “A Condição Humana” e “The Life of the Mind”, que representam as duas faces do *modus vivendi* humano. Enquanto em “A Condição Humana” a autora ocupa-se, em suas próprias palavras, de “refletir sobre o que estamos fazendo”¹, na trilogia intitulada “The Life of The Mind”, Arendt privilegia o estudo da vida contemplativa.

Em sua reflexão sobre o que os homens fazem, Arendt definiu três atividades centrais que correspondem às condições básicas da vida humana, o labor, o trabalho e a ação, enquanto em seu estudo sobre a reflexão dos homens, a autora definiu a vontade, o pensamento e o julgamento como os três estados que demonstram a vida do intelecto.

Em “A Condição Humana”, Hannah Arendt define o labor como atividade inerente ao corpo humano no que tange à exigência de manter-se vivo². O labor é a condição de vida comum a homens e a animais sujeitos à necessidade de prover a própria subsistência. Daí a denominação de *animal laborans* para o homem enquanto ser que labora para prover a sua própria subsistência, comumente utilizada na Antiguidade Clássica para nomear a categoria dos escravos³.

Já o trabalho é a atividade correspondente à criação de coisas artificiais, diferentes do ambiente natural e que transcendem às vidas individuais. Ao construtor do mundo foi dado o nome de *homo faber*⁴.

Em “A Condição Humana”, ainda, é apresentada a definição de ação: “Atividade exercida entre homens, independentemente da produção de coisas ou da manutenção da vida, devido ao fato de que os homens e o homem vivem na terra e habitam o mundo”⁵. Existente é a ação porque é a pluralidade humana a condição de existência do homem sobre a terra: somos seres racionais igualmente humanos, mas cada qual apresenta

diferenças e variações em seus caracteres individuais e para que se reflitam essas diferenças necessitamos da constante presença e continuado diálogo com os outros⁶.

A expressão *vita activa* utilizada para designar “o que os homens fazem” é comum desde a Antiguidade. Aristóteles já definia duas esferas relacionadas com as atividades humanas: a *oikia* (casa), cujo centro era a vida familiar e privada com o domínio de uma só pessoa, e a *polis*, que dava ao indivíduo uma vida em comum e que era governada por muitos. Na *oikia*, o homem realizava as atividades ligadas às necessidades de seu corpo para manter-se vivo e nela estavam as mulheres responsáveis pela procriação e os escravos responsáveis pela supressão das necessidades da vida.

Em contraposição, na *polis*, os homens se relacionavam com os seus iguais por meio de palavras e do discurso, exercitando-se continuamente na arte do acordo e da persuasão, e não da violência: somente por meio da constante criação de novas relações os homens se autogovernam sem se dominarem uns aos outros ou se deixarem dominar uns pelos outros⁷.

Enfatiza Aristóteles que a finalidade da *polis* era garantir “uma boa vida aos cidadãos”, sendo inquestionável que a “boa vida” somente seria possível se ele vencesse a necessidade, condição essencial para o exercício da liberdade. Como todos estão sujeitos à necessidade, somente a violência consubstanciada no ato de subjugar outros homens tornando-os escravos poderia livrar o homem da necessidade. Assim o Filósofo, em célebre panegírico, defende a escravidão como condição necessária à “boa vida” na *polis*, pois sem recursos técnicos o homem da Antiguidade somente estaria livre de prover sua subsistência, podendo ocupar-se dos negócios públicos, se conseguisse subjugar escravos que com o seu labor lhe satisfizesse essas necessidades⁸.

Apesar do desprezo pela atividade do labor, que igualava homens e animais, os gregos tinham dentro da esfera privada uma

outra atividade, a qual se dedicavam freqüentemente os estrangeiros: eram os negócios privados, exercidos por aqueles que estavam excluídos da esfera pública, mas que também não eram escravos, e dedicados à construção do mundo. Era o trabalho ou fabricação que, embora tornasse ricos os que a ela se dedicavam, não lhes dava o direito de participação política.

Com o advento do Cristianismo, o “estar na companhia de outros”, característica da vida política e da ação, perdeu lugar para a prática da fé e da bondade, que, por sua vez, destroem a esfera pública: o discurso e a ação requerem testemunhas e coadjuvantes, enquanto a verdadeira bondade jamais pode requerer testemunhas ou memória do ato. Talvez seja por esse motivo que Maquiavel, que, a exemplo dos gregos, utilizava-se do critério da glória para julgar a política, tenha afirmado que os homens não deviam ser bons⁹.

Na civilização cristã, a *vita activa* cedeu lugar à contemplação, uma vez que os gregos, quando praticavam a arte do discurso, queriam permanecer na memória de seus companheiros, queriam a imortalidade na terra, enquanto aos cristãos somente era relevante a vida eterna, extraterrena, imemorial e atemporal, e seu caminho era a fé, a esperança e a caridade, virtudes estritamente antipolíticas¹⁰.

Se o Cristianismo trouxe a prevalência da contemplação sobre a *vita activa*, a Modernidade do final dos séculos XVIII e XIX aboliu as distinções entre as atividades da *vita activa* ligadas à manutenção da vida (labor) e da construção do mundo (trabalho). É de Locke a frase que Arendt utiliza como mote para iniciar o estudo sobre o labor: “O Labor de nosso Corpo e o Trabalho de nossas Mãos”¹¹. Locke, juntamente com Adam Smith, na “*Riqueza das Nações*”, enfatiza que é a riqueza que implica a acumulação de mais riqueza, e não a propriedade, a base do progresso das nações¹². Como a apropriação para a acumulação depende da repetição infinita de atos, é o labor, e não o trabalho, a atividade humana apta para

prover essa acumulação, porque das três atividades é a única que se esgota somente com o final da vida e tem conseqüências previsíveis. Daí o surgimento da “força de trabalho” ou “*labor power*”, que pode ser vendida com o objetivo de acumulação de riqueza¹³.

Por outro lado, a Era Moderna, da produção em série de artefatos para uso e consumo e da acumulação de riqueza, necessita de coisas que possam ser trocadas, uma vez que a propriedade das coisas e a possibilidade de sua transformação em riqueza é um dos fundamentos do sistema capitalista que começou sua consolidação na modernidade. Essas coisas, cujo destino é a troca, constituem parcela do mundo humano, que necessita de uma certa objetividade e estabilidade para perdurar. Portanto, existem duas categorias de bens produzidos pelo homem: aqueles destinados ao consumo imediato e aqueles que visam dar durabilidade ao mundo humano, que são passíveis de infinitas trocas necessárias à acumulação de riqueza, uma vez que não desaparecem de imediato, como os bens destinados ao consumo, mas apenas se desgastam com o uso.

Essas coisas produzidas pelo homem para a troca derivam da violência exercida por ele contra a natureza mediante a transformação desta em artifícios que depois serão trocados no mercado, visando a acumulação de riqueza. A esse ser que transforma a natureza chamamos *homo faber*, observando que esse fabricante do mundo utiliza-se das categorias de meios e fins: ele imagina o objeto, destrói a natureza para construí-lo e depois o leva ao mercado para trocá-lo, adquirindo riqueza que o levará a produzir novos objetos. Esse fabricante, que exerce o trabalho de construir um mundo, é um ser pragmático que instrumentaliza as coisas para por meio delas conseguir outras coisas, relacionando-se com seus semelhantes apenas no mercado de trocas, que é, para ele, a única parte do mundo que tem um significado.

É com o apogeu da fabricação, nos séculos XVII-XIX, que surge o conceito de valor e a idéia de relatividade. Em sua obra “Entre o Passado e o Futuro”, Arendt esboça claramente o pensamento dominante nesses séculos:

“Valores são bens sociais que não têm significado autônomo, mas, como outras mercadorias, existem somente na sempre fluida relatividade das relações sociais e do comércio. Através desta relatividade, tanto as coisas que o homem produz para seu uso como os padrões conforme os quais ele vive sofrem uma mudança decisiva: tornam-se entidades de troca e o portador de seu *valor* é a sociedade e não o homem que produz, usa e julga”¹⁴.

O bem perde seu caráter de idéia, padrão pelo qual o bem e o mal podem ser medidos e reconhecidos: torna-se um valor que pode ser trocado por outros valores, tais como a eficiência e o poder. O detentor de valores pode recusar-se a essa troca e tornar-se um idealista que estima o valor do bem acima do valor da eficiência, por exemplo; isso, porém, em nada torna o *valor* do homem menos relativo¹⁵.

Os instrumentos e as coisas fabricadas criam para o fabricante um mundo comum com os outros: os objetos de seu trabalho são expostos no mercado de trocas e esse mercado reflete uma esfera pública distorcida pela relatividade dos valores. Já para o ser que labora, o *animal laborans*, é impossível compreender a relatividade dos valores porque, para ele, somente existe o absoluto valor da necessidade, e, como somente o consumo é capaz de satisfazê-la, o *animal laborans* trata todas as coisas como objeto de consumo, gerando a desvalorização de todos os valores¹⁶.

A ação e o agente surgem num mundo que já existia, mas ao qual ele, ao surgir, acrescenta algo com as suas palavras, feitos e potencialidades que são demonstradas a seus semelhantes. Em suma: o agente se revela no ato e mostra sua dignidade de

homem no ato de conviver com seus semelhantes na esfera pública¹⁷. Esses atos produzem História que depois torna imortais os seus autores, cabendo à *polis* preservar à memória posterior os atos originários do discurso, da ação, da experiência e do julgamento do que torna útil aos homens conviverem juntos¹⁸. Sendo a *polis* o espaço em que os homens aparecem para revelarem as suas potencialidades, ela configura-se no espaço de poder, organizado por meio do acordo com os semelhantes em torno da realização dos negócios públicos.

A Era Moderna substituiu a ação pela fabricação, uma vez que a imprevisibilidade dos resultados e a irreversibilidade dos feitos característicos da ação a fazem inútil a um mundo preocupado com produtos e lucros. Para o fabricante do século XIX, a função do Estado é a defesa dos que têm alguma propriedade contra os que não têm nenhuma, e não a pluralidade humana¹⁹. Mais a mais, a inversão cristã entre ação e contemplação foi útil a esses fabricantes: é necessário primeiro a idéia do objeto para depois se construí-lo. Por isso, a fabricação prescinde da ação, mas não da contemplação. Para que os lucros soassem, era necessária a estabilidade política, algo frontalmente contrário à ação, que é, por sua natureza, irreversível e instável.

Desde os tempos antigos que a irreversibilidade da ação é combatida com o perdão: o perdão liberta o agente das conseqüências prejudiciais de seu ato que poderiam prorrogar indefinidamente o processo com a reação do ofendido. Contemporâneo ao perdão é a faculdade de fazer promessas para combater a imprevisibilidade: a promessa cria um espaço de certeza entre os homens por meio do acordo firmado com fundamento na *pacta sunt servanda*. Em última análise, as normas representam acordos que fundam a paz na comunidade dos agentes.

Apesar disso, a Era Moderna, que primeiro transformou a ação em fabricação e depois aboliu a diferença entre o trabalho e o labor-consumo, perdeu por inteiro a fé nas

potencialidades da ação, que, por sua vez, sempre fundou a existência da comunidade política dando-lhe um significado: o estar com os outros. O *homo faber*, com sua insistência na relação entre meios e fins e na prática de apropriação contínua de riqueza para a acumulação dessa mesma riqueza, deixou-se levar pelos valores criados pelo mercado, passando a duvidar da existência de valores absolutos e universais ou de valia intrínseca das coisas e objetos. Se não há mais padrões universais, somente resta ao fabricante isolado de seus semelhantes voltar-se para si mesmo: é o fenômeno da introspecção, que vota imensa desconfiança ao mundo comum tal qual aparece aos nossos sentidos. Não temos mais a concepção de um mundo comum e perdemos aquela forma de vermos o mundo tão típica da Antigüidade, o senso comum, próxima dos *topoi* gregos ou das *máximas* romanas.

O mundo instrumentalizado do *homo faber*, já despido de significado, perdeu lugar, em nossos tempos, para o mero existir, para a satisfação das necessidades corpóreas, que deu origem ao hedonismo universalizado em matéria política. Hodiernamente deve procurar-se a felicidade do maior número de pessoas em detrimento da conservação do mundo comum. Neste século, com a perda da fé na vida eterna e em si mesmo, o homem reduziu a felicidade ao interesse único e exclusivo da manutenção de sua vida.

A esse homem que perdeu a fé, o mundo comum, a capacidade de pensar e de agir e até o controle sobre os objetos que fabrica (vide a questão nuclear) somente resultou a preocupação com a própria sobrevivência. Estamos na sociedade automatizada, da qual se espera dos homens um comportamento uniforme, um comportamento de seres que laboram para a satisfação de suas necessidades. A sociedade dos homens que laboram é a sociedade dos consumidores, daqueles que consomem para continuarem laborando: todas as atividades humanas

voltaram-se à categoria da manutenção da vida em abundância²⁰. O único valor é o consumo, pois somente ele pode satisfazer as nossas necessidades: o que não serve para consumir e ser consumido não tem significado nem valor. Nesta sociedade de “detentores de empregos”, a necessidade de consumir uniformiza a todos para depois desvalorizá-los²¹.

Comentando “A Condição Humana” e inspirado em “Entre o Passado e o Futuro”, Tércio Ferraz Júnior, ao transmutar o pensamento de Hannah Arendt para o Direito, assim descreve o homem e o Direito contemporâneos:

“O último estágio de uma sociedade de operários, que é uma sociedade de detentores de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse, por assim dizer, se deixar levar, abandonar a sua individualidade, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranquilizante. Para o mundo jurídico o advento da sociedade do *animal laborans* significa, assim, a contingência de todo e qualquer direito, que não apenas é posto por decisão, mas vale em virtude de decisões, não importa quais, isto é, na concepção do *animal laborans*, criou-se a possibilidade de manipulação das estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa... A filosofia do *animal laborans* deste modo assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, uma enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é possível de ser normado e para uma enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do *status*, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um”.

Continuando, Ferraz Júnior afirma:

“Ao mesmo tempo continua sendo aceito por todos e por cada um, em termos de uma terrível uniformidade. Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans* ocorre uma radical reestruturação do Direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão ou a moral e passa reconhecidamente a basear-se na própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto ao que valia e passa a valer, isto é, aceita-se tranqüilamente qualquer mudança. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranqüilamente a inconsistência e convive-se com ela. Indiferença quanto à divergência de opiniões, isto é, aceita-se uma falsa idéia de tolerância, como a maior de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labora, para o qual o direito é apenas e tão-somente um bem de consumo”²².

Se na “Condição Humana” Arendt se preocupa com o que é genérico e com o que é específico na condição humana, enfatizando que

“através de sua singularidade o homem retém a sua individualidade e, através de sua participação no gênero humano, ele pode comunicar aos demais esta singularidade”²³,

em “The Life of the Mind”, a autora se dispõe a analisar os processos mentais que implica essa singularidade: o pensar, o querer e o julgar. Por questões metodológicas e temáticas, apenas será objeto de análise a obra de Arendt sobre o juízo, uma vez que, ao tratarmos “do que fazem os homens”, mister a ênfase de “como eles julgam o que fazem”, especialmente aqueles atos que terminam por se dirigir contra outros homens, enquanto membros da espécie humana. Mais a mais, o pensamento da autora fornece elementos valiosos sobre o ato de julgar dos

tribunais relativamente à conduta humana num mundo em que os homens perderam o senso comum.

Segundo Arendt, o homem se revela aos seus semelhantes por meio da palavra: portanto, essa revelação se dá no espaço público e mostra nossas diferenças em relação a outras pessoas. Por meio das palavras, os homens aparecem aos outros: daí, para Arendt, aparência e ser se confundem, uma vez que as coisas são na mesma medida em que aparecem, não existindo isoladamente, e sua realidade é percebida num contexto em que existem outros. Isso é o que chamamos de sexto sentido, que “na realidade unifica os outros sentidos, publicizando-os num mundo compartilhado”²⁴. A função do senso comum, portanto, é integrar o indivíduo no mundo intersubjetivo e visível das aparências, que é o mundo dado pelos cinco sentidos no qual existimos como espécies²⁵.

Comentando a atividade de pensar, Lafer afirma que “o querer e o julgar compartilham com o pensar o processo prévio de provisório desligamento do mundo”²⁶. Ocorre que o pensar não fundamenta o querer e o julgar, próprios para a apreciação de situações particulares e específicas. Destarte, tanto a vontade como o juízo são autônomos ao pensamento porque referem-se especificamente a particulares. O querer visa ao futuro, porque a vontade torna-se intenção para a decisão do que virá a ser. Já o julgar é uma atividade ligada à construção mental da subsunção entre um geral dado e um particular já ocorrido, referindo-se a situações passadas²⁷.

Ao discutir a vontade, a autora menciona, no segundo volume de “The Life of the Mind”, o posicionamento de Duns Scotus, que foi mestre de Guilherme de Ockan. Duns Scotus foi um dos primeiros autores a tratar da vontade como faculdade que permite ao homem mostrar sua individualidade de ser singular, ao permitir à mente ultrapassar seus próprios limites²⁸. Segundo Lafer, “a quintessência do pensamento de Scotus é a de postular a contin-

gência como um modo positivo do ser”²⁹, apontando para a singularidade que não se subsume no geral como livre arbítrio ou liberdade na escolha de atos. Tanto Scotus como Ockan privilegiaram a singularidade e a intersubjetividade como fatores fundamentais do relacionamento entre os homens. E foi esse privilégio que contribuiu para o surgimento, já na Idade Moderna, da categoria dos Direitos Humanos.

Seguindo esse caminho, Arendt elaborou um apêndice ao segundo volume de “The Life of the Mind”, referindo-se à atividade de julgar, tomando como ponto de partida a “Crítica ao Juízo” do filósofo alemão Emmanuel Kant. Para Kant, o juízo é a atividade de subsumir o particular no geral: é o que conhecemos por juízo determinante e que hodiernamente se sujeita à Hermenêutica, à idéia de razoabilidade e à Tópica. A razoabilidade implica a adequação entre os fatos, as circunstâncias em que se produziram, as circunstâncias em que se encontra o agente e as normas interpretadas segundo a sua finalidade, objetivando a busca do senso comum. Já a Tópica representa a busca do comum no Direito e na Política, procurando encontrar os princípios que os transcendem por intermédio da prudência. A Tópica constitui-se de um juízo retórico fundado na prudência e não na demonstração, sofrendo influências do juízo reflexivo.

Inobstante, existem situações que nem mesmo a razoabilidade constitui critério para propiciar um julgamento justo. No mundo em que vivemos, o mundo do *animal laborans*, essas situações são muito comuns, uma vez que se perderam o senso comum e o mundo comum responsável pela noção de razoabilidade. Apesar disso, sabemos que o *animal laborans* precisa de regras que aparecem por intermédio de leis, costumes e convenções expressas em palavras. Como o consenso expresso do *animal laborans* diz respeito às necessidades ligadas à manutenção da vida, que não surgem num mundo construído e compartilhado pelos homens, esse consenso expressa-se em termos vagos, ambíguos, sobre pontos específicos tan-

gentes a uma realidade que se demonstra desconectada e fragmentada.

Essas leis, acordos, costumes e convenções expressam padrões universais vagos. Em consequência, torna-se impossível o ato de julgar, uma vez que não existe uma regra geral determinada e clara a qual se deva subsumir o caso. É necessário um novo juízo, o juízo reflexivo, que permite ao julgador julgar o particular sem subsumi-lo diretamente no geral. Arendt toma emprestado a Kant a afirmação de que “o juízo reflexivo se opera através de pensar no lugar do outro”³⁰, possibilitando o alargamento do raciocínio ligado ao pensamento do que o outro pensa. Para Arendt, o julgamento reflexivo que se preocupa com os particulares não se baseia em critérios gerais e universais, mas sim em opiniões. Disso resulta o fato de que é o juízo reflexivo, comumente utilizado na vida política, o mais democrático: todos podem ter opiniões. Algo semelhante ocorre com a Tópica, que é um pensamento problemático que tem como ponto de partida o caso concreto sobre o qual se emitem opiniões.

Se o juízo é a faculdade de pensar um particular buscando um geral que a ele corresponda, problemático se torna a inexistência de um geral. Portanto, é necessário criar um critério que permita uma comparação de particulares, que funcionaria como um critério geral. Esse critério terminaria por conduzir a generalização dos juízos reflexivos.

Analisando Kant, Arendt afirma ser o gosto e/ou senso estético um dos critérios para o juízo reflexivo porque emitido acerca de um mundo comum e comunicável por palavras. O gosto e a opinião vindos a público pela comunicação e pela persuasão mostram não somente a concordância com o próprio eu, mas principalmente uma concordância potencial com os outros. Para Kant, a capacidade de julgar é a

“faculdade de ver as coisas não apenas do próprio ponto de vista mas na perspectiva de todos aqueles que porventura estejam presentes: o juízo pode ser uma das faculdades funda-

mentais do homem enquanto ser na medida em que permite a sua orientação no mundo comum”³¹.

Enfatiza a autora que:

“A eficácia do juízo reflexivo repousa em uma concordância potencial com outrem, e o processo pensante que é ativo julgamento de algo não é, como o processo de pensamento do raciocínio puro, um diálogo de mim para comigo, porém se acha sempre e fundamentalmente, mesmo que eu esteja inteiramente só ao tomar minha decisão, em antecipada comunicação com os outros com quem sei que devo afinal chegar a algum acordo. O juízo obtém sua validade específica desse acordo potencial. Isto por um lado significa que esses juízos devem se libertar das condições subjetivas pessoais, isto é, das idiossincrasias que determinam naturalmente o modo de ver de cada indivíduo na intimidade e que são legítimas enquanto são apenas opiniões mantidas particularmente, mas que não são adequadas para ingressar em praça pública e perdem toda a validade no domínio público... Como lógica para ser correta depende da presença do eu, também o juízo, para ser válido, depende da presença de outros. Por isso o juízo é dotado de uma certa validade específica, mas não é nunca universalmente válido. Suas pretensões à validade nunca se podem estender além dos outros em cujo lugar a pessoa que julga colocou-se para as suas considerações. O juízo, diz Kant, é válido para toda pessoa individual que julga, mas a ênfase na sentença recai sobre o que julga não sobre o outro que julga”³².

Outro critério seria o da validade exemplar: estabelecer a analogia entre o particular e o exemplo por conta de uma regra geral: Hércules é o exemplo da força e Rui Barbosa da inteligência e cultura. Arendt não enfatiza a importância epistemológica de outro critério kantiano: o apelo à

razão reguladora da humanidade, ligado ao juízo determinante, uma vez que, para ela, a comunidade do *animal laborans* está perdendo o seu senso de humanidade e de valores gerais definidos. Nesse ponto, cabe uma crítica ao pensamento da autora.

Apesar do esgarçamento do mundo comum, é necessário que se tenha algum padrão mínimo a orientar a conduta individual, mesmo que seja na sociedade dos “homens que laboram”, uma vez que, se assim não for, partiremos para o isolamento. Modernamente com a perda desse mundo comum, somente as leis terminam por descrever uma conduta mínima, conduta essa que muitas vezes se antepõe aos desejos mais íntimos de cada um de nós. Ocorre que, como as leis não representam mais os desvalorizados valores da comunidade, mas sim prescrições derivadas do poder que podem mudar a qualquer hora, podemos opinar sobre sua validade a qualquer momento. Portanto, ainda temos que procurar algum critério para fundar as condutas em sociedade para evitar que elas se transformem em condutas próprias da vida na selva. Entre eles, critérios de respeito ao homem, mesmo sendo ele o *animal laborans* que deve ter seu direito à vida, à liberdade, à saúde, ao labor do qual provê a sua subsistência e alimento expressos em regras escritas ou costumeiras, regras essas que se inserem na categoria dos *Direitos do Homem*, que podem preencher a função de definir uma condição humana mínima ao homem como forma de um patrimônio simbólico fundante de um mundo esgarçado.

No mesmo sentido, Umberto Eco, em entrevista concedida ao “Le Monde”, no ano de 1994, e reproduzida pela “Folha de São Paulo”, deixa claro que a única ética possível no mundo moderno é a ética de respeito aos corpos no que tange ao relacionamento entre o homem e o mundo. *Ipsis Litteris*:

“É possível constituir uma ética sobre o respeito pelas atividades do corpo: comer, beber, urinar, dormir, fazer amor, falar, ouvir, etc. Impedir alguém de se deitar à noite ou obrigá-

lo a viver de cabeça abaixada é uma forma intolerável de tortura. Impedir outras pessoas de se movimentarem ou falarem é igualmente intolerável. O estupro é crime porque não respeita o corpo do outro. Todas as formas de racismo e exclusão constituem em última análise, maneiras de negar o corpo do outro. Poderíamos fazer uma releitura, a única, de toda a história da ética moderna sob o ângulo dos direitos dos corpos, e das relações de nosso corpo com o mundo”³³.

O jurista Celso Lafer, considerado um dos grandes estudiosos da obra de Arendt entre nós, teceu importantes analogias entre o pensamento de Arendt e o estudo do Direito, especialmente no que tange aos Direitos Humanos. Em “A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com Hannah Arendt”, o autor parte do pressuposto de que a preocupação fundamental de todo o pensamento de Arendt é o homem, que, na sociedade de massas, moderna e consumista, corre sério risco de perder sua condição, não sentindo o mundo como sua casa e estando prestes a tornar-se um ser descartável³⁴.

Procurando traçar a origem do desconforto e da descartabilidade do homem, Lafer, seguindo os passos de Arendt, localizou-os no totalitarismo, fenômeno exclusivo do nosso século XX, que retira do homem a sua condição humana, tratando-o como um ser descartável que pode ser trocado por outro, substituído ou igualado a uma coisa. Partindo da situação extrema de violência constituída pelo totalitarismo, Lafer procura elaborar uma análise da legalidade e da legitimidade de um poder e de um Estado que reduzem os homens a instrumentos geradores de novas violências contra outros homens. Representa o totalitarismo uma ruptura na evolução histórica da tradição ocidental, vinculando-se ao fenômeno da descontinuidade e da fragmentação do mundo moderno³⁵.

O totalitarismo tem seu correspondente jurídico no amorfismo³⁶ e na sistemática ignorância da lei pelos governantes, que

fundamentam suas ações no partido, na polícia ou no poder da mídia, considerados instituições acima da lei e que seguem regras próprias desconhecidas do público. Não há hierarquias e competências definidas para tais órgãos e instituições nos governos totalitários, o que torna isolados e inseguros os indivíduos. A lei máxima dos regimes totalitários não é fruto da convivência humana, mas de pretensas leis da natureza e da história para medir as ações dos homens, cabendo ao líder enunciar o seu conteúdo, a interpretação e a aplicação de tais leis. Destarte, o totalitarismo é imprevisível: não se trata de um governo despótico que quer perpetuar-se no poder, como os regimes autoritários latino-americanos da segunda metade deste século, mas sim de um governo que despreza a si próprio e à sua utilidade, mantendo uma insana burocracia por intermédio do terror aos súditos, especialmente aqueles ligados a determinadas categorias da população, como os judeus na Alemanha nazista, os nobres e os tártaros sob o governo de Stálin. A sobrevivência do governo e sua perpetuação no poder se dá por meio da constante subjugação dessas categorias e da constante ameaça a todos os outros indivíduos de serem subjogados.

O terror é o fundamento da “legalidade totalitária”, pois somente ele poderá manter segregados determinados setores da população, escolhidos pelo líder como adversários, independentemente de quaisquer atos que tenham praticado, porque a guerra incessante contra esses inimigos objetivos (expressão de Arendt) é que legitima a permanência no poder do líder totalitário. Quando se examina a descrição de Arendt do totalitarismo, é possível que se pense que nazismo, stalinismo, perseguições religiosas fazem parte do passado e que essa experiência esteja ausente em nossos dias. Não é verdade: Bósnia e a antiga Iugoslávia, Ruanda, Zaire, Afeganistão ou Haiti nos mostraram e mostram que as perseguições raciais e/ou políticas, com o radical isolamento de determinadas categorias da população, são possíveis e que, ainda hoje, não encon-

tramos soluções adequadas para garantir os mínimos direitos aos habitantes da Terra.

Arendt talvez nos mostre a chave para a compreensão de experiências totalitárias, negadoras dos mínimos direitos da população, ao mencionar que, no início dos movimentos nazistas e stalinistas, existiam pessoas, como os desempregados, refugiados, apátridas, homossexuais e marginais; que eram percebidas pelas outras pessoas como seres supérfluos, seres despidos de qualquer utilidade. O totalitarismo nasce, então, em virtude da própria condição de *animal laborans* do homem moderno: um homem que apenas sobrevive, cujos valores se encontram em descrédito, que tem dificuldade para pensar e formular um conceito de mundo e, por isso, pode ser manipulado, não possuindo sua opinião, se isolada, maior importância num mundo em que ele não compartilha com os outros, onde ele representa o acréscimo de mais um na massa de outros seres igualmente anônimos.

O totalitarismo representou o ápice da violação ao homem de sua condição, uma vez que o reduziu a uma condição de não homem, que pode ser descartada: daí o surgimento do genocídio como forma extrema de eliminação dos seres supérfluos ou indesejáveis. Desse fato decorreu, no que tange à proteção dos direitos do homem enquanto homem, a qualificação técnico-jurídica de genocídio como crime contra a humanidade, conforme se deflui do art. 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio.

Modernamente, grande importância assume o direito ao governo justo, o que tem inspirado aos filósofos modernos o estudo da desobediência civil. De Thoreau, o individualista que se recusa a violar a sua ética para dar cumprimento a uma lei injusta, a Ghandi, que busca a convergência de pessoas para sustentar a verdade frente à injustiça, a desobediência civil tem caracterizado-se como forma de contestação da legitimidade fundamentada na estrita legalidade, uma forma de resistir à opressão

dos governantes que vedam o acesso público e a palavra a seus súditos.

Por outro lado, Lafer, ao comentar Arendt, enfatiza a importância ao direito de estar só, ao direito à intimidade, e à importância dada a seu contraponto, o direito à informação. Modernamente, o direito à intimidade se liga não só à vedação de ingerência do poder público, como também da possibilidade de terceiros se imiscuírem, principalmente por meio de recursos tecnológicos, na vida privada das pessoas. Já o direito à informação se liga ao princípio da publicidade e da transparência do poder público, coibindo-se a mentira e a manipulação ideológica. Enfatiza Lafer:

“A desolação derivada do totalitarismo tem como uma de suas características não a politização da sociedade, mas a destruição da esfera pública e a eliminação da esfera privada”³⁷.

Essencial para a preservação da esfera privada é o direito à intimidade. A esfera privada, que se tornou pública por ser o cerne do único mundo comum que todos compartilham por meio da atividade do labor, somente poderá proteger o “diálogo do homem consigo mesmo” mediante a proteção de seu direito de alhear-se deste mundo privado compartilhado pelos homens que laboram por meio da proteção à intimidade.

Conclui Lafer que, a partir da obra de Arendt, é possível inferir que a reconstrução dos Direitos Humanos no mundo do *animal laborans*, passível de ser dominado a qualquer tempo pelas várias espécies de totalitarismo, perpassa pelas seguintes proposições:

“ I) ver na cidadania o direito a ter direitos, uma vez que a igualdade não é um dado mas uma consciência coletiva construída que requer por isso espaço público; II) qualificar o genocídio como crime contra a humanidade, a ser punido por recusar a pluralidade e a diversidade; III) sublinhar a importância do direito de associação na geração do poder, inclusive como resistência à opressão,

que – na situação limite da desobediência civil enquanto agir conjunto voltado para a preservação do interesse público – pode resgatar a obrigação político-jurídica de destrutividade da violência, seja ela exercida *ex parte principis*, ou *ex parte populi*; IV) insistir na clássica importância da distinção entre público e privado para tutelar o direito à intimidade, evitando a desolação, e de realçar a relevância da coincidência do público com o comum e o visível, para limitar o efeito da mentira através do direito à informação”³⁸.

Destarte, podemos concluir que somente com a valorização do homem enquanto ser que sobrevive, trabalha, cria um espaço comum no qual interage com outros, e a compreensão em sua totalidade desse ser pelo direito é que conseguiremos construir um mundo onde todos os homens se sintam à vontade.

Notas

¹ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. São Paulo. Universitária. 1987. Pág. 14.

² ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 15. Nota 1.

³ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 31. Nota 1.

⁴ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 15. Nota 1.

⁵ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 31. Nota 1.

⁶ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 31. Nota 1.

⁷ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 41. Nota 1.

⁸ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 94. Nota 1.

⁹ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 182. Nota 1.

¹⁰ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 83. Nota 1.

¹¹ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 90. Nota 1.

¹² LOCKE, John – *Second Treatise of Civil Government*. Seção 26.

¹³ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 116-117. Nota 1.

¹⁴ ARENDT, Hannah – *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo. Perspectiva Universitária. 1972. Pág. 87.

¹⁵ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 60. Nota 1.

¹⁶ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 62. Nota 1.

¹⁷ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 193. Nota 1.

¹⁸ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 197 e 209. Nota 1.

¹⁹ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 232. Nota 1.

²⁰ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 139. Nota 1.

²¹ ARENDT, Hannah – *A Condição Humana*. Pág. 337. Nota 1.

²² FERRAZ JR., Tércio – *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo. Atlas. 1987. Pág. 30-31.

²³ LAFER, Celso – *Hannah Arendt, Pensamento, Persuasão e Poder*. São Paulo. Paz e Terra. 1979. Pág. 28.

²⁴ ARENDT, Hannah – *The Life of the Mind*. vol. I New York. Brace Jovanovich Ed. 1978. Pág. 19. Tradução da Autora.

²⁵ LAFER, Celso – *Hannah Arendt. Pensamento. Persuasão e Poder*. Pág. 85. Nota 23.

²⁶ LAFER, Celso – *Hannah Arendt. Pensamento. Persuasão e Poder*. Pág. 101. Nota 23.

²⁷ ARENDT, Hannah – *The Life of the Mind*. Pág. 76-77. Nota 24.

²⁸ ARENDT, Hannah – *The Life of the Mind*. Pág. 121 e 126. Nota 24.

²⁹ LAFER, Celso – *Hannah Arendt. Pensamento. Persuasão e Poder*. Pág. 113. Nota 23.

³⁰ ARENDT, Hannah – *The Life of The Mind*. Pág. 257. Nota 24.

³¹ ARENDT, Hannah – *The Life of the Mind*. Pág. 275. Nota 24.

³² ARENDT, Hannah – *The Life of the Mind*. Pág. 274-275. Nota 24.

³³ ECCO, Umberto – Entrevista publicada na Folha de São Paulo em 3 de abril de 1994. Edição de Domingo. Caderno 6, Pág. 7.

³⁴ LAFER, Celso – *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com H. Arendt*. São Paulo. Cia. Das Letras. 1991. Pág. 8.

³⁵ LAFER, Celso – *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Pág. 81. Nota 34.

³⁶ LAFER, Celso – *Hannah Arendt. Pensamento. Persuasão e Poder*. Pág. 95. Nota 23.

³⁷ LAFER, Celso – *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Pág. 302. Nota 34.

³⁸ LAFER, Celso – *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. Pág. 308. Nota 34.

Processo de execução por quantia certa

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Petição inicial. 3. Citação do executado. 4. Liquidação. 5. Penhora. Generalidades. 6. Bens impenhoráveis. 7. Meios de realização da penhora. 8. Modificação, renovação e intercorrência de penhoras. 9. A desapropriação dos bens penhorados. Introdução. 10. Natureza jurídica da desapropriação. 11. A avaliação. 12. Arrematação.

1. Introdução

A execução por quantia certa se realiza quando houver condenação ao pagamento de quantia certa em dinheiro. Da mesma forma, sempre que houver condenação para entrega de coisa, certa ou incerta, ou ainda para prestação de fazer ou não fazer, e estas se revelarem de impossível execução. A execução por quantia certa se consuma pela apreensão e entrega de dinheiro, se encontrado no patrimônio do executado, ou pela apreensão de outros bens, sua transformação em dinheiro mediante desapropriação e entrega ao exeqüente do valor obtido, sendo que, às vezes, esses próprios bens são dados ao exeqüente em satisfação do crédito.

A execução por quantia certa possui três fases distintas. A *proposição*, que é a constituição da relação jurídico-processual; a *instrução*, que consiste na apreensão e desapropriação dos bens (art. 647/CPC); e a *entrega do produto*, que é a entrega do dinheiro ao exeqüente, com a qual o crédito é satisfeito.

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é Juiz Federal no Rio de Janeiro, Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

2. Petição inicial

Como o processo de execução é autônomo e independente do processo de conhecimento, deve ser provocado mediante petição inicial, a ser proposta nos autos principais ou em carta de sentença, caso seja a execução judicial e provisória. A execução extrajudicial será provocada por petição inicial instruída com o título respectivo. São requisitos para a propositura da execução o pedido de citação do devedor; o título executivo¹ (salvo se a execução se fundar em sentença); o demonstrativo de débito atualizado; e a prova de que se verificou a condição ou termo, se for o caso (art. 614/CPC). Caso a petição inicial esteja incompleta, deverá o juiz conceder ao credor o prazo de 10 dias para correção, sob pena de extinção (art. 616).

Embora não haja prazo específico para a propositura da execução, o exequente deverá ficar atento para o lapso prescricional do direito material, que recomeça a contar da data do último ato realizado no processo cognitivo, muito embora volte a ser interrompido com a propositura da execução deferida (art. 617/CPC).

Além disso, para que o executado não permaneça indefinidamente com o *status* de devedor, a legislação permite que o mesmo inicie a execução para que o exequente seja obrigado a receber o valor devido, como uma espécie de *ação consignatória executiva* (art. 570/CPC). Na verdade, é uma ação consignatória com procedimento de execução.

É regra básica que a execução deve ser realizada do meio menos gravoso para o devedor, se por vários meios puder o credor promovê-la (art. 620/CPC).

3. Citação do executado

Uma vez regular a petição inicial, o juiz determinará a citação do executado, mediante expedição do mandado de citação, que deverá conter a advertência para pagamento ou nomeação de bens em 24h, sob pena de penhora do patrimônio que se fizer necessário à satisfação do crédito. Portanto,

ao contrário do processo de conhecimento, a citação não é para o executado se defender, mas sim para pagamento.

O comparecimento espontâneo do executado supre a falta da citação, desde que lhe seja facultado o prazo de 24h para pagamento ou nomeação dos seus bens à penhora. O prazo de 24h conta da data da efetiva citação, e não da juntada do mandado aos autos.

A citação deve ser realizada pessoalmente por oficial de justiça (art. 652, §1º, CPC) ou por edital (art. 654/CPC). Não cabe citação por hora certa ou por correspondência no processo de execução. Caso o executado não seja encontrado pelo oficial de justiça na primeira diligência, devem, de imediato, ser arrestados tantos bens quantos bastem para garantir a execução (art. 653/CPC), ainda que não haja autorização expressa no mandado, já que tal dever decorre da própria lei. Posteriormente, com a citação (por edital ou pessoal), será o arresto convertido em penhora.

A citação por edital será cabível também se não houver arresto, pois dela se extraem os efeitos do art. 219/CPC. Na hipótese de não comparecimento do devedor e inexistência de bens arrestados, a execução permanecerá suspensa (art. 791, III, do CPC). Embora a conversão do arresto em penhora seja automática, é necessária a intimação do devedor, ainda que por edital², para possibilitar sua defesa mediante embargos. No entanto, nada impede que essa intimação esteja contida no edital a que se refere o art. 654/CPC.

4. Liquidação

Se o título executivo for ilíquido, estará sujeito ao processo de liquidação, uma vez que a liquidez é pressuposto de validade da execução por quantia certa. A liquidação é um processo autônomo de cognição³, que tem por fim a preparação da execução por quantia certa. Diversas situações podem ensejar o processo de liquidação: a sentença

condenatória ilíquida e a execução por quantia certa como substitutiva de outra espécie de execução. Cabe, pois, liquidação sempre que a sentença não determinar o valor ou não individualizar o objeto da condenação (art. 603, *caput*, do CPC).

A sentença condenatória de perdas e danos futuros, que venham aflorar após o trânsito em julgado (sentença que decide relação jurídica sujeita a condição/art. 572 do CPC), é considerada nula, pois a sentença deve ser sempre certa (art. 460, parágrafo único, do CPC, que foi acrescentado pela Lei nº 8.952/94). A existência de perdas e danos há de ser apurada no processo de conhecimento, podendo haver liquidação apenas do montante fixado. A *superveniência* de dano decorrente do mesmo fato apreciado judicialmente deve ser objeto de processo de conhecimento autônomo, já que o litígio será distinto. No entanto, se o dano é contemporâneo à primeira lide, fica o mesmo acobertado pela coisa julgada, ainda que o julgado tenha-se omitido a respeito (sentença *citra petita* ou pedido mal formulado pelo autor).

A decisão que torna líquido o crédito possui natureza jurídica de sentença e, portanto, está sujeita ao recurso de apelação. A simples homologação de conta de atualização monetária do crédito é considerada decisão interlocutória e passível de agravo de instrumento (Súmula 118/STJ)⁴. A remessa dos autos à Contadoria Judicial para promover cálculo de liquidação ou atualização, ainda que apontando os seus critérios, é despacho de mero expediente (ordinatório) e irrecorrível, isso porque, naquela oportunidade, ainda não teria havido efetivo prejuízo para qualquer das partes⁵.

A liquidação que depender exclusivamente de operação aritmética será deduzida pelo próprio exequente por ocasião da petição inicial, que deverá ser instruída com a memória do cálculo correspondente. Não há mais no ordenamento jurídico a denominada liquidação por cálculo do contador, a partir do advento da Lei nº 8.898/94, que deu nova redação ao art. 604 do Código de

Processo Civil. A liquidação por cálculo do contador era cabível nas seguintes situações: juros ou rendimento do capital, cuja taxa é estabelecida em lei ou contrato; o valor dos gêneros que tenham cotação em bolsa; e o valor dos títulos da dívida pública, bem como de ações ou obrigações de sociedades, desde que tenham cotação em bolsa.

Na prática, no entanto, os juízes têm determinado a remessa dos autos à contadoria para conferência dos valores apresentados pelos credores. A matéria é de direito, pois da exatidão do valor apresentado depende a liquidez do título executivo. Trata-se, portanto, de verdadeiro pressuposto de validade do processo de execução, que deve ser aferido de ofício pelo juiz. Não há homologação de cálculos, porém, caso o contador apresente um valor inferior, o juiz poderá indeferir o pedido de execução (o que considero excesso) ou reduzir o valor do título e determinar o prosseguimento da execução (decisão essa de natureza interlocutória). Da mesma forma, poderá o devedor, em sede de embargos⁶, alegar excesso de execução, o que levará o juiz a determinar a remessa dos autos à contadoria para cálculos.

Não devemos esquecer que, embora a liquidação por cálculos não mais exista, o contador continua sendo um auxiliar do juiz, já que este não possui (e nem tem o dever de possuir) conhecimentos de contabilidade. Nos casos específicos de gratuidade de justiça, é pacífico o entendimento de que a memória do cálculo será apresentada pelo contador judicial, havendo inclusive, no âmbito da Justiça Federal, diversos providimentos⁷ a respeito. Portanto, hoje são duas as espécies de liquidação: a liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos.

A liquidação por arbitramento cabe quando as partes expressamente convençionarem, houver determinação expressa na sentença cognitiva ou o objeto da liquidação o exigir (art. 606/CPC). Nos dois primeiros casos, a rigor, a liquidação depende apenas de simples cálculos aritméticos; porém, por questões de praticidade ou

conveniência, é procedida mediante arbitramento. A convenção das partes deve ser manifestada por petição conjunta na fase de execução. No terceiro caso, a liquidação imprescindida da participação de *expert*, sendo aplicável a todas as hipóteses não previstas na redação original do art. 604/CPC.

A liquidação por artigos será admissível quando houver necessidade de provar fato novo. Na condenação de prestações vincendas, é possível que surja necessidade de provar fato novo na fase de liquidação. Por exemplo, a condenação ao pagamento de cotas condominiais, vencidas após a prolação da sentença e até mesmo o trânsito em julgado. A fixação do valor de cada cota condominial depende da apreciação das atas das assembléias, dos recibos etc. Haverá, assim, necessidade de provar fato novo.

Vale ressaltar que o “fato novo” a que se refere o art. 608/CPC não é relativo ao fato constitutivo do direito objeto de litígio, pois este é necessariamente aferido na fase cognitiva, como aliás já consignado. O “fato novo” diz respeito a circunstâncias para fixação do montante devido, vale dizer, do direito declarado pelo julgado cognitivo. Poderíamos até afirmar que o “fato novo” é constitutivo da prestação executiva, decorrente de direito preexistente.

A liquidação por arbitramento é procedida mediante nomeação de perito e procedimento especial, no qual as partes se manifestam sobre o laudo e o juiz homologa-o. Na liquidação por arbitramento, o juiz arbitra o *quantum* do título executivo. O valor arbitrado pode ser real ou não, já que o arbitramento pode também decorrer de presunções legais ou judiciais.

A liquidação por artigos segue o procedimento comum, que pode ser o sumário ou ordinário (art. 609 do CPC, com redação dada pela Lei nº 8.898/94). Dessa maneira, é até possível o julgamento antecipado da lide, ou mesmo a nomeação de perito para solução da lide instaurada. Na liquidação por artigos, é cabível a condenação em honorários sucumbenciais, uma vez que a

sentença reconhecerá vencido e vencedor naquele procedimento⁸.

A citação do réu no processo de liquidação (arbitramento ou artigos) é na pessoa do seu advogado (art. 603, parágrafo único, do CPC, com redação da Lei nº 8.898/94). Essa citação deve ser pessoal, e não pela imprensa, bastando que o advogado possua poderes *ad judicium*, não sendo necessários poderes específicos para receber citação, isso porque tal poder lhe é conferido por força de lei⁹.

É entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal que,

“transitada em julgado, a sentença de liquidação faz lei entre as partes: fixado nela o critério para o cálculo da condenação, não é possível reabrir, em embargos à execução consequente, discussão sobre a sua fidelidade no ponto à sentença de cognição”¹⁰.

A liquidação deve fixar o montante devido sem ampliação ou restrição do julgado cognitivo, não obstante seja recomendável sua interpretação nos casos de omissão ou contradição referentes especialmente ao *quantum*. Para tanto, deve ser averiguado o sentido lógico da decisão, por meio de análise integrada do seu conjunto (dispositivo e fundamentação), afigurando-se despropositado o apego à interpretação literal de período gramatical isolado que conflita com o contexto da referida decisão¹¹. Ainda que haja anuência das partes na fase de liquidação, não pode o juiz homologar transação de valores que ultrapassem os limites da pretensão a executar¹².

5. Penhora. Generalidades

Instaurado o processo de execução, é realizada a penhora dos bens necessários à satisfação do crédito. A penhora tem dupla finalidade: visa individualizar e apreender efetivamente os bens que se destinam aos fins da execução, preparando o ato futuro de desapropriação; e visa, também, conservar os bens assim individuados na situação em

que se encontram, evitando que sejam escondidos, deteriorados ou alienados em prejuízo da execução em curso.

A responsabilidade patrimonial, que é genérica a todos os bens e direitos do executado, e até mesmo de terceiros, com a penhora, é reforçada e individuada. A penhora delimita os bens que realmente servirão para satisfação do crédito.

A função conservativa da penhora lhe aproxima do arresto. Porém, o arresto é medida cautelar, enquanto a penhora é ato eminentemente executivo. Não obstante, é cabível o arresto como incidente da execução, sempre que o executado não for encontrado, muito embora logo seja convertido em penhora. Mesmo assim, não deixa de possuir o arresto, nesses casos, caráter cautelar e distinto da penhora, que é mais ampla.

A natureza jurídica da penhora é de ato processual executório, quer realizada pelo juiz, quer pelo oficial de justiça, ou ainda por termo nos autos. É questão controvertida na doutrina se a penhora ocasiona a indisponibilidade do bem. Para os privatistas (Rocco e Betti), a responsabilidade patrimonial do devedor é elemento do direito material e, ainda, um direito real. Daí se concluir que a penhora, para esses, produz a indisponibilidade do bem.

No âmbito processual, é irrelevante a alienação do bem penhorado. Primeiro, porque a responsabilidade patrimonial é instituto processual e não de direito material. Segundo, porque a penhora se destina a conservação e preparação da desapropriação, o que, em tese, não impede a alienação. O adquirente, evidentemente, receberá o bem com restrições e já sabedor de que o mesmo responderá pela execução. Carnelutti ensina que a penhora apenas enfraquece o direito do devedor.

Observe-se que a penhora, por si só, não torna ineficaz, em face do exequente, a alienação do bem a terceiros. A ineficácia da alienação é considerada fraude à execução, muito antes da realização da penhora, que apenas torna evidente o caráter fraudulento da operação. Nos direitos estrangeiros, em

que a fraude à execução é desconhecida, aí sim, a penhora terá maior importância na repressão à alienação do bem a terceiros.

A eficácia da penhora se completa com a separação e depósito do bem penhorado, pois dessa maneira torna-se mais difícil que o executado os possa consumir, deteriorar, esconder ou alienar. O depósito do bem penhorado é relação jurídica de direito público, entre Estado (representado pelo juiz) e particular encarregado do ônus. O juiz nomeia o depositário, não havendo voluntariedade no ato de aceitação do depositário, que poderá apenas recusar o encargo nas hipóteses previstas em lei. Dessa maneira, não há como serem aplicáveis ao depósito de penhora as regras do contrato de depósito do Código Civil e, via de consequência, o descumprimento do ônus pode implicar crime de prevaricação ou desobediência, mas jamais resultar em prisão civil (depositário infiel), que impescinde do trâmite da ação de depósito.

O depósito é posterior à penhora, muito embora tenha de fazer parte do auto correspondente a ser lavrado pelo oficial de justiça. Caso o exequente concorde, o executado poderá ser o depositário, o que será melhor para ambos. Do contrário, o encargo recairá nas pessoas elencadas pelo art. 666/CPC (Banco do Brasil e Caixa Econômica, para as pedras preciosas e papéis de crédito; depositário judicial, para os bens móveis e imóveis urbanos; e em mãos de particular, os demais bens).

Compete ao juiz nomear o depositário judicial. A recusa, injustificada, do devedor em permanecer como depositário pode implicar ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600/CPC), uma vez que acarretará atraso no processamento. O depósito judicial em instituições bancárias implica o dever destas em atualizar monetariamente os valores em espécie¹³.

6. Bens impenhoráveis

A impenhorabilidade de determinados bens decorre de política humanitária e faz

com que os mesmos sejam excluídos da sujeição da execução, salvo se o próprio devedor os nomeia à penhora¹⁴. No entanto, a impenhorabilidade dos bens públicos contém fundamento diverso, o da independência dos Poderes de Estado e da necessidade de continuidade do serviço público.

Assim, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis (art. 648/CPC). São absolutamente impenhoráveis: os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês; o anel nupcial e os retratos de família; os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo dos militares e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; os equipamentos dos militares; os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família; os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas; o seguro de vida; o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário (art. 649/CPC); os bens de família definidos pela Lei nº 8.009/90; os bens públicos pertencentes às autarquias e entes estatais; o elevador de um edifício em condomínio (art. 3º da Lei nº 4.591/64); os exemplares da bandeira nacional não destinados ao comércio (Lei nº 4.075/62); a parte do produto dos espetáculos reservada ao autor e artistas (art. 79 da Lei nº 5.988/73); os bens vinculados à cédula de produto rural (art. 18 da Lei nº 8.929/94); as rendas e serviços da Fundação Casa de Ruy Barbosa (Lei nº 7.615/87); os proventos de aposen-

tadoria (privada ou não), por extensão ao conceito de salário.

Para os fins da Lei nº 8.009/90, apenas as obras de arte e adornos suntuosos não são impenhoráveis. No entanto, a jurisprudência tem admitido a penhora de aparelho de ar condicionado; mais de um aparelho de som; aparelhos elétricos sofisticados; forno de microondas; linha telefônica; piscina de fibra de vidro; e videocassete¹⁵. Os bens necessários à atividade econômica das empresas (pessoa jurídica) estão sujeitos à penhora, pois o art. 649, VI, do CPC alcança somente aqueles que vivem do trabalho pessoal próprio (firma individual).

É cabível a realização de penhora de bens impenhoráveis adquiridos em fraude à execução, pois é como se tal alienação não existisse em face do credor. A realização de penhora sobre bens inalienáveis ou impenhoráveis acarreta a sua nulidade, que pode ser decretada, tanto em fase de embargos, quanto na própria execução, até mesmo de ofício¹⁶.

7. Meios de realização da penhora

A penhora pode ser realizada de diversas maneiras: por meio da redução a termo da nomeação dos bens; por oficial de justiça; decorrente da conversão do arresto; por ato do juiz nas execuções alimentícias ou penhoras de direitos; e por termo nos autos pelo escrivão.

Como nem sempre é fácil identificar o patrimônio do executado, é interessante para o exequente que seja feita a nomeação dos bens pelo próprio executado (art. 655/CPC). Aliás, é dever do executado indicar os bens sujeitos à execução (art. 600, IV, do CPC), sob pena de ser advertido (art. 599, II, do CPC) e multado (art. 601, *caput*, do CPC). Feita a nomeação, o exequente poderá impugná-la nos termos do art. 656 do CPC. Não sendo impugnada, ou decidida como regular pelo juiz, a nomeação será reduzida a termo pelo escrivão, com assinatura do executado, com o que a penhora será considerada acabada.

O depósito será realizado em seguida. O devedor fica automaticamente intimado para oferecer embargos. Essa é a modalidade de penhora mais simples, célere e eficaz. Como já consignado, é interessante tanto para o exeqüente quanto para o executado.

A penhora realizada pelo oficial de justiça ocorrerá sempre que o executado não nomear bens ou quando a nomeação for considerada irregular. O oficial de justiça deverá proceder de ofício, independentemente de despacho judicial ou mandado específico. Realizada a diligência, deverá proceder o respectivo auto. A penhora deverá recair sobre os bens necessários à execução, sempre com observância à ordem legal e de modo a evitar prejuízo para o executado (art. 620/CPC). Caso o oficial de justiça não encontre bens penhoráveis, devem ser descritos na certidão os que guardam uma residência ou estabelecimento do devedor. O arrombamento depende de autorização judicial (art. 660/CPC) e será executado por dois oficiais de justiça (art. 661/CPC).

A penhora de bens imóveis será realizada mediante auto ou termo de penhora, com inscrição do registro geral de imóveis (art. 659, §4º, do CPC, com redação da Lei nº 8.953/94).

A penhora de direito e ação implica penhora de expectativa de direito. Em geral, pode-se dizer que, nesses casos, a penhora é realizada mediante intimação do credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito; e do terceiro obrigado para que não satisfaça a obrigação senão por ordem do juiz, tornando-se o mesmo depositário, salvo se, desde logo, depositar a quantia devida.

Pendente em juízo ação judicial do executado em face de terceiro, a penhora será realizada mediante averbação pelo escrivão no rosto dos autos do processo, tornando-se efetiva nas coisas ou direitos que forem reconhecidos ao executado. O mandado executivo deverá conter ordem ao escrivão para apresentação dos autos. A averbação será

na primeira folha dos autos do processo e, em seguida, o oficial de justiça procederá o auto de penhora, da qual será intimado o réu da ação pendente.

Se a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas, ou de prestações periódicas, o credor poderá levantar os juros, rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositados, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras da imputação em pagamento. A penhora de renda diária da empresa devedora é admissível, mas exige a nomeação de administrador (art. 719/CPC) e não pode ultrapassar 30% do faturamento bruto¹⁷.

Recaindo a penhora sobre direito que tenha por objeto prestação ou restituição de coisa determinada, o executado será intimado para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução (art. 676/CPC).

A penhora de título de crédito será realizada mediante apreensão do documento, estando ou não em poder do devedor. Ainda que não apreendido, mas havendo confissão do terceiro, este será considerado depositário da importância (art. 672/CPC).

A execução de prestação alimentícia contém peculiaridades. A execução pode ser por quantia certa (art. 732); mediante ameaça de prisão civil (art. 733); ou por meio de desconto em folha (art. 734). Na execução por quantia certa, a penhora de dinheiro facultada que o exeqüente levante mensalmente a importância da prestação, ainda que haja oferecimento de embargos (art. 732, parágrafo único). Na execução sob pena de prisão, o seu decreto não obsta a posterior execução por quantia certa. Na execução mediante desconto em folha, o empregador, ou a autoridade responsável pelo pagamento, é considerado depositário e a penhora é realizada no momento do recebimento do ofício judicial.

Realizada a penhora, o devedor será intimado pessoalmente para embargar a execução no prazo de dez dias (art. 669/CPC),

sendo obrigatória a intimação do cônjuge no caso de bem imóvel. O prazo começa a contar da data da juntada aos autos da prova de tal intimação, conforme consta do art. 738, I, do CPC, com redação da Lei nº 8.953/94.

8. Modificação, renovação e intercorrência de penhoras

Em princípio, a penhora não pode ser alterada, posto que a finalidade da mesma é impedir que os bens apreendidos venham a ser subtraídos à execução. Em determinados casos, entretanto, a modificação será possível, desde que atendidos os interesses do exequente e executado. A modificação será cabível caso o valor dos bens exceda ao crédito, hipótese em que a penhora será reduzida (art. 685, I, do CPC), ou caso o valor dos bens seja inferior, hipótese em que haverá reforço de penhora (art. 685, II, do CPC). Ademais, a qualquer momento, antes da arrematação ou adjudicação, será possível a substituição do bem penhorado por dinheiro, caso em que a execução correrá sobre a quantia depositada (art. 668/CPC).

A renovação da penhora tem cabimento apenas em três hipóteses: anulação da primeira; executados os bens, se o produto da alienação não bastar para o pagamento do credor; e quando o credor desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens, ou por estarem penhorados, arrestados ou onerados (art. 667/CPC). O perecimento natural de bens penhorados tem sido justificativa para proceder-se a nova penhora, com fulcro no art. 667, II, do CPC. É prudente que, nesses casos, o devedor seja novamente intimado para oferecer embargos.

A penhora de bens já penhorados se resolve, na vigência do CPC de 39, em concurso de credores. Pela penhora, adquire o credor direito de preferência sobre os bens penhorados, a se fazer valer na hipótese de concorrerem outros credores contra o mesmo devedor solvente (art. 612/CPC)¹⁸. Apenas no caso de insolvência, deverá haver concurso de credores.

9. A desapropriação dos bens penhorados. Introdução

A fase de desapropriação incoorre caso a penhora recaia sobre dinheiro, pois, com o levantamento do seu depósito, o crédito é satisfeito e a execução extinta. A função da desapropriação (arrematação) dos bens penhorados é fazer com que o exequente receba a importância exata do crédito, uma vez que a penhora pode compreender bens que não correspondam exatamente ao que é devido. Outra maneira existe para solucionar o problema, a entrega do bem penhorado ao exequente, o que se denomina adjudicação ou, na dicção do Código Civil, dação em pagamento (art. 995).

De toda sorte, seja na adjudicação, seja na arrematação, a titularidade do direito penhorado é transferida para outra pessoa, o exequente ou terceiro. Em ambas as hipóteses, as operações sucedem sem o consentimento do executado. Na adjudicação, o ato implica satisfação do crédito e extinção da execução. Na arrematação, o ato é apenas meio de se conseguir dinheiro para satisfação do crédito.

10. Natureza jurídica da desapropriação

A doutrina tradicional sustenta que o ato de arrematação ou desapropriação é um contrato de compra e venda realizado pelo juiz, que vende em nome do executado e supre a sua vontade ausente. Porém, na desapropriação judicial, nem o executado quer vender, nem deu ao órgão judicial poder para tanto. Carnelutti sustenta que o que é essencial na posição do representante legal não é a vontade presumida ou ficta do representado e sim o poder reconhecido ao representante de querer por conta dele. Liebman, ao criticar esse posicionamento, consigna que a representação legal visa sempre beneficiar o representado e, na desapropriação, o executado estará sendo “prejudicado”.

Outra teoria sustenta que o órgão judicial, ao promover a alienação forçada, estaria

representando não o executado, mas sim o exequente, já que a este pertence o direito de expropriação. Tal entendimento decorre da idéia de que a responsabilidade patrimonial do devedor é instituto de direito material e consiste em direito real do credor. Contudo, a premissa é falsa. A responsabilidade patrimonial é garantia do órgão judiciário apto a promover a execução do crédito. Trata-se, pois, de instituto de direito processual. De mais a mais, direito real algum confere ao credor o direito de alienação, mas apenas a preferência.

Chiovenda dispõe que o órgão judicial desapropria do executado, não o direito sobre o bem, mas apenas a faculdade de dispor dos mesmos, para, em seguida, usando desta faculdade, vender o bem do executado. Portanto, o juiz, quando vende, não age como representante do executado, mas sim em vista do interesse público de prestar jurisdição.

Na realidade, a alienação judicial não é um contrato. É um ato unilateral do órgão judicial, que, no exercício de sua função, transfere o direito do executado para outrem. É um ato eminentemente processual e, portanto, de direito público. Embora a concretização do ato dependa da vontade do adquirente, essa aceitação é subordinada. A causa efetiva da alienação é, com efeito, a atuação do órgão judiciário.

11. A avaliação

Feita a penhora e intimado formalmente o executado, proceder-se-á a avaliação dos bens apreendidos, desde que não haja embargos ou estes sejam recebidos sem efeito suspensivo. A avaliação é ato preparatório da desapropriação, tendo por finalidade dar conhecimento a todos os interessados do valor aproximado dos bens que irão à leilão ou praça. A avaliação é confiada a serventuário da justiça ou outra pessoa idônea que o juiz nomeará.

A avaliação é dispensada quando o credor aceitar a estimativa feita na nomeação

de bens, conforme exigência do art. 656, VI; quando se tratar de títulos ou mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação oficial; e quando os bens forem de pequeno valor (art. 684/CPC). Nas duas primeiras hipóteses, a dispensa ocorre diante da existência de outros meios de avaliação. Na última, a dispensa decorre do princípio do interesse, já que o prosseguimento com a execução de bem diminuto poderá causar gastos superiores.

12. Arrematação

Os editais serão expedidos com a finalidade de dar conhecimento da alienação a terceiros prováveis adquirentes. Os editais conterão as informações prescritas em lei (art. 686/CPC). No caso de imóveis, com hipotecas inscritas, deverão ser intimados pessoalmente os credores hipotecários (art. 698/CPC).

A praça ou leilão, caso seja imóvel ou móvel o bem penhorado, será realizado em dia e hora previamente designados pelo juiz. São admitidas a participar do ato todas as pessoas com capacidade jurídica, salvo as elencadas no art. 690/CPC. A arrematação será conferida àquele que der maior lance. O leilão será procedido por leiloeiro público, nomeado pelo juiz, mediante prévia indicação do exequente. A hasta pública (praça) será procedida pelo porteiro do Fórum.

Notas

¹ De um modo geral, a jurisprudência não admite a apresentação de cópia do título executivo extrajudicial, salvo se devidamente justificada a sua ausência (Theotonio Negrão, pág. 486).

² Recurso Especial 11.890/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU. 11-5-92.

³ Recurso Especial 586/PR, de que foi Relator o Min. Sálvio de Figueiredo (DJU. 18-2-91).

⁴ Dificilmente hoje haverá decisão homologatória de atualização, já que a atualização encerra cálculos de simples operação matemática e está sujeita ao procedimento introduzido pela Lei nº 8.898/94 (art. 604/CPC). Um único exemplo que parece ainda existir seria o de atualização de crédito para

expedição de precatório judicial complementar.

⁵ STJ-3ª Turma, RMS 695-MG, rel Min. Nilson Naves, j. 11.12.90, negaram provimento, vu. DJU. 18-2-91, p. 1.032, 1ª col; RTFR 130/121, RJTJESP 84/164, JTJ 142/216, JTA 74/382, 87/275, RP 1/200, em 45, 4/383, em. 54, 5/308, em. 62, *apud* Theotonio Negrão, 27.ed., p. 375.

⁶ Theotonio Negrão, 28 edição, pág. 482.

⁷ Provimento 53 da Corregedoria Geral da 2ª Região e Resolução 65 do Conselho da Justiça Federal de São Paulo.

⁸ Recurso Especial 7.489/SP, de que foi Relator o Min. Dias Trindade (DJU. 22-4-91).

⁹ Tal como ocorre na oposição (art. 57), na reconvenção (art. 316), nos embargos (art. 740).

¹⁰ Revista Trimestral de Jurisprudência, Vol. 146, pág. 278.

¹¹ Recurso Especial 44.465-9/PE, de que foi

Relator o Min. Sálvio de Figueiredo (DJU. 23-5-94).

¹² Revista do Tribunal Federal de Recursos, Vol. 162, pág. 37.

¹³ Recurso em Mandado de Segurança 6.701/SP, Rel Min. Sálvio Figueiredo, DJU. 03-6-96.

¹⁴ Theotonio Negrão, 28ª edição, pág. 496. Recurso Especial 54.740-7/DF, Rel. Min. Ruy Rosado, DJU. 13-2-95.

¹⁵ Theotonio Negrão, 28ª edição, pág. 497.

¹⁶ Revista do Superior Tribunal de Justiça, Vol. 78, pág. 228.

¹⁷ Recurso Especial 36.535-0/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU. 4-10-93.

¹⁸ Aliás, é de ter-se por abrangidas na expressão “penhora” do art. 612/CPC as figuras de arresto contempladas nos arts. 563/654 e 813/821 do mesmo diploma legal (Recurso Especial 2.435-0/MG, Rel. Sálvio Figueiredo, DJU. 16-10-95).

As Instituições Financeiras no Direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva

Leonardo Henrique Mundim Moraes
Oliveira

Sumário

1. Introdução. 1.1. Relevância da intervenção estatal. 2. Desenvolvimento do tema. 2.1. Critérios comumente adotados. 2.1.1. Coleta de recursos. 2.1.2. Intermediação dos recursos. 2.1.3. Aplicação de recursos. 2.1.4. Fim lucrativo. 2.1.5. Habitualidade mínima. 2.1.6. Caráter público da oferta de recursos. 3. Equacionamento da questão. 3.1. Atividade financeira e requisitos propostos para caracterização da atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira. 3.1.1. Lucro *strictu sensu*. 3.1.2. Reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida. 3.2. Das Instituições Financeiras. 3.2.1. Dos integrantes do Sistema Financeiro Nacional. 3.2.2. Origem da questão. 3.2.3. Instituição Financeira e o Banco Central. 4. Conclusões gerais. 4.1. Do enquadramento de determinadas situações frente às definições ora propostas.

1. Introdução

Entre as questões que mais geram controvérsia no Direito Econômico, e expõem à indesejável desuniformidade tanto as decisões administrativas quanto as judiciais, estão a da definição de 'Instituição Financeira' e, especialmente, a da definição do que seja 'atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira'.

Para se aferir a relevância de tais definições, é suficiente dizer que delas dependem diretamente a questão da licitude ou ilicitude da prática de empréstimos a juros anormais, a questão da aplicabilidade de

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira é Procurador da Área Administrativa e Criminal do Banco Central do Brasil; Membro da Comissão Especial do Banco Central para reforma da Lei nº 7.492/86; Membro da Diretoria da Associação Nacional dos Procuradores das Autarquias e Fundações Federais; Professor de Curso Preparatório para Concursos em Brasília.

alguns crimes do colarinho branco (Lei nº 7.492/86), a questão da aplicabilidade do crime de usura (art. 4º da Lei nº 1.521/51 c/c art. 1º do Decreto nº 22.626/33) e a questão da aplicabilidade de multa administrativa (Lei nº 4.595/64).

É prerrogativa do Banco Central do Brasil conceder a indispensável autorização prévia para que uma Instituição Financeira possa funcionar no País (Lei nº 4.595/64, art. 10, inc. IX). E, no âmbito de seu poder fiscalizatório e supervisor, cabe igualmente àquela Autarquia Federal aplicar penalidade de multa (até R\$ 100.000,00 – Lei nº 9.069/95) a qualquer pessoa física ou jurídica que exercer, sem a hábil autorização, atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira.

A Lei nº 7.492/86, por sua vez, pune com pena de reclusão o indivíduo que ‘faz operar’ Instituição Financeira sem a devida autorização do Banco Central do Brasil (art. 16).

Em tese, pois, o forte cerco legislativo deveria inibir a conduta indesejada. Todavia, a jurisprudência e mesmo os ementários da Administração Pública evidenciam discrepâncias na condução do caso e na aplicação de sanções, todas fulcradas – ou de alguma forma decorrentes – da *vexata quaestio* referida no início deste texto, que pode ser desdobrada em três questionamentos: o que é Instituição Financeira? Quais são, no Direito pátrio, as Instituições Financeiras? E, o mais importante, o que é atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira? E em que circunstâncias uma corriqueira atividade de concessão de empréstimos ou realização de contratos de mútuo pecuniário deve sofrer punição?

1.1. Relevância da intervenção estatal

Sabido que é no ramo de concessão de financiamentos que têm atuação básica as Instituições Financeiras.

Desnecessário dizer muito sobre a importância de o Estado regular o mercado de financiamentos. Se não o fizesse – se qualquer do povo pudesse emprestar da

maneira que lhe conviesse –, seria brutal, desordenada e injusta a transferência de riqueza, que estaria respaldada unicamente no nível de angústia ou prodigalidade de quem necessitasse da pecúnia, sem falar na instabilidade que se provocaria nas famílias, no encrudelecimento das falências comerciais e insolvências civis, e no presumível aumento da criminalidade frente aos débitos impagáveis.

2. Desenvolvimento do tema

Relevante destacar, em preâmbulo, que o mútuo ou empréstimo referenciado ao longo do trabalho restringe-se, aqui, àquele que tem por objeto o dinheiro.

Inicialmente, pedimos vênias para não transcrever quaisquer das pertinentes manifestações doutrinárias ou jurisprudenciais já produzidas acerca da matéria, posto estamparem variegadas divergências, e uma vez que ora se pretende propor um novo enfoque para o assunto, que seja conciliatório, e que possa abranger em si a solução das sucessivas situações novas que a atividade econômica é capaz de gerar.

2.1. Critérios comumente adotados

O que se tem atualmente, no âmbito dos órgãos governamentais que deliberam sobre o sistema financeiro nacional, é a orientação que não define, mas apenas conceitua Instituição Financeira e atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, fazendo-o de uma maneira que nos parece, *data venia*, muito casuística e que consiste na aferição da presença concomitante dos seguintes requisitos, que devem informar se a atividade investigada imprescindia ou não da prévia autorização governamental: *coleta, intermediação e aplicação de recursos, fim lucrativo, habitualidade mínima e caráter público da oferta de recursos*.

Significa que, a princípio, somente em se podendo comprovar a presença de todos os pressupostos supracitados, poder-se-ia instaurar procedimento administrativo e processo criminal contra o agente financeiro desautorizado.

Pensamos, *data venia*, que a utilização de tantos e tais critérios tende apenas a dificultar o enquadramento em ilícito administrativo ou penal. Não bastasse, é patente a subjetividade de cada um dos requisitos, o que, além de gerar controvérsia dentro dos próprios órgãos estatais, ainda possibilita inúmeras nuanças de defesa, eventualmente ensejadoras de impunidade.

Permitimo-nos realizar, sucintamente, uma análise crítica da pertinência de cada um dos vigentes requisitos, atualmente necessários para caracterizar o exercício de atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira.

2.1.1. Coleta de recursos

O verbo “coletar”, aqui, traz o sentido de arrecadar. Significa arrecadação de recursos, portanto.

A obrigatoriedade da presença concomitante da coleta é, *data venia*, pouco conveniente, posto que excluiria da ilicitude as concessões de empréstimos respaldadas por recursos próprios da pessoa física ou jurídica financiadora. Permiti-lo implicaria apreciar uma mesma conduta – financiar – sob dois aspectos diferentes em razão de uma questão secundária como a origem dos recursos emprestados.

2.1.2. Intermediação dos recursos

Sabendo-se que a intermediação envolve atividade de repasse de recursos de terceiros, pode-se aferir a inocuidade do requisito com um exemplo:

Os bancos comerciais, eminentes financiadores, têm por natureza emprestar quaisquer recursos não-vinculados recebidos em sua atividade cotidiana. Todavia, nem todos os recursos manejados pelos referidos estabelecimentos bancários são de propriedade dos depositantes ou investidores.

Veja-se o caso dos juros recebidos em contrato de cheque especial e o caso da remuneração de serviços bancários debitada em conta de depósito. Tais recursos passam a integrar o patrimônio do banco como dis-

posição própria e, ainda assim, são emprestados, repassados aos tomadores.

Não houvera, portanto, intermediação, e, no entanto, os recursos foram utilizados para financiamentos. Seria plausível, em cada processo criminal ou administrativo por atividade financeira desautorizada, apreciar qual a parcela de recursos emprestados que pertencem originalmente a terceiros – objeto de intermediação – e qual a parcela de recursos próprios, advinda dos juros e da prestação de serviços? As comunicações ao Ministério Público deveriam especificar tais percentuais para que fosse excluídos da subsequente deliberação judicial?

2.1.3. Aplicação de recursos

Esse seria um requisito válido, mas desde que dirigido a uma finalidade específica. Não basta à ilicitude a simples aplicação dos recursos; a proibição está na *natureza* da aplicação dos recursos e no *objetivo* ensejador do contrato pecuniário, como se explicará adiante.

Somente *en passant*, é importante ressaltar que, na atividade financeira, sempre haverá ou a coleta, ou a intermediação, ou a aplicação de recursos, sem concomitância, razão pela qual aqueles não são requisitos essenciais, mas apenas circunstâncias naturais ou inerentes.

2.1.4. Fim lucrativo

O problema aqui é de definição específica: o que é lucro, quando se configura na medida em que o bem principal, nos contratos de mútuo, é o próprio dinheiro? Os juros podem ser considerados uma forma de lucro?

2.1.5. Habitualidade mínima

“Habitualidade” é um vocábulo deveras subjetivo. O que seria habitual em matéria de concessão de financiamentos? Uma vez por mês, uma vez por semana? A Lei nº 8.906/94, por exemplo, considera atividade advocatícia habitual, para fins de inscrição suplementar na OAB, o manejo de cinco causas por ano.

Enfim, cada administrador, cada advogado, cada membro do *Parquet*, cada magistrado pode ter uma idéia própria de habitualidade, o que dificulta a essencial transparência e coordenação dos atos estatais e redundante em instabilidade na aplicação de sanções.

2.1.6. *Caráter público da oferta de recursos*

Segundo De Plácido e Silva, “público equivale a notório, geral, publicado, divulgado, conhecido” (in “Vocabulário Jurídico” – vol. III, Ed. Forense, 6ª edição, p. 1.263). Ora, aqui novamente se estaria atribuindo a uma circunstância menor o valor de requisito intrínseco.

Efetivamente, não é necessário que a oferta de recursos financeiros tenha caráter público, cediço ainda que o simples fato de publicar a notícia da prática ilegal de atividades de financiamento não é, só por si, criminosa ou administrativamente reprovável. O que importa, repita-se, é a atividade em si.

3. *Equacionamento da questão*

Talvez toda a controvérsia tenha surgido do ângulo pelo qual se vem enfocando o problema.

Entendemos que o ponto nodal da questão não é nem saber o que é Instituição Financeira, mas saber quando é que determinada atividade de financiamento é considerada própria, exclusiva de Instituição Financeira, e especialmente quais as características que diferenciam tal mister – dependente de prévia autorização governamental – da simples realização de adiantamentos ou contratos de mútuo pecuniário, prevista nos arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil e praticável por qualquer pessoa.

Isso porque as sanções legalmente estabelecidas – penal e administrativa – devem assentar não sobre o conceito, mas sobre a prática. Vale dizer: uma pessoa física ou jurídica não pode ser punida *por ser conceituada como* ou *por se equiparar a* uma Instituição Financeira; uma pessoa física ou jurídica

pode e deve ser punida, aí sim, por, *sem autorização do Banco Central, atuar como Instituição Financeira*, ou seja, *praticar, irregularmente, ato próprio, exclusivo de Instituição Financeira*.

3.1. *Atividade financeira e requisitos propostos para caracterização da atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira*

Inicialmente, cabe assentar que atividade financeira é aquela mediante a qual uma pessoa física ou jurídica disponibiliza dinheiro a outra, direta ou indiretamente. *Directamente*, quando o numerário é entregue ao próprio financiado. *Indirectamente*, quando o numerário é entregue a terceiro, em benefício do financiado, geralmente sob a forma de adiantamento.

A destinação do financiamento pode ser específica – custeio para aquisição ou empreendimento – ou genérica – capital de giro, despesas pessoais ou gerais, abatimento de dívidas preexistentes, etc. E, sob o aspecto da atividade negocial – que aqui se pretende caracterizar –, a concessão da pecúnia deve estar acompanhada da obrigatoriedade de restituição.

Sob tais embasamentos, a atividade comercial tida como própria ou exclusiva de Instituição Financeira não deixa de ser, primariamente, uma atividade comercial de realização contínua de contratos de mútuo. O que vai diferir a atividade de financiamento própria ou exclusiva de Instituição Financeira da atividade de realizar simples contratos de empréstimo previstos na lei civil é, acreditamos, a verificação concomitante de dois requisitos básicos, peculiares e exclusivos do primeiro mister, em substituição a todos os requisitos atualmente vigentes: a) obtenção de lucro *strictu sensu* na atividade de emprestar, frente ao financiado ou a terceiro; e b) reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

3.1.1. *Lucro strictu sensu*

Ab initio, consigne-se que o lucro aqui abordado é no sentido estrito da palavra,

não sendo tido, pois, como sinônimo de ‘faturamento’.

Ainda assim, é tarefa difícil definir o que seja lucro *strictu sensu* no caso de financiamentos, ou seja, contratos pecuniários puros.

Pensamos que sua definição deve pautar-se em duas diretrizes: a) o lucro *strictu sensu* significa basicamente um ganho, isto é, um *plus* auferido na atividade; b) a simples remuneração de uma atividade não é uma forma de ganho, não representa um *plus*, mas apenas o justo pagamento pela prestação do outro contratante. O lucro, lembre-se, é uma característica típica da *profissionalização* da atividade.

Ora, no contrato de mútuo ou empréstimo, o capital em si é a própria prestação – uma prestação do financiador ao financiado –, e esta é obviamente contraposta por outra prestação, também pecuniária, por parte do financiado ou de terceiro, a ser implementada adicionalmente à devolução do capital adiantado ou mutuado.

Entendemos que essa *contraprestação* do financiado ou de terceiro enquadra-se como uma remuneração contratual, destinada apenas a compensar, para o financiador, a disponibilização do capital que fizera, direta ou indiretamente, ao financiado.

E a remuneração do capital, como cediço, é representada pelos juros. Diz Washington de Barros Monteiro:

“Juros são o rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso da coisa no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital.” (in “Curso de Direito Civil”, Direito das Obrigações – 1ª parte, Ed. Saraiva, 11ª edição, p. 337)

Na medida em que os juros, em sua essência, significam uma *renda lícita* – porquanto decorrente de um contrato de prestação de capital –, a sua simples cobrança em um empréstimo ou financiamento não implicaria, a princípio, um *plus* ou lucro, mas

apenas – e tão-somente – uma digna e justa remuneração em favor do financiador.

Entretanto, o legislador pátrio houve por bem fixar um limite ao montante de juros, fazendo-o mediante o art. 1º do Decreto nº 22.626/33, *in verbis*:

“Art. 1º É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal” (Código Civil, art. 1.062).

E o singelo estabelecimento de tal taxalimite, note-se, significou a criação de uma *presunção legal* de justa remuneração pelo financiamento, pelo capital emprestado. Atente-se para a importância do decreto supracitado: foi criado um parâmetro *impositivo* – 12% ao ano (“o dobro da taxa legal”) – para se aferir a adequação da remuneração, vale dizer, a justeza da avença e conseqüentemente o equilíbrio entre as partes nos contratos de financiamento.

Da *presunção legal* e do parâmetro estabelecido decorre a conclusão de que, em determinada atividade de financiamento, os juros fixados em até o dobro da taxa legal – ou seja, em até 12% ao ano (art. 1.062 do Código Civil) – estão perfeitamente abrangidos no conceito de justa e devida remuneração pelo ato de financiar, isto é, no conceito de *contraprestação* adequada e mantenedora do equilíbrio contratual, que propicia, autoriza e delimita a licitude da atividade de emprestar.

No mesmo raciocínio, a estipulação dos juros além do limite legal remuneratório seria um *plus*, um algo a mais que a parte mutuante ganhará além da justa e repositora remuneração, sendo esse excedente qualificado, assim, como lucro *strictu sensu*.

Note-se que, na medida em que o financiamento pode ser direto ou indireto (item 3.1.), a remuneração e o lucro do financiador podem ser suportados tanto pelo financiado quanto por terceiro. Veja-se, por exemplo, o caso em que a financeira aparece como interveniente num contrato de compra-e-venta comercial, quando o comprador deseja

parcelamento, sem acréscimo, de sua prestação. Nesse caso, muito comum em operações com cartão de crédito, o comprador é financiado pela interveniente, que lhe concede indiretamente um adiantamento entregando a pecúnia ao comerciante, o qual recebe valor menor, à vista ou mesmo a prazo, mas em que restam abatidos, em forma de percentual, a remuneração e o lucro da financeira. Desse modo, o comprador é o financiado, mas os juros e o lucro *strictu sensu* originados do financiamento são suportados pelo lojista-vendedor, que tem interesse no potencial incremento das vendas, graças à maior facilidade aquisitiva para o consumidor do seu produto ou serviço.

O lucro *strictu sensu*, pois, no mútuo, empréstimo ou financiamento, é aquela parte da contraprestação do mutuário, ou de terceiro em seu benefício, que ultrapassa o limite legalmente imposto como suficiente remuneração do capital disponibilizado.

3.1.2. *Reinserção do resultado dos financiamentos no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida*

O segundo requisito que, a nosso modo de ver, deve estar concomitantemente presente para a caracterização de uma atividade de financiamento como própria de Instituição Financeira é a reinserção dos resultados do mútuo ou financiamento no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

Se o mutuante, ao receber em retorno o capital emprestado acrescido de juros acima do dobro da taxa legal, concede com aquela pecúnia um novo financiamento, estará praticando ato próprio ou exclusivo de Instituição Financeira.

Note-se: a reinserção exigida não é no fluxo econômico – compra de mercadorias, por exemplo –, mas sim *no fluxo do mesmo esquema de financiamento*, objetivando a repetição e, via de consequência, a continuidade do modo de auferir lucro *strictu sensu*. Desse modo, basta uma única reinserção para, em concorrência com o lucro, caracterizar-se a ilicitude.

E o ato de reinserção dos resultados na mesma atividade pode apresentar-se tanto sob a forma manifesta – quando evidenciada mediante acompanhamento da trajetória do dinheiro –, quanto sob a forma presumida. Pode-se presumir a reinserção do resultado dos empréstimos no fluxo comercial específico quando, *verbi gratia*, a pessoa jurídica investigada qualifica-se como empresa de *factoring*, empresa de fomento comercial ou mesmo, abertamente, como empresa financeira desautorizada – enfim, naqueles casos em que o trato direto e especializado com finanças é o único ou principal escopo da existência da firma.

Também no caso de atividades praticadas por pessoa física, a ocorrência da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico pode ser aferida com base em circunstâncias adjacentes, como a oferta pública de dinheiro sem que o ofertante disponha, à vista dos assentos da Receita Federal, de volumosa pecúnia em espécie possibilitadora da realização de diversos contratos singulares de mútuo.

3.2. *Das Instituições Financeiras*

Pode-se concluir que, atualmente, as Instituições Financeiras – portanto integrantes do Sistema Financeiro Nacional –, no Direito Pátrio, são, exclusivamente:

a) em virtude da previsão da Lei nº 4.595/64 (art. 17 c/c art. 18, § 1º):

– os Estabelecimentos Bancários Oficiais e Privados (*latu sensu*: Bancos Comerciais, Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento e Bancos Múltiplos com Carteira Comercial);

– as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento ('Financeiras');

– as Caixas Econômicas;

– as Cooperativas de Crédito e Cooperativas que possuem Seção de Crédito.

b) em virtude da previsão das Leis nºs 4.380/64 (art. 8º), 9.514/97 (art. 1º) e da Resolução nº 1.980/93 (arts. 1º e 2º), do Conselho Monetário Nacional:

– os Bancos Múltiplos com Carteira de Crédito Imobiliário;

- as Sociedades de Crédito Imobiliário;
- as Associações de Poupança e Empréstimo;
- as Companhias de Habitação;
- as Fundações Habitacionais;
- os Institutos de Previdência, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário;
- as Companhias Hipotecárias;
- as Carteiras Hipotecárias dos Clubes Militares;
- os Montepios Estaduais e Municipais, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário;
- as Entidades e Fundações de Previdência Privada, exclusivamente com relação à Seção de Crédito Imobiliário.

‘Instituição Financeira’, em definição, é uma organização estruturada e coordenada, prevista em lei ou regulamento legalmente autorizado, com objetivo e finalidade de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios e/ou de terceiros, prover meios pecuniários para financiar a aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado.

As entidades referidas no início deste item, efetivamente, apresentam a peculiaridade do lucro *strictu sensu* nas operações de financiamento, na medida em que lhes é permitido cobrar juros além da taxa-limite de remuneração do capital, legalmente adequada. A assertiva pode ser confirmada sob dois aspectos: o primeiro, pela exclusão preconizada no art. 17 do Decreto nº 22.626/33:

“Art. 17. O governo federal baixará uma lei especial, dispondo sobre as casas de empréstimos, sobre penhores e congêneres.”

E o segundo, pelo entendimento firmado na Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“596. As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de

juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.”

Quanto à presença da segunda peculiaridade da atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, lembre-se que as pessoas jurídicas enumeradas no início deste item, por sua própria natureza de *agentes de intermediação contínua*, reinserem os resultados da sua atividade financeira no fluxo comercial específico: financiam outrem com recursos próprios e especialmente com a pecúnia recebida em operação anterior, acrescida dos juros.

As atividades de financiamento daquelas pessoas jurídicas, pois, são o mais perfeito e contudente parâmetro para se aferir se determinada pessoa física ou jurídica está atuando como Instituição Financeira sem autorização do Banco Central do Brasil. Entendemos que qualquer referência legal a ‘instituições financeiras’ significa, invariavelmente, referência às entidades especificadas no início deste item, as quais são integrantes diretas do Sistema Financeiro Nacional (alínea ‘a’), ou de um de seus subconjuntos Sistema Financeiro da Habitação/Sistema Financeiro Imobiliário/Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (alínea ‘b’).

E, dessa forma, deflui facilmente a segunda definição: atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, os requisitos da obtenção de lucro *strictu sensu* frente ao financiado ou a terceiro e da reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

3.2.1. Dos integrantes do Sistema Financeiro Nacional

Há certa tendência – a nosso ver, *data venia*, equivocada – em conceder o *status* de Instituição Financeira – e portanto integrante do sistema financeiro nacional – a todas e

quaisquer empresas ou entidades que operem ou deliberem diretamente com gerenciamento de finanças.

Não é essa, efetivamente, a vontade da lei. Diz o art. 1º da Lei nº 4.595/64:

“Art. 1º O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente lei, será constituído:

I – do Conselho Monetário Nacional;

II – do Banco Central do Brasil;

III – do Banco do Brasil S/A;

IV – do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social;

V – das demais instituições financeiras públicas e privadas.”

O art. 17, por sua vez, especifica:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” (A custódia aqui não é elemento obrigatório, mas eventual, ocorrendo somente quando há garantia ao empréstimo)

“Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou habitual.”

E o especial art. 18, em seu *caput* e § 1º, esclarece concludentemente:

“Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º *Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimento, das caixas econômicas e das*

cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta Lei no que for aplicável as bolsas de valores, as companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.” (grifos nossos)

É conclusão natural que o art. 17 e o art. 18, *caput* e § 1º, devem ser interpretados conjunta e harmonicamente, e que a Lei nº 4.595/64 pretendeu também abranger, no conceito de ‘demais instituições financeiras’ – e, portanto, no conjunto do Sistema Financeiro Nacional –, todas aquelas pessoas jurídicas enumeradas na alínea ‘b’ do item 3.2. (*supra*), já previstas no art. 8º da Lei nº 4.380/64 (algumas delas repetidas no art. 1º da Lei nº 9.514/97) e atualmente especificadas, por força de deferimento legislativo, pela Resolução nº 1.980/93 (arts. 1º e 2º) do Conselho Monetário Nacional.

Nesse diapasão, confirma-se novamente o disposto no início do item 3.2., sendo certo que as demais pessoas jurídicas referenciadas no § 1º do art. 18 não são Instituições Financeiras, mas apenas se sujeitam, no que couber, à disciplina da Lei nº 4.595/64. Ressalte-se que, naturalmente, há sujeição a *todos os atos* – regulamentação, fiscalização, enfim, à *autoridade e a qualquer deliberação* – do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como, no que couber, às demais disposições da Lei Bancária.

3.2.2. Origem da questão

Não se pode olvidar, lamentavelmente, que a *vexata quaestio* sobre a qual se discorre

tenha-se originado da imprecisa técnica legislativa do parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64, o qual apenas objetivou sujeitar também à disciplina e aos rigores da Lei Bancária as pessoas físicas e jurídicas que, malgrado não sejam Instituições Financeiras – ou melhor, malgrado não sejam qualquer das entidades referidas no item 3.2. –, exerçam atividade própria ou exclusiva das Instituições Financeiras, ou seja, *atividade de financiamento que apresente simultaneamente as duas peculiaridades declinadas nos itens 3.1.1. e 3.1.2.* O objetivo legal, pois, foi somente dar ensejo à punição administrativa e criminal, em face da ausência de autorização do Banco Central do Brasil para, por exemplo, determinada pessoa física funcionar como um Banco.

Houve, *data venia*, manifesta impropriedade ao se criar aparentemente, no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64, a figura da ‘instituição financeira por equiparação’. Tal construção fictícia, decerto, nunca poderia encontrar interpretação harmoniosa, uma vez que buscou desnecessariamente, para igualar efeitos ou submissão legal, transmutar virtualmente a própria essência de pessoas físicas que, não sendo definitivamente Instituições Financeiras, atuem como tais, pratiquem atividade própria ou exclusiva de Instituições Financeiras.

Seria o mesmo, *data venia*, que, para conseguir idêntico enquadramento na classe dos bens móveis, equiparasse-se forçosamente o armário e a cadeira.

3.2.3. Instituição Financeira e o Banco Central

Por fim, consigne-se que o Banco Central do Brasil não pode ser considerado como Instituição Financeira. A uma, porque não há disposição legal nesse sentido; a duas, porque, tecnicamente, o Banco Central não tem como função exercer atividade financeira.

A função daquela Autarquia Federal é, nesse particular, *zelar pela higidez e integridade* do Sistema Financeiro Nacional e das demais entidades submetidas à Lei Bancária, sendo certo que, nos limites e sob

vinculação do exercício de sua indispensável ação governamental, eventualmente financia uma instituição financeira bancária (Lei nº 4.595/64, art. 10, inc. IV). Vale dizer, a atividade de concessão de financiamento não integra a destinação especial da Autarquia, mas apenas um leque de inúmeros atos governamentais coordenados e destinados ao cumprimento do papel de fiscalização, supervisão e zelo.

4. Conclusões gerais

Por todo o exposto, concluímos que:

a) são integrantes do Sistema Financeiro Nacional apenas o órgão e as pessoas jurídicas enumeradas taxativamente no art. 1º da Lei nº 4.595/64;

b) não são integrantes do Sistema Financeiro Nacional, mas encontram-se igualmente submetidas aos atos e deliberações do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, e também, no que couber, às demais disposições da Lei nº 4.595/64, todas as pessoas físicas e jurídicas referidas no parágrafo único do art. 17 e § 1º do art. 18 da Lei nº 4.595/64;

c) Instituição Financeira é uma organização estruturada e coordenada, prevista em lei ou regulamento legalmente autorizado, com objetivo e finalidade de, mediante atividade peculiar de gerenciamento de recursos próprios e/ou de terceiros, prover meios pecuniários para financiar a aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado;

d) nos limites da definição acima, e observados conjuntamente os arts. 17 e 18, *caput* e § 1º da Lei nº 4.595/64, art. 8º da Lei nº 4.380/64, art. 1º da Lei nº 9.514/97 e arts. 1º e 2º da Resolução nº 1980/93, do Conselho Monetário Nacional, no Brasil, as Instituições Financeiras resumem-se às pessoas

jurídicas enumeradas taxativamente no item 3.2. deste trabalho;

e) o Banco Central do Brasil, tecnicamente, não é Instituição Financeira – apenas, eventualmente, atua como tal, por expressa autorização da lei (art. 10, inc. IV, da Lei nº 4.595/64);

f) atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira é a concessão de financiamentos, mútuo ou empréstimos, direta ou indiretamente, na qual concorram, simultaneamente, as peculiaridades da obtenção de lucro *strictu sensu* frente ao financiado ou a terceiro e reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, de forma manifesta ou presumida.

4.1. Do enquadramento de determinadas situações frente às definições ora propostas

Considerando-se os componentes das definições de Instituição Financeira e de atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira ora propostas, seguem especificadas algumas situações jurídicas que podem passar a ter tratamento aclarado:

a) a concessão de empréstimos a juros até o dobro da taxa legal, mas sem reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, é contrato lícito de mútuo (arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil);

b) a concessão de empréstimos a juros até o dobro da taxa legal, e com reinserção dos resultados no fluxo comercial específico,

é contrato lícito de mútuo (arts. 1.256 a 1.264 do Código Civil);

c) a concessão de empréstimos a juros acima do dobro da taxa legal, mas sem reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, enseja a aplicação do art. 4º da Lei nº 1.521/51 c/c art. 1º do Decreto nº 22.626/33 (crime de usura), apenas;

d) a concessão de empréstimos acima do dobro da taxa legal, e com reinserção dos resultados no fluxo comercial específico, é atividade própria ou exclusiva de Instituição Financeira, e a sua prática por quem não seja Instituição Financeira devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil enseja a aplicação do art. 44 da Lei nº 4.595/64 e do art. 16 da Lei nº 7.492/86 (que absorve, por ser elemento-meio, o crime de usura). Nesse caso, a empresa que desejar operar com concessão de financiamentos (algo comum nos dias atuais) deverá organizar-se sob a forma de Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento ('Financeira'), sob pena de sofrer, juntamente com seus administradores, penalidade administrativa e, estes últimos, também penalidade criminal.

São essas as considerações acerca de tão peculiar questão jurídico-econômica, elaboradas na expectativa de apenas contribuir para o contínuo debate de idéias, sempre propiciador do aprimoramento do Direito.

Questões controvertidas: da resistência e da desobediência em face do flagrante delito facultativo e do favorecimento pessoal na prisão em domicílio

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas e
Carlos Maria Gambaro

Sumário

1. Introdução. 2. Da resistência. 3. Da desobediência. 4. Do favorecimento pessoal. 5. Questões controvertidas. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Os delitos de resistência (CP, art. 329), desobediência (CP, art. 330) e favorecimento pessoal (CP, art. 348) mostram-se, à primeira vista, simples, e os fatos que os configuram, de fácil percepção e enquadramento no tipo penal. Contudo, certas situações se colocam no dia-a-dia que fogem às trivialidades da lei, colocando o jurista, e, principalmente, o juiz e o advogado em contato com situações anômalas, ou controvertidas.

No presente artigo, ponderar-se-á exatamente sobre essas situações que, a despeito de serem raras, não são de todo impossíveis.

Inicialmente se discutirá a respeito da configuração ou não dos delitos de resistência e desobediência nos casos de prisão em flagrante quando esta é realizada por particular. Em um segundo momento, teceremos considerações sobre os direitos do morador que alberga indivíduo procurado pela polícia, analisando se o impedimento à entrada da polícia em sua moradia configuraria o crime de favorecimento pessoal.

Antes de mais nada, porém, verifica-se a necessidade de se proceder a um estudo prévio de alguns aspectos dos delitos acima elencados, seus elementos e requisitos de configuração, para somente então enfrentar

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas é professora assistente da FHDSS – Unesp, doutoranda em Direito pela FHDSS – Unesp.

Carlos Maria Gambaro é mestrando em Direito Internacional pela FHDSS – Unesp.

as situações as quais nos propusemos a tratar, uma vez que a consumação, ou não, dos mesmos está diretamente ligada aos eventos, ações, circunstâncias e fatos ideados.

Desde já, esclarece-se que não se deseja esgotar as questões tratadas, mas apenas contribuir para o enriquecimento jurídico do estudo penal.

2. Da resistência

O art. 329 do Código Penal dispõe a respeito do delito:

“Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

...”

Esse artigo protege diretamente a autoridade e o prestígio da função pública, indispensáveis à liberdade de ação do poder estatal e à execução da própria vontade, e secundariamente a própria Administração Pública.

Sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa que se oponha à execução do ato legal, não importando seja exatamente aquela contra a qual se dirige a atuação do agente público, podendo responder pelo delito um terceiro. É o que ocorre no caso em que os “amigos” do interpelado pela autoridade pública procuram frustrar sua diligência.

Sujeitos passivos serão o Estado e, ao seu lado, o agente ou quem lhe presta auxílio para a execução do ato legal.

A conduta típica consiste em opor-se o sujeito à execução, por agente competente, de ato legal ou funcional.

Observa-se, portanto, que o delito somente se configura quando se dá a oposição a ato legal, de forma que, se o ato praticado pelo agente público for ilegal, não se pode falar em delito de resistência, sendo atípica a conduta. Essa legalidade deve ser tanto subs-

tancial, isto é, quanto à natureza do ato, não podendo contrariar as normas do Direito, nem violar as garantias fundamentais do indivíduo, como também formal, ou seja, deve seguir à risca todas as formalidades impostas pela lei para a execução válida do ato.

Outro requisito para a configuração do delito em estudo é que o funcionário que realiza o ato deve ser competente para a prática do mesmo, dando-se a atipicidade caso este não tenha atribuição ou competência para sua execução¹.

A violência a que se refere o artigo é aquela cometida contra a pessoa, não tipificando a conduta a violência voltada a coisa². Inexiste esse delito, portanto, quando, p. ex., alguém, notificado por oficial de justiça, amassa ou rasga a contrafé oferecida na frente deste³. Além disso, a resistência passiva tampouco tipifica o ato⁴, pois a atitude do sujeito ativo do delito deve ser atuante e positiva. Para que se configure crime, a resistência deve ser ativa, traduzindo-se na violência física (*vis corporalis*) voltada ao agente público que pratica o ato ou ao seu auxiliar. Por outro lado, a resistência passiva pode caracterizar o delito de desobediência.

O caput do art. 329 fala também em ameaça a funcionário, a qual, ao lado da violência, constitui-se elemento que deverá ser analisado objetivamente quando da verificação da ocorrência do delito.

“Ao contrário de outros tipos penais, aqui não se exige que a ameaça [*vis compulsiva*] seja grave, bastando que se prenuncie à vítima a prática de um mal. Pode ela ser feita por escrito ou verbalmente. Dessa forma, conforme o meio executivo, não se exige a presença do funcionário (p. ex.: ameaça por bilhete)”⁵.

A resistência deve ser contemporânea ao ato do funcionário público, não se caracterizando o delito se esta for anterior ou posterior ao mesmo.

O uso de palavras ultrajantes, palavras de baixo calão, a negativa em acompanhar o policial, em abrir a porta para o ingresso

de policiais, esperneio no momento da execução do ato, fuga⁶ ou outros casos de indisciplina não têm sido entendidos como configuradores da resistência, uma vez que, nessas horas, o sentimento de liberdade é colocado em perigo, o que torna o indivíduo mais irascível⁷. Contudo, pode caracterizar os delitos de desacato ou desobediência.

Além do agente, funcionário público, pode ser sujeito passivo do delito de resistência o terceiro particular que auxilia o primeiro na execução do ato.

O dolo constitui o elemento subjetivo do delito. Este deve ser tanto o denominado dolo genérico, que é a vontade livre e consciente de agir de forma contrária ao Ordenamento Jurídico como um todo, no caso em tela, vontade livre e consciente de empregar violência contra funcionário público ou terceiro, ou ameaçá-los, como o dolo específico, ou seja, impedir a realização do ato funcional. Sem a presença deste último, fica descharacterizada a resistência.

A resistência é um crime formal, o que implica a não-necessidade de que o agente consiga alcançar o resultado pretendido, qual seja, a não-realização (execução) do ato legal para sua configuração. Ela se caracteriza com a simples prática da violência ou ameaça, e, caso o agente público deixe de executar o ato legal, responderá o responsável pelo delito em sua forma qualificada.

3. Da desobediência

O art. 330 do Código Penal regula esse delito nos seguintes termos:

“Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

Inserido no Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública, no “Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, esse artigo tem por objeto de tutela a Administração Pública, assegurando “o prestígio e a dignidade da máquina estatal administrativa, no que diz respeito ao cumprimento de deter-

minações legais expedidas por funcionário público”⁸.

Tratando-se de crime comum, qualquer do povo poderá ser seu sujeito ativo. Sendo funcionário público⁹, deve o objeto da ordem desobedecida não estar ligado às suas atribuições como funcionário, pois, nesse caso, poderá haver a configuração do delito de prevaricação (Código Penal, art. 319).

Por sujeito passivo, deve-se entender, primeiramente, o Estado, titular da Administração Pública e, secundariamente, o funcionário do qual emanou a ordem.

O ofendido deve ser funcionário competente para emitir ordem legal, ou seja, funcionário cujo conceito é dado pelo direito administrativo, não tendo agora aplicação o art. 327 do Código Penal¹⁰, lembrando-se que, para o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, atualizada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, art. 2º), “servidor é pessoa legalmente investida em cargo público”, sendo este criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres públicos. Ainda nesse sentido, Nelson Hungria¹¹ afirma que o sujeito passivo, isto é, o expedidor ou executor da ordem, há de ser funcionário público, mas este, na espécie, entende-se aquele que o é no estrito sentido do Direito Administrativo, já que o critério ampliativo do art. 327 do Código Penal somente diz respeito ao funcionário como sujeito ativo de delito *intra officium*, e não para os casos em que figura no pólo passivo.

A doutrina, por outro lado, criou a figura do *agente público de fato*¹², o qual, em determinados casos extremos (incêndios, guerras, calamidades públicas, epidemias, enchentes, prisão de criminoso etc.), investisse temporariamente dos poderes e prerrogativas da Administração Pública para realizar o ato que caberia ao funcionário público *strictu sensu*.

Como se observa, esse agente de fato não é investido de acordo com as formalidades exigidas para o preenchimento do cargo pú-

blico; ele não possui vínculo laboral com a Administração Pública (ou qualquer outra instituição concessionária de serviço público) e tampouco recebe dos cofres públicos. Dessa forma, não se poderia considerá-lo um servidor público na acepção formal da palavra, tendo em vista que o formalismo adquire importância superlativa no campo administrativo. Ao que parece, essa definição foi criada pelos teóricos administrativistas como forma de enquadrar esse indivíduo que age nos momentos de exasperação em alguma categoria jurídica, determinando-lhe, por conseguinte, a natureza jurídica, tornando mais fácil a compreensão acadêmica dessa figura.

Nada obstante contra a classificação adotada pelo ramo administrativo, ela, contudo, não pode ser aplicada no âmbito penal, cujos conceitos e definições são mais restritos e precisos. Dessa maneira, não se pode utilizar essa classificação doutrinária de um dos ramos do Direito para conferir poderes a alguém, capaz de interferir de forma negativa no âmbito jurídico de terceiros. Em outras palavras, o entendimento de funcionário público no ramo penal deve ser feito o mais restritivamente possível, toda vez que venha a causar, de qualquer modo, grave à pessoa. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica da norma será sempre restrita e exaustiva¹³.

Não basta, portanto, que a ordem seja legal no sentido formal e material, ela deve ser expedida por funcionário público, devidamente investido na função, dentro de suas atribuições e com observância das determinações legais, sendo atípico, por exemplo, deixar de atender voz de prisão emitida por funcionário de autarquia. Aqui a ordem emana de funcionário público *strictu sensu*, mas este não tem, entre suas funções, a prerrogativa de prender alguém.

O comportamento tipificado se verifica no verbo núcleo do artigo desobedecer, isto é, desatender, não cumprir.

Além disso, essa desobediência deve estar ligada a uma *ordem legal*, não bastan-

do para caracterizar o crime a desatenção a simples pedido ou solicitação, ou, ainda, se ilegal tal ordem. Essa ordem deve ser direta¹⁴ e dirigida expressamente ao destinatário, isto é, a quem tenha o dever jurídico de obedecê-la, sob forma verbal ou escrita¹⁵.

Ocorre, contudo, tratar-se o art. 330 de uma norma penal em branco, uma vez que o preceito foi somente emanado em parte, necessitando de norma futura que o complete e esclareça. O dispositivo diz, apenas, “desobedecer a ordem legal”, mas não determina qual seja essa ordem. É preceito que encerra disposição vaga que será completada por disposição futura, constante de outra norma, regulamento ou ainda em face do caso concreto.

A desobediência, delito de mera conduta que é, pode dar-se de forma comissiva ou omissiva, dependendo do conteúdo da ordem, se positiva ou negativa; isto é, se a ordem exige que se faça algo, a desobediência dar-se-á com o não-cumprimento desta; de outro lado, se a ordem proíbe alguma prática, o crime se caracteriza com a prática do ato.

O dolo, nesse caso, é o chamado genérico¹⁶. Assim, o agente deve ter a vontade livre e consciente de desobedecer à ordem do funcionário público¹⁷, desde que saiba e reconheça a legalidade¹⁸ da mesma, além da obrigatoriedade de seu cumprimento¹⁹.

Importante nesse ponto é diferenciar o delito de *resistência* do de *desobediência*, uma vez que ambos possuem características bem próximas. Na resistência, o crime é cometido por meio de ato de violência e de ameaça, enquanto na desobediência ele se reveste de uma resistência passiva, apenas deixa-se de fazer, sem qualquer violência ou ameaça²⁰.

4. Do favorecimento pessoal

O art. 348 do Código Penal dispõe:

“Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

...

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”.

O bem jurídico tutelado por esse dispositivo é a administração da justiça, impondo-se o dever de o sujeito não colocar obstáculos à ação judiciária em sua cruzada contra a criminalidade.

O sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa, exceto o co-autor ou o partícipe de crime anterior, desde que a este seja cominada pena de reclusão. Dessa forma, se o indivíduo prometeu auxílio ao criminoso, antes ou durante a prática do delito punido com reclusão, ele não poderá ser incurso no delito tipificado no art. 348, pois se tratará de partícipe daquele. Para que se configure o favorecimento pessoal, o auxílio deve ser prestado somente após a prática delitiva.

Em lição de Damásio Evangelista de Jesus,

“não há auto-favorecimento. No concurso de agentes, se o partícipe prestar auxílio aos outros, beneficiando-se também, não responde por este delito. Somente há crime quando beneficiar apenas os comparsas”²¹.

Pune-se a conduta de quem auxilia, favorece, autor de crime²² – doloso, culposo ou preterdoloso; consumado ou tentado – a subtrair-se, isto é, escapar, esquivar-se à ação da autoridade pública, por meio do emprego de meios para fuga, promovendo o engano da polícia, ocultando o autor do delito, proporcionando asilo etc. Não existe favorecimento pessoal no auxílio ao autor de ilícito contravençional.

Não há que se falar em favorecimento pessoal se no delito principal houve

“extinção da punibilidade, exclusão da ilicitude, irresponsabilidade ou inimputabilidade penal, imunidade penal absoluta. Igualmente, se o crime precedente for de ação privada e não houver queixa, ou sendo a ação pública condicionada à representação

ou requisição ministerial, estas não forem oferecidas”²³.

O dolo, nesse delito, é o genérico, auxiliando criminoso, buscando livrá-lo da atuação da autoridade pública²⁴. O indivíduo que auxilia deve ter conhecimento, mesmo que superficial, de que o auxiliado é autor de crime. Não havendo esse conhecimento, excluído estará o dolo, sendo que, de acordo com a doutrina, a dúvida caracteriza dolo eventual.

“O crime consuma-se no momento em que o beneficiado, em razão do auxílio do sujeito, consegue subtrair-se, ainda que por breves instantes, da ação da autoridade pública”²⁵. Não é necessário, portanto, que seja definitiva a subtração do favorecido à ação de autoridade pública, basta o retardamento, ainda que breve, da captura ou retenção. Trata-se de delito comissivo, sendo impossível a prática por omissão.

Tendo em atenção os laços de especial afeto que ligam os membros de uma mesma família, o legislador viu por bem isentar de pena o sujeito ativo que se enquadre em alguma das situações previstas no § 2º do referido artigo. Tal enumeração, contudo, é taxativa, não podendo ser ampliada ao parentesco afim.

Para que se configure o delito de favorecimento pessoal, é irrelevante a existência, ou não, de prisão em flagrante, prisão preventiva decretada, perseguição ou procura ao criminoso, uma vez que a conduta descrita no delito do art. 348 procura exatamente impedir a ocorrência dessas conseqüências.

5. *Questões controvertidas*

Uma vez traçadas as considerações gerais acerca desses delitos que, eventualmente, podem ocorrer nas espécies de situações a que nos propusemos tratar e estudados os elementos que auxiliarão na resolução das questões apresentadas, pode-se, finalmente, enfrentar tais problemas de forma mais clara.

As situações a seguir apresentadas

buscam esclarecer pontos controvertidos em relação à configuração, ou não, dos delitos em estudo, por meio da aplicação da teoria a supostos fatos reais, em que se confrontarão os direitos assegurados e restrições impostas pelo Direito, quando envolvem particulares, utilizando-se, para tanto, o método analítico.

I – Negativa à ordem de prisão em flagrante por particular

A primeira situação a ser analisada busca verificar a ocorrência dos delitos de resistência ou desobediência, na hipótese de, sendo o agente delituoso surpreendido em flagrante por particular que lhe dá voz de prisão, negar-se a acompanhá-lo, de modo ativo ou passivo.

A prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares de natureza processual. É uma espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho²⁶,

“A prisão em flagrante, a rigor, é mero ato administrativo, levado a cabo, grosso modo, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Mesmo quando levada a cabo por particulares ou pelo próprio Juiz, não perde o caráter de ato administrativo”.

Dispõe o art. 301 do Código de Processo Penal que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Existe, portanto, a possibilidade, franqueada pela lei, de que qualquer do povo capture alguém em flagrante delito.

“Trata-se de um caso especial de *exercício de função pública transitória exercida por particular*, em caráter facultativo e, portanto, de exercício regular de direito. Embora a lei não seja expressa, admite-se que o particular, autor da prisão, que pode ser o ofendido, possa apreender coisas em

poder do preso desde que relacionadas com a prova do crime e da autoria”²⁷ (grifo nosso).

Trata-se do *flagrante facultativo*, pois o particular tem a faculdade de, em querendo, proceder à prisão em flagrante; diferente dos agentes públicos, os quais têm o dever de prender, sob pena de responderem administrativa e penalmente por sua omissão. Por outro lado, o particular que se omite à prática do flagrante não estará submetido a nenhum tipo de sanção, uma vez que não é função primordial deste zelar, de forma ostensiva e direta, pela obediência aos preceitos da Administração Pública.

O art. 329 do Código Penal tipifica a resistência procurando proteger o bem jurídico *autoridade e prestígio da função pública*, indispensáveis à liberdade de ação do poder estatal e à execução da própria vontade, e, secundariamente, a própria Administração Pública. Assim sendo, observa-se que essa autoridade e prestígio da função pública dizem respeito apenas aos atos de funcionários públicos *strictu sensu*, pois, quando é o particular que realiza a prisão, não está ele impondo respeito àqueles, já que ele próprio, particular, não possui tais prerrogativas. Na verdade, o particular, ao dar a voz de prisão, está agindo de acordo com os desígnios da Administração Pública, quais sejam, procurar fazer com que todo aquele que pratica crime responda por seus atos perante o Poder Judiciário. Mas, ao agir assim, não incorpora ele as prerrogativas próprias do funcionário público devidamente investido, segundo a lei.

Ademais, o art. 329 é claro ao dispor que cometerá o delito de resistência aquele que se insurgir contra o funcionário público ou seu auxiliar, particular, mas que não age de forma autônoma, apenas ajuda o executor público em sua tarefa. Quem dirige o ato aqui é o agente público devidamente investido em suas funções, exercendo o particular simples papel de colaborador. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras dos célebres Alberto Silva Franco, José Silva Júnior,

Luiz Carlos Betanho, Rui Stoco, Sebastião Oscar Feltrin, Vicente Celso da Rocha Guastini e Wilson Ninno²⁸, ao afirmarem que

“é também sujeito passivo, ainda expressamente dito pela lei, o terceiro que auxilia o funcionário na execução do ato legal. Pouco importa a maneira por que foi dada a ajuda (pedido do funcionário, requisição, *oferecimento com aceitação dele* etc.). É necessário, entretanto, que sua ação seja supletiva, isto é, junte-se à do funcionário; ao contrário, se for *única e exclusiva* (como a do particular que prende em flagrante delito – Código de Processo Penal, art. 301), a oposição a ela não configurará o delito em questão, mas outro, pois não é feita contra *ato legal de funcionário*. Não há delicto contra a Administração Pública (E. Magalhães Noronha, Direito Penal, 8ª ed., vol 4º/318, Saraiva, 1976).

Sobre o assunto, esclarece Nélson Hungria que outro dos pressupostos do crime é que o sujeito passivo revista a qualidade de funcionário público ou de assistente deste. Pouco importa que o executor do ato seja titular primário ou secundário da autoridade pública: o que é essencial é que tenha competência funcional in concreto. A especial proteção ampliada ao estrangeiro que presta auxílio ao funcionário vem de que tal assistente representa um desdobramento, um delegado ou uma ‘longa manus’ do assistido. A assistência pode ser prestada mediante requisição ou a rogo do funcionário, ou espontaneamente (*com assentimento do funcionário*); e pressupõe a presença do assistido. Assim, não é adequado sujeito passivo de resistência o ‘quidam de populo’ que, por sua conta exclusiva, prende alguém surpreendido em flagrante delito. Sem dúvida, estará ele exercendo uma função pública, mas a regra do art. 327, como já foi acentuado, somente se

aplica quando o exercente de função pública se faz, em tal qualidade (isto é, ‘*intra officium*’), sujeito ativo do crime. Em tal caso, a violência física ou coação moral empregada em resistência terá enquadramento fora da órbita dos crimes contra a Administração Pública” (grifo nosso).

Observa-se, pois, que todo o ato de particular deve estar jungido ao ato do funcionário público, sendo até mesmo necessária a aceitação por parte deste no caso em que o primeiro se oferece livremente para ajudá-lo, para que se tenha o indivíduo como *auxiliar* e potencial sujeito passivo do crime de resistência.

Poder-se-ia, por outro lado, argumentar que o agente privado, ao proceder à prisão em flagrante, estaria exercendo função pública, mesmo que transitoriamente, prerrogativa que lhe é dada pela própria lei, investindo-se, portanto, de todas as faculdades próprias do funcionário público competente para tal ato.

É bem verdade que o popular pode dar voz de prisão e até mesmo usar da força para conduzir o flagrado à presença da autoridade competente para conhecer do caso; contudo, essa maneira de agir não lhe é obrigatória, podendo este furtar-se à ação sem nenhuma consequência. O mesmo não se pode dizer do agente público, que está obrigado a agir. Afigure-se a situação em que existem vários agentes delituosos, cometendo crime no exato instante em que são flagrados por um particular; se este, vendo-se em menor número e situação desvantajosa, retirar-se sem nada fazer, não poderá ser responsabilizado. O mesmo não acontecerá, *v. g.*, com um policial, que, surpreendendo os criminosos e estando em menor número, terá, obrigatoriamente, de agir, seja procedendo à prisão em flagrante, seja tomando providências para que ela aconteça, sob pena de responder administrativa e penalmente por sua eventual omissão. São exatamente essas situações que o legislador procurou abranger, buscando desencorajar

ainda mais o criminoso que, uma vez surpreendido, mostra-se em situação de superioridade em face do agente público, o qual terá o dever de interpelar aquele, não importando quais sejam as circunstâncias da situação.

Além disso, como já frisado anteriormente, deve o intérprete da norma penal executar suas elucubrações tendo por paradigma o princípio de hermenêutica que determina não se poder interpretar, ou utilizar de analogias, extensivamente aquilo que for grave em relação à pessoa. Assim sendo, não é correto estender-se restrições e prejuízos, como a configuração de delitos, isto é, resistência ou desobediência, àqueles que agem contrariamente às ordens proferidas por particulares, quando investidos, ou melhor, auto-investidos, transitoriamente, na função pública. Aqui não cabe a figura do *agente público de fato*, pois esta, existente na doutrina administrativa, é simples classificação dada ao particular que age em situações extremas para evitar um mal maior em face da impossibilidade de atuação da Administração Pública no momento. O particular faz as vezes da Administração, uma vez que, sendo cidadão, deve também zelar pelo bem estar público; porém, essa atuação supletiva não lhe pode conferir direitos que se traduzam em prejuízos para terceiros, já que ninguém lhe deu legitimidade de agir, piorando a situação de seu igual, mas tão-somente para melhorá-la.

Quanto à *desobediência*, dispõe expressamente o art. 330 do Código Penal que se configura o delito quando o agente não acata, discorda por meio de gestos ou palavras, menospreza, *intencionalmente*, ordem legal provinda de *funcionário público competente*.

O ofendido deve ser, portanto, funcionário público competente para emitir ordem legal, ou seja, funcionário cujo conceito é dado pelo Direito Administrativo (Lei nº 8.112/90), não tendo agora aplicação o art. 327 do Código Penal.

Não basta, portanto, que a ordem seja legal no sentido formal e material, ela deve ser expedida por funcionário público, devidamente investido na função, dentro de suas atribuições e com observância das determinações legais.

Dessa forma, se o criminoso se recusa a acompanhar o particular que efetuou o flagrante, ele não estará cometendo crime em questão, já que a desobediência é a resistência passiva, ou seja, a simples negativa em obedecer, sem a utilização de violência.

Do exposto, verifica-se, assim, a impossibilidade de configuração dos delitos de resistência ou desobediência caso o flagrado se recuse a acompanhar o particular que efetuou o flagrante, mesmo que para tal utilize-se aquele de violência ou ameaças, no primeiro caso, ou simplesmente não acate a ordem proferida, no segundo.

É possível, contudo, a configuração de outros delitos como, *v. g.*, lesões corporais ou ameaça, tendo por sujeito passivo o particular.

II – Negativa do morador ao cumprimento de mandado judicial durante o dia

A segunda questão a ser abordada refere-se à configuração de delito quando o morador nega permissão à entrada da autoridade pública, na posse de mandado judicial ordenando prisão de indivíduo, ou em caso de perseguição, em virtude de flagrante, quando este vai abrigar-se durante o dia no domicílio daquele.

Antes de mais nada, vale lembrar que o conceito de domicílio no Direito Penal é diferente do conceito presente no Direito Civil. Neste, significa residência com ânimo de definitividade, local de irradiação de relações jurídicas. No Penal, por sua vez, em virtude do que estabelece o art. 150, § 4º, do Código Penal, a expressão casa, entendida como sinônimo de domicílio, compreende: qualquer compartimento habitado (inc. I); aposento ocupado de habitação coletiva (inc. II); compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (inc. III).

Dispõe a respeito o art. 293 do Código de Processo Penal:

“Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito”.

Encontrando-se o perseguido já alojado dentro da residência, com o consentimento do morador²⁹, durante o dia, que a jurisprudência considera o período contido entre 6:00 e 18:00h, e este se recusando a permitir a entrada da autoridade pública, poder-se-á ter várias possibilidades:

a) caso o morador apenas negue permissão à entrada da autoridade competente, não lhe abrindo a porta, ou não oferecendo resistência quando esta a arromba e entra, atendidos os requisitos do art. 293 do Código de Processo Penal, não estará cometendo o delito de *resistência*, uma vez que este se traduz no emprego de força física ou ameaça, não sendo suficiente para caracterizá-lo a *resistência passiva*.

Quanto à *desobediência*, o delito já estará consumado antes mesmo do momento da entrada forçada da autoridade, pois esta, em sendo competente, já terá emanado a ordem diretamente àquele que está obrigado a obedecê-la, respondendo, então, o morador pelo delito.

Em relação ao *favorecimento pessoal*, há que se verificar se presentes os requisitos

exigidos para a consumação do crime. Inicialmente deve o asilado ter cometido delito anterior apenado com reclusão, do qual o morador não teve participação alguma; há que se verificar se não se operou extinção de punibilidade ou outras causas que venham a desnaturar a punibilidade do delito; finalmente, o morador deve ter conhecimento, mesmo que superficial, de que o auxiliado é autor de crime e o auxílio visar a subtração à ação da autoridade. Verifica-se, ainda, que, mesmo que caracterizado o delito, não sofrerá imposição alguma de pena o morador se auxiliar qualquer das pessoas descritas no § 2º do art. 348 do Código Penal.

b) se o morador, além de negar a permissão de entrada à autoridade policial, vier a agredi-la, física ou moralmente, ou a quem a estiver auxiliando quando esta adentrar a residência, desde que observados os requisitos do *caput* do art. 293, isto é, mandado judicial válido e presença de duas testemunhas, praticará o delito de *resistência*.

O crime de *desobediência*, nesse caso, ficará absorvido pela consumação do delito anterior – de *resistência*.

Quanto ao *favorecimento pessoal*, estará caracterizado o delito desde que presentes todos os pressupostos: anterioridade do crime principal sem a participação do morador, punibilidade do crime principal, conhecimento, por parte do morador, de que o auxiliado é criminoso e vontade de o auxiliar a subtrair-se à atuação pública.

Em qualquer dos casos acima, se a autoridade adentrar forçosamente a casa, sem haver preenchido previamente todos os requisitos exigidos pelo art. 293 do Código de Processo Penal, estará violando o domicílio, cometendo o crime de abuso de autoridade consistente em “executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (art. 4º, *a*, da Lei nº 4.898, de 9-12-65). O morador que se opuser à presença dela dentro da residência, mesmo mediante o uso de força física ou fazendo ameaças, não responderá por crime algum, pois estará

agindo no exercício regular do direito (Código Penal, art. 23, inc. III, 2ª parte), ao preservar a inviolabilidade de seu domicílio, previsto na Constituição Federal, art. 5º, inc. XI.

III – Negativa do morador ao cumprimento de mandado judicial, durante a noite

A última situação a ser analisada diz respeito ao cometimento de crime pelo morador que se nega a permitir a entrada da autoridade pública, em posse de mandado judicial ordenando prisão de indivíduo, ou em caso de perseguição, em virtude de flagrante, quando este vai se abrigar, durante a noite, dentro do domicílio daquele.

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 5º, inc. XI, que

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial” (grifo nosso).

Observa-se que o legislador Constitucional determinou taxativamente os eventos que permitem à autoridade pública adentrar uma casa sem consentimento de seu morador, restringindo ainda mais essa entrada no período noturno, que vai das 18:00h às 6:00h.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 293, *caput*, 2ª parte, afirma:

“... sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão”.

Verifica-se, pois, que é totalmente vedada a entrada da autoridade pública em qualquer casa, durante a noite, sem o consentimento do seu morador, ressalvadas as permissivas constitucionais (art. 5º, inc. XI), devendo este aguardar pelo dia seguinte, tomando todas as providências de modo a impedir a evasão do capturando durante a noite.

Em se opondo, portanto, o morador à

entrada do executor ou executores da ordem judicial, ou perseguidores do fugitivo surpreendido em flagrante, não poderão estes adentrar a residência e, se acaso o fizerem, estarão violando o domicílio, cometendo o crime de abuso de autoridade consistente em “executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (art. 4º, *a*, da Lei nº 4.898, de 9-12-65). Nesses casos, toda e qualquer oposição do morador, mesmo que violenta, não configurará delito algum, pois estará agindo ele no exercício regular do direito (Código Penal, art. 23, inc. III, 2ª parte), protegido pela Constituição Federal.

Contudo, não é facultado ao morador usar de violência excessiva. Sua ação deve-se restringir ao necessário para retirar de sua moradia o funcionário que age com abuso de poder. O próprio Código Penal refere-se ao exercício regular do direito. Não pode, a pretexto de exercer o direito de inviolabilidade de domicílio, causar lesões corporais graves ou gravíssimas, ou mesmo matar o executor da ordem judicial. Nesses casos, o morador deixaria de agir acobertado pela causa de exclusão da ilicitude, configurando-se o excesso púnivel³⁰, tipificado no parágrafo único do art. 23. Há uma flagrante desproporção entre os bens jurídicos tutelados, a inviolabilidade da casa, por um lado, e a integridade física ou a vida, de outro. Dessa forma, ao extrapolar os limites legais da excludente, o morador cria uma situação em que o funcionário poderá agir em situação de legítima defesa, afastando agressão que, a despeito de ser válida no início, acabou por se tornar injusta.

Levantou-se a possibilidade de que, pelo fato de a Constituição Federal e o Código de Processo Penal permitirem a entrada noturna em residência em caso de flagrante delito ou crime, estaria possibilitada “a entrada contra o consentimento do morador que estivesse auxiliando o capturando a subtrair-se à ação da autoridade, pela prática do ilícito penal previsto no artigo 348 (favorecimento pessoal). Entretanto, tal auxílio não é

ilícito, pois, nos termos do artigo 293 do Código de Processo Penal, não se permite a entrada à noite sem o consentimento do morador. A lei processual dilatou a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio mesmo que seja o caso de executar-se mandado de prisão. O morador, portanto, encontra-se no exercício regular de direito, que exclui a ilicitude do fato (art. 23, III, 2ª parte do Código Penal)³¹ (grifo nosso).

A nosso ver, houve uma imprecisão analítica por parte do ilustre professor Mirabete, pois o auxílio que configura o favorecimento pessoal é coisa distinta da faculdade de impedir o acesso noturno da autoridade ao interior da casa. O que o legislador constituinte procurou evitar foi a possibilidade de o capturando se manter, de forma forçada, no interior da residência ameaçando e pressionando o morador a não consentir com a entrada dos funcionários públicos, e não a negativa de permissão por sua livre vontade, mesmo que, a priori, esteja cometendo delito naquele exato instante. Mas o morador pode não querer, em momento algum, auxiliar o fugitivo a subtrair-se à ação da autoridade pública, podendo até mesmo querer que o autor do crime seja levado à justiça. Contudo, ele – morador – não admite a entrada do funcionário público em sua residência durante a noite, por quaisquer motivos que sejam. Nesses casos, o morador não está cometendo crime de favorecimento, pois não age dolosamente em favor do criminoso, apenas está exercendo o direito constitucional de ter respeitada a inviolabilidade de sua casa. Por outro lado, se o morador tiver o animus de auxiliar o delinqüente a subtrair-se à ação policial, sua conduta será típica. O problema que aqui se apresenta está ligado à prova das intenções do morador, porquanto, desde já, observa-se ser nitidamente de foro íntimo o diferencial que tipifica a conduta ou não, e sabe-se que a prova, nesses casos, é de dificultosa e duvidosa verificação.

6. Considerações finais

O flagrante facultativo tem-se tornado cada vez mais raro em nossa sociedade, devido, principalmente, ao armamento de que atualmente dispõem os criminosos. Restou esse poder de prisão relegado a apenas ser utilizado contra “trombadinhas” ou pungistas e, mesmo aqui, em número cada vez menor.

A questão é que, como o indivíduo não possui aparelhamento para lutar contra o poder de fogo dos delinqüentes, esse tipo de flagrante, ainda que, na maioria das vezes, efetivo, somente é utilizado para a repressão de delitos de menor ou ínfima monta, não contribuindo globalmente para a erradicação da violência. Um assaltante de bancos ou seqüestrador dificilmente será preso por um particular.

Mesmo assim, esse direito do particular é essencial para uma melhor administração da justiça e no auxílio ao já bastante desgastado setor de repressão da criminalidade e violência da Administração Pública.

Quanto à inviolabilidade do domicílio, ele é pilar fundamental para a construção de uma sociedade pacífica e segura. A proteção dada pela Carta Magna é de indubitável importância, pois coloca uma barreira de cunho social e íntimo à sede, muitas vezes válida, de cumprimento do dever por parte da força pública.

Um particular pode consentir que um criminoso permaneça em sua casa, proibindo a entrada da polícia, pelo menos durante a noite, e não cometer qualquer tipo de delito!

Esse poder de freiar a ação persecutória do Estado traz segurança aos lares de que estes não serão adentrados sem que exista uma permissão expressa, seja legal ou por parte de seu ocupante, e que, afora isso, toda e qualquer entrada forçada é invasão e violação, o que remonta às barbáries cometidas pelos regimes nazista, facista e militar.

O combate à violência e ao crime é um dos escopos do Estado Moderno; ele possui legitimidade para tal. Contudo, em uma pers-

pectiva social, tal poder-dever do Estado está voltado somente para atender os anseios do povo e seu bem-estar e, sob essa óptica, não pode vir a prejudicá-lo, ou causar-lhe temor e inquietação, na busca dessa finalidade. A casa é asilo inviolável para todos, um portal que somente se abre com autorização clara e expressa de seu ocupante ou da lei, e que assim continue.

Bibliografia

- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, vol. IV, Editora Losada S/A, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- BELTRÃO, Jorge. *Desacato, Resistência, Desobediência*, Editora Juriscredi Ltda., Minas Gerais, 1971.
- BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*, 3ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1986.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva; SILVA JR., José; BETA-NHO, Luiz Carlos; STOCO, Rui; FELTRIN, Sebastião Oscar; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha; NINNO, Wilson. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo I, 5ª ed., Editora Max Limonad Ltda., São Paulo, 1980.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, vol. III, 3ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1987.
- _____. *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1995.
- _____. *Processo Penal*, 5ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1992.
- PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- TEIXEIRA, Renildo do Carmo. *Da Prisão em Flagrante* – teoria, prática e jurisprudência, Editora de Direito, São Paulo, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 17ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1995.

TUCCL, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

Revista dos Tribunais, 324/318, 370/269, 378/235 e 308, 382/87, 383/216, 396/303, 398/292, 418/249, 449/431, 462/376, 500/319, 518/350 e 347, 523/461, 551/311, 555/374, 671/321.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 4, nº 14, abril – junho, 1996.

Notas

¹ RF. 296/368 e RT 518/350.

² Em sentido contrário, entendendo que é típica a violência contra coisa: Nelson Hungria, in *Comentários ao Código Penal*, 1959, IX/412.

³ JTACrSP 20/59.

⁴ “Delito não caracterizado – Ausência de violência física ou moral – Réu que se limita a se opor à prisão agarrando-se ao volante de seu veículo – “Oposição branca” – Decisão absolutória mantida – Inteligência do art. 329 do Cód. Penal” (Ac. 1ª Câmara. Trib. Alçada de São Paulo, in RT. 324/318).

⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 182.

⁶ “A simples fuga do infrator, ao ser preso, não configura o delito de resistência, que exige, para sua caracterização, a presença dos requisitos da violência ou ameaça contra o funcionário” (TACRIM-SP – AC – Rel. Mattos Faria – JUTACRIM 10/249). No mesmo sentido: JUTACRIM 61/326.

⁷ “Não configura o delito de resistência o obstáculo oposto pelo réu, com um movimento instintivo de fuga ao flagrante, reflexo de seu desejo de preservar ou garantir sua liberdade” (TARJ – AC – Rel. Erasmo do Couto – RT 523/461).

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 185.

⁹ “O delito de desobediência não é suscetível de cometimento apenas por particulares. Também o funcionário público pode ser sujeito ativo da infração” (TACRIM-SP – RHC – Rel. Ricardo Couto – RT 418/249).

¹⁰ Contra, entendendo que também nesse caso deve-se considerar a ampliação do art. 327: Julio Fabrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, vol. III, Editora Atlas, São Paulo, 1987, pg. 275 – 9.

¹¹ Op. cit., pg. 417.

¹² Denominação adotada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, pg. 202); “funcionário de fato” – denominação utilizada por Diógenes Gasparini (Direito Administrativo, pg. 47); “gestor de negócios” – denominação dada

por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, pg. 309).

¹³ Esse entendimento conta com o aval de Carlos Maximiliano (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1964, pg. 256), que afirma dever ser “estrita a interpretação das leis *excepcionais*, das *fiscais* e das *PUNITIVAS*” (grifo nosso).

¹⁴ “Desrespeito a instruções ou a proibições de caráter geral não constitui crime de desobediência” (Rec. Crim. 3.485, ac. 24.06.52, p. 2.992).

¹⁵ “Para os efeitos de interpretação do art. 330 do Código Penal, a ordem legal deve ser expressa, real e atual, não podendo ser presumida em nenhum caso” (TACRIM – SP – AC – Relator Manoel Pedro – RT 370/269).

¹⁶ “O dolo específico não é exigível para a configuração da desobediência, delito que se completa com o mero dolo genérico, consistente na vontade consciente e livre de desobedecer” (TJSP – AC – Rel. Prestes Barra – in RT. 518/347).

¹⁷ “Desobedecendo à ordem legal da autoridade e pondo-se em fuga para evitar ser surpreendido na prática de infração penal, não comete o acusado o delito do art. 330 do Código Penal, por estar agindo num impulso instintivo de conservar a liberdade” (TJSP – AC – Rel. Cunha Camargo – RT 551/311 e RJTJSP. 71/316). No mesmo sentido: RT. 378/235, 383/216, 396/303, 398/292, 462/376, 555/374; e JUTACRIM 1-2/75, 8/182, 12/240-1.

¹⁸ “Indispensável à caracterização de desobediência opor-se o agente à ordem legal, consciente da antijuricidade do fato” (TACRIM-SP – AC – Rel. Geraldo Ferrari – JUTACRIM 26/158).

¹⁹ Ignorando o agente a qualidade de funcionário, que não se identifica, não se configura o ilícito. RT. 449/431.

²⁰ “Não há confundir os delitos dos arts. 329 e 330 do Código Penal. A resistência encerra a desobediência, enquanto esta representa resistência passiva, ou, quando comissiva, desacompanhada de força física ou coação moral” (TACRIM-SP – AC – Rel. Edmond Acar – *Juricrim-Franceschini* 1/624).

“Sem que haja violência ou grave ameaça à pessoa incumbida do cumprimento da ordem legal, não há falar em resistência, mas em mera desobediência” (TACRIM-SP – AC – Rel. Gonçalves Santana – RT. 382/87).

²¹ *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 271.

²² A doutrina tem entendido que a expressão “autor de crime” é empregada no sentido amplo, compreendendo também os co-autores e partícipes.

²³ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1991, pg. 537.

²⁴ “Não caracteriza o delito de favorecimento pessoal previsto no art. 348 do Código Penal o auxílio para iludir as investigações do delito, mas apenas e tão-somente o prestado ao agente para subtrair-se à ação da autoridade pública” (TJSP – HC – Rel. Dante Busana – RT. 671/321).

“Favorecimento Pessoal – Delito não caracterizado – Acusado que não ocultou homicida em sua residência, mas apenas permitiu que ali se lavasse, retirando-se em seguida – Impronúncia decretada – Recurso provido – Inteligência do art. 348 do CP – Imprescindível à configuração do delito do art. 348 do CP que se demonstre tenha o acusado prestado auxílio a criminoso, homiziando-o para que não fosse alcançado pela ação da autoridade” (TJSP – AC – Rel. Nigro Conceição – RT. 500/319).

²⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pg. 272.

²⁶ *Prática do Processo Penal*, pg. 34.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, vol. III, Editora Atlas, São Paulo, 1987, pg. 373.

²⁸ *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pg. 3.104 – 5.

²⁹ Caso contrário, estaria configurado o delito de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal, permitindo-se a invasão sem consentimento, em virtude da ocorrência de flagrante delito (CF, art. 5º, inc. XI).

³⁰ Vários estudiosos e doutrinadores já discorreram a respeito do tema, sendo aqui suficiente esclarecer que uma ação legítima tornar-se-á ilegítima ou irregular, configurando o abuso de direito, sempre que o exercício deste tenha por finalidade única causar dano a uma pessoa ou coisa. No caso em tela, o morador, uma vez subjugado o policial que adentrou a sua casa sem permissão durante a noite (ação legítima), em vez de expulsá-lo do interior da residência, passa a ofendê-lo com socos e pontapés (ação ilegítima – abuso).

³¹ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*, 5ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1996, pg. 359.

Limites ao exercício da advocacia por juízes leigos dos Juizados Especiais

Ensaio de uma interpretação do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95

Yuri Grossi Magadan e
Danilo Alejandro Mognoni Costalunga

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Natureza jurídica da função de juiz leigo. 3. Fundamentos e limitações à atividade advocatícia por juízes leigos. 4. Da eventual regulamentação da forma de investidura do advogado na função de juiz leigo. 5. Conclusão.

1. Considerações preliminares

Já tivemos a oportunidade de enfrentar o tema da aparente antinomia existente entre as normas dispostas no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e no inciso IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que, à primeira vista, poderia inviabilizar o exercício da advocacia por aqueles advogados que atuassem como juízes leigos dos Juizados Especiais, por incompatibilidade total¹.

Conforme verificamos, malgrado o Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tenha considerado “[...] que os juízes leigos estão incompatibilizados para o exercício da advocacia”², temos ser jurídico e legitimamente admissível o exercício da atividade advocatícia por aqueles advogados que estejam no mister da função de juiz leigo dos Juizados Especiais, desde que não a exerçam, “enquanto no desempenho de suas funções”, perante os mesmos Juizados Especiais³.

Yuri Grossi Magadan é Advogado, Professor de Direito Processual Civil da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Mestrando em Direito na UFRGS, Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Danilo Alejandro Mognoni Costalunga é Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil, Mestrando em Direito Processual Civil na PUCRS, Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Do mesmo modo, tratamos de afirmar⁴ como viável e legítimo o exercício da advocacia por juízes leigos nos Juizados Especiais quando essa atividade for exercida em comarca diversa da que desenvolvam a função de juiz leigo. E, até mesmo, a atuação perante os Juizados Especiais Criminais, ainda que na própria comarca, quando estiverem no desempenho de suas funções nos Juizados Especiais Cíveis, e vice-versa, desde que as estruturas dos Juizados Especiais Cíveis e dos Juizados Especiais Criminais sejam autônomas e independentes entre si, o que por certo é óbvio, e a formação de seus quadros seja mantida por juízes leigos diversos, que, em hipótese alguma, poderão cumular ambas as atividades⁵.

A questão que ora é proposta para análise diz respeito aos limites para o exercício da advocacia por juízes leigos dos Juizados Especiais, sempre partindo da premissa de que a atividade da advocacia é perfeitamente possível por aqueles advogados que estejam no exercício da função de juiz leigo dos Juizados Especiais, em virtude da superação da aparente antinomia. Assim, cabe então indagar em quais circunstâncias poderão os advogados exercer a sua atividade⁶, enquanto no desempenho da função de juiz leigo dos Juizados Especiais.

Para tanto, inicialmente entendemos importante a análise da natureza jurídica da função de juiz leigo dos Juizados Especiais, para deste estudo, e, enfrentando-se o seu conteúdo e pressupostos inerentes à respectiva definição, extrairmos algumas consequências. Em seguida, trataremos de examinar quais os fundamentos e as limitações (jurídicos e éticos) para o exercício da advocacia por juízes leigos, para, ao final, verificarmos quais as repercussões que poderiam ocorrer se eventualmente fosse regulamentada a forma de investidura de advogados na função de juiz leigo dos Juizados Especiais. Tudo de molde a não tornar vão o intento de encontrar o mais adequado caminho para o cumprimento da tarefa que assumimos.

2. *Natureza jurídica da função de juiz leigo*

Questão da mais alta importância para bem classificarmos a natureza jurídica da função que exercem os juízes leigos perante os Juizados Especiais diz respeito à natureza heterogênea dos atos judiciais, que, conforme clássica lição, podemos considerar como jurisdicionais e administrativos.

Não resta dúvida de que a atividade que exercem os juízes leigos, quando no desempenho de suas funções perante os Juizados Especiais, possa ser de natureza jurisdicional, malgrado a decisão que venham a proferir ao cabo de toda a instrução processual fique condicionada à homologação por parte do juiz togado⁷.

Essa afirmação exsurge como corolário lógico da simples e fundamental distinção entre eficácia e conteúdo dos atos judiciais. Para tanto, mister que antes analisemos a natureza dos provimentos praticados pelos juízes leigos, quando no exercício de suas atividades perante os Juizados Especiais.

Assim como o Juiz de Direito, o juiz leigo pratica atos tanto de natureza jurisdicional como administrativa. O que caracteriza a atividade jurisdicional é a solução da lide ou de questões emergentes do processo, ambas fundamentadas no conflito de interesses. Esse posicionamento Carneluttiano é defendido em nossa literatura pátria pelo eminente processualista Galeno Lacerda, que não apenas adotou a tese peninsular como ampliou o conceito de lide, solucionando e superando as críticas opostas por Calamandrei à Carnelutti na famosa polêmica sobre o conceito de lide⁸.

Carnelutti pontuou a nota essencial do conceito de atividade jurisdicional como sendo aquela que soluciona a lide. Já seu opositor contemporâneo rebateu a teoria, afirmando que a definição seria insuficiente para determinar a atividade jurisdicional em processos inquisitórios, como a anulação do casamento, na qual ambas as partes estivessem de comum acordo acerca de even-

tual nulidade do vínculo matrimonial. Aparentemente, nesse caso não existiria conflito de interesses, e nem por isso poderiam dispor as partes da tutela jurisdicional, obrigatória e indisponível. Igualmente a tese Carneluttiana não explicaria a jurisdição penal em casos em que o Ministério Público solicitasse a absolvição do réu. Tais críticas não foram rebatidas por Carnelutti, que, após o célebre debate, infelizmente, voltou atrás em sua posição⁹.

Entre nós, Galeno Lacerda¹⁰ manteve a lide como a “pedra de toque” da atividade jurisdicional, mas não dentro dos limites restritos concebidos por Carnelutti, que somente a compreendia nos conflitos privados de interesse. Nosso conterrâneo é injustamente considerado, por alguns, retrógrado por defender um posicionamento doutrinário do qual o próprio Carnelutti se retratara.

Ocorre que seus críticos não compreenderam a amplitude do conceito de lide concebido por Galeno Lacerda, que extrapola os limites privados para alcançar a tutela de interesses públicos ou de ordem pública, inclusos aí os conflitos de valores sociais, de forma a tornar compreensível o fenômeno jurisdicional em processos inquisitórios, nos quais aparentemente não existiria o conflito privado entre as partes, mas é nítido o conflito dos valores sociais postos em causa, cuja importância clamam pela adequada tutela jurisdicional.

Assim, a nós parece que a manutenção da lide como a nota essencial da atividade jurisdicional, longe de constituir posicionamento ultrapassado, é, ao contrário, atual e inovador dentro da nova proposta empreendida.

Podemos afirmar, portanto, que o juiz leigo, ao decidir a lide ou as questões materiais e processuais que derivam da relação processual posta em causa, exerce função eminentemente jurisdicional. Exemplo é o indeferimento de produção de prova pericial.

Por outro lado, seguindo igualmente a distinção entre as atividades jurisdicio-

nais e administrativas preconizadas por Galeno Lacerda, os atos judiciais de ordenação ou direção do processo, em que não há qualquer conflito, possuem natureza administrativa.

Assim, resta claro que o juiz leigo pratica atos cujo conteúdo pode ter natureza tanto administrativa como jurisdicional, conforme resolva lide ou questões emergentes do processo, ou ordene e dirija o procedimento¹¹.

A situação que se mostra peculiar no exercício das atividades jurisdicionais do juiz leigo diz respeito, portanto, não ao seu conteúdo, mas a sua eficácia. Todos os atos que pratica durante o procedimento validamente instaurado de eficácia são destituídos. Assim, por exemplo, quando determina quais as provas que devam ser produzidas, ou quando decide de plano incidente que possa interferir no regular prosseguimento da audiência¹², ambas decisões de natureza jurisdicional, evidentemente que esses proventos não estão revestidos de eficácia e efeito¹³, uma vez que sempre da homologação do juiz togado dependerão. Note-se que mesmo as decisões acerca da produção de provas, proferidas durante a audiência, não obstante produzirem o efeito em concreto (fático ou social, e não jurídico), consistente na produção ou não de determinada prova naquele momento, somente produzirão eficácia com a homologação da decisão final pelo juiz togado. Tanto é verdade que, se este considerar o processo insuficientemente instruído, poderá, ao invés de homologar a decisão do juiz leigo, proferir outra decisão, ou requisitar a produção e realização de atos probatórios que entenda indispensáveis¹⁴.

Com efeito, embora nosso sistema confira à figura do juiz leigo poderes decisórios acerca de questões incidentes no procedimento, que possam interferir no feito, bem como sobre a produção de provas, determina a Lei que a instrução será supervisionada pelo juiz togado¹⁵. Essa premissa autoriza concluirmos que a atividade judicial praticada pelo juiz leigo possui caráter tão-somente auxiliar do juiz titular do Juizado Especial.

Note-se que a necessidade de homologação, sob pena de ineficácia do ato, ou a simples substituição do ato por outro realizado pelo juiz togado, como se o praticado pelo juiz leigo não existisse, é *sui generis* no âmbito da administração pública, quer seja no Poder Judiciário, quer seja no Executivo. Não estamos tratando da revisão do ato administrativo pelo ocupante de cargo hierarquicamente superior, ou mesmo da reforma de decisão pelo órgão jurisdicional de grau superior, como se poderia inicialmente pensar. Isso pressupõe o poder inerente ao cargo ou órgão inferior de praticar atos válidos e eficazes. O fato é que estes até podem praticar atos nulos, inválidos e ineficazes, que serão assim declarados pela decisão substituta. Mas a diferença é que eles possuem o poder-dever de praticar atos válidos e eficazes dentro de suas respectivas competências, diferentemente do juiz leigo.

A função pública, conforme definição de CRETELA JÚNIOR¹⁶, “é toda a atividade exercida por um órgão para a realização de determinado fim”. Mesmo a atividade do juiz leigo, por si só, não atinge as finalidades dos Juizados Especiais, que são conciliar, processar, julgar e executar as causas de sua competência¹⁷. Quem efetivamente pratica atos destinados a realizar tais finalidades é o juiz togado, mesmo quando somente homologa a decisão do juiz leigo, pois é a homologação o ato judicial que reveste as decisões do juiz de fato de eficácia jurídica. Antes da homologação, todas as atividades do juiz leigo permanecem no mundo dos fatos, incapazes de atingir quaisquer das finalidades dos Juizados Especiais. Como o plano dos fatos, físicos, próprios do mundo natural, não lida com valores, consoante advertência de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁸, único a interessar no contexto do mundo jurídico, e o efeito jurídico da norma não é nem o simples valor, nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, a importância da eficácia dos atos praticados pelos juízes leigos, quando no exercício de suas atividades nos Juizados Especiais,

mostra-se possuidora da mais alta importância para o presente estudo.

Devemos, ainda, analisar a presente questão com a combinação dos seguintes artigos da Lei nº 9.099/95:

“Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”(grifo nosso)

“Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.” (grifo nosso)

“Art. 7º Os conciliadores e juízes leigos são *auxiliares da justiça*, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.” (grifo nosso)

Claro está que quem dirige o processo e efetivamente decide é o juiz togado, que *poderá ser auxiliado, sob sua supervisão*, por juiz leigo. Joel Dias Figueira Júnior comunga do mesmo posicionamento acerca da atividade meramente auxiliar do juiz leigo¹⁹. Logo, dessa premissa possível concluímos que a presença do juiz leigo não é obrigatória para o funcionamento dos Juizados Especiais, embora, na atual conjuntura, seja indispensável para viabilizar o funcionamento dos Juizados, haja vista a escassez de recursos humanos para tal desiderato.

3. Fundamentos e limitações à atividade advocatícia por juízes leigos

Assentada essa premissa, é momento de verificarmos em quais circunstâncias poderão os advogados no desempenho da função de juízes leigos exercer a atividade advocatícia. Para tanto, a análise dos fundamentos e limites ao desempenho deste importante e indispensável mister se torna precípua, com o que ensaiaremos, quiçá, uma adequada

interpretação do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95.

A doutrina que sobre este tema versou pouco trouxe para a contribuição do nosso debate. Entretanto, e até mesmo para atribuímos caráter científico ao nosso estudo, elaboraremos breve leitura acerca da tímida produção de nossa comunidade jurídica.

Em um dos poucos comentários existentes sobre o Estatuto da OAB, Paulo Luiz Netto Lôbo afirmou que os juízes leigos nos Juizados Especiais estão apenas impedidos de advogar perante tais Juizados²⁰.

No mesmo sentido, parte da doutrina que analisou e comentou a lei que instituiu os Juizados Especiais nada mais fez do que repetir os dizeres da lei, sem, contudo, verificar as conseqüências e efeitos da fria e literal aplicação desse dispositivo.

Assim, por exemplo, José Maria Melo e Mário Parente Teófilo Neto, ao entenderem que, diante do exercício da função de juiz leigo, “será vedado ao Juiz Leigo exercer a advocacia perante o Juizado Especial, enquanto estiver no desempenho deste mister”²¹. Igualmente Suzani de Melo Lenza, para quem “os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto estiverem desempenhando as suas funções”²².

Natacha Nascimento Gomes Tostes e Márcia Cunha Silva Araújo Carvalho reafirmam o preceito legal, ao dizerem que os juízes leigos estão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto exercerem a função que lhes foi outorgada²³.

Como já afirmado, indiscutivelmente que melhor teria sido que a Lei nº 8.906/94 tivesse ratificado o dispositivo do anterior Estatuto da OAB (Lei nº 4.215/63), que, reconhecendo como relativa a incompatibilidade, ao contrário do novo estatuto, que a define como absoluta, impedia o advogado de atuar apenas na área de atividade do órgão ao qual estava subordinado, e tão-somente quanto às matérias desses órgãos²⁴. No entanto, como a Lei nº 8.906/94 não ratificou

a disposição relativizadora do anterior Estatuto, e diante da promulgação e especificidade posterior da Lei nº 9.099/95, cabe ao operador do direito a devida interpretação e adequada inserção do permissivo legal no ordenamento jurídico.

Assim, podemos afirmar que a atividade advocatícia por aqueles advogados que estejam no desempenho da função de juiz leigo dos Juizados Especiais poderá ser exercida em foro diverso do que estejam atuando. Ou, em outras palavras, o exercício da advocacia por juízes leigos é legítimo quando não a exercerem nos Juizados Especiais que estejam desempenhando suas funções.

Esta, ao que nos parece, a melhor dicção do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, quando dispõe que “os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções”. Nessa perspectiva, é como se a lei afirmasse que os juízes leigos estão impedidos de exercer a atividade advocatícia perante os Juizados Especiais que desempenhem suas funções, e não perante todos e quaisquer Juizados Especiais.

Devemos, para tanto, optar pela exegese restritiva, ou estrita, do mencionado dispositivo legal. Isso porque a relação lógica que para nós deve ser estabelecida entre os termos “ficarão impedidos” e “perante os Juizados Especiais” é a mais estrita, de molde a não lhe ampliar o campo de atuação, mas determinar-lhe e delimitar-lhe as fronteiras específicas²⁵.

Se procedêssemos de modo diverso, o art. 7º da Lei nº 9.099/95 deveria ser considerado como norma que restringe o exercício da lícita atividade de advogado, proibindo este profissional de atuar no âmbito de todo e qualquer Juizado Especial. Ocorre que, diante da lacuna da norma e da ausência de outra regulamentadora, resta evidente que a não-especificação do âmbito de sua incidência é fator que deve ser valorado por ocasião da adequada interpretação do dispositivo legal, uma vez que não esclarece se

o juiz leigo que exerce suas atividades perante os Juizados Especiais Cíveis estará impedido de exercer a advocacia na esfera dos Juizados Criminais, ou se estará impedido de praticá-la perante os Juizados Especiais Cíveis de outra comarca ou foro, no caso de cidades que possuam foros regionais.

Numa interpretação estritamente literal, poderíamos chegar à (falsa) conclusão de que o impedimento é generalizado. Contudo, essa não é a melhor exegese da referida norma.

O art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal assegura o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Já vimos que a atividade de juiz leigo não é incompatível com o exercício da advocacia, mas apenas restritiva²⁶. Dessa forma, o advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, preenchendo os requisitos legais, não pode ser tolhido do exercício de sua atividade.

Do dispositivo constitucional supracitado depreendemos duas premissas. A primeira premissa é a de que, se a norma permissiva é constitucional, toda e qualquer lei que oponha restrição ao exercício de profissão, no caso da advocacia, deve ter também respaldo constitucional. A segunda é que, se a norma constitucional oferece ampla liberdade ao exercício da profissão, desde que preenchidos os requisitos legais e, é claro, obedecidos critérios e valores éticos, a interpretação de norma proibitiva, no caso o art. 7º da Lei nº 9.099/95, deve ser restritiva. E dizemos que deve ser restritiva porque, sendo a regra geral o pleno e livre exercício por qualquer pessoa de qualquer profissão, mediante eventuais condições legais, ou a lei disciplina taxativamente quais as restrições a tal direito, ou o princípio constitucional mencionado quedará violado.

Os dispositivos constitucionais que fundamentam as normas que visam restringir o exercício de atividade privada por aquele que ocupa cargo ou exerce função pública

estão previstos no art. 37, *caput*, que consagra o princípio da moralidade; no art. 37, inc. XVII, que proíbe a acumulação de cargo público com empregos e funções; e no art. 95, parágrafo único, e inc. I, que veda aos juízes o exercício de outros cargos e funções.

Esses dispositivos constituem o fundamento constitucional das normas estatutárias restritivas do exercício de atividade privada por ocupantes de cargos públicos, especialmente os juízes.

O que visam mencionados diplomas legais é garantir a dedicação integral do servidor e evitar que este se utilize do cargo para obter benefícios pessoais no exercício de sua atividade privada. Pelo enfoque dado pela Ordem dos Advogados, a proibição de que juízes e promotores exerçam a advocacia visa evitar a concorrência desleal e a captação de clientes. Em um ordenamento jurídico hipotético, no qual fosse permitido a juízes de carreira advogar, haveria o risco de que alguns usassem de sua natural ascendência sobre os demais servidores para obter facilidades no trâmite dos processos. Mesmo que tal não ocorresse, restaria sempre a desconfiança, a suspeita e a acusação de concorrência desleal, do tráfico de influência, em detrimento da moralidade do serviço público.

Mesmo em comarcas distintas da que atua o juiz ou o promotor, exerceriam eles igual influência, pois é conhecida a freqüência com que ocorrem as substituições. Durante sua carreira, um juiz atua em várias comarcas, em inúmeras varas cíveis e criminais. Mesmo que não pretendesse utilizar seu título para obter facilidades, muitas delas viriam ao natural com a simples identificação e reconhecimento do magistrado por parte do servidor que o atender. No trato com clientes, a captação seria muito mais fácil, pois, pelo simples fato de ser ele juiz ou promotor, seria criada uma presunção de notório saber e melhor desenvoltura no exercício das praxes forenses, já que, para obter seu cargo, enfrentou com êxito acirrada candidatura. Note-se que não estamos

aqui defendendo ou sequer ventilando a hipótese de aceitação da pretendida “quarentena” aos magistrados, mas tão-somente esboçando situações que eventualmente deveriam restringir o exercício da advocacia, totalmente antagônicas à realidade por nós analisada neste ensaio.

As normas que proíbem o exercício da atividade privada por magistrados pretendem evitar tais situações, mantendo a integridade e a moralidade do serviço público, em especial, do Poder Judiciário. Contudo, agora no estreito campo de discussão do presente estudo, cumpre distinguirmos, necessariamente, a atividade que exerce o juiz togado da que exerce o juiz leigo, enquanto no desempenho de funções perante os Juizados Especiais, sempre tendo em vista a natureza jurídica dessa atividade.

Com efeito, o juiz leigo não é titular de vara ou juizado. Não exerce ascendência hierárquica sobre os funcionários dos cartórios, embora deles possua o mais alto respeito e reconhecimento pela nobre atividade que exerce. Não possui qualquer documento que o identifique como juiz leigo e não percorre outras comarcas ou juizados de forma a se tornar conhecido como tal em outros juizados que não o que atua. Toda a sua atividade carece ser referendada pelo juiz togado. Diante de tais constatações, entendemos que é praticamente inviável ao juiz leigo, no exercício da atividade advocatícia perante outros juizados, que não o que atua, exercer qualquer influência sobre os respectivos servidores judiciários e obter qualquer benefício pelo fato de ser juiz leigo. Também não vislumbramos possibilidade alguma de que ocorra concorrência desleal, tráfico de influências ou captação de clientela.

Mesmo que o exercício da atividade de juiz leigo possa trazer algum *plus* ao currículo do advogado, esse fato não pode ser oposto de forma a lhe gerar alguma incompatibilidade, sob a infundada acusação de que se está utilizando disso para captação de clientes, tráfico de influência ou favorecimento pessoal junto aos cartórios.

A atividade de juiz leigo gera a esse profissional muito mais deveres do que direitos e prerrogativas, de forma que, não existindo mecanismos para que o juiz leigo obtenha facilidades no exercício da advocacia, não nos parecem aplicáveis as restrições constitucionais, pois estas, no caso, estariam despidas de utilidade. Dessa forma, entendemos possível que o juiz leigo dos Juizados Especiais Cíveis venha a advogar junto aos Juizados Criminais, que possuem estrutura distinta daqueles, e junto aos Juizados Especiais Cíveis de outras comarcas, ou mesmo junto a outros Juizados (Cíveis ou Criminais) regionais, sem violação ao princípio da moralidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e ao disposto no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Os Juizados Especiais e de Pequenas Causas, hoje transformados em Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados com vistas a atender às diretrizes do Programa Nacional de Desburocratização, são de grande interesse público, pois viabilizam o acesso à Justiça às camadas desfavorecidas e aliviam, em parte, o excesso de trabalho das varas comuns.

Para atender esses objetivos, foi criada a figura do juiz leigo, recrutado entre advogados com mais de cinco anos de profissão. Pretendeu a Lei, portanto, não descuidar da qualidade dos julgadores, selecionando-os pelo critério da experiência, adotado em outros ordenamentos jurídicos.

Pretender que um advogado com cinco anos de atividade profissional, com uma razoável carteira de clientes, seja cerceado no exercício de sua função, que é constitucionalmente considerada essencial ao funcionamento da Justiça, porque pretendeu colaborar com o Poder Judiciário, no mínimo, fere o bom senso. Primeiro porque retira o sustento do juiz leigo, que não tem nesta atividade fonte de renda considerável; segundo porque retira o interesse dos advogados em exercer a função, tornando inviável o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis.

O juiz leigo exerce, sim, função pública, vinculada ao Poder Judiciário, mas não é funcionário público. É cidadão temporariamente encarregado de uma função pública²⁷, da mesma forma que o perito, que o depositário, o inventariante, o síndico da massa falida, o mesário e demais funções relativas à Justiça Eleitoral. É sujeito estranho ao Órgão judiciário, do qual o Juiz de Direito poderá necessitar²⁸. Da mesma forma o jurado, juiz leigo por excelência, que exerce não somente função pública, mas atividade jurisdicional.

Nenhuma dessas pessoas, no entanto, possui qualquer restrição ao exercício da advocacia. Injustificável, portanto, seja o juiz leigo tolhido de sua atividade advocatícia.

4. Da eventual regulamentação da forma de investidura do advogado na função de juiz leigo

A fim de bem consolidarmos o nosso entendimento no que pertine à viabilidade legítima e jurídica de exercício da atividade advocatícia por juízes leigos dos Juizados Especiais, cumpre a nós, agora, afastarmos o (falso) argumento de que eventual regulamentação, por uma das unidades da federação, da forma de investidura na função de juiz leigo poderia inviabilizar direta e primariamente a validade do permissivo legal previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, que, como visto, torna juridicamente admissível o exercício da advocacia por aqueles advogados que estejam no desempenho da função de juiz leigo dos Juizados Especiais, desde que não a exerçam perante os mesmos Juizados Especiais.

Com efeito, por expressa determinação legal, o mandamento constitucional do dispositivo do art. 98, I, da Constituição Federal²⁹ foi cumprido por meio da promulgação da Lei Federal nº 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituindo a figura do juiz leigo, função inexistente na legislação anterior.

Após a edição da lei federal, no uso de sua competência constitucional, é que coube aos Estados criar e suplementar a legislação federal genérica, de molde a bem estruturar as suas respectivas organizações judiciárias³⁰.

No Estado do Rio Grande do Sul, foi editada a Lei nº 10.675, de 2 de janeiro de 1996, que criou o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em substituição ao antigo Sistema dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas.

Segundo se verifica da referida Lei, os Juizados Especiais Cíveis, adjuntos, ou não, foram criados com o aproveitamento da organização e composição dos Juizados de Pequenas Causas, colocando a Administração do Tribunal de Justiça à disposição dos Juizados os equipamentos e recursos materiais e humanos necessários à efetivação do procedimento previsto legalmente³¹.

Não obstante, como de regra é o que tem acontecido com as demais unidades da federação, deixou a mencionada Lei de regulamentar a forma de recrutamento e investidura dos juízes leigos. Assim, naqueles Estados em que não houvesse regulamentação específica sobre a forma de recrutamento e investidura na função dos juízes leigos, deveria ser aplicado inequivocamente o permissivo legal do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95.

Por outro lado, nos estados da federação em que houvesse sido regulamentada a forma de recrutamento e investidura dos juízes leigos, independentemente de serem eles reconhecidos como detentores de função ou cargo vinculado direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário³², o que poderia, em tese, incompatibilizar o exercício da advocacia nos termos do art. 28, IV, da Lei nº 8.906/94³³, o permissivo legal do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95 deveria ter especial prevalência sobre a disciplina estadual, sob pena de aceitarmos que a lei estadual tem o condão de revogar a lei federal (especial).

Logo, a permanecer o permissivo legal do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, ainda que venham a ser considerados os juízes leigos como detentores de função ou cargo vinculados direta ou indiretamente ao Poder Judiciário, a norma proibitiva do art. 28, IV, da Lei nº 8.906/94 não abrange aqueles advogados que exerçam a função de juízes leigos dos Juizados Especiais. Dizemos isso porque referido permissivo legal autorizou o exercício da atividade advocatícia pelos juízes leigos, não podendo ser revogado por diploma estadual que porventura regulamente a forma de investidura e recrutamento dos juízes leigos, afrontando a disciplina legal³⁴.

Se é certo que o art. 93 da Lei nº 9.099/95 atribui aos Estados competência para definir a forma de investidura nas funções auxiliares de conciliador e juiz leigo, por outro lado, também é certo que, independentemente da Organização Judiciária a ser estruturada, a incompatibilidade para o exercício da advocacia por juízes leigos dos Juizados Especiais deverá ficar restrita aos próprios Juizados, sob pena de reconhecermos a primazia do legislador estadual ao legislador federal, mediante revogação parcial – derrogação – da Lei nº 9.099/95 – especificamente do parágrafo único do art. 7º.

5. Conclusão

Reafirmando, de tudo o quanto foi visto, e a prática nos irá demonstrar, podemos considerar como viável e legítima a atividade advocatícia por juízes leigos nos Juizados Especiais, quando essa atividade for exercida em foro ou comarca diversos do que desenvolvam a função de juiz leigo. E, até mesmo, a atuação perante os Juizados Especiais Criminais, ainda que no próprio foro que atuem, quando estiverem no desempenho de suas funções nos Juizados Especiais Cíveis, e vice-versa, desde que as estruturas dos Juizados Especiais Cíveis e dos Juizados Especiais Criminais sejam autônomas e independentes entre si, e a formação de seus quadros seja mantida por juízes

leigos diversos, que, em hipótese alguma, poderão cumular ambas as atividades.

A solução, ainda que posta pelos argumentos jurídicos acima, melhor seria se o legislador infraconstitucional bem especificasse o dispositivo legal ora analisado, ou, talvez, a OAB contornasse a problemática, por meio de simples averbação, mediante referendo do Conselho Federal, no documento de identificação do advogado, enquanto no desempenho da função de juiz leigo dos Juizados Especiais, de que está impedido para o exercício da advocacia *nos próprios Juizados (Cíveis ou Criminais) que exerçam as suas funções*.

Notas

¹ Cf. Danilo Alejandro Mognoni Costalunga, “Sobre o exercício da advocacia por Juízes leigos dos Juizados Especiais – Para uma superação do conflito aparente de normas entre a Lei nº 8.906/94 e a Lei nº 9.099/95”, in Revista Cidadania e Justiça, da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, nº 05, 2º semestre/1998, pp. 185/199, e Revista Jurídica, ano XLVI, nº 254, dezembro de 1998, pp. 05/20.

² Este o teor do voto proferido pelo Relator e Conselheiro Arx da Costa Tourinho, em sessão ordinária realizada aos 12-02-96, ao apreciar a Proposição CP nº 4.062/95, juntamente com o Processo CP nº 4.093/95, *verbis*: “[...] Essa disposição viola, vigorosamente, a norma ínsita no art. 28, nº IV, do EOAB, que impõe a incompatibilidade dos servidores para o exercício da advocacia. Há que se verificar que norma geral não derroga norma especial. Os impedimentos e as incompatibilidades são regrados na Lei 8906/94, que é o Estatuto próprio da Advocacia e dos Advogados. Não enxergo, no particular, inconstitucionalidade, porém, violação de princípio de interpretação jurídica que não pode, nem deve ser tolerada. A lei *sub studio*, ao fixar impedimento para o juiz leigo e o conciliador, traz uma norma geral, que contraria norma especial. É preceito clássico que ‘a disposição geral não revoga a especial’. *Lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*, di-lo Carlos Maximiliano, ‘é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente’ (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 1957, RJ, Livraria Freitas Bastos S/A, 6ª ed., pág. 442). Não é, pois, razoável a aceitação

de que a lei que disciplina os juizados especiais se ocupe de matéria que impõe norma que destoa de sistematização jurídica, referente aos impedimentos e às incompatibilidades inseridas no Estatuto da OAB. Esse diploma foi editado com a finalidade de regular o exercício da advocacia, disciplinando e selecionando a atividade advocatícia. A OAB não pode aceitar essa disposição que contraria a sistemática jurídica, na seleção da advocacia. O juiz leigo é um servidor do Poder Judiciário e está incompatibilizado para a advocacia. A solução não está na propositura de ação de inconstitucionalidade, mas, parece-nos, na edição de Provimento, com fulcro no art. 154, do Regimento Geral, interpretando a disposição legal, para orientação dos Conselhos Seccionais da OAB, dizendo que a norma do EOAB não foi derogada pela lei posterior. Concluindo, [...] b) o art. 7º, da lei dos Juizados, não derogou o art. 28, inc. IV, do EOAB, por ser norma geral, opondo-se a norma especial” (grifos no original) (cf. voto de fls. 28/29, dos autos da Proposição CP nº 4062/95 referida, gentilmente cedido pelo Sr. Luiz Carlos Maroclo, Gerente de Documentação e Informação do Conselho Federal da OAB). Confira-se a ementa do acórdão do processo mencionado, que por 15 votos a 10, com a abstenção da delegação do Estado de Pernambuco, decidiu que “o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099, de 26.09.1995, que fixa impedimentos para os Juízes leigos, quando no exercício da advocacia, não pode derogar o inc. IV do art. 28 da Lei 8.906, de 04.07.1994 (EOAB), por aplicação do princípio *lex posterior generalis no derogat legi priori specialis*. A norma posterior aludida quebra a sistematização jurídica na seleção da advocacia, com graves reflexos para a comunidade, devendo, pois, o Conselho Federal da OAB manifestar orientação aos Conselhos Seccionais para que apliquem o EOAB em detrimento do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.099/95 [...]”, cf. publicação feita no Diário da Justiça (DJU) de 19-04-1996, Seção 1, p. 12.487, e fl. 33 dos autos acima referido.

³ Confira-se a nossa conclusão acerca da inexistência de antinomia entre os dispositivos legais citados: “Visto que a antinomia se mostra inexistente, ao menos de modo que torne inviável a preservação da unidade interna e coerência do sistema, como a caracteriza Juarez Freitas, convém notar que no caso ora analisado o parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.099/95, em momento algum revogou os incisos II e IV, do art. 28, da Lei nº 8.906/94, devendo continuar a vigorar esta legislação para todos aqueles casos de incompatibilidade nela previstos, excetuados pelo que dispõe claramente o dispositivo legal do parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.099/95, que permite aos Juízes leigos dos Juizados Especiais o exercício da essencial atividade advocatícia, desde que não o façam,

‘enquanto no desempenho de suas funções’, perante os mesmos Juizados Especiais. Assim, possível a coexistência e compenetração das Leis nº 9.099/95 e 8.906/94, sem que com isso possamos causar a ruptura no sistema. O que os incisos II e IV, do art. 28, da Lei nº 8.906/94 fixam é a norma geral sobre as atividades que tornam incompatível o exercício da advocacia. Essa norma deverá ter aplicação sempre que não houver norma especial determinando regime diferente, como decorre da disposição do parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.099/95, que, seguramente, não determina incompatibilidade entre ambas as normas, e, além disso, nos autoriza reconhecer um nexo coerente e estável entre estas duas normas, ratificado pelo relevante fundamento social da nova disposição. Através dos incisos II e IV, do art. 28, da Lei nº 8.906/94, deveremos extrair todas as referências e implicações que eventualmente possam surgir do exercício da nobre atividade advocatícia, como cláusula geral e retora. A ressalva que deveremos fazer é quando do exercício desta atividade por Juízes leigos dos Juizados Especiais, que, neste caso, tem a norma do parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.099/95, o condão de relativizar o modelo geral anterior. Admitirmos interpretação contrária ao que ora sustentamos, além de avaliar nenhuma solução razoável, acarretará o absurdo da má técnica de hermenêutica, que nega reconhecer o caráter diretivo e de norma-objetivo do modelo específico superveniente.” (cf. Danilo Alejandro Mognoni Costalunga, op. cit.).

⁴ Cf. Danilo Alejandro Mognoni Costalunga, op. cit.

⁵ Claro que melhor teria sido que a Lei 8.906/94 tivesse ratificado o dispositivo do anterior Estatuto da OAB (Lei nº 4.215/63), que, reconhecendo como relativa a incompatibilidade, ao contrário do novo estatuto, que a define como absoluta, impedia o advogado de atuar apenas na área de atividade do órgão ao qual estava subordinado e quanto às matérias desses órgãos, como bem pinçado por Domingos David Júnior, *Estatuto da Advocacia: dos dispositivos inovadores (Lei nº 8.906/94) e sua inaplicabilidade após três anos de vigência*, in Revista Jurídica, ano XLVI, nº 249, julho de 1998, Porto Alegre, Ed. Síntese, p. 43. No entanto, como a Lei nº 8.906/94 não ratificou a disposição relativizadora do anterior Estatuto, e diante da promulgação posterior da Lei nº 9.099/95, temos ser mais correto procedermos a devida adaptação do atual Estatuto da OAB, viabilizando, assim, a sua resistemização no ordenamento jurídico, do que negarmos a vigência da norma específica formulada, que corresponde a precípuo e determinado modelo contemporâneo.

⁶ O exercício da advocacia, como sabido, representa serviço público da mais alta relevância social,

previsto constitucionalmente no art. 133, *verbis*: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

⁷ Cf. art. 40 da Lei nº 9.099/95.

⁸ Cf. Rivista di Diritto Processuale Civile, 1928.

⁹ Cf. Carnelutti, Trattato - Diritto e Processo, 1958, p. 54, nota 2.

¹⁰ Cf. Galeno Lacerda. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo I, 2ª ed. p. 19.

¹¹ Cf. Galeno Lacerda op. cit.

¹² Cf. arts. 5º e 29 da Lei nº 9.099/95.

¹³ Sobre a distinção de eficácia e efeitos do provimento judicial, importante a lição do processualista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem, os efeitos à produção de alterações no mundo sensível, como consequência da eficácia. A condenação, por exemplo, constitui eficácia da sentença condenatória, elemento do seu conteúdo, a possibilidade de execução ou a própria execução efeito executivo dela decorrente. Verifica-se, portanto, íntima relação condicionante entre essas duas categorias, pois não pode haver por hipótese efeito sem eficácia, determinando o conteúdo desta a consequência verificada com aquele.” in Perfil dogmático da tutela de urgência, AJURIS nº 70, julho-1997, p. 225.

¹⁴ Cf. art. 40. Lei 9.099/95.

¹⁵ Cf. art. 37. Lei 9.099/95.

¹⁶ Cf. Cretela Júnior, Tratado de Direito Administrativo. Vol IV, Ed. Forense. 1ª Ed. p. 61

¹⁷ Cf. art. 1º, Lei 9.099/95.

¹⁸ Cf. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, in *Perfil dogmático da tutela de urgência*, AJURIS nº 70, julho-1997, p. 225.

¹⁹ “A restrição imposta pelo Estatuto é absolutamente perfeita; todavia, não se coaduna com a pretendida incompatibilidade em face do exercício da função de Juiz Leigo, tendo em vista que o advogado, nesses casos, ingressa simplesmente com suas atividades de instrutor, como mero colaborador (auxiliar) da Justiça, sem que isso signifique estar integrando cargo ou função vinculados de alguma forma ao Órgão do Poder Judiciário.” Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Ed. RT. pg. 164

²⁰ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Comentários ao Estatuto da Advocacia*, 2ª ed., Brasília, DF, Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 132.

²¹ CF. José Maria Melo e Mário Parente Teófilo Neto, *Lei dos Juizados Especiais - Comentada*, Curitiba, Juruá Editora, 1997, p. 30.

²² Cf. Suzani de Melo Lenza, *Juizados Especiais Cíveis*, AB Editora, 1997, p. 39.

²³ Cf. Natacha Nascimento Gomes Tostes e Márcia Cunha Silva Araújo Carvalho, *Juizado Especial Cível – Estudo doutrinário e interpretativo da Lei*

9.099/95 e seus reflexos processuais práticos, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 83.

²⁴ Cf. nota 5 supra.

²⁵ A tarefa de declaração estrita da norma não é fácil. Carlos Maximiliano já alertava para a dificuldade de se evitar a dilatação do verdadeiro e exato sentido da norma sem suprimir coisa alguma, em perfeita abstração do sentido literal (cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pp. 198 e seguintes).

²⁶ Cf. Danilo Alejandro Mognoni Costalunga, “Sobre o exercício da advocacia por Juízes leigos dos Juizados Especiais – Para uma superação do conflito aparente de normas entre a Lei nº 8.906/94 e a Lei nº 9.099/95”, op. cit.

²⁷ Cf. Joel Dias Figueira Júnior, Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Ed. RT, p. 165, citando Nicola Picardi.

²⁸ Cf. op. cit. citando Andrea Lugo.

²⁹ Assim dispõe o art. 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, *verbis*: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

³⁰ É o que determina o art. 93 da Lei nº 9.099/95, *verbis*: “Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência”.

³¹ Cf. arts. 2º e 6º, da Lei nº 10.675, de 2 de janeiro de 1996.

³² São órgãos do Poder Judiciário aqueles previstos expressamente no art. 92 da Constituição Federal. No Estado do Rio Grande do Sul, os Juizados Especiais e de Pequenas Causas são considerados como órgãos do Poder Judiciário do Estado, conforme se verifica do art. 91, VI, da Constituição Estadual, cuja redação foi dada por força da Emenda Constitucional nº 22, de 23-12-97.

³³ Sobre a não-incidência do disposto no art. 28, IV, da Lei 8.906/94 àqueles advogados que exerçam a função de Juiz leigo dos Juizados Especiais, o que hipoteticamente poderia ensejar uma antinomia com o disposto no parágrafo único, do art. 7º, da Lei nº 9.099/95, veja-se em Danilo Alejandro Mognoni Costalunga, “Sobre o exercício da advocacia por Juízes leigos dos Juizados Especiais – Para uma superação do conflito aparente de normas entre a Lei nº 8.906/94 e a Lei nº 9.099/95”, op. cit.

³⁴ Esta, inclusive, a conclusão do ilustre Juiz de Direito de Pernambuco Demócrito Ramos

Reinaldo Filho, que, no nosso anterior estudo, foi o único a acenar com a tese da inexistência de antinomia entre as disposições dos arts. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95 e art. 28, IV, da Lei nº 8.906/94, *verbis*: “[...] Os conciliadores e juízes leigos, portanto, independentemente do modo como são investidos nas suas funções (quer ocupem ou não cargo público), não estão abrangidos pela proi-

bição geral que alcança os demais servidores do Poder Judiciário, pela simples razão de que a faculdade do exercício cumulativo decorre de regra expressa fundida em texto de lei federal.” Cf. *Da capacidade para o exercício da advocacia dos conciliadores e juízes leigos dos Juizados Especiais Cíveis*, in *Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco*, vol. 3, nº 7, jan/junho 98, pp. 139/150.

Algumas questões objetivas sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade

Carlos Antonio de Almeida Melo

Sumário

I – Introdução. II – Questões gerais. III – Questões objetivas.

I – Introdução

Este texto procura, como afirmado no título, abordar de forma objetiva algumas questões relativas à Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contudo, a pretensão de objetividade não pressupõe nem pretende a simplificação dos problemas levantados. Assim, procurei apresentar a predominância jurisprudencial, as teses discordantes e indicar ampla bibliografia para seu aprofundamento, afinal, é preciso ao menos desconfiar da floresta ao ver as árvores.

Talvez o inafastável vício do professor esteja profundamente expresso nas obsessivas notas de rodapé, mais relacionadas à questão da angústia em propiciar fontes de aprofundamento que às veleidades intelectuais, sempre tão presentes, por que negar, em qualquer trabalho. Querendo, pode e deve o leitor desprezá-las. Nada tão irremediável ou irreversível, portanto.

A forma pergunta/resposta procura tornar mais dinâmica a apresentação sem, com isso, ignorar a complexidade do tema e das possíveis respostas oferecidas. A preocupação foi essencialmente didática, repita-se.

De resto, procuro ofertar possíveis alternativas ao entendimento dominante e certos meandros e caminhos apenas e absolutamente jurisprudenciais, pois, por incrível

Carlos Antonio de Almeida Melo é Procurador do Estado de Mato Grosso, Professor da Faculdade de Direito da UFMT, da Escola Judicial do TRT 23ª Região e membro do IJAP (Instituto Jurídico Alcedino Pedroso da Silva).

que pareça a alguns, a realidade muda. Inclusive no campo jurídico...

Tentei ser fiel ao princípio que aponta para o sentido que as coisas sociais não são eternas e imutáveis, mas que apenas *significam* momentos fugazes, desconexos e possíveis de cada um e de todos nós nas interações sociais.

A realidade social não surge pendurada nas jaqueiras e goiabeiras, como as goiabas e as jacas se oferecem descuidadas e passivas ao nosso entendimento e aparente reconhecimento. Na natureza, apenas as coisas naturais, enquanto naturais, são dadas, pois, a partir da valoração humana, também integram o nosso mundo social, fútil e grandioso em suas limitações e possibilidades magníficas ainda não completamente descobertas.

Creio que é somente isso. Dizer mais seria negar a objetividade pretendida logo no título.

II – Questões gerais

1 – Nome: Ação Direta de Inconstitucionalidade¹.

2 – Outras designações: ADIN², ADIN-ML³, ADIn.

3 – Referencial histórico: Constituição de 1946 (Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965): instituiu a fiscalização abstrata da constitucionalidade, criando modalidade de ADIN, atribuindo competência ao Procurador-Geral da República para oferecer *representação de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual junto ao Supremo Tribunal Federal, que a processava e julgava originariamente.

4 – Previsão constitucional e foro competente: Supremo Tribunal Federal: art. 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte, da Constituição da República.

5 – Normas infraconstitucionais: Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964; Lei nº 5.778, de 16 de maio de 1972; Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976; Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990; Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) artigos 169 a 178.

6 – *Quorum* para a declaração de inconstitucionalidade: maioria absoluta (art. 97, C.R.). O RISTF, art. 143, parágrafo único, estabelece que para votação de matéria constitucional o *quorum* é de oito Ministros, quer dizer, é necessária a presença de oito integrantes da Corte para votação de ADIN. A decisão pela inconstitucionalidade ou não só ocorre com a manifestação de seis Ministros, maioria absoluta (art. 173, RISTF, e 97, C.R.).

7 – Legitimação ativa: elenco do art. 103, incisos I a IX, C.R.

8 – Legitimação passiva: em se tratando de lei, a casa legislativa de origem e o chefe do Poder Executivo que a sanciona, sendo ato normativo, a autoridade que o expede.

9 – Pressuposto: inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade é decorrência da supremacia formal e material da Constituição, pois todas as normas devem conformidade, também formal e material, aos princípios e preceitos constitucionais⁴, sob pena de receberem o indelével estigma de inconstitucionalidade.

10 – Inconstitucionalidade: pressupõe o conflito de um comportamento⁵, de uma norma ou de um ato com princípios e preceitos da Constituição. Importa destacar que, contrariamente aos sistemas jurídicos que possuem Corte Constitucional específica, como a Itália⁶, o ordenamento nacional não aceita, ao menos no âmbito do STF, a denominada *inconstitucionalidade mediata* ou *indireta*⁷, pela qual, em virtude da hierarquização do ordenamento a partir da Constituição, subordinando todos os atos normativos a esta última, poderia ocorrer de a norma ou ato subordinado à lei, que por seu turno está subordinada à Constituição, ao desobedecer à lei estar, indiretamente, desatendendo também ao texto constitucional. Nesses casos, há mera *ilegalidade*, sob pena de atrair para a inconstitucionalidade todos os conflitos normativos verticais. Há inconstitucionalidade apenas em relação direta e imediata com a

Constituição. Segundo Jorge Miranda, o que aproxima inconstitucionalidade de ilegalidade é a idêntica natureza de ambas (trata-se, nos dois casos, de vício por violação normativa), diferindo na qualidade do preceito ofendido⁸.

11 – Controle de constitucionalidade: a expressão indica os modos de expressar a vigilância do ordenamento jurídico quanto à prevalência da supremacia da Constituição. Quanto ao órgão que realiza o controle, pode ser político, jurisdicional ou misto.

12 – Critérios de controle: difuso (também denominado jurisdição constitucional⁹ difusa), quando seu exercício está disseminado indistintamente pelos órgãos do Poder Judiciário; controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada), quando atribuído a um órgão judiciário específico ou especial¹⁰.

13 – Instrumento: a ADIN configura instrumento de controle de constitucionalidade por via principal, concentrada ou abstrata. Também chamado controle de incompatibilidade vertical¹¹.

14 – Objetivo: não cuida da defesa de um direito subjetivo individual, mas da proteção e garantia da própria Constituição, buscando expurgar do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, ou seja, que atentem contra o texto constitucional em vigor, possibilitando seu melhor funcionamento, mantendo uma harmonia possível e desejada.

15 – Tutela: interesse exclusivamente de ordem pública.

III – Questões objetivas

1 – Natureza jurídica: trata-se de uma ação ou não?

R. Aqui reside a grande chave para entender todas as outras questões relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, isto é, à ADIN no sistema constitucional brasileiro. O tema é cercado de interessante polêmica, abrindo-se duas frentes de posi-

cionamento: trata-se de autêntica ação¹², mas configurando mecanismo especial de provocação da jurisdição constitucional. Na outra corrente, a ADIN não configura ação, mas processo objetivo¹³ sem partes, inexistindo litígio relativo a situações concretas ou individuais¹⁴, e, sendo objetivo, inexistem lide, partes em sentido formal ou pretensão resistida no sentido carnelluttiano do termo.

Neste último sentido, apenas para lembrar, como *procedimento especial*, a ADIN seria *uma ação de caráter excepcional com acentuada feição política*¹⁵, pois está em julgamento não uma relação jurídica concreta, mas a validade de uma lei em tese. Daí falar-se que a ADIN possui *natureza jurídica de processo legislativo-negativo*¹⁶. Esta segunda corrente é adotada pelo STF¹⁷, gerando uma série de conseqüências, principalmente de natureza processual (v. perguntas nº 6, 8, 10 e 11).

Em verdade, essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o guardião expresso, mas não definitivo¹⁸, da Constituição, apresenta-se francamente contraditória com outras conclusões extraídas deste postulado (e adotadas pela Corte), como a *pertinência temática* (v. questão nº 25), além de se chocar com a idéia, reiterada mais de uma vez pelo próprio Supremo, mormente em mandado de injunção (no que foi confortavelmente acompanhado pela magistratura nacional em expressiva e significativa maioria), que *ao magistrado não cabe legislar*, quando, no caso concreto, essa decorrência é inafastável da função jurisdicional. Em outras palavras, em casos concretos de ADIN, a Suprema Corte do Brasil admite atuar como *legislador negativo* (v. questão nº 2), mas não admite a mesma função *in casu*, em sua versão concreta-positiva como nas questões relacionadas ao *injunction* do direito anglosaxão, inspiradoras do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, C.R.).

2 – Qual o significado da expressão *legislador negativo* em relação à ADIN?

R. Não sendo aceita como ação do ponto de vista material, o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade implica alijar uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico, isto é, consiste no exercício de uma *competência de rejeição*, como menciona Gomes Canotilho¹⁹, exercendo uma *função política*, como, aliás, reconhece o próprio STF²⁰. Assim, a expressão *legislador negativo* significa que o legislador não poderá editar uma nova lei com um conteúdo igual ao da norma declarada inconstitucional. De outro lado, expressa que, ao exercer o juízo de declaração de inconstitucionalidade, o STF afirma a ineficácia de determinada norma, significando que, sem revogá-la no sentido formal do termo, suspende sua aplicação por inadaptação em relação aos princípios ou normas do texto constitucional, como se “legislador” fosse.

3 – Uma norma afetada por outra declarada inconstitucional tem sua eficácia restaurada?

R. Sim, pois, configurando atividade legislativa negativa a declaração de inconstitucionalidade, produz o efeito constitucional de restaurar a eficácia (alguns preferem usar o termo “represtinar”) da norma revogada pela que foi declarada incompatível com a Constituição (v. STF – RTJ 146/461).

4 – Em que consiste a *interpretação conforme a Constituição*?

R. Trata-se de o Supremo fixar, sem alterar o texto, a interpretação, quando várias são permitidas, que seja compatível com a Constituição, ficando afastadas as demais. Também é designada pela expressão *fixação da exegese sem redução do texto*²¹. O STF fincou entendimento no sentido de o princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) ser princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade e não apenas simples regra de interpretação, sofrendo sua aplicação, entretanto, restrições, pois a Corte, ao declarar a inconstitucionalidade em tese de uma lei, atuando como Corte Constitucional, funciona como legislador negativo, não

tendo o poder de agir como legislador positivo para criar norma jurídica diversa da estabelecida pelo Poder Legislativo. Em face disso, caso a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrarie o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, pois implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo²².

5 – Contra quais atos cabe ADIN?

R. Apenas leis²³ e atos normativos²⁴ federais ou estaduais (art. 102, inciso I, alínea “a”, C.R.), quer dizer, abrange apenas normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato, não cabendo contra atos de efeitos concretos²⁵, *pois são despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata*²⁶. Há hipótese, remota mas não improvável, de ato normativo que possua uma parte abstrata e outra concreta. Nesses casos, estão sujeitas ao controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, em sede de ADIN, apenas e tão-somente as primeiras disposições.

6 – Cabe desistência da ação?

R. Não, em virtude de tutelar interesse de ordem pública, prevalece o princípio da indisponibilidade de instância (v. STF – RTJ 151/3 e RISTF art. 169, § 2º).

7 – Revogada a lei ou ato normativo argüido de inconstitucional, a ADIN perde o objeto?

R. Pelo entendimento expressado atualmente pelo STF, sim. O objeto da ADIN é a declaração de inconstitucionalidade em tese. Assim, o interesse de agir só existe se norma estiver em vigor. A revogação da norma ou o exaurimento de sua eficácia (hipótese de normas temporárias) realiza a própria missão da ADIN: banir do ordenamento jurídico a norma inconstitucional. V. STF – RDA 195/79, 194/242, 197/180; e STF – RTJ 152/740 e 154/397.

8 – Ocorrem prescrição ou decadência?

R. Não, pelo mesmo motivo expresso nas perguntas nºs 1 e 6.

9 – Cabe contra emenda constitucional²⁷?

R. Sim, sendo o STF guarda da Constituição (art. 102, *caput*, C.R.), cabe-lhe apreciar violação ao texto constitucional perpetrada pelo exercício do poder constituinte derivado. V. STF – RDA 191/214 e 198/123²⁸.

10 – Cabe litisconsórcio?

R. Não, em face da natureza especial do processo (v. resposta à pergunta nº 1)²⁹. Quanto ao litisconsórcio ativo, em face do elenco taxativo de legitimados (art. 103, C.R.). Em relação ao litisconsórcio passivo, por ser a ADIN procedimento objetivo, não possui partes ou lide, sendo, no entendimento do STF, impossível, seja qual for o resultado da ADIN, a modificação de direito individual (v. STF – RTJ 149/62 e 156/440)³⁰.

11 – Cabe intervenção assistencial de terceiro interessado?

R. Não, em face da natureza especial do processo. O STF entende que a Corte está limitada ao exame da norma impugnada como inconstitucional, não podendo estender a declaração a outros dispositivos vinculados àquele, mas não atacados, ainda que o fundamento da inconstitucionalidade seja o mesmo (v. resposta à pergunta nº 1). V. art. 169, § 2º, RISTF, e STF – RDA 155/155, 157/166 e 188/122; STF – RT 715/309.

12 – Cabe reclamação?

R. Não, por não se tratar de julgamento de caso concreto. V. resposta à questão nº 1.

13 – Cabe contra lei municipal em face da Constituição da República?

R. Não. O STF entende ser o guardião da Constituição apenas nos estreitos termos previstos, neste caso, no art. 102, inciso I, alínea “a”, C.R., isto é, leis e atos normativos federais ou estaduais. Assim, não cabe ADIN contra lei ou ato normativo municipal em face da Constituição da República, sendo inconstitucional a disposição da Constituição Estadual que estabeleça sobre competência do Tribunal de Justiça do Estado para processar e julgar originariamente representação de inconstitucionalidade

nesse sentido, pois estaria usurpando o papel do Supremo de guarda da Constituição (v. STF – RT 664/189 e STF – RDA 199/201). Na hipótese de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição da República, o remédio é o controle difuso ou *incidenter tantum*, quando do julgamento de caso concreto³¹.

Diferente, contudo, é a hipótese de controle concentrado de lei municipal em que se alega ofensa à norma da Constituição estadual que reproduz dispositivo da Carta Magna de observância obrigatória pelos Estados. Nesse caso, há competência do Tribunal de Justiça, com possibilidade de Recurso Extraordinário para o STF (art. 102, inciso III, C.R.). V. STF – RDA 199/201, RDA 202/249, RDA 204/249 e STF – RTJ 147/404.

14 – Cabe pedido de medida liminar?

R. Sim. A admissibilidade depende da comprovação do *fumus boni iuris* (plausibilidade jurídica do pedido) e do *periculum in mora* (possibilidade de dano irreparável pela demora da prestação jurisdicional), com o deferimento de medida liminar que suspenda *ex nunc* (→) e *erga omnes* a eficácia da norma impugnada. Fundamento: art. 102, inciso I, alínea “p”, C.R..

15 – Cabe Agravo Regimental da decisão provisória do Relator concedendo ou negando liminar?

R. Pelo disposto no RISTF, em casos de urgência, o Presidente (art. 13, inciso VIII) ou o Relator (art. 21, inciso V) podem conceder medida liminar *ad referendum* do Plenário³². Nesses casos, o STF assentou que a decisão individual tomada *ad referendum* de órgão colegiado da Corte é irrecurável (v. STF – RTJ 157/794).

16 – Qual o alcance da decisão?

R. A lei inconstitucional pode ser considerada nula ou anulável. Na primeira hipótese, a lei inconstitucional é, *ab initio*, nula, destituindo de validade qualquer ato que a tome como fundamento, sendo o juízo de inconstitucionalidade declaratório, operando desde a sua elaboração (*ex tunc*). Pela se-

gunda, inspirada em Hans Kelsen, é anulável, pois a lei existiu validamente até o momento da decisão, sendo o juízo de inconstitucionalidade constitutivo, valendo apenas a partir daquela data (*ex nunc*). O Supremo tem fixado que a eficácia da declaração definitiva de inconstitucionalidade é retroativa, pois, tendo caráter declaratório, produz efeitos *ex tunc* (–) e *erga omnes*, alcançando, inclusive, atos pretéritos praticados sob sua égide, que são considerados nulos, impossibilitando a invocação de qualquer direito (v. STF – RDA 181-182/119 e STF – RTJ 91/407, 98/758 e 146/461).

17 – Qual a natureza da decisão definitiva?

R. Faz coisa julgada material, vinculando as autoridades encarregadas de aplicar a lei³³, que tem sua eficácia suspensa *ex tunc* (–) e *erga omnes* independentemente da atuação do Senado. Note-se que a norma *não* é revogada, mas tem sua aptidão para produzir efeitos jurídicos retirada, tornando-se, assim, ininvocável e inaplicável, abrindo-se a hipótese de uma futura compatibilidade desta mesma norma com a Constituição, em caso de emenda desta, falando-se, então, em *resgate da constitucionalidade* ou *constitucionalidade superveniente*.

18 – Cabe recurso do acórdão proferido pelo STF?

R. Apenas Embargos de Declaração, na hipótese de haver dúvida, obscuridade, contradição ou omissão (artigos 337 a 339, RISTF). V. a próxima questão.

19 – Cabem Embargos Infringentes?

R. Sim, com base no art. 6º, da Lei nº 4.337/64 e art. 333, inciso IV, parágrafo único, do RISTF. Os Embargos podem ser opostos quando houver na decisão quatro votos vencidos sobre o mesmo ponto. O STF só admite a interposição após a publicação do acórdão no DJU (v. STF – RTJ 143/718). Os Embargos Infringentes possuem eficácia suspensiva (v. STF – RTJ 129/268 e 148/487).

20 – Cabe ação rescisória?

R. O Supremo entende que não, em face

das características especiais do processo utilizado (v. resposta à pergunta nº 1 e STF – RTJ 94/49). Não obstante, pode ser construída a tese em caso que esteja caracterizada a nulidade absoluta do julgado (v. art. 485, C.P.C.).

21 – Cabe contra leis e atos normativos editados sob a égide do texto constitucional anterior²¹?

R. O advento de uma nova Constituição provoca, entre outros efeitos, a revogação do texto constitucional anterior, retirando o fundamento de validade fornecido ao direito anterior. Com isso, em face da aplicação da teoria da recepção, serão admitidas no ordenamento jurídico inaugurado pela nova Carta apenas as normas compatíveis com o novo texto constitucional, que recebem novo fundamento de validade, enquanto as demais são revogadas.

Em função disso, por ser norma absoluta e incontrastavelmente superior, a nova Constituição *revoga* as normas infraconstitucionais com ela incompatíveis, cassando-lhes o fundamento de validade e afastando, assim, o juízo de inconstitucionalidade, quer dizer, normas subconstitucionais elaboradas sob a égide da Carta anterior são recebidas pela nova ordem constitucional quando com ela são compatíveis e, ao revés, as normas inadmitidas no novo sistema são revogadas.

Dessa forma, não cabe ADIN quando a norma questionada é anterior à promulgação da Constituição em vigor, prevalecendo o critério norma superior/inferior (–), pois o critério cronológico cede ao hierárquico. Sob o ponto de vista formal (vícios relativos ao processo legislativo), inquestionável a inoportunidade da denominada *inconstitucionalidade superveniente* (v. questão nº 22). De outra mirada, inexistente inconstitucionalidade de material nesses casos (relativa aos princípios ou normas), ocorrendo simples revogação³⁵ (v. STF – RT 686/218, STF – RDA 188/288 e STF – RTJ 160/62).

A despeito disso, em nome da certeza e segurança das relações jurídicas, principal-

mente, tão cara aos ordenamentos jurídicos como o brasileiro, a não-apreciação dessas questões representa mais uma tomada de posição política da Corte, considerando mais seu volume de trabalho que a ordem jurídica³⁶.

22 – Qual o sentido da expressão *inconstitucionalidade superveniente*?

R. A designação é empregada para se referir à hipótese de uma norma ser constitucional sob a égide da Constituição sob a qual foi elaborada, mas, com o advento de novo texto constitucional, passar a se indispor com os novos dispositivos (daí o adjetivo *superveniente*)³⁷. O Supremo não aprecia essas questões (v. STF – RDA 188/288 e STF – RT 686/218). Nesses casos, cabe apenas apelar para o controle difuso de constitucionalidade.

23 – Cabe contra súmula?

R. Não, pois, não apresentando características de ato normativo (falta-lhe imperatividade, embora seja abstrata e geral), não está a súmula sujeita ao controle concentrado. É como vem-se posicionando o STF (v. STF – RTJ 151/20 e STF – RDA 196/202). Todavia, na hipótese de serem adotadas súmulas vinculantes, creio na possibilidade de reexame dessa questão por parte da Corte.

24 – Cabe contra decisões normativas da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, C.R.)?

R. Configuradas como ato geral, abstrato, imperativo e praticado por órgão federal, tais decisões, desde que editadas após a promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), podem ser submetidas ao controle abstrato de constitucionalidade na parte em que se refira a dispositivo constitucional, isto é, tratando de matéria que regulamente normas infraconstitucionais, a contrariedade se resolve no plano da ilegalidade e não da inconstitucionalidade (v. STF – RDA 661/208 e 683/200³⁸).

25 – A inicial necessita ser subscrita por advogado?

R. Ainda como conseqüência de caracterizar a ADIN como atividade materialmen-

te legislativa, isto é, não se tratando de prestação jurisdicional, mas de procedimento legislativo-negativo³⁹, no entendimento do STF, em ADIN apenas há ilegitimidade *ad processum* na hipótese de inicial subscrita por pessoa desvestida de capacidade postulatória (v. STF – RT 651/200).

26 – A competência deferida ao Senado Federal pelo art. 52, inciso X, C. R., é exercida em ADIN?

R. Por esse dispositivo, compete ao Senado *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*. A doutrina entende que essa competência só é acionada no controle difuso, agindo o Senado como *órgão nacional*⁴⁰, quando há uma cadeia recursal e, por fim, a manifestação *definitiva* do Supremo, não abrangendo a decisão definitiva prolatada em processo de competência originária, como no caso de ADIN⁴¹. Nesse sentido, o art. 178 do RISTF estabelece que será feita comunicação ao Senado, para efeitos do art. 52, inciso X, C. R. (ao qual correspondia o art. 42, inciso VI, da Carta de 67/69, mencionado no dispositivo), nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade.

27 – Qual o significado da expressão *peritência temática* em relação às figuras legitimadas para ingressar com ADIN (art. 103, incisos I a IX, C.R.)?

R. A expressão faz referência à exigência estabelecida jurisprudencialmente pelo STF, com nítidas intenções restritivas⁴², para o ajuizamento de ADIN, pela qual, além de constar do elenco estabelecido taxativamente no art. 103, incisos I a IX, C. R., é necessário que haja relação entre a norma impugnada e as atividades institucionais do requerente. Assim, o Governador de um Estado, apesar de legitimado pelo inciso V do art. 103, não poderia argüir a inconstitucionalidade de uma lei de outro Estado (v. STF – RTJ 159/771 e 162/857). Pela natureza de suas funções, esse requisito não é exigível em relação ao Procurador-Geral da República. O Conselho Federal da OAB foi excluído pelo

STF da pertinência temática, entendendo a Corte que sua específica menção no inciso VII deve ser compreendida como permissão para proposição de ADIN contra qualquer ato normativo (v. STF – RTJ 142/363). Os partidos políticos também estão dispensados da pertinência temática em face de sua ampla destinação institucional (v. STF – RTJ 158/441)⁴³.

Notas

¹ No plano estadual, seu equivalente é a *representação de inconstitucionalidade* de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, C.R.).

² Utilizo no texto especificamente essa denominação apenas pela facilidade de referência.

³ ADIN com pedido de medida liminar. Sigla muito freqüente em julgados do STF.

⁴ Sobre princípios constitucionais, anote-se a monografia pioneira de Sampaio Dória *Princípios Constitucionais*, São Paulo Editora, SP, 1926, sob a Constituição de 1891. V., tb., *Conceito de Princípios Constitucionais*, Ruy Samuel Espíndola, Ed. RT, SP, 1998; *Direito Constitucional*, J.J. Gomes Canotilho, Almeida, Coimbra, 1991, pp. 171 ss.; Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, Atlas, SP, 1990, pp. 222/224.

⁵ Significando a hipótese de inconstitucionalidade por omissão.

⁶ E talvez com o intuito de ampliar o número de questões submetidas à Corte.

⁷ V. Marcelo Neves, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, Saraiva, SP, 1988, p. 72/3.

⁸ *Manual de Direito Constitucional*, Ed. Coimbra, Coimbra, 2ª ed., 1988, t. 2, p. 276.

⁹ A expressão *jurisdição constitucional* designa instrumentos de defesa da Constituição contra eventuais investidas contra seus princípios e normas.

¹⁰ O nosso ordenamento jurídico combinou os dois critérios, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência precípua de *guarda da Constituição* (art. 102, *caput*, C.R.).

¹¹ V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, SP, 16ª ed., 1999, p. 49.

¹² V. Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. RT, SP, 1995, p. 112 ss., entre outros. O pioneiro desse entendimento (é de fato ação) foi Alfredo Buzaid (*Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, Saraiva, SP, 1958, notadamente p. 105).

¹³ Gilmar Ferreira Mendes, citando jurisprudência dos Tribunais Constitucionais alemães, fala em *processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido* (*Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos*, Ed. Saraiva, SP, 1990, p. 250).

¹⁴ Aliomar Baleeiro (Rp. nº 700, RTJ 45/690) entendia que não era ação em sentido clássico, mas *uma instituição de caráter político* semelhante ao *impeachment*.

¹⁵ Min. Moreira Alves, Rp. nº 1.016, RTJ 95/999.

¹⁶ V. Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, Forense, RJ, 1998, p. 23 ss.

¹⁷ V. STF - RDA 193/242, entre outras.

¹⁸ No sentido que o povo (principalmente) e os operadores jurídicos (em particular) necessitam e devem ter uma leitura crítica da Constituição (por mais utópica que pareça tal afirmação).

¹⁹ *Op. cit.*, p. 463.

²⁰ V. STF – RTJ 131/1.001 e 146/461.

²¹ V. Rp. nº 1.417 – DF – julgada em 9/12/87, unanimidade, Rel. Min. Moreira Alves, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ed. RT, SP, nº 1, outubro/dezembro de 1992, p. 330, item 3.

²² V. ementa oficial Rep. Inconstitucionalidade nº 1.417-7-DF, Rel. Min. Moreira Alves, in, *op. cit.*, p. 314.

²³ As denominadas *leis exclusivamente formais, leis concretas ou leis de efeitos concretos*, como, por exemplo, as que autorizam a criação ou extinção de um órgão ou entidade, estão infensas ao controle concentrado. A razão reside em que, assim dispondo, tais normas atingem pessoas específicas, não configurando, assim, a atividade do legislador-negativo (v. questão nº 2). No entanto, podem ocorrer hipóteses em que, mesmo nessa espécie normativa, haja violação de norma ou princípio constitucional, embora o STF venha considerando que qualquer ato concreto, ainda que veiculado por lei, *não* possa ser objeto de ADIN (v. STF – RTJ 156/767 e 159/775 e RT/Cad. D. Const. e Ciência Política, Ano 1, nº 1, out./dez. 1992, p. 332/336, ADIN nº 643-6-SP). Sobre o tema, v. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*, Saraiva, SP, 1994, p. 192 e ss.

²⁴ Desde que editados por órgão federal, estadual ou, ainda, distrital no exercício de competência deferida aos Estados (art. 32, § 1º), caracterizados como abstratos, gerais e dotados de imperatividade.

²⁵ Assim caracterizados aqueles atos administrativos com objeto determinado e destinatário certo (v. STF – RTJ 140/36).

²⁶ V. STF – RDA 191/171.

²⁷ V. Flávio Bauer Novelli, *Norma Constitucional Inconstitucional?*, RDA 199/21.

²⁸ O STF entende cabível mandado de segurança contra o processamento de emenda constitucional que viole as limitações materiais expressas constantes do art. 60, § 4º, C.R., consubstanciando fiscalização jurisdicional de proposta de emenda que abrigue matéria subtraída à incidência do poder constituinte de segundo grau (v. STF – RTJ 99/1.031 e STF – RDA 191/200). V. , tb., *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*, Germana de Oliveira Moraes, Ed. Dialética, SP, 1998.

²⁹ Contra esse posicionamento, v. Firly Nascimento Filho, *Da Declaração de Inconstitucionalidade. Aspectos Constitucionais, Processuais e Federativos*, Ed. Lumen Juris, RJ, 1996, pp. 112 ss. De outro lado, Themístocles Brandão Cavalcanti, em obra clássica, louva esse impedimento (v. *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, RJ, 1956, p. 68).

³⁰ Em relação ao argumento que a decisão de uma ADIN sempre repercutirá na esfera jurídica dos indivíduos, Rodrigo Lopes Lourenço (*Controle da Constitucionalidade...*, cit., p. 30) adverte que, tendo natureza legislativa-negativa, o controle abstrato de constitucionalidade, não se pode reconhecer, a todos que possam ser prejudicados pela eliminação de um ato normativo do ordenamento jurídico, legitimação para intervir no respectivo procedimento. Ressalte-se que, quando uma casa legislativa delibera sobre um projeto de lei não se exige direito de voz a representantes dos grupos cujos interesses possam ser lesados. O argumento é correto porque, em ambos os casos, cuida-se de procedimentos legislativos, sendo o primeiro legislativo-negativo e o segundo, legislativo-positivo.

³¹ Sobre o tema, v. *Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais*, em Tese, SP, Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1979; Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, Ed. RT, SP, 2ª ed., 1994; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos*, Ed. RT, SP, 1990, p. 300 ss; *O Controle da Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos Municipais em face da Constituição Federal*, Fernando Luiz Ximenes Rocha, RDA 203/107; *Apointamentos sobre o Controle Jurisdicional de Leis e Atos Normativos Estaduais e Municipais na Constituição do Estado do Rio de Janeiro*, Sílvio

Roberto Mello Moraes, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ed. RT, SP, nº 2, Ano 1, janeiro/março de 1993, p. 220; *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade de Lei Municipal Contrária à Constituição Federal*, Patrícia Saito, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 4, nº 16, julho/setembro de 1996, p. 178.

³² V. STF – RTJ 157/472 e 158/795.

³³ V. José Afonso da Silva, *Curso...*, cit., p. 57.

³⁴ V. Paulo Brossard, *Constituição e Leis a ela Anteriores*, RDP 4/29.

³⁵ Em verdade, como não há declaração formal de revogação, seria mais adequado falar-se que as normas são tidas como revogadas.

³⁶ Reside nessas e outras questões o caráter fundamentalmente político do STF, que, não obstante, não aceita, pela voz corrente da maioria de seus Ministros, restringir-se a uma Corte Constitucional exclusivamente.

³⁷ V. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*, Saraiva, SP, 1994, p. 67 ss.

³⁸ A jurisprudência do Supremo, bem como a doutrina, diferencia entre atos normativos primários e atos normativos secundários. Os primeiros derivam diretamente da Constituição, donde retiram seu fundamento de validade (leis complementares, delegadas, ordinárias e outros atos à lei equiparados). Os outros (decretos regulamentares, instruções, portarias e outros), sendo secundários em relação à lei, fonte de seu fundamento de validade, não podem ser objeto de controle concentrado, pois não estão em confronto direto com a Constituição. Nesses casos, caso haja inconstitucionalidade, será da lei que dá fundamento de validade ao ato secundário e a Constituição.

³⁹ V. questão nº 2.

⁴⁰ V. Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle da Constitucionalidade...*, cit., p. 103.

⁴¹ V. José Afonso da Silva, *Curso...*, cit., p. 56.

⁴² A esse respeito, v. comentário crítico de Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle da Constitucionalidade...*, cit., pp. 54/55.

⁴³ Sobre legitimidade ativa, v. tb. ADIN nº 433-6DF, Rel. Min. Moreira Alves, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ed. RT, SP, nº 1, Ano 1, outubro/dezembro 1992, p. 341.

A pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora no mandado de segurança

Marlon Alberto Weichert

Sumário

1. Introdução. 2. As várias posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o legitimado passivo e o papel da autoridade coatora no mandado de segurança. 2.1. A autoridade coatora como representante processual, com capacidade postulatória, da pessoa jurídica de direito público, que seria a verdadeira parte passiva. 2.2. A autoridade coatora como substituto processual (parte legitimada extraordinariamente). 2.3. A autoridade coatora como parte legitimada ordinariamente. 3. A inafastabilidade da consideração da pessoa jurídica como parte em face dos efeitos da coisa julgada. 4. O verdadeiro papel da autoridade coatora: mera presente em juízo da pessoa jurídica, sem capacidade postulatória. 5. Outros aspectos dessa construção. 5.1. A legitimidade recursal da pessoa jurídica de direito público. 5.2. A impossibilidade de assistência ou litisconsórcio da autoridade. 5.3. A revisão do papel do Ministério Público. 6. Conclusões.

1. Introdução

O presente trabalho tem origem na observação das deficiências que, a nosso ver, o procedimento atualmente empregado de representação judicial da parte passiva no mandado de segurança possui.

Em diversas oportunidades, tanto no exercício das funções de Procurador da República quanto nas de Procurador da Fazenda Nacional, verificamos o processamento de mandados de segurança nos quais a Fazenda Pública, apesar de suportar os

Marlon Alberto Weichert é Procurador da República em São Paulo. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Tributário.

ônus da sentença, não lograva sequer tomar conhecimento do feito e exercer a sua defesa em primeiro grau.

O caso mais rotineiro ocorre na impetração de mandados de segurança em matéria tributária, nos quais a defesa do ato de cobrança do tributo é feita pela autoridade cobradora (Delegado ou Inspetor da Receita Federal, no âmbito dos tributos federais), muitas vezes sequer bacharel em Direito. Normalmente fundamentadas em intrincadas questões jurídicas e a partir de estudos de renomados juristas da área, esses mandados de segurança são submetidos ao Judiciário sem que a Fazenda Pública possa, regularmente, manifestar-se por meio dos seus agentes para tanto especialmente selecionados mediante rigorosos concursos públicos.

Tivemos, ainda, a oportunidade de atuar – como *custos legis* – em mandado de segurança no qual a autoridade impetrada (Chefe de Seção de Pessoal de órgão da administração direta) aparentemente possuía interesse conflitante com o ato que praticava no estrito exercício de uma atividade vinculada, consistente em deixar de incorporar gratificações pelo exercício de função comissionada (à qual ele provavelmente também fazia jus). Esse suposto conflito fez-se sentir na qualidade das informações, que nenhuma defesa técnica do ato traziam.

No plano acadêmico, o estudo dessa questão demonstrou-nos, com o máximo respeito aos entendimentos em contrário, que a prática atual de se admitir a representação da pessoa jurídica de direito público no mandado de segurança durante o seu processamento em primeira instância por meio apenas da autoridade coatora não se compatibiliza com as normas constitucionais pertinentes à defesa em juízo da Fazenda Pública.

Esses os motivos que nos levam a, em seguida, enfrentar a construção doutrinária e jurisprudencial que se consolidou no sentido de ser apenas a autoridade coatora apta a figurar no pólo passivo do mandado

de segurança em primeiro grau, seja na qualidade de representante da pessoa jurídica de direito público, de substituto processual dela ou de parte em sentido estrito.

2. As várias posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o legitimado passivo e o papel da autoridade coatora no mandado de segurança

Muitos e renomados autores já se dedicaram ao enfrentamento da questão ora proposta, ainda que incidentalmente em manuais sobre mandado de segurança, firmando posições distintas e algumas vezes conflitantes.

Acresce que a matéria já sofreu variadas regulamentações legislativas, conforme demonstra o eminente Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido na Reclamação nº 367-1/DF¹:

“10. Ao criar o mandado de segurança para a defesa de direito ‘ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade’, a Constituição de 1934, art. 113, n. 33, estipulou, de logo, que o seu processo seria o mesmo do *habeas-corpus*, prescrevendo, no entanto, que deveria ‘*ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada*’.

11. A primeira disciplina infraconstitucional do instituto – L. 191, de 16.1.36 – é que introduziu no procedimento do mandado de segurança, além da notificação por ofício da inicial ao representante judicial ou legal da pessoa pública interessada (art. 8º, § 1º, II), a citação do coator (art. 8º, § 1º, I), para apresentação, em 10 dias, ‘da defesa e das informações reclamadas’ (art. 8º, § 3º); a lei não previa audiência posterior do Ministério Público; a sentença concessiva era comunicada, para cumprimento, ao representante da pessoa jurídica de direito público (art. 10, parág. único)

e o recurso, facultado ao impetrante, à mesma entidade estatal interessada ou ao coator (art. 11, § 1º).

12. Não obstante a equívoca referência legal à citação do coator, contraposta à simples comunicação da demanda à pessoa jurídica, logo em seguida – MS 248, 10-6-36, Ataulpho de Paiva, Arq. Jud. 40/97 – a Corte Suprema não teve dúvida em repor as coisas em seus devidos lugares, reputando essencial a audiência do ente público, mas não as informações, porque, no caso, prestadas por outro órgão, erroneamente indicado como responsável, pelo impetrante, bastavam ao esclarecimento de matéria de fato.

(...)

14. O C. Pr. Civil de 1939, arts. 319 e ss., manteve, em substância, a disciplina da L. 191/36, corrigindo-lhe, no entanto, a impropriedade terminológica: o coator seria notificado, *‘a fim de prestar informações’* (art. 322, I), e a pessoa jurídica de direito público interessada na ação citada para contestá-la (art. 322, II e § 2º); *‘quando a pessoa do coator se confundir com a do representante judicial ou legal, da pessoa jurídica’* – esclarecia o Código (art. 322, § 1º) –, *‘a notificação (...) produzirá também os efeitos da citação’*.

15. O texto codificado, portanto, não deixava margem a hesitações quanto a ser a parte passiva, não a autoridade coatora, mas a pessoa jurídica a que fossem imputáveis os seus atos de ofício.

16. Certo, a competência originária para o mandado de segurança continuou determinada segundo a hierarquia da autoridade coatora. Por isso, prescreve o art. 324, § 1º, do Código, que, conclusos os autos, após vencido o prazo para as informações e a contestação, *‘se o juiz verificar que o ato foi ou vai ser praticado por ordem de autoridade não subordinada à sua ju-*

risdição, mandará remeter o processo ao juiz ou Tribunal competente’.

17. Surge a perplexidade com a L. 1533/51, ainda vigente no ponto, que reduziu o mecanismo de cientificação do pedido à notificação do coator *‘a fim de que (...) preste as informações que achar necessárias’* (art. 7º, I); à autoridade coatora, de resto, é que se comunicará por ofício o deferimento da segurança (art. 11).” (grifos são do original).

Com o advento da Lei nº 1533/51, portanto, modificou-se o procedimento anteriormente previsto, que se inseria na sistemática ordinária de representação do processo civil.

Em face da comunicação da impetração tão-somente à autoridade e, por decorrência, da não-previsão de participação da pessoa jurídica no feito – ao menos em primeira instância – por meio dos seus representantes com capacidade postulatória, dedicou-se a doutrina, com reflexos na jurisprudência, a analisar qual a natureza que revestia a atuação da autoridade no pólo passivo do mandado, bem como se algum papel ainda era reservado à própria pessoa jurídica.

2.1. A autoridade coatora como representante processual, com capacidade postulatória, da pessoa jurídica de direito público, que seria a verdadeira parte passiva

Um dos principais defensores dessa tese é Celso Agrícola Barbi. Em obra datada de 1966, o eminente Professor historia as posições até então formuladas, para então apresentar a sua teoria. Registrou que:

“Para Sebastião de Sousa, Lopes da Costa, Ari Florêncio Guimarães e Hamilton Moraes e Barros, parte passiva no mandado de segurança é a autoridade coatora. Acrescenta o primeiro que a pessoa jurídica de direito público é litisconsorte necessária. Para o segundo, se a decisão vai repercutir no patrimônio da pessoa de direito público, será caso de intervenção litisconsorcial...”².

“O eminente professor paulista Luís Eulálio de Bueno Vidigal, adotando a técnica de Carnelutti, apresenta original formulação, em que distingue o sujeito da ‘lide’ e o sujeito da ‘ação’: desta, seria o coator; e daquela, seria o Estado, na maioria dos casos, pois pode também haver processo sem lide. E, quando o Estado for sujeito passivo da lide, deverá ser citado, sob pena de ineficácia da sentença, porque o art. 19 da Lei nº 1.533 manda aplicar as regras do litisconsórcio, que aqui seria ‘necessário’”³.

“Pontes de Miranda, com pouca precisão, diz que o mandado de segurança é impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica de direito público, e afirma que esta é a demandada, embora o ato seja do órgão ou do executor”⁴.

“Seabra Fagundes, Temístocles Cavalcânti e Castro Nunes sustentam que a parte passiva é a pessoa jurídica de direito público”⁵.

Com relação à tese de que a própria autoridade seria a parte passiva, Barbi a refuta, sustentando que a relação jurídica discutida no mandado de segurança não é entre o agente e o impetrante, mas sim entre a pessoa jurídica e este.

“O ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence: é ato do ente público e não do funcionário”⁶.

Ademais, os agentes, enquanto órgãos da administração, não teriam personalidade jurídica ou capacidade processual.

Para repelir a construção de Luís Vidigal, o Professor mineiro acresce às críticas acima o fato de existirem ações sem lide – segundo a doutrina de Carnelutti –, fazendo com que, nesses casos, os ônus do processo recaíssem sobre a autoridade, o que seria inadmissível.

Quanto a Pontes de Miranda, registra Barbi que a sua tese não enfrentaria o

problema, pelo contrário, seria contraditória, ao afirmar que o impetrado é o órgão e a demandada a pessoa jurídica⁷.

Posiciona-se Barbi com Fagundes, Nunes e Cavalcânti, considerando a autoridade coatora como representante da pessoa jurídica de direito público, esta sim parte passiva no mandado de segurança:

“... o ato do funcionário é ato da entidade pública a que êle se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem ‘capacidade de ser parte’ no nosso direito processual civil.

A circunstância da lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a ‘pedido de informações à autoridade coatora’ significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como ‘representante’ daquela pessoa, bem como notou Seabra Fagundes e não como parte”⁸.

Adhemar Ferreira Maciel segue a esteira do pensamento de Barbi, reiterando que, a seu ver, “a ré na ação de mandado de segurança não é a ‘autoridade coatora’, mas a pessoa jurídica, da qual ela é órgão”⁹.

A vacilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chegou a sufragar esse entendimento, quando, ao apreciar a mencionada Reclamação nº 367/DF, assim decidiu, a partir de voto médio do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“Mandado de segurança: legitimação passiva da pessoa jurídica de direito público ou assemelhada, à qual seja imputável o ato coator, cabendo à autoridade coatora o papel de seu representante processual, pois que de identificação necessária: conseqüente possibilidade de sanar-se o erro do impetrante na identificação da autoridade coatora, mediante emenda da inicial, para o que se determina a intimação da parte: voto médio do relator para o acórdão.”

Aliás, ainda antes, em 1980, assim já havia decidido a Suprema Corte, conforme

aresto na RTJ 97:374, Rel. Ministro Moreira Alves:

“Auxiliar de Cartório. Tempo de Serviço.

Inexistência de ilegitimidade da Procuradoria-Geral do Estado para recorrer, uma vez que, nos mandados de segurança contra atos do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, o sujeito passivo é a pessoa jurídica de direito público a que pertence o órgão tido como coator, ou seja, a União, o Estado ou o Município.”

À caracterização, por lei específica, da autoridade coatora como representante da pessoa jurídica não identificamos óbices. O que, todavia, parece-nos incompatível com as normas constitucionais pós-1988 é admitir que, além de ser representante da pessoa jurídica de direito público, possa a autoridade coatora, em nome da pessoa jurídica pública, postular em juízo, defendendo o ato atacado.

Isso porque os artigos 131 e 132 da Constituição Federal atribuem, com exclusividade, à Advocacia-Geral da União, inclusive Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e às Procuradorias-Gerais dos Estados a representação judicial dos entes públicos.

Essas normas objetivam, justamente, impedir que pessoas despreparadas, inclusive estranhas aos quadros do Estado, venham a desempenhar a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público. De fato, tanto para a Advocacia-Geral da União como para as Procuradorias dos Estados, a Constituição exige o ingresso na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, sabidamente a forma mais eficiente e transparente de contratação por critérios técnicos. São, aliás, carreiras integrantes, pela relevância de suas atribuições, do rol das típicas de Estado, remuneradas mediante subsídios estatais (art. 135 c/c art. 39, § 4º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98).

Dessa forma, não pode o legislador ordinário validamente atribuir a órgãos ou agentes estranhos a essas instituições a capacidade de postular em nome das pessoas jurídicas de direito público e representá-las judicialmente, por afronta ao desiderato constitucional.

De notar que a representação judicial dessas entidades por agentes não-integrantes dos órgãos competentes acaba por prejudicar inelutavelmente o exercício do direito de defesa, na medida em que passam a ser defendidas judicialmente por pessoas não-qualificadas oficialmente para tanto e, especialmente no caso de autoridades coadoras que exercem cargos não-privativos de bacharéis em Direito, sequer com formação acadêmica minimamente adequada ao exercício do mister.

Enrico Tullio Liebman já registrava que “as partes não têm, geralmente, os conhecimentos do direito e da técnica do processo, necessários para poder defender eficazmente as suas razões em juízo; de outro lado, trazem para a controvérsia uma passionalidade que prejudica o curso ordenado da função judiciária. Por isso, exigências ao mesmo tempo de interesse privado e público tornam preferível entregar a tarefa de operar efetivamente no processo a pessoas especialmente preparadas, as quais, em razão da cultura, experiência e hábito profissional, saibam portar-se no trato das razões dos litigantes com aquela serenidade e aquela competência específica que faltam às partes. São essas, em breves palavras, as razões que tornam indispensável, desde tempos antigos, a colaboração dos advogados na obra de administração da justiça¹⁰⁰”.

Admitir, pois, que a Lei nº 1.533/51 instituiu hipótese de a autoridade coatora postular em juízo em nome da pessoa jurídica de direito público implica aceitar que o legislador ordinário possa determinar fique o ente público em posição de desvantagem

no exercício do seu direito de defesa, na medida em que feita por *representante* não-preparado para esse fim. A nosso ver, essa conclusão arranha o princípio constitucional da ampla defesa, que assegura a todos a garantia de ser defendido da maneira mais ampla e adequada possível (art. 5º, inciso LV).

Logo, se a Lei nº 1.533/51 efetivamente admitiu a postulação em juízo das pessoas jurídicas de direito público por meio da autoridade coatora, não temos dúvidas em afirmar que essa norma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, seja em face da garantia da ampla defesa, seja pela vedação à representação judicial dos entes públicos por órgãos estranhos à Advocacia-Geral da União ou às Procuradorias dos Estados e dos Municípios (onde houver).

Nem mesmo o fato de o mandado de segurança ser garantia constitucional permite aceitar tenha sido consagrada uma exceção à representação judicial dos entes públicos pelos órgãos adequados, pois o preceito do artigo 5º, inciso LXIX, não pormenoriza aspectos da relação processual ou da representação judicial dos entes públicos. O mencionado dispositivo tão-somente estipula que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Isso, todavia, não implica a necessidade de ser a pessoa jurídica representada judicialmente pela própria autoridade coatora. Pelo contrário, a existência de uma outra norma constitucional instituindo a exclusividade da representação judicial das pessoas jurídicas por órgãos específicos deve ser combinada com a garantia do mandado de segurança. Impõe-se ao intérprete construção que as observe conjuntamente, em homenagem ao princípio da unidade da constituição, assim assinalado por Canotilho:

“O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia

de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das *antinomias normativas*; (2) a tese das *normas constitucionais inconstitucionais*. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-constitucional* e um importante elemento de interpretação.

Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin)¹¹”.

Ainda que partindo de premissas um pouco distintas – admitindo ‘disposições de maior ou menor hierarquia’ no texto constitucional –, Rodolfo Luis Vigo também ressalta a importância da unidade constitucional, privilegiando uma interpretação que não ponha as normas constitucionais em conflito:

“*La propiedad de la unidad evita que los diferentes enunciados sean interpretados sin tener en cuenta el resto del bloque normativo al que pertenece; pues si hay un plan o una estructura armónica, no es posible, sin correr serios riesgos de error o incoherencia, el despreocuparse por el todo; la parte sólo es tal en tanto integrada al todo*”¹².

Não havendo, pois, qualquer dificuldade em assegurar a garantia do mandado de segurança ao lado da regra que estipula a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público pelos seus

órgãos definidos nos artigos 131 e 132, impõe-se sejam ambas igualmente observadas.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, portanto, é inadmissível considerar possa a pessoa jurídica de direito público estar sendo representada e tendo seus interesses postulados judicialmente por meio de uma autoridade não-integrante dos órgãos constitucionalmente consagrados para tanto.

Essa, aliás, é a lição que Sérgio Ferraz já trouxera:

“... quando se vê que à Advocacia-Geral da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Procuradorias dos Estados, Municípios e do Distrito Federal incumbe (artigos 131 e 132 da CF de 1988), com exclusividade, a representação judicial das pessoas jurídicas de capacidade política, perde sentido tentar responder ao problema com as possíveis especificidades da Lei 1.533, que contra a Lei Magna não prevalecerão. A solução constitucional é, pois, inequívoca: *parte, também no mandado de segurança*, é a pessoa jurídica de direito público, a que vinculada a autoridade coatora. E essa pessoa jurídica só atua através dos representantes indicados nos artigos 131 e 132 da Constituição, o que torna obrigatória sua citação, independentemente da notificação do coator, para prestar informações¹³”.

Acrescentamos, ainda, que, mesmo antes da entrada em vigor da nova Carta, a tese sob exame já se afigurava incoerente, na medida em que a representação processual pela autoridade era admitida apenas em primeira instância. Ora, caso a autoridade fosse efetivamente a mais adequada representante judicial do ente público, deveria manter-se nessa posição até final julgamento do processo. Não há, nesse particular, razão para impedir pudesse a autoridade, em nome do ente público, recorrer.

Na verdade, a construção jurisprudencial de admitir a interposição de recursos

somente por meio dos órgãos especializados na representação judicial dos entes públicos demonstra, por si só, que a autoridade coatora não deveria – e nem poderia, em face do seu despreparo – estar sozinha no processo, exercendo a defesa do ente público.

O que, de fato, parece-nos ter regulado a Lei nº 1.533/51 – a exemplo dos diplomas anteriores – foi a participação no mandado de segurança da autoridade coatora como *presentante, sem capacidade postulatória*, do órgão da pessoa jurídica de direito público que se alega estar atuando ilegalmente ou com abuso de poder. É o que veremos mais adiante.

2.2. A autoridade coatora como substituto processual (*parte legitimada extraordinariamente*)

Inicialmente, por uma questão de precisão semântica, cumpre destacar que o substituto processual é parte:

“Quando o legitimado extraordinário litiga sozinho, não há dúvidas quanto à sua qualidade de parte, porque exerce o direito de ação devidamente autorizado em lei. Não é, portanto, terceiro. Exemplo típico é o da substituição processual, em que parte é o substituto e não o substituído” (Greco Filho)¹⁴.

Dessa forma, aparentemente haveria coincidência entre essa posição e aquela registrada no item 2.3., que também entende ser a autoridade parte. No entanto, a essência da distinção entre as duas hipóteses reside na espécie de legitimação: para os adeptos da corrente apresentada neste item, a autoridade coatora é parte legitimada extraordinariamente, enquanto para os da exposta no item 2.3., a autoridade é parte com legitimidade ordinária, defendendo direito próprio, enquanto agente público.

Antônio de Pádua Ribeiro, com esquete em Amaral Santos, é um dos autores que sustenta ser a autoridade coatora substituta processual da pessoa jurídica de direito público:

“O impetrado é a autoridade coatora, que figura no processo como *substituto processual* da pessoa jurídica de direito público, e, portanto, como parte em sentido formal. Parte em sentido material é a pessoa jurídica da qual a autoridade coatora é órgão. Tal colocação da autoridade coatora como substituto processual não é referida, em geral, pelos doutrinadores. Quem a propôs, de forma magistral, foi o insigne Amaral Santos.

Tal posicionamento da autoridade coatora é convincente, pois, na verdade, não funciona em defesa de direito próprio, mas alheio. Ademais, permite resolver importantes questões processuais. Primeiramente, é de ver-se que a sentença contra o *substituto processual* atinge o *substituído*. De outra parte, nada impede que a pessoa jurídica ingresse no processo como litisconsorte da autoridade coatora”¹⁵.

Como decorrência desse entendimento, Ribeiro entende que a autoridade coatora pode recorrer, ao lado da pessoa jurídica¹⁶.

Também é adepto dessa tese Cândido Rangel Dinamarco, exposta em conferência proferida em 1979, antes, portanto, da Constituição de 1988. Na oportunidade, salientou o ilustre mestre:

“De regra e mais comumente, quando se impetra o mandado de segurança, o titular da eventual relação jurídica com o impetrante é uma pessoa jurídica. Normalmente, é o Estado de São Paulo, ou a Municipalidade de São Paulo, ou a União, ou alguma autarquia, o titular da relação jurídica controvertida posta no processo pela impetrante. No entanto, a lei confere legitimidade passiva ao próprio autor do ato impugnado. É caso típico, conforme muito bem ressaltado pelo Min. Moacyr Amaral Santos, em artigo publicado sobre ‘A Natureza Jurídica no Mandado de Segurança’, nos arquivos do Ministério da Jus-

tiça, vol. 114, é caso típico, repito, de substituição processual ou de legitimação extraordinária. Alguém, sem ser titular de uma relação jurídica controvertida, tem, no entanto, titularidade de uma posição no processo. Autoridade coatora é, portanto, o substituto processual da pessoa jurídica de direito público, nela encarnada naquele momento”¹⁷.

Sérgio Ferraz¹⁸ cita que Coqueijo Costa¹⁹ e o próprio Hely Lopes Meirelles²⁰ também teriam já defendido essa posição.

Essa corrente doutrinária, pautada em fortes argumentos teóricos, não resolve, todavia, o problema da carência de capacidade postulatória para a autoridade atuar diretamente no processo, sem representação pelos órgãos constitucionalmente para tanto instituídos.

Cumprir notar, ainda, que, na substituição processual, o substituto assume os ônus processuais, inclusive custas, o que, com toda evidência, não ocorre no mandado de segurança.

2.3. A autoridade coatora como parte legitimada ordinariamente

Sobre os autores que advogam essa posição, cumpre, inicialmente, registrar que alguns pugnam pela existência de litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade e a pessoa jurídica e outros pela existência, *a priori*, apenas da autoridade coatora como ré, facultada a intervenção, como assistente, da pessoa jurídica de direito público.

Hely Lopes Meirelles, na sua clássica obra sobre Mandado de Segurança, Ação Popular e outras ações constitucionais, entende que

“o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício”²¹.

Nesse contexto, admite possa a pessoa jurídica de direito público ingressar no feito como assistente:

“Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples *assistente do coator*, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro do prazo para as informações, entre como *litisconsorte* do impe-trado, nos termos do art. 19 da Lei 1.533/51”²².

Alfredo Buzaid, após analisar a tese de que a autoridade coatora seria representante da pessoa jurídica, registra que

“... sujeitos passivos do mandado de segurança são a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, unidos por litisconsórcio necessário”²³.

Apesar de provocar leituras díspares²⁴, parece-nos que também Pontes de Miranda postula a existência de litisconsórcio passivo entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica. De fato, em sua obra, consignou em diversas passagens a necessidade de *ambos figurarem na lide*:

“Mas a pessoa jurídica é ineliminável, na relação jurídica processual: tem de ser citada (Lei nº 1.533, art. 6º; Código de Processo Civil, arts. 158 e 159, a que o art. 6º da Lei nº 1.533 se refere). *O demandado é ela*. Por isso quem fala, como demandado, é pessoa jurídica, embora o ato seja do órgão, ou do executor. A particularidade consiste em que a decisão vai *diretamente* ao coator, em vez de ir à pessoa jurídica, para que a *mande cumprir*”²⁵.

“O mandado de segurança é impe-trado contra o órgão, e não contra a pessoa jurídica. Seguiu essa via de técnica legislativa a própria Constituição de 1946, nos arts. 101, I, i)... Em vez de adotar o *princípio da responsabilidade pelo ato do órgão*, como acontece nas ações em geral, notadamente na ação de indenização por ato ilícito, ato-fato ilícito ou fato *stricto sensu* ilícito, preferiu-se o *princípio da imediatidade de legitimação*. Tanto na Constituição de

1946 quanto na lei sôbre a ação de mandado de segurança”²⁶.

“As informações são prestadas pelo coator, no prazo de cinco dias²⁷; a citação para a contestação é feita ao procurador judicial da pessoa jurídica de direito público, ou, na falta, ao órgão ou representante da pessoa jurídica de direito público (nunca à pessoa de direito privado, que se acha na situação do art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533). (...)

É preciso que não se confunda com a unidade estatal (União, Estado membro, Distrito Federal, Município), ou autarquia, que é interessada no feito, a autoridade a que se atribui a prática do ato ilegal. A citação àquela (= notificação ao órgão daquela) ou a algum representante (representante, e não órgão) e a notificação à autoridade ofensora ou ameaçante não se equivalem, nem aquela pode suprir a falta dessa”²⁸.

A ilustre Professora Lucia Valle de Figueiredo, embora não o diga expressamente, aderiu à tese de ser a autoridade coatora ré no mandado de segurança, na medida em que defende

“... ser indispensável à defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público sua citação como litisconsorte necessário...”²⁹.

De fato, para haver litisconsórcio exige-se a existência de duas partes no mesmo pólo da ação. Assim, seriam partes a autoridade e a pessoa jurídica.

Na jurisprudência, aliás, encontramos acórdãos do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região sufragando a tese da existência de litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, conforme notícia o DJU de 6/4/98, p. 276:

“Tributário. Seguridade Social. Descontos. MP nº 1.415/96 e suas reedições. Ilegalidade. Servidor público aposentado. Legitimidade passiva da

autoridade coatora. Litisconsórcio passivo necessário. União Federal. Questão da constitucionalidade. Princípio da anterioridade.

1. A autoridade coatora é aquela que pratica o ato impugnado. Entretanto, faz-se necessária a presença da União Federal na lide como litisconsorte passiva necessária. Precedentes da Corte³⁰.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, parece estar atualmente entendendo que apenas a autoridade é parte passiva no mandado, conforme salienta o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.392-2-DF, em junho de 1995³¹:

“Sr. Presidente, na Reclamação nº 367, de 5-2-93, dediquei longo voto à questão. Concluí, em síntese, que no mandado de segurança a autoridade coatora não é a parte passiva da relação processual, que esta é a entidade pública à qual sejam impetrável (*sic*)³² o ato ou omissão questionadora.

A autoridade coatora é a representante processual da parte. Mas – e aqui dissenti do em. Ministro Marco Aurélio – o processo de mandado de segurança tem peculiaridades que determinam, como ônus necessário, a indicação de quem seja a autoridade coatora, até porque dela depende a determinação da competência, além de ser a destinatária direta do mandado resultante da sentença de procedência do pedido.

Por isso raciocinei, naquele caso, e cheguei à conclusão de que era possível, não, de logo, corrigir a indicação equivocada da autoridade coatora, porém, possibilitar ao autor, ao impetrante, que o fizesse em prazo assinado pelo Tribunal.

Naquela oportunidade, a minha posição prevaleceu como voto médio. Sou informado, todavia, de que, em decisões posteriores, a maioria voltou

a manifestar-se no sentido de que a autoridade coatora é parte passiva no mandado de segurança, e, conseqüentemente, não pode o juiz nem alterá-la de ofício, quando equivocadamente indicada, nem viabilizar essa alteração, no curso do processo, já vencido o prazo preclusivo para impetração.

Os precedentes indicam orientação firme da maioria do Tribunal”.

Aliás, ainda anteriormente (em 1974), a Excelsa Corte já havia fixado entendimento nesse sentido, ao consignar ser cabível a assistência da pessoa jurídica à autoridade coatora (com efeito, só se pode ser assistente de quem é parte):

“Mandado de Segurança. Assistência. Pode a pessoa jurídica de direito público intervir como assistente de seu funcionário, apontado como coator, em mandado de segurança.” (RTJ 72:220, Rel. Min. Rodrigues Alckmin)

Entendemos, todavia, que, em face do objeto do mandado de segurança e do procedimento previsto na Lei nº 1.533/51, não há como considerar a autoridade coatora como parte legitimada ordinariamente.

Com efeito, a relação jurídica que o impetrante ataca no âmbito do mandado de segurança é a que mantém com a pessoa jurídica de direito público, especificamente no que diz respeito a atuação de um dos seus órgãos. O impetrante não litiga em face do agente público. O que ele pede é que um dos órgãos do Estado atue legalmente.

Lembre-se, conforme lição do douto Walter Claudius Rothenburg, que, nas relações com as pessoas jurídicas de direito público,

“... condutas faticamente realizadas por seres humanos na qualidade de órgãos (‘presentantes’) devem ser creditadas ao próprio ente coletivo: ‘... quando o prefeito atua por conta da Municipalidade, não o faz por vontade própria, mas sim pela manifesta vontade do Município’ (Pierangelli, ob. cit., p. 283, citando exemplo de

Achiles Mestre). Essa ilustração ressalta um aspecto peculiar à conduta dos indivíduos investidos de uma função pública, qual o da obrigatoriedade (poder-dever) – que evidencia ainda mais a distinção entre um comportamento atribuível ao indivíduo em si mesmo considerado e um comportamento adotado enquanto órgão ('presentando a pessoa jurídica')."³³

Assim, o que se ataca no âmbito do mandado de segurança é um ato do Estado, praticado, obviamente, pelo titular de um dos seus órgãos, já que são eles que exprimem e realizam em concreto a vontade do Estado, conforme clássica lição do ilustre Professor lusitano Marcello Caetano:

“Órgão é o elemento da pessoa colectiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objectivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa colectiva.

Dizemos que o órgão é um elemento da pessoa colectiva porque o substrato desta compreende essencialmente: – um *interesse* protegido, uma *comunidade* de pessoas determinada por esse interesse ou um *património* afectado à sua prossecução, e *órgãos* que exprimam a vontade necessária à realização jurídica do interesse.

O órgão faz parte da pessoa colectiva, pertence ao *ser*, exactamente como acontece com os órgãos da pessoa humana.

É através dos seus órgãos que a pessoa colectiva conhece, pensa e quer. O órgão não tem existência distinta da pessoa, a pessoa não pode existir sem órgãos. Os actos dos órgãos são actos da própria pessoa e tudo quanto diz respeito às relações entre os diversos órgãos da mesma pessoa colectiva tem carácter meramente interno.

O órgão é servido por vontades humanas, mas não se confunde com os indivíduos que são seus titulares. A doutrina designa por *titular* ou *suporte do órgão* o indivíduo que desempenha funções no órgão de uma pessoa colectiva. Há *órgãos singulares*, isto é, servidos por um só indivíduo, mas há outros, *órgãos colegiais*, que são constituídos por uma pluralidade de indivíduos"³⁴.

Nesse contexto, cumpre notar, como precisamente lecionou Bandeira de Mello, que...

“A relação existente entre a vontade dos órgão (*sic*) e dos agentes, ou até, para nos expressarmos com maior rigor, entre a vontade do Estado e de seus agentes, é uma relação de *imputação directa* dos atos dos agentes ao Estado. Esta é, precisamente, a peculiaridade da chamada relação orgânica. A vontade do agente é *imputada directamente* ao Estado, ou seja, é havida como sendo própria do Estado e não de alguém diferente dele, distinto dele. O que o agente queira, no exercício de sua atividade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se ser o que o Estado naquele momento quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações externas não se considera se o agente obrou bem ou mal. Em suma: não se biparte Estado e agente (como se fossem representante e representado) mas, pelo contrário, são considerados uma unidade”³⁵.

Diferentemente do mandado de segurança, na ação popular, por exemplo, busca-se, além da responsabilidade do Estado, a determinação de eventual responsabilidade do próprio *agente*, enquanto indivíduo pessoalmente considerado; por isso ele é parte. A ação popular se presta à responsabilização civil do agente que tenha, culposa ou dolosamente, praticado atos lesivos ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público

ou entidades por elas controladas. Note-se, inclusive, que os próprios beneficiários de atos lesivos ao patrimônio são litisconsortes necessários nesta ação.

No mandado de segurança, todavia, o agente não é parte. Isso porque não cabe, no procedimento célere do mandado, apurar responsabilidade pessoal dele, inclusive por implicar a determinação do elemento subjetivo culpa ou dolo. Trata-se de matéria que, via de regra, sujeita-se a uma instrução probatória incompatível com a garantia dada ao cidadão de *sumariamente* obter uma ordem obstativa de uma conduta ilegal ou abusiva da autoridade. O que o impetrante busca ao requerer a segurança é, pois, tão-somente, sustar a prática de um ato administrativo que lhe está sendo lesivo, mas não a responsabilização do agente público.

Lembre-se ser pacífico que a responsabilidade do Estado é objetiva, enquanto a do agente é subjetiva: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa* (CR, art. 37, § 6º). O mandado de segurança circunscreve-se, pois, à verificação objetiva da existência de um ato ilegal ou abusivo de um órgão do Estado, visando a sua correção, enquanto para se responsabilizar o agente impõe-se a necessária apuração do elemento subjetivo da sua atuação. Por isso, o agente não é parte individualmente considerada no estreito âmbito do mandado de segurança.

No que diz respeito ao procedimento, ocorre que a Lei nº 1.533/51 não deixa espaço para a autoridade defender o mérito do seu ato. Cabe a ela prestar informações sobre a matéria de fato e o porquê da prática do ato (p. ex., que se trata de ato vinculado ou que foi ordenado por autoridade superior). Vale dizer, a ela cumpre informar, fundamentadamente, se os fatos indicados na inicial são verdadeiros ou não, ou, ainda, se há fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão. As informações pro-

duzem o efeito de colocar em dúvida a prova produzida pelo impetrante e, portanto, conduzem à necessidade de instrução, incabível no âmbito do mandado.

No entanto, fosse a autoridade parte, a sua atuação não poderia se cingir a ‘prestar informações’. A ela deveria ser necessariamente dada a oportunidade de ‘se defender’, contestando o pedido. Mas, para tanto, novamente incidiria a necessidade de estar representada em juízo por advogado, único profissional habilitado a realizar adequadamente a sua defesa: *o advogado é indispensável à administração da justiça* (art. 133 da CF).

Não há, portanto, como admitir a participação da autoridade no processo na qualidade de parte legitimada ordinariamente, seja pela imputação dos seus atos à pessoa jurídica de direito público, seja pela inexistência de previsão, no procedimento, de atos conducentes à sua adequada defesa.

3. A inafastabilidade da consideração da pessoa jurídica como parte em face dos efeitos da coisa julgada

Do até agora exposto, resulta, a nosso ver, que nenhuma dessas teses isoladamente explica adequadamente o fenômeno da legitimidade passiva no mandado de segurança e o papel que a autoridade coatora nele exerce.

No entanto, elas contêm os elementos necessários à compreensão do fenômeno.

Inicialmente, cumpre destacar que a pessoa jurídica de direito público é, efetivamente, a parte passiva legitimada para o mandado de segurança.

De fato, é a pessoa jurídica de direito público quem suporta os ônus da coisa julgada, especialmente os patrimoniais. Assim, não há como deixar de considerá-la parte. Basta, nesse sentido, verificar a dicção do artigo 472 do Código de Processo Civil, que positiva um dos princípios básicos do processo civil: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”

Ora, sendo quem verdadeiramente suporta os ônus da sentença – fato de que nenhum autor discorda –, é evidente que não poderia a pessoa jurídica não ser considerada parte no mandado de segurança. Isso já é suficiente para afastar cabalmente a teoria que diz ser a autoridade coatora – e somente ela – a parte passiva no mandado de segurança. Fosse assim, e uma sentença que mandasse reintegrar funcionário público não poderia resultar no pagamento dos vencimentos, pois estes são suportados pela pessoa jurídica, e não pelo agente. Aliás, a própria reintegração e a prestação de serviços pelo reintegrado já é fato que interfere em interesse jurídico da pessoa jurídica, e não do agente.

Combinando-se a inafastabilidade da consideração da pessoa jurídica de direito público como parte no mandado de segurança em face dos limites subjetivos da coisa julgada com a exigência constitucional de que esses entes sejam representados em juízo exclusivamente pelos órgãos consagrados nos artigos 131 e 132 da Carta de 1988, chega-se facilmente a uma primeira conclusão: *no mandado de segurança, a pessoa jurídica de direito público é parte legitimada ordinariamente, devendo ser citada, em nome próprio, por meio dos órgãos de representação judicial previstos nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.*

Insistimos que esse entendimento nenhum prejuízo traz às características essenciais do mandado de segurança. Nem mesmo a celeridade seria ameaçada, houvesse norma ordinária fixando menor prazo para o oferecimento da contestação e, ainda, que o mesmo se contaria da entrega do mandado (ou ofício, se assim se desejar) e não da sua juntada aos autos. Exemplos, nesse sentido, não faltam, tais como o prazo reduzido para contestar nas medidas cautelares ou, ainda, o prazo de setenta e duas horas para a pessoa jurídica se pronunciar sobre pedidos de liminar em mandado de segurança coletivo³⁶ e ação civil pública.

Acrescente-se, outrossim, o que abaixo iremos expor, de não mais ser pertinente o pronunciamento, em todos os casos, do Mi-

nistério Público no mandado de segurança. A mudança da Lei nº 1.533, nesse particular, tornaria o procedimento mais célere, pois (i) o *parquet* se pronuncia após o réu, enquanto se poderia prever prazo comum para a pessoa jurídica e a autoridade se manifestarem; (ii) o prazo do Ministério Público é impróprio, sendo muitas vezes ultrapassado, e o da parte é próprio, fato que conduziria ao seu imprescindível atendimento.

Destaque-se, ademais, que a norma do artigo 3º da Lei nº 4.348/64 – que impõe a obrigação da autoridade coatora, em caso de concessão da liminar, remeter ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica cópia do mandado e elementos para a defesa – não supre a necessidade de citação da pessoa jurídica, pois trata-se de ato estranho à relação jurídico processual. Ademais, o preceito se aplica apenas nos casos de concessão de liminar.

De qualquer forma, não se pode, a pretexto de garantir a celeridade, subtrair da pessoa jurídica o direito de exercer sua defesa. Vale, nesse sentido, a advertência de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, de, a par da indispensável necessidade de se aprimorar os mecanismos de acesso à justiça (como, aliás, é o caso do mandado de segurança, em especial o coletivo), não se abandonarem as garantias conquistadas de um processo justo:

“El mayor peligro (que hemos tratado de considerar durante todo este trabajo) es que los procedimientos modernizados y eficientes abandonarán las garantías civiles fundamentales: esencialmente las de un adjudicador imparcial, y el derecho de las partes a ser escuchadas. (...) Por muy importante que pueda ser la innovación, no debemos olvidar el hecho de que, después de todo, se han forjado procedimientos sumamente técnicos a lo largo de muchos siglos de esfuerzo, para evitar arbitrariedades e injusticias. Y aunque por desgracia los procedimientos formales no fueron bien ideados para hacer valer los derechos ‘nuevos’ especialmente (aunque no sólo) al nivel individual, sí sirven a

*ciertas funciones importantes, que no se deben pasar por alto*³⁷.

4. O verdadeiro papel da autoridade coatora: mera presentante em juízo da pessoa jurídica, sem capacidade postulatória

Já vimos que a autoridade coatora não discute no mandado de segurança relação jurídica própria, não tem a oportunidade de fazer a defesa do mérito do ato e não possui capacidade para postular em nome da pessoa jurídica de direito público.

Qual seria, portanto, o seu papel, mormente por ter a lei lhe dado função relevantíssima de prestar informações ao juízo e ter a Constituição Federal fixado toda a distribuição de competência em face da sua hierarquia?

Parece-nos que a autoridade coatora comparece ao processo apenas e tão-somente para prestar as informações sobre a matéria de fato, sem que, com isso, possa-lhe ser imputada a condição de representante processual da pessoa jurídica. A essência da sua atuação seria a de um *preposto* da pessoa jurídica, que, por ser a melhor conhecedora dos fatos, vem a juízo para, sobre eles, pronunciar-se.

A figura da autoridade coatora lembra, de certa forma, aquela tradicional do processo do trabalho, da pessoa jurídica reclamada ir a juízo representada por um preposto que *tenha conhecimento dos fatos*, além do seu advogado.

Nesse contexto, a autoridade coatora não desempenha a tarefa de defensora da pessoa jurídica, embora, em face do princípio administrativo da lealdade, nada obsta ela traga a juízo elementos que conheça para a defesa da atuação do órgão. Mas, ressalte-se, a autoridade não é a pessoa com a atribuição específica de fazer essa defesa e a ela não está obrigada. A autoridade coatora não deduz pretensão em juízo.

Na doutrina, idéia semelhante é defendida por Sérgio Ferraz, que destacou:

“... a) parte passiva é a pessoa de direito público (que, como tal, deve ser citada); b) o coator é mero informante; por não ser parte, e por ser agente administrativo, está jungido ao dever da veracidade; c) como informante, pode postular sua permanência no feito, eis que legítima, em tese, sua pretensão de sustentação do ato que cometeu ou omitiu; d) como *não* é parte, o coator não tem, diretamente (como tal se entendendo a legitimação recursal que decorre do fato de ser litigante sucumbente), legitimação recursal, a não ser que intervenha também como terceiro, numa das modalidades legalmente admissíveis; e) como parte é a pessoa jurídica, ela é a que *diretamente* se legitima para interpor ou impugnar recursos (com muita razão, Celso Bastos criticou, na nota de rodapé supra referida³⁸, o acórdão do Colendo Pretório no RE 78.620, que dispôs poder a pessoa jurídica de direito público intervir como assistente do funcionário coator. Assistente de quem não é parte?!)³⁹. (destaques nossos)

Sobre a posição de Ferraz, ressaltamos, todavia, que não podemos concordar com a possibilidade de a autoridade poder pleitear seu ingresso no feito como terceiro interessado, conforme demonstraremos mais adiante (item 5.2).

A presença da autoridade coatora diretamente em juízo adquire, ainda, grande relevância para assegurar a efetividade do mandado de segurança. De fato, ao exigir-se a correta identificação da autoridade, assegura-se que a eventual ordem judicial será encaminhada à autoridade que efetivamente deve cumpri-la.

Sem desejar entrar na discussão sobre a existência da categoria autônoma das ações mandamentais (incabível no escopo deste trabalho), não podemos olvidar que ponto característico fundamental do mandado de segurança é a expedição de uma ordem, por meio de um mandado (ainda que inserido na sentença), do Juiz para a autoridade

coatora. Fato, aliás, que dá origem ao nome do instituto.

Pertinente, nesse aspecto, a consideração de Pontes de Miranda:

“A pretensão ao mandado de segurança é preponderantemente mandamental. Não se precisa de ação de execução da sentença proferida na ação de mandado de segurança. Nem há nela mesma execução, que pudesse sugerir fôsse ação executiva *lato sensu*. O juízo expede o *mandatum de faciendo* ou *de non faciendo*. É êsse mandado que representa a eficácia principal da sentença. A parte não pediu somente que se declarasse ou condenasse, nem pediu que se constituísse, ou executasse o devedor; a parte pediu o *mandamento* contra o que ameaçou ou violou, autoridade estatal, como o juiz, ou alguém, com função delegada”⁴⁰.

É pertinente notar que a autoridade coatora não precisa ser parte para estar sujeita ao *provimento do mandado de segurança*. Na simples condição de órgão da pessoa jurídica, ela já está apta juridicamente a receber a ordem judicial. O ofício que o juiz encaminha com o teor da sentença (ou da liminar) à autoridade coatora equivale, assim, a uma intimação para cumprir a ordem judicial (CPC art. 234) e o seu não-acatamento implica a responsabilidade da autoridade.

Vislumbra-se, portanto, duplo fundamento para a necessidade de correta identificação, pelo impetrante, da autoridade coatora: (a) propiciar a celeridade e fidedigna coleta de elementos de fato, por meio das informações e (b) assegurar a efetividade da segurança concedida, de forma a que a ordem vá, diretamente, para quem tem atribuição para cumpri-la.

É justamente a presença da autoridade coatora no mandado de segurança que lhe dá uma das suas características mais marcantes. Frise-se que toda a distribuição

de competências para processamento e julgamento dos mandados de segurança é efetivada no plano constitucional em face da hierarquia da autoridade. Isso, todavia, não faz com que ela seja parte ou se lhe seja atribuída inusitada capacidade postulatória, apenas implica a imprescindibilidade da sua presença em juízo, na condição de presentante do órgão coator – e, portanto, da pessoa jurídica, assegurando a efetividade do provimento judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já manifestou entendimento na linha do que ora defendemos:

“Processual – Mandado de Segurança – Litisconsórcio entre a autoridade coatora e o Estado – Impossibilidade.

I – O processo de mandado de segurança tem como partes, de um lado, o impetrante e de outro, o Estado. Nele, a denominada ‘autoridade coatora’ atua como órgão anômalo de comunicação processual.

II – O recurso interposto pelo Estado, no processo de mandado de segurança desde que adimplidos seus requisitos, é de ser conhecido como apelo da parte sucumbente – não de litisconsorte ou de terceiro interessado.” (DJU 21-10-96, p. 40204. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Exceção que vislumbramos ao rigor técnico desse tratamento ocorre quando a própria autoridade coatora for o agente incumbido da representação judicial da pessoa jurídica de direito público ou de um de seus órgãos. Trata-se de hipótese não rara, como no caso de mandados de segurança impetrados contra atos de Procuradores da República, da Fazenda Nacional e dos Estados. Aí não se justificaria a dupla manifestação da autoridade e do representante judicial da pessoa jurídica, pois o agente em face de quem se impetra a segurança já possui, legalmente, a atribuição de defesa judicial do órgão.

5. Outros aspectos dessa construção

5.1. A legitimidade recursal da pessoa jurídica de direito público

Corolário do acima exposto é o reconhecimento da legitimidade recursal da pessoa jurídica de direito público. Com efeito, sendo ela a parte efetivamente legitimada, é ela quem pode recorrer.

Ao contrário, a autoridade coatora não detém essa legitimidade, haja vista que não é parte e tampouco possui capacidade postulatória. Não merece reparos, portanto, a jurisprudência que assim vem entendendo. Deixamos, pois, de nos aprofundar nesse tema, em face de, a nosso ver, não apresentar novidades.

5.2. A impossibilidade de assistência ou litisconsórcio da autoridade

Matéria que, todavia, apresenta grandes divergências na doutrina e na jurisprudência diz respeito à possibilidade de a autoridade ser assistente ou litisconsorte da pessoa jurídica (deixamos de analisar a questão sobre o prisma inverso – possibilidade de a pessoa jurídica ser litisconsorte ou assistente da autoridade – pela evidente razão de já termos concluído que ela é a efetiva parte legitimada ordinariamente).

Na doutrina, alguns dos autores adeptos da posição de ser a pessoa jurídica parte entendem possa a autoridade – para defender interesse próprio – ingressar no feito como assistente da pessoa jurídica.

Celso Ribeiro Bastos registra:

“Seriam muitos os fundamentos que ainda poderiam ser aduzidos para demonstrar que o sujeito passivo da segurança é a pessoa jurídica e não a autoridade coatora, ou mesmo o órgão em que esteja integrada. Lembre-se, de passagem, o problema das custas judiciais que, no caso de concessão do *writ*, estarão sempre a cargo da pessoa jurídica.

Nada obsta, todavia, a que a autoridade coatora permaneça no pro-

cesso até o seu final, mesmo depois de já ter prestado as informações e de, eventualmente, já ter, a pessoa jurídica a que pertença, vindo a assumir, através dos seus órgãos jurídicos, a defesa do ato impugnado.

Pode manter-se, a autoridade coatora, na qualidade de assistente uma vez que, como visto, da concessão da segurança lhe poderão, de futuro, advir conseqüências desfavoráveis, configurando-se, destarte, seu interesse processual em permanecer no feito. Em sendo assim, é legítima a sua eventual pretensão de manter-se no processo objetivando a sustentação do ato que praticou ou que omitiu”⁴¹.

Sérgio Ferraz, conforme monografia decorrente do Curso sobre Mandado de Segurança promovido pela Associação dos Juizes Federais em conjunto com o Instituto dos Advogados do Brasil, a Associação dos Advogados de São Paulo e o Instituto dos Advogados de São Paulo, sustenta que, também pelo fato de a autoridade eventualmente ter interesse próprio a defender (prevenindo futuras responsabilizações), poderia ela recorrer, na condição de terceiro interessado:

“... eu creio que a legitimação recursal aí se apresenta aberta em leque. Não é apenas, suponho, a pessoa jurídica de direito público que tem legitimação para recorrer. Eu diria que *a autoridade coatora também pode recorrer*.

Evidentemente sou chamado a dizer por quê. Por uma de duas razões: para aqueles que entendem que se instaura um litisconsórcio entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora, em razão deste litisconsórcio, *parte sendo*, recorrer poderia; doutra parte, uma outra hipótese que também legitimaria a possibilidade, é que sendo em tese, potencialmente, essa autoridade coatora responsabilizável, à vista do que dispõe o art. 107 da CF, teria, ainda que não fosse parte, a postura de *terceiro interessado*, o que também a legitimaria a recorrer. Então,

por uma circunstância ou por outra, creio que, ao contrário do que se entende hoje, a autoridade coatora poderia recorrer.

Mas, na verdade, não recorre por um desses desvios, aqui do Brasil. Não vejo nenhuma objeção para que a autoridade coatora recorra. Evidentemente, ela o fará, nessa hipótese, submetida à preceituação que deflui da Lei 4.215, recorre patrocinada por advogado. Teria de constituir advogado que teria, realmente, capacidade postulatória⁴².

Não podemos, com o devido respeito, concordar com essa tese. De fato, o mandado de segurança é garantia constitucional a favor do cidadão, prevista para ser instrumento célere de obtenção de medida judicial em face de ato ilegal ou abusivo do Estado. Admitir a discussão no estreito âmbito do mandado de segurança de eventual *responsabilidade do agente* implicaria desvirtuar o instituto. Lembre-se que para definição de responsabilidade do agente seria imprescindível a apuração de *culpa ou dolo*. Isso requereria evidente instrução probatória, incabível no estreito âmbito do mandado.

Ainda que a impetração esteja fundamentada em atuação abusiva do agente – e não em ilegalidade do órgão⁴³ –, não há como cindir, para fins de concessão da segurança, um do outro. Reportamo-nos ao dito acima – item 2.3. – com relação à comparação da ação popular com o mandado de segurança. Naquela ação, sem dúvida, busca-se apurar – além da responsabilidade objetiva do Estado – a responsabilidade subjetiva do agente e, inclusive, de terceiros beneficiários. No mandado não, o que se quer é tão-somente a obstrução à atuação ilegal do Estado em face de direito individual do impetrante, não importando seja a ilegalidade imputável ao agente ou não.

Embora a autoridade possa até ter interesse remoto no desfecho da lide posta no mandado de segurança (a improcedência do pedido de mandado pode por ela ser desejada como forma de afastar qualquer possibilidade de regresso pela pessoa jurídica), é

evidente que eventual concessão da segurança não produz efeitos jurídicos na sua esfera de interesses (do agente pessoalmente considerado), pois qualquer responsabilização dependerá de processo específico.

O procedimento de mandado de segurança não é, portanto, o adequado para a autoridade coatora fazer a sua defesa, até mesmo por não ser no seu estreito âmbito que lhe será imputada qualquer responsabilidade pessoal pelo ato ilegal ou abusivo.

Em última análise, permitir a participação do agente no âmbito do mandado de segurança para defender interesse próprio acabaria por admitir, até mesmo, a possibilidade de a pessoa jurídica eventualmente denunciá-lo à lide, com inestimáveis prejuízos à celeridade no processamento da medida. Ou, ainda que isso não ocorra, a simples assistência, de certa forma, já prejudica a celeridade, em face do aumento do número de atos cartorários e judiciais a praticar.

Essa, aliás, parece-nos ter sido a *ratio* da alteração introduzida na redação do artigo 19 da Lei nº 1.533/51 pela Lei nº 6.071/74, suprimindo do texto legal a previsão de assistência no mandado de segurança. Sendo a assistência uma participação voluntária no processo, não é imprescindível para a concessão do provimento judicial, ao contrário do litisconsórcio, quando necessário.

O Supremo Tribunal Federal registra precedentes nesse sentido, alterando seu anterior posicionamento:

“*Processual Civil*. Mandado de Segurança. Concessão de serviço público. Interesse na causa alegado pela União Federal. Pedido de assistência (inadmissibilidade).

Mostra-se correto o entendimento firmado pelo v. acórdão recorrido no sentido do descabimento de *assistência* no mandado de segurança, tendo em vista o que dispõe o art. 19 da Lei nº 1.533/51, na redação dada pela Lei nº 6.701/74, que restringiu a intervenção de terceiros no procedimento do *writ* ao instituto do litisconsórcio.

Sendo parte ilegítima para recorrer, como assistente, considera-se inexistente o recurso extraordinário interposto pela União Federal.” (RTJ 123:722)

No seu voto, o eminente Ministro Célio Borja, Relator, consignou, a nosso ver acertadamente, que:

“... mostra-se correto o entendimento esposado pelo v. acórdão recorrido, no sentido do descabimento da assistência em mandado de segurança, tendo em vista o que dispõe o art. 19 da Lei nº 1.533/51, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 6.071, de 3-7-74...”

13. Houve preocupação do legislador, como se nota, no sentido de afastar outras figuras de intervenção de terceiros do procedimento do *writ*, o que não ocorria quando da vigência do CPC de 1939, visto que a redação do referido art. 19 da Lei nº 1.533/51 dizia, então, serem aplicáveis os arts. 88 a 94 do Código, dispositivos colocados no ‘Capítulo II – Dos Litisconsortes’, sabendo-se, porém, que o art. 93, neles incluído, cuidava de assistência.

14. Tanto é assim que, no julgamento do RE 78.620/GB (RTJ 72/220), invocando o Código de 1939, esse Colendo STF admitiu a assistência em mandado de segurança, o que hoje não é mais possível, ante a claríssima redação do art. 19, da lei de *mandamus*.”

5.3. A revisão do papel do Ministério Público

O art. 10 da Lei nº 1.533/51 estipula que, após as informações, deve ser “ouvido o representante do Ministério Público”. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que se trata de caso de manifestação obrigatória do membro do *parquet*, independentemente da matéria versada.

Com efeito, atualmente a manifestação do Ministério Público no mandado de segurança adquire relevante papel, enquanto único pronunciamento – ao menos na Justi-

ça de primeira instância – sobre a matéria de direito posta pelo impetrante. Isso porque os representantes judiciais da pessoa jurídica de direito público permanecem ausentes do processamento da medida.

No passado (antes da CF de 1988 e da Lei Complementar nº 73/93, que instituiu a Advocacia Geral da União) – ao menos no plano federal –, essa sistemática era até admissível, em face de, à época, caber ao Ministério Público tanto a missão de ser representante judicial da União Federal como a de ser defensor da ordem jurídica, como *custos legis*. Dessa forma, embora chamado a se manifestar na condição de *custos legis*, em face dessa confusão de missões, poderia até se admitir – sob um prisma meramente pragmático – que a sua intervenção sanava o vício de falta de manifestação da União sobre o direito invocado pelo impetrante.

Mas, com a Constituição de 1988, as funções atribuídas ao Ministério Público foram profundamente modificadas. De fato, o artigo 127 da Constituição Federal incumbiu o Ministério Público da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” e o artigo 129, inciso IX, vedou-lhe a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

O *parquet* deixou, assim, de atuar também como representante judicial da pessoa jurídica de direito público, função agora atribuída à Advocacia Geral da União. Com isso, o Ministério Público passou a ser, exclusivamente, instituição dedicada à defesa dos interesses da coletividade.

Assim, não se pode mais – por expressa vedação constitucional – sequer imaginar possa a manifestação do Ministério Público suprir a falta de manifestação do representante judicial dos entes públicos. Essa, conforme insistimos, é imprescindível, enquanto ato de defesa da pessoa jurídica.

Ao mesmo tempo, a doutrina e a jurisprudência sobre o mandado de segurança admitem – a nosso ver acertadamente – o emprego da medida em face de qualquer tipo

de lesão por ato de autoridade, independentemente da natureza e da complexidade da matéria discutida, desde que a pretensão caracterize direito líquido e certo, enquanto prescindível de instrução probatória.

Destarte, no âmbito do mandado de segurança, discutem-se, muitas e muitas vezes, matérias de exclusivo interesse patrimonial do impetrante e da Fazenda Pública, sem maior relevância para o interesse público primário, aquele defendido pelo Ministério Público. Fossem, aliás, essas pretensões deduzidas pela via ordinária e, com toda certeza, não se reclamaria a atuação do Ministério Público, justamente pela natureza do interesse público envolvido (eminentemente patrimonial da Fazenda Pública). É o caso típico das discussões sobre matéria tributária, nas quais se acoima de ilegal (ou inconstitucional) ato praticado pela autoridade no âmbito de uma atividade administrativa plenamente vinculada.

Parece-nos, com o maior respeito a opiniões em contrário, que essas demandas não atraem necessariamente a participação do *parquet*. Com efeito, não seria o procedimento – do mandado de segurança – fundamento suficiente para atrair a atuação do Ministério Público, pois a instituição deve ser chamada a atuar em juízo em razão da matéria discutida, de acordo com as funções a ela atribuídas constitucionalmente.

Aplicáveis seriam, nesse caso, as regras do artigo 82 do Código de Processo Civil e a construção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida em torno do seu inciso III.

Vale dizer, embora o legislador tenha querido, em 1951, intervir o Ministério Público em todos os mandados de segurança, com a nova distribuição de funções entre as instituições jurídicas constitucionais, o *parquet* deve ser chamado a se manifestar apenas quando se tratar de matéria pertinente ao interesse público que lhe incumbe defender.

Apesar de se tratar de garantia constitucional, não nos parece que isso seja suficiente para exigir a intervenção do *parquet*

em todos os feitos, mormente pela imensa quantidade de impetrações que buscam discutir interesse patrimonial do impetrante e da Fazenda Pública.

Não queremos, com essa interpretação, dizer que é vedado ao legislador manter a intervenção do Ministério Público em todos os mandados de segurança (com espeque na autorização do art. 129, IX, da Constituição, quando diz que a instituição pode “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”). No entanto, ela não se reveste mais de um caráter de imprescindibilidade.

Aliás, em uma releitura atual do dispositivo do artigo 10 da Lei nº 1.533/51 – conforme a Constituição de 1988 –, não encontramos essa obrigatoriedade de o Ministério Público se manifestar, mas apenas de o Juiz remeter-lhe os autos, para, então, verificar se se trata de matéria inserida no rol do artigo 82 do CPC a exigir seu pronunciamento.

De lege ferenda, todavia, defendemos que nem mesmo essa remessa obrigatória deveria ocorrer, seguindo-se a sistemática do processo civil ordinário: o juiz verificaria a presença do interesse público primário, submetendo o seu entendimento, quando conclusivo pela sua existência, ao membro do Ministério Público; ou o próprio membro do *parquet* solicitaria o processo para exame, caso tivesse notícia de impetração relacionada com o interesse público primário. Essa medida agilizaria imensamente o processamento dos mandados de segurança, propiciando maior celeridade.

6. Conclusões

Em suma, podemos concluir que:

- a) no mandado de segurança, a pessoa jurídica de direito público é parte legitimada passiva ordinariamente;
- b) a autoridade coatora não é sua representante judicial, pois não possui capacidade postulatória;
- c) a autoridade coatora tampouco é substituto processual da pessoa jurídica de

direito público, em face, também, da sua carência de capacidade postulatória;

d) os órgãos que detêm capacidade postulatória para representar as pessoas jurídicas de direito público são aqueles discriminados nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal: a Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, as Procuradorias dos Estados e as Procuradorias dos Municípios, onde houver;

e) a autoridade coatora também não é parte legitimada ordinariamente, pois não discute relação jurídica sua, mas da pessoa jurídica à qual seus atos como órgão são imputados;

f) a autoridade coatora é presentante em juízo da pessoa jurídica, mas não postula em seu nome. À autoridade incumbe prestar informações sobre a matéria de fato – inclusive fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito invocado pelo impetrante –, mas não fazer a defesa do mérito do ato. Ademais, é em face dela que se expede a ordem com a segurança, fato que implica a sua inafastável identificação no feito;

g) a defesa do mérito do ato – em especial sobre a matéria de direito – deve ser feita pelos órgãos previstos constitucionalmente para defender, em juízo, a pessoa jurídica de direito público (arts. 131 e 132 da CR de 1988). Logo, a pessoa jurídica de direito público deve ser citada, na pessoa desses representantes, para apresentar defesa;

h) a legitimidade recursal no mandado de segurança é exclusiva da pessoa jurídica de direito público;

i) a autoridade coatora não pode ingressar no feito, como assistente ou litisconsorte, para defender interesse seu enquanto agente, pois trata-se de matéria estranha ao mérito do mandado de segurança;

j) a intervenção do Ministério Público não supre a ausência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público no mandado de segurança;

l) o Ministério Público não é obrigado a se manifestar sobre o mérito do mandado

de segurança quando se tratar de matéria de interesse exclusivamente patrimonial do impetrante e da Fazenda Pública;

m) *de lege ferenda*, a obrigatoriedade de remessa dos autos do mandado de segurança ao Ministério Público em todo e qualquer caso deve ser revista.

Bibliografia

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 13ª edição, 1987.
- _____. *Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*. RDP 17:9.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Mandado de Segurança* (obra coletiva). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª tiragem, 1987.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1966.
- _____. *Sujeito Passivo no Mandado de Segurança*. RT 589:33.
- BASTOS, Celso. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- BUZUID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1970 (primeira edição brasileira).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 6ª edição, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *Curso de Mandado de Segurança* (obra coletiva). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *As partes no mandado de segurança*. Revista de Processo 19:199.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos*. São Paulo, Malheiros, 2ª edição, 1993.
- _____. *Curso de Mandado de Segurança* (obra coletiva). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Curso de Mandado de Segurança* (obra coletiva). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- GARTH, Bryant e CAPPELLETTI, Mauro. *El acceso*

- a la justicia. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1993.
- GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1991.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. São Paulo, Malheiros, 15ª edição, 1994.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 11ª edição, 1985.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1959.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Mandado de Segurança: alguns aspectos atuais*, in *Mandados de Segurança e Injunção*, Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Saraiva, 1990.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba. Juruá, 1997.
- SIDOU, J.M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular*. Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 1992.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Curso de Mandado de Segurança* (obra coletiva). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- WALD, Arnoldo. *Mandado de Segurança e Ação Popular no Estado de Direito*. RBDP 16:43.
- ¹¹ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 191-2.
- ¹² Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación Constitucional*, p. 120.
- ¹³ Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 45.
- ¹⁴ Vicente Greco Filho, *Da intervenção de terceiros*, p. 30.
- ¹⁵ Antônio de Pádua Ribeiro, *Mandado de Segurança: alguns aspectos atuais*, in *Mandados de Segurança e Injunção*, Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 154.
- ¹⁶ Antônio de Pádua Ribeiro, *Mandado...*, p. 155.
- ¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *As partes no mandado de segurança*. in RP 19:199.
- ¹⁸ Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 43.
- ¹⁹ Coqueijo Costa, *Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional*, p. 64, apud Sérgio Ferraz, *Mandado...*
- ²⁰ Hely Lopes Meirelles, *Problemas do Mandado de Segurança*, RDA, Vol. 73, p. 46, apud Sérgio Ferraz, *Mandado...*
- ²¹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, p. 41.
- ²² Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança...*, p. 41/42.
- ²³ Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, p. 184.
- ²⁴ Conforme afirmam Celso Barbi, *Do Mandado...*, p. 109, e Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 43.
- ²⁵ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V, p. 156.
- ²⁶ Pontes de Miranda, *Comentários...*, p. 157/158.
- ²⁷ Hoje o prazo é de 10 dias.
- ²⁸ Pontes de Miranda, *Comentários...*, p. 187/188.
- ²⁹ Lúcia Valle Figueiredo, *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*, p. 36.
- ³⁰ AMS 0100036423/97-DF - 4ª Turma, Rel. Juiz Eustáquio Silveira.
- ³¹ Lex 203:127.
- ³² Cremos que a expressão correta seria... *seja imputável...*
- ³³ Walter Claudius Rothenburg, *A pessoa jurídica criminosa*, p. 212.
- ³⁴ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, p. 197-8.
- ³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, p. 71-2.
- ³⁶ Trata-se de norma que implicitamente reconhece a inafastabilidade do pronunciamento da pessoa jurídica no mandado de segurança.
- ³⁷ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, p. 98-9.
- ³⁸ Nota de rodapé 4 da p. 38 da obra *Do mandado de segurança*, 1978.
- ³⁹ Sérgio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 44/45.
- ⁴⁰ Pontes de Miranda, *Comentários...* Vol. V, p.

Notas

¹ Julgada em 4 de fevereiro de 1993, DJU 6/3/98, p. 4. Ementário 1901-01.

² Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, p. 108.

³ Celso Agrícola Barbi, *Do mandado...*, p. 108.

⁴ Celso Agrícola Barbi, *Do mandado...*, p. 108.

⁵ Celso Agrícola Barbi, *Do mandado...*, p. 108.

⁶ Celso Agrícola Barbi, *Do mandado...*, p. 108.

⁷ Registramos que a nossa leitura de Pontes de Miranda conduz a conclusão diversa da proclamada por Celso Barbi, conforme se demonstrará adiante, ao expormos a doutrina que defende ser a autoridade parte no mandado de segurança.

⁸ Celso Agrícola Barbi, *Do mandado...*, p. 110

⁹ Adhemar Ferreira Maciel, *Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança*, in *Mandados de Segurança e Injunção*, Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 180.

¹⁰ Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 96-7.

194. De notar que a legislação posteriormente passou a admitir execução em mandado de segurança (Lei nº 5.021/66). No entanto, trata-se de expediente excepcional, que homenageia a economia processual e a efetividade do instituto, na medida em que permite ao impetrante vencedor obter todos os efeitos decorrentes da concessão da ordem de fazer.

⁴¹ Celso Ribeiro Bastos, *Do mandado de segurança*, p. 38.

⁴² Sérgio Ferraz, *Aspectos Processuais do Mandado*

de Segurança, in *Curso de Mandado de Segurança*, p. 139/140.

⁴³ Admitimos aqui a distinção feita por Diógenes Gasparini entre ilegalidade e abuso de poder, situando este último no campo da execução do ato. “... abuso de poder é toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais.” Vide *Direito Administrativo*, p. 59-64.

Autonomia municipal no Estado brasileiro

Maria Coeli Simões Pires

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Origem do Município brasileiro. 3. Evolução do regime municipal no Brasil e conformação da autonomia. 4. Neo-municipalismo na Constituição de 1988. 4.1. Competências constitucionais do município. 5. Descentralização e poder local sob uma visão comparativa. 5.1. Descentralização na Alemanha. 5.2. Outras experiências de governos locais. 6. Conclusão – uma visão crítica da autonomia no Brasil.

1. Considerações preliminares

O Município, tradicional objeto de investigações no campo do Direito, da Administração Pública e do Urbanismo, hoje, sensivelmente impactado, por um lado, pelo marcante fenômeno de complexificação social a impor a densificação de demandas e relações em âmbito local, e, por outro, pela tendência globalizante da economia e da cultura, a par de continuar como desafio daquelas ciências, suscita a canalização de esforços de estudiosos de outras áreas do conhecimento, notadamente da Sociologia, da Psicologia, da Economia, da Ciência Política e da História, para quem já se coloca como categoria funcional estratégica de garantia de referência e de identidade dos cidadãos. Assim é que se afirma o Município como contraponto da tendência universalizante, como espaço de expressão do homem-sujeito, e, então, de significação do dado ou estatística e, ainda, como o *locus* de apro-

Maria Coeli Simões Pires é Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG, doutoranda e profesora junto à mesma Faculdade.

priação dos benefícios da civilização e de revelação de seus efeitos perversos.

Nesse contexto, o próprio direito há de desenvolver ânimo criador de nova reflexão acerca dos conteúdos desse núcleo de estudos, na busca de releitura e ressemantização de seus elementos, a partir de considerações outras, que, classicamente, refugiriam ao plano comum de análise.

A autonomia municipal, tema estruturante das construções jurídicas nesse campo, há, pois, de ser retomada tendo em vista a nova contextualização e a contribuição multidisciplinar que se adensa no estudo de estratégias de gestão contemporânea e de compreensão da trama urbana e dos diversos atores que a tecem.

Nesse sentido, as questões relacionadas com as tendências internas quanto à organização local e com as perspectivas do direito comunitário assumem um papel fundamental na ressemantização do conceito da autonomia municipal no Brasil, o que está a demandar estudo específico.

Com o propósito de preparar as bases para a reflexão, buscar-se-á, neste passo, o recuo na tentativa de rastrear as origens da instituição municipal, em breve escorço histórico, sem uma científica sistematização dos diversos estamentos de razões que a erigiram no tempo; as construções teóricas só permearão a abordagem como suporte para reavaliação, tendo em vista o prisma da realidade brasileira, dos pontos essenciais e das teses fundamentais que o tema suscita, pacificadas ou não. O presente trabalho não abre espaço para que se possa passar a limpo a teoria dos Municípios, seja porque a pertinaz caminhada da Doutrina brasileira nessa seara já muito avançou, seja porque a realidade da Federação brasileira está a invocar uma reflexão sobre o tema sob perspectiva mais conjuntural.

Tomar-se-á, então, o aporte já feito em substanciosos trabalhos sobre a matéria, muitos deles anteriores à Constituição de 1988, e outros editados na vigência da nova ordem, sendo certo que, sob a égide do Esta-

do Democrático de Direito, intensificaram-se as contribuições, ampliando-se consideravelmente a plêiade de estudiosos de assuntos atinentes à municipalidade brasileira.

2. *Origem do Município brasileiro*

Diferentemente das cidades européias surgidas a partir do século XII como fruto de evolução natural dos grupos sociais, as brasileiras foram impulsionadas pelos artifícios e interesses colonialistas da Metrópole¹.

Segundo Castro², nossa instituição municipal, tendo sua origem nas comunas portuguesas, inaugurou-se no Brasil com a criação, por Martim Afonso, em 1532, sob a vigência das Ordenações Manuelinas de 1521, da Vila São Vicente, atual São Paulo, seguida daquela por Olinda, Santos, Salvador, Santo André de Borda do Campo e Rio de Janeiro. A Vila, por sua vez, marcou o início da República Municipal Brasileira, constituindo-se, historicamente, no *primeiro governo local autônomo das Américas*, conforme registra Godoy³.

A política de colonização portuguesa, partindo da fundação de vilas e atendendo aos interesses da Metrópole, tomara, inicialmente, a descentralização como estratégia para a ocupação territorial, um modo mais seguro de garantir a dependência da Colônia. A lógica de dispersão do poder em diversos pólos justificou a instituição das Capitânicas Hereditárias, concedidas aos donatários sob regime de sujeição à Metrópole e com autonomia interna, cabendo àqueles, entre outros poderes, o de criar Vilas, conforme anota Rocha⁴.

Essas Capitânicas, em sua feição original, perpétuas, inalienáveis e hereditárias, organizaram-se sob os signos da autonomia e indivisibilidade, submetendo-se, contudo, às imposições da Coroa.

A organização municipal lusitana foi, então, transplantada para as primeiras vilas e cidades do Brasil com suas múltiplas

figuras: um alcaide, juizes ordinários, vereadores, almotacés, juiz de fora, procurador e homens bons. A estrutura revelou logo a imposição da Metrópole e um certo desprestígio da Comuna, alçada ao controle cerceador daquela, especialmente, pela integração dos representantes da Coroa nos Conselhos, os juizes de fora⁵.

O principal papel de governo local fora reservado à Câmara Municipal ou Câmara de Vereança, composta de vereadores escolhidos entre os grandes proprietários, os chamados “homens bons”, e juizes, ordinários ou de fora, estes enviados de Portugal para zelar pelos interesses da Coroa. Entre as atribuições da Câmara, a administração do patrimônio público, a autorização para construção de obras públicas, o policiamento, a nomeação de funcionários e o estabelecimento de impostos.

As vilas e as cidades evoluíram. O sistema de Capitâneas, contudo, não apresentou os resultados esperados, verificando-se o desenvolvimento de algumas delas apenas.

Surgiram, então, propostas unificadoras da Colônia, estruturadas pela reação das Capitâneas, ou a partir do espírito centralista da Coroa, e que se revelaram em contraditórias medidas: a instalação do Governo-Geral na Bahia, que, entanto, logo dividiu poder com o estabelecido no Rio de Janeiro (1572); a transferência da Corte Portuguesa para a Colônia, com o propósito de dominação das capitâneas; a elevação daquela a Vice-Reino, a Reino Unido de Portugal e Algarve; o próprio evento da Independência, que, conquanto tivesse precedentes relacionados com a alternativa de índole federativa, assentou solução unitarista, sob o argumento de adequação aos propósitos de consolidação da emancipação do Estado Brasileiro⁶.

Apesar da lógica centralista da Coroa no tocante à administração, persistente na subjugação da Colônia e na resistência das Capitâneas às Comunas, a instituição municipal ganhou incontestável vigor ainda no Brasil Colônia, para o que contribuíram,

entre outros fatores: a distância da Metrópole; a vastidão territorial da Colônia; o afastamento entre a cidade e a sede dos latifúndios, o que projetava a necessidade de que cada cidade logo se constituísse em centro de poder auto-suficiente; a ênfase dada pela colonização portuguesa à instalação de núcleos urbanos como suporte às aspirações de desenvolvimento da burguesia mercantil, seja como ponto de convergência da produção rural, seja como estratégia para alcance do mercado europeu; as determinações contidas nas cartas de doação aos donatários e nos regimentos dos Governadores-Gerais quanto às atividades econômicas e quanto à fundação dos centros político-administrativos; o apoio da Igreja; o poder político da vereança e a iniciativa própria das câmaras que se arrogavam relevantes atribuições em assuntos das Capitâneas e de interesse local; o poder econômico dos proprietários rurais; o sentimento nativista de cada povo e a reação das Câmaras contra os governadores das Capitâneas Hereditárias. Registros desse tempo dão conta da existência de senadores das Câmaras Municipais do Brasil e do clima de resistência das Casas Legislativas locais aos Governadores, como resposta às sucessivas tentativas da Coroa de submeter as localidades à superioridade das Capitâneas. Nesse clima de resistência, as Câmaras, gozando de autonomia, chegaram a questionar o domínio da Coroa, o que levou a sucessivas medidas de restrição do poder local por parte da Metrópole⁷.

A despeito das tentativas de unificação no Brasil Colônia e da unidade do Brasil Império, a estrutura descentralizada do Estado brasileiro, adotada, na Carta de 1824, por imposição política, fora assimilada como solução natural. Em efeito, a centralização caiu logo em declínio, antes que se aglutinassem as Províncias em torno do monarca, motivando a partida de D. Pedro I para Portugal em 1831. Após esse episódio, instalou-se a regência em clima francamen-

te aberto à descentralização, principalmente pela posição independente das Províncias e pelas injunções regionais com o apelo de participação. Desse período, anotam-se, ainda, providências importantes de inspiração descentralizadora: o Ato Adicional – Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, e o Código de Processo. O referido Ato, embora não tendo acolhido soluções aventadas no projeto que lhe servira de antecedente, como a de Monarquia Federativa, entre outras alternativas mais ousadas, adotou a substituição dos Conselhos Gerais das Províncias por Assembléias Provinciais com poderes significativamente mais amplos que os daqueles. Não se registrara, contudo, linearidade nesse processo, eis que não infenso às pressões e críticas, constatando-se alternância centralização – descentralização até que se firmaram as bases do federalismo⁸.

3. Evolução do regime municipal no Brasil e conformação da autonomia

Deitando raízes no contexto sócio-político e econômico do período colonial, a instituição municipal aí se conformou e evoluiu, sofrendo, também, adaptações na fase seguinte, na qual se elevou a Colônia à categoria de Vice-Reino (1763). Com efeito, estruturou-se o regime municipal, principalmente, a partir de 1549, no Governo-Geral, quando as Câmaras Municipais, revestindo-se de grande prestígio político, tiveram nas pessoas de seus senadores os responsáveis pela administração do Município, pela arrecadação dos impostos e pela administração da justiça, detendo poder de controle sobre Governadores e forte atuação no processo emancipacionista brasileiro. Presentes naquelas representações a índole libertadora e a identificação com as aspirações de nacionalidade.

Referindo-se ao regime municipal sob os auspícios da Coroa Portuguesa, Brasileiro⁹ mostra os interesses que sustentaram a organização local de então:

“No período colonial, que se estende até 1822, as cidades funcionaram, principalmente, para promover os in-

teresses dos colonizadores portugueses voltados para a exportação ou para a ocupação do interior. (...) A municipalidade brasileira conservou-se num estágio primitivo e foi bastante ineficiente como unidade de governo”.

No Brasil Império, a instituição municipal ganhou foro constitucional. A Carta de 1824, num aceno de fortalecimento da instância local, destinou tratamento especial às Câmaras Municipais, em capítulo apartado, estabelecendo, entre outras prescrições, que, em todas as cidades e Vilas então existentes e nas mais que para o futuro se criassem, haveria Câmaras eletivas, às quais competiria o governo econômico e municipal (art. 167).

A Constituição reservara à lei a definição do número de vereadores às câmaras e a explicitação das funções municipais e dos critérios de formação das Posturas Policiais, a forma de aplicação das rendas e todas as particularidades e atribuições do Município.

A Lei 28, de 1/10/1828, editada como documento básico da organização municipal no Brasil, em linha centralizadora, e em contradição com as idéias nacionalistas, estabeleceu subordinação administrativa e política das Câmaras aos presidentes das Províncias, reduzindo o órgão legislativo municipal a mera corporação administrativa dos Conselhos Provinciais, sem atuação na jurisdição contenciosa. Configurou-se, aí, absoluta fragilidade da autonomia, já que ficou, então, reservado um papel secundário e subalterno à Câmara, por sua vez, amplamente submetida à tutela permanente do poder central mediante autorizações para obras, aprovação de nomeações dos empregados e outras manifestações limitadoras, e, sobremaneira, vitimada pela perda de muitas franquias. Nesse quadro, não passaram os Municípios de meras circunscrições administrativas.

Meirelles¹⁰ afirma, contudo, que as municipalidades, mesmo sob o centralismo

imperial, foram mais autônomas que no regime de 1937, porque os

“interesses locais eram debatidos na Câmara de Vereadores e levados ao conhecimento dos Governadores (Lei 1828) ou das Assembléias Legislativas das Províncias (Ato Adicional de 1834)”.

Em 1834, o Ato Adicional abriu perspectiva no sentido de que as Províncias recuperassem o prestígio do poder municipal, como reação à linha centralizadora da Lei 28. Não houve, entretanto, qualquer fortalecimento no plano da reforma constitucional ou das normas subseqüentes, tendo prevalecido, em todo o Império, o desprestígio do governo municipal e o clima francamente desfavorável ao ideário de autonomia das municipalidades.

Consoante apostila Tavares Bastos¹¹, em estudo clássico sobre a matéria, o que se buscou, posteriormente, foi a descentralização provincial, não se tendo cogitado da autonomia municipal.

A Constituição de 1891, consagrando o Federalismo e revigorando a instituição local, inaugurou, no art. 68, a expressão *autonomia municipal* e o próprio termo Município, vinculando o conteúdo daquela ao critério do peculiar interesse. Fê-lo, todavia, em frágil construção, já que sua extensão deveria ser traçada pelo próprio Estado. Tal peculiaridade, aliada à escassez de recursos destinados aos municípios e às contingências de nomeação de prefeitos para a maioria dos municípios, reservou àquele modelo de autonomia um caráter meramente nominal.

O municipalismo — segundo as críticas não-liberais, uma idéia exótica, e, sobretudo, americana — só emergiu, verdadeiramente, no século XX, na esteira do Movimento Pluralista. A ideologia municipalista aí se estruturou para desembocar na campanha do Movimento Municipalista, que gerou, a um só tempo, instituições como o IBAM e a Associação Brasileira dos Municípios, conforme assevera Melo¹².

Até a década de 30, as circunstâncias sócio-político-econômicas do Brasil, tais como a prevalência da economia de exportação do café, da oligarquia rural e do coronelismo, distanciaram, sobremaneira, as perspectivas de um Brasil urbano, a despeito da ocorrência de alguns processos de urbanização em algumas regiões do País.

Todas essas determinantes estiveram na base da política dos Governadores, falsearam as eleições, interferiram no processo da organização municipal e projetaram reflexos na máquina governamental.

No período de 1930 a 1934, com a ascensão da classe média ao poder e com a ditadura de Vargas e, mais, na ausência de Constituição, o Brasil esteve sujeito às drásticas conseqüências do Decreto 19.398, de 11/11/1930: inexistência de Poder Legislativo; exercício de governo por interventores nomeados para os Estados, e por prefeitos, também, nomeados e sujeitos àqueles. Iniciou-se o período de centralização da Ditadura de Vargas, sob a bandeira de um projeto nacional urbano, de cunho industrialista. Nessa fase, teve, ainda, espaço o movimento constitucionalista.

Com a Constituição de 1934 (art. 13), sob o pálio das idéias sociais democráticas, registrou-se o renascimento do municipalismo, ao amparo do Poder Central, com o restabelecimento e a ampliação da autonomia municipal, baseada no critério do peculiar interesse e assegurada em plano constitucional: em termos políticos, pela eleição de prefeito e vereadores; em matéria financeira, pela previsão de rendas próprias para o Município por meio de atribuição de competência tributária para decretação de seus impostos e, finalmente, pela capacidade organizatória de seus serviços, severamente protegida contra a ingerência do Estado.

Lembra Melo¹³ que a ideologia municipalista dessa época colocou-se contra as forças oligárquicas e corruptas, comprometedoras da racionalidade do aparelhamento estatal:

“Na década de 30, Alberto Torres e Oliveira Viana enunciavam o municipalismo como algo antagônico ao suposto estadualismo da República Velha que, dentro dessa crítica, era vista como inteiramente oligárquica e corrupta, onde as oligarquias estaduais e o mundo da política imprimiam irrationalidade à esfera pública”.

Segundo registro do mesmo autor¹⁴, a idéia então defendida foi a de um Estado forte, no qual o Município pudesse significar a esfera política comunitária. Nesse contexto, o enaltecimento do municipalismo foi a estratégia de fortalecimento da União — contra a idéia da Província — tendo-se convertido, então, *nessa ideologia curiosa, ruralista que aparece como redenção do interior, uma espécie de pedagogia rural*.

No período de 1937 a 1945, atingido pelos reflexos do impulso da industrialização, da crise de 1929, do Estado Novo, da deflagração da Segunda Guerra Mundial, registrou-se um quadro desolador da história municipalista.

A Carta de 1937 manteve apenas nominalmente o poder local. Vulnerou a autonomia política: previu eleição de vereadores, mas, ao mesmo tempo, desprezou o Legislativo, ao assinalar a dissolução dos sistemas de representação; definiu a nomeação pelo Governador como critério para investidura dos prefeitos e abrigou um regime interventor nos Estados e Municípios. Neutralizou a autonomia financeira e administrativa no âmbito da Federação, mediante rigorosa técnica de concentração de poderes no âmbito do executivo federal em prejuízo de Estados e Municípios, transformados estes em instâncias gerenciais da União, tendo-se voltado a atenção desta, em especial, para as cidades estratégicas e de expressão industrial.

No período de 1945 a 1964, o Brasil viveu o cenário do fim da Guerra Mundial, da deposição do Governo Ditatorial, da queda do Estado Novo, da reconstitucionalização do País, do liberalismo político, das

bandeiras do nacionalismo, da expansão da base econômica nacional, com substituição das importações. De traço democrático, o período restaurou o sistema federativo descentralizador, oportunidade em que se restabeleceram os poderes das Casas Legislativas e em que se abriram perspectivas de reorganização partidária.

A campanha municipalista teve grande reflexo na Constituinte de 1946 e impregnou a política do Estado Novo. Nesse contexto, imbricada na cultura política não-liberal, surgiu a proposta de uma República Municipalista, com base na redivisão dos Estados, como contraponto da hegemonia do *café com leite*¹⁵.

A Constituição de 1946, que reinaugurou os valores democráticos, deu nova densidade à autonomia, prefigurando-a segundo as três linhas básicas: política; financeira e administrativa (art. 28). O arranjo constitucional prestigiou a instituição municipal, seja pela equitativa distribuição de renda mediante ampliação da participação do ente local nas finanças, seja pelo delimitamento dos fundos de transferência, seja pela reintegração do Município no sistema eleitoral do País e, ainda, pelas categóricas barreiras à indiscriminada intervenção estadual nos municípios. Não se pode dizer, todavia, de uma consistente autonomia política no referido período, sobretudo pela ausência de clareza no sistema de repartição de competências e poderes entre as diversas esferas.

No período de 1964 a 1970, num cenário marcado pela queda de João Goulart; pelo golpe militar, com a ascensão das Forças Armadas, a distribuição do poder nas mãos de militares, tecnocratas e burguesia industrial; pela ditadura das armas, sob as bandeiras da moralização, do desenvolvimentismo, do combate à inflação e da segurança nacional, a autonomia municipal apenas se manteve nominalmente. Esteve, aí, afetada pela hipertrofia do Poder Executivo, notadamente na esfera da União, pelo dirigismo estatal, caracterizado por forte poder de in-

tervenção do Governo Central em todos os domínios, por meio de planejamento federal compreensivista dos diversos setores, pela expansão da máquina pública federal em modelo conformador do aparelhamento das esferas estadual e municipal, com prevalência da simetria dos organogramas racionalistas e burocráticos.

Com efeito, a Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 fragilizaram os Municípios em termos políticos, administrativos e financeiros. Ficaram eles, financeiramente, submetidos à União, que passou a concentrar a maior parte da receita pública e a impor-lhes condição de mendicância e de dependência na aplicação das verbas; e tornaram-se os entes locais mais vulneráveis perante o Estado-membro, do ponto de vista político, pelo aumento das hipóteses de intervenção estadual; administrativamente, estiveram condicionados à simetria na organização, segundo matrizes da União, sem espaço para o necessário afinamento às peculiaridades de cada qual. E é, ainda, nesse período que se estabeleceram rigorosas restrições à remuneração de vereadores, determinando-se, para municípios com população abaixo de certa faixa, a gratuidade dos mandatos.

De 1970 a 1984, ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, e presentes a ideologia e a estratégia da Revolução de 1964, os Municípios continuaram reféns da União, eis que permaneceram sujeitos à linha centralizadora do Governo Federal, no obstinado propósito de assimilar e impor os avanços da tecnologia. Tal linha, de caráter racionalista, estratificou, sobremaneira, a dependência dos Municípios à tecnocracia dos gabinetes.

Com efeito, na ditadura militar, a autonomia política foi atingida diretamente pela regra de nomeação de prefeitos de capitais, de estâncias e de municípios de Segurança Nacional; o campo de atuação legislativa foi, também, sensivelmente restringido, de modo que os governos locais atuaram como meros executores da política central, espe-

cialmente no tocante ao desenvolvimento urbano traçado pela União.

Registra-se a contribuição de Melo¹⁶ sobre o municipalismo nas décadas de 60 a 80:

“Durante o regime militar, salvo num primeiro momento em que o Ministério do Interior tinha a idéia de planos de desenvolvimento integrado, o municipalismo foi absorvido pelas políticas governamentais. Mas, com o segundo PNB e a recentralização que o governo Geisel imprime, o municipalismo ficou deslocado, enquanto princípio ordenador de políticas. Isso se mantém até 1985, quando se iniciam os movimentos que vão transparecer na Constituição de 1988, que é profundamente Municipalista.”

No período de 1984 a 1988, abriram-se amplas perspectivas, a partir da mobilização da sociedade, de abertura política e distensão.

Essas sinalizações intensificaram-se depois de 1984, com os movimentos populares pró-constituente, as campanhas municipalistas, a sensibilização da sociedade para participação das cruzadas pelos Planos de Estabilização do Cruzado, passando pelo Bresser e pelo Verão, e com o processo constituinte, de caráter participativo e democrático, que culminou com a edição da Constituição de 1988, rotulada como Constituição da Cidadania, a qual, restabelecendo, por inteiro, a autonomia política, prescreve tratamento privilegiado à entidade local, integra-a formalmente à Federação e agrega, ainda, ao poder local a competência para elaboração de sua lei orgânica, consolidando, de modo expressivo, o conteúdo de autonomia municipal, sob o pilar do interesse local.

Vê-se, pois, que, ao longo da história brasileira, o conteúdo da autonomia municipal não se manteve uniforme, nem esteve infenso aos interesses da Coroa, às vicissitudes dos regimes, nem aos caprichos dos ditadores ou tecnocratas.

Desde a sua inauguração nominal no texto constitucional de 1891, a autonomia foi mantida nas cartas seguintes, muitas vezes, relativizada: no plano político, pela nomeação de prefeitos, pelo fechamento das câmaras, pela neutralização do campo de competência legislativa municipal; no plano administrativo, pelas linhas centralizadoras, pelos processos centrípetos de planejamento e decisão no âmbito da União, pela prefiguração de modelos administrativos e de estrutura de serviços; no plano financeiro, por uma perversa repartição de receita que estruturou a onipotência da União. Esta, concentrando a receita pública, pode manter reféns os Municípios, tendo estes, por sua vez, na ode palaciana, o espaço de mendicância.

Nesse tópico, utilizaram-se amplamente dados constantes de estudos e quadros desenvolvidos por Brasileiro¹⁷ e Dias¹⁸.

4. Neo-municipalismo na constituição de 1988

Erigem-se como pilares estruturantes da Federação Brasileira, na Constituição de 1988, os comandos expressos nos artigos 1º e 18.

Na interpretação dos referidos dispositivos, especialmente no que tange à posição do Município no quadro federativo, divergem os doutrinadores, sustentando alguns a absoluta inconsistência da tese da figuração daquele como entidade federativa, e outros, a integração do ente local naquela estrutura. Na primeira corrente, colocam-se, entre outros, Baracho¹⁹ e Silva²⁰. Aduzem, em abono à tese, argumentos como o de que o federalismo não pressupõe o Município como elemento essencial; o da não-participação do ente local na formação da vontade e das decisões do Senado e na prestação jurisdicional; o de que não se lhe reconhece o poder de apresentação de emendas à Constituição. Sustentam, categoricamente, que a possibilidade de intervenção do Estado nos Municípios mostra a vinculação direta des-

ses à entidade federativa intermediária ou regional, afastando, portanto, a vinculação dos entes locais à unidade federativa aglutinadora ou central, que é a União.

Em posição antagônica, colocam-se Bastos, Horta, Ferrari e Santana, entre outros.

Sustenta o primeiro²¹:

“Desde o momento em que a Constituição brasileira alçou o Município a entidade condômina do exercício das atribuições que, tomadas na sua unidade, constituem a soberania, não poderia, para ser conseqüente consigo mesma, deixar de reconhecer que a própria Federação estava a sofrer um processo de diferenciação acentuada, relativamente ao modelo federal dominante no mundo, que congrega apenas a ordem jurídica central e as ordens jurídicas regionais: a União e os Estados Membros”.

Por sua vez, referindo-se ao esforço de reconstrução e retificação do federalismo como mérito inegável da Constituição de 1988, Horta²² assinala:

“Projetou-se além da edificação reconstruída, para introduzir novos fundamentos e modernizar o federalismo constitucional brasileiro.

Entre esses fundamentos, sobressai a singular inclusão do Município entre os entes que compõem a união indissolúvel da República Federativa, no artigo inicial da Constituição (art. 1º). Essa eminência do Município não dispõe de correspondência nas anteriores Constituições Federais Brasileiras, nem tão pouco nas Constituições Federais dos Estados Unidos, do México, Argentina, Venezuela, Áustria, Alemanha, Canadá, Índia, Suíça e Austrália. A inovação da Constituição adveio da atração suggestionadora do movimento municipalista, que rompeu o quadro da lógica constitucional e erigiu o Município autônomo em componente da República Federativa”.

Ferrari²³, embora reconhecendo que o federalismo se assenta sobre duas idéias fundamentais – a autonomia das entidades federativas e a participação dessas na formação da vontade dos órgãos federais e nas suas decisões –, não nega a integração do Município no condomínio federativo:

“... na Federação brasileira, conforme determina a Constituição Federal, os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, autonomia essa limitada pelos princípios contidos na própria Lei Magna do Estado Federal e naqueles das Constituições Estaduais”.

Na mesma linha, e admitindo a relevância dos argumentos contrários à tese da configuração do Município como entidade federativa encontradas na doutrina, adverte Santana²⁴:

“... o fato é que não podemos nos esquecer de que os modelos federativos não podem ser transplantados de um Estado para outro. Enfatizamos novamente que cada Estado possui suas próprias características e, assim, tipificam sua estrutura interna. No caso brasileiro é de se dar grande importância a esse aspecto, porque, como sabido, todas essas particularidades que o Município apresenta são, em verdade, notas definidoras dos contornos da nossa fisionomia federativa; são especificidades do ser-federativo-pátrio”.

De fato, a Constituição de 1988 introduz significativas alterações na fisionomia do Estado Brasileiro. E, se já não tínhamos uma federação segundo o modelo tradicional, a partir da nova ordem, ela mais se afasta daqueles moldes, pela tonificação de suas peculiaridades. Acentua-se, portanto, a distinção de tratamento dado ao ente local. Ganha este relevância no plano federativo, seja pela excepcionalidade do *status* a ele conferido, seja pela sinalização – pelo menos no plano constitucional – no sentido da

inversão do movimento expansionista do poder central.

Sobre a importância desse *status* do ente local, lembra Horta²⁵:

“ a ascensão do Município desfaz antigas reservas que se opunham às relações diretas entre a União e o Município”.

Em efeito, a Carta é categórica ao explicitar o Município na configuração da Federação, é pródiga em referências ao ente local: uma leitura de seu texto evidencia a preocupação do constituinte em enaltecê-lo, quer no plano da estrutura do federalismo; quer na partilha de competências, embora seja possível verificar-se, ainda, a persistência de competências centralizadas em relação a uma gama considerável de matérias; ou, ainda, no reconhecimento de seu papel como importante agente de políticas públicas, e, especialmente, na dedicação de comandos básicos e preordenadores da lei orgânica municipal.

Sob a perspectiva reconstrutiva do federalismo, acena a Constituição para soluções mediante cooperação entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, consoante disposto no artigo 23, parágrafo único.

Além da reconstrução formal e material do federalismo de vocação cooperativa, com ênfase para o ente local, a concepção democrática de Estado é fator de fortalecimento da esfera municipal de governo.

De fato, a Constituição de 1988, acolhendo as reivindicações dos movimentos organizados, firma o compromisso com a igualdade material, reconhece garantia de acesso dos cidadãos aos serviços públicos sociais, consagra a universalização dos benefícios da seguridade social, entre outros, e traça diretriz de participação da sociedade na concepção, na execução e controle das políticas públicas, o que põe em realce, sobretudo, o poder local²⁶.

Como conseqüência do agravamento do quadro social e daquela mobilização, a máquina pública é impactada pela demanda

cada vez mais densa e diversificada de benefícios, o que reflete de forma mais clara nas esferas estadual e local, tendo em vista, principalmente, a diminuição da capacidade de investimento do Governo Federal na prestação direta de serviços ou no financiamento das políticas²⁷.

A resposta natural seria a criação de mecanismos cooperativos consistentes entre as diversas esferas de governo e entre estas e o setor privado, como recurso indispensável para o enfrentamento das questões relacionadas com emprego, segurança, acesso a equipamentos básicos. O Poder Público deveria conjugar seus esforços buscando sinergia no âmbito da esfera pública estatal e, insuficientes tais esforços, pois o Estado não poderia dispor de todos os recursos e modos de gestão para o atendimento das demandas sociais, invocar-se-ia, também, a integração da sociedade e do próprio setor de mercado.

O quadro de múltiplas demandas e o apelo de participação forçaram a precipitação dos processos de descentralização e cooperação, que têm conduzido, nos últimos anos, à formação de várias políticas setoriais, sob novos moldes, alimentadas, também, por tendências internacionais: o SUS, que teve sua matriz na Reforma Sanitária Italiana de 1978; as políticas de controle social, que têm sua inspiração na França socialista²⁸.

Esses processos de descentralização e cooperação desenvolveram-se, então, sem os pressupostos das negociações políticas para que a incorporação de ações, serviços, equipamentos se fizesse sem os traumas que se impuseram como resultado da lógica autoritária no transpasse dos serviços sociais. As bases de cooperação federativa revelam-se insuficientes no plano constitucional e sequer estavam disciplinadas pela via legal ou mediante pactos sociais. E, ainda, o vetor da participação popular se conduzia mais em caráter emblemático que conseqüente, não figurando como instrumento efetivo de controle. Entre esses fatores, a

ausência da lei complementar preconizada pelo art. 23 da Constituição da República ressaltou como dificultador da desejável interação ou inviabiliza, na prática, o federalismo cooperativo²⁹.

Nesse sentido, a crítica de Ferreira³⁰, Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Descentralização e Federalismo do IPEA:

“Apesar do avanço no reconhecimento da autonomia dos entes federativos, o Texto Constitucional é, porém, falho no que diz respeito a uma definição clara de competências dentro da Federação. (...) Mas a indefinição de perfil da estrutura cooperativa dentro da Federação e a imprecisão das fronteiras de competência faz com que a União dificulte esse processo de descentralização, interferindo na autonomia dos outros níveis de poder”.

O certo é que, nesse contexto, o municipalismo passa a ser defendido sob enfoques diferentes e sobre bases ideológicas distintas: como *princípio democrático* e como *princípio de engenharia administrativa*, com vistas à construção da eficiência na prestação do setor público. Essas idéias, segundo Melo³¹, constituem o núcleo de sustentação do *consenso em torno da idéia do neo-municipalismo*.

O autor³² sustenta, contudo, ser meramente aparente essa unidade em torno do municipalismo, colocando sob foco o aparente consenso relativo à autonomia do ente local, que, na sua advertência, *escamoteia um dissenso muito profundo*. Para ele, *neo-municipalismo brasileiro ou o neo-localismo*, como discurso recorrente, há de ser apreendido segundo as conotações que lhe emprestam os núcleos filosóficos subjacentes, os quais, por sua vez, se inscrevem em *genealogias intelectuais distintas*:

“Na realidade, a idéia de descentralização é hoje lugar comum tanto em uma agenda neo-liberal quanto em uma agenda histórica, identificada com a social-democracia, uma agenda reformista e, ambas aquelas são simétricas dentro de uma tradição neo-liberal.

A idéia da descentralização, da devolução de funções e competências a entes subnacionais, equivale a uma estratégia maior de retirada de parcela do poder do Governo central. Este é o *Leitmotiv* da idéia da descentralização. Da mesma forma, dentro de uma agenda social democrática, histórica, a idéia de descentralização é inteiramente diversa; aqueles que propugnam pela descentralização e pela autonomia local, em última instância, estão postulando a democratização da gestão e a ampliação do controle social”.

Na perspectiva da teoria econômica, o contraponto é o mercado como mecanismo locativo; sob a ótica da democratização da gestão, a participação do cidadão tem o primado”³³.

Assim, na prática de descentralização de políticas públicas, não se tem verificado a sintonia entre os entes federativos, o que acarreta irracionalidade de gastos públicos e prejuízo de qualidade da prestação. De igual modo, as parcerias público e privado, por ausência de tradição na realidade, fragilizam-se, na prática, em razão do comprometimento do interesse público e da prevalência da lógica de socialização de ônus e privatização dos benefícios. E, por fim, a participação popular, apesar dos avanços já conquistados, ainda não alcançou o estágio de efetivo controle social. Demais disso, a nova ideologia municipalista há de se assentar, sim, sobre os pilares da participação, da democratização da gestão, da eficiência do setor público na prestação de serviços públicos, da parceria, mas isso não basta, eis que não pode perder de vista os fatores que desafiam a criatividade e o arrojo das cidades, as quais se colocam como referência de identidade e estratégia de superação da crise contemporânea.

Nesse sentido, deve-se acreditar como Magalhães³⁴ que, à luz dos paradigmas do Estado Democrático de Direito, na perspectiva da construção do Estado Constitucio-

nal, novo tratamento há de ser dado ao poder local, projetando-lhe força proativa da mudança do próprio Estado na relação com a sociedade.

4.1. Competências constitucionais do Município

Tradicionalmente, o conceito de autonomia do Município fixou-se sobre os pilares do provimento privativo dos cargos governamentais e da competência exclusiva do ente local no trato de assuntos afetos do seu peculiar interesse.

Na Constituição de 1988, o arranjo da autonomia municipal está estruturado pelos artigos 1º, 18, 29, 30, 35, 39, 145, 149, 150, 158, e 182, entre outros. O conteúdo do poder aí delineado expressa-se em quatro planos: o da auto-organização, o do autogoverno, o da autolegislação e o da auto-administração, sendo o primeiro a principal novidade incluída no objeto do “direito público subjetivo” do Município, oponível aos demais entes federativos, consoante anotação de Meirelles³⁵.

O teor político da autonomia revela a capacidade de o Município estruturar seus poderes, organizar e constituir seu próprio governo mediante eleições diretas de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores e de editar o seu próprio direito, observados os princípios estabelecidos na Carta da República e na Constituição do Estado. Nesse plano, ganha relevância a análise da competência legislativa do ente local.

Os artigos 21, 22, 23 e 24 da Constituição da República atribuem competências aos diversos entes federativos.

A norma prevista no art. 21, relativa à União, enunciada por verbos que remetem a ações concretas, sugere um plano de atuação administrativa, ou seja, indica competência executiva. Contudo, essa prevalência de seu caráter não exclui competência legislativa em matérias referidas naquele espaço de atribuição. E, conquanto aquela atuação não esteja restringida privativamente à União, não parece comportar partilhamen-

to com as demais esferas, salvo no que toca à elaboração e execução de planos de ordenação do território e de desenvolvimento econômico, social e urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transportes, pela pertinência do interesse e tendo em vista o apelo de complementariedade que a competência atribuída à União suscita.

A competência estabelecida no art. 22 dirige-se à União em caráter privativo e tem natureza legislativa. Só comporta partilha com outras esferas quando têm sede na União as diretrizes ou normas gerais ou, ainda, quando a matéria, mesmo tematizada no art. 22, tenha um desdobramento específico a justificar a tutela direta do interesse local. Quanto ao Estado, é de destacar-se o disposto no parágrafo único do artigo referido, que deixa à lei complementar a possibilidade de autorização para que aquele legisle sobre questões específicas relacionadas no artigo.

No art. 23, a Constituição da República trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esse traço da competência é definido por Silva³⁶ como *a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra*.

Assim, não obstante catalogue o artigo uma série de ações comuns aos diversos entes, do que se deduz, à primeira leitura, um traço executivo de competência, tem-se que a legislação instrumental de ações enunciadas fica, também, alçada às entidades indicadas no *caput*.

No art. 24, tratou o constituinte de disciplinar a competência no âmbito da legislação concorrente. Não incluiu nesse condomínio o Município. Contudo, a referida ausência não significa, segundo sustentam alguns autores, que o Município não tenha competência nesse campo concorrencial, pois restar-lhe-ia a competência para legislar sobre matéria de interesse local, com ful-

cro no art. 30, I, bem assim para suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, a teor do art. 30, II, podendo incidir sobre matérias constantes do artigo 24.

Nessa ordem de idéias, Santana³⁷, traçando um elástico contorno do poder de atuação legislativa do Município, afirma a existência de competência concorrente originária do ente local.

Adverte o magistrado³⁸, no entanto, para o fato de que os Municípios não estão habilitados a editar normas concernentes ao art. 24, simultânea ou concomitantemente com a União ou Estado, restringindo-se ao âmbito da expressão *no que couber*.

E assenta o mesmo autor³⁹:

“Evidente não se tratar apenas de competência administrativa regulamentar. Os Municípios estão autorizados, por força de dispositivo constitucional, a legislar suplementarmente. Podem, em nosso entender, ditar leis que tenham por objetivo o estabelecimento de regras específicas e, quando for o caso, também estão legitimados à elaboração de leis gerais quando tal se faça necessário em razão do exercício de competências materiais, comuns ou privativas”.

De outro lado, os que inadmitem atuação do Município no âmbito da legislação concorrente, isto é, competência suplementar por força do art. 24, destacam que o disposto no art. 30, II, há de ser entendido como poder de mera complementação, ou seja, de adaptação às peculiaridades comunais.

Contudo, tem-se reconhecido ao Município operar no campo legislativo relativamente a matérias elencadas no art. 24, por força de conjugação com outras normas atributivas de competência ao Município ou ao poder público genericamente.

Nesse sentido, por exemplo, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 72.988/9 – Comarca de Belo Horizonte. Rel. Des. Campos Oliveira, cuja ementa encontra-se assim registrada: “Tombamento de Imóvel – Com-

petência Legislativa do Município. Inteligência dos Arts. 24, VII; 30, II, e 216, § 1º da Constituição Federal. Mandado de Segurança – Fundamentação da Sentença (“MG” 5/4/1997).

A capacidade auto-organizatória é um desdobramento da autonomia política, que ganha contorno no poder de edição pelo Município de sua própria lei orgânica.

Horta⁴⁰, referindo-se a esse aspecto da autonomia municipal, leciona:

“Prestigiando a descentralização normativa, consectário da descentralização política, a Constituição de 1988 implantou o poder de auto-organização do Município, atribuindo-lhe a elaboração da lei orgânica.

A decisão do Constituinte federal retoma no plano mais elevado da Constituição da República a solução originariamente contemplada na Constituição do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1981 (art. 64)”.

A Constituição, inovando nesse ponto, apresenta uma matriz da lei orgânica municipal, isto é, traz normas de preordenação balizadoras do tratamento de determinados temas na esfera local. O processo de elaboração daquela lei tem, por sua vez, caráter especial, consoante definido na própria Carta da República, em linha bastante rígida, à semelhança do processo constituinte.

O art. 29 da Carta da República localiza o Estado Brasileiro no sistema de Cartas Próprias relativamente à organização municipal, projetando a lei orgânica com *status* de lei fundamental.

O plano administrativo da autonomia diz respeito ao espaço de ação do Município voltada para a organização e prestação de serviços de sua competência. Esse componente do poder autônomo do Município tem seu fundamento, especialmente, no disposto no art. 30, V, cuja redação é a seguinte:

“Art. 30 – Compete ao Município:

(...)

V – organizar e prestar, direta-

te ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

Analisando o art. 30, comando de centralidade inegável para o Município, afirma Santana⁴¹:

“Sendo a base das competências legislativas municipais aquela formada pelo teor do art. 30 da Carta Federal, cumpre-nos esclarecer que o constituinte acabou por fazer opção em não apartar em dispositivos distintos as competências materiais das competências legislativas.

(...)

Convivem, assim, no mesmo dispositivo as competências municipais de ordem legislativa e de ordem material. Isto porque o constituinte, também para as competências materiais, erigiu o critério do interesse local como o ponto de partida para a sua concretização”.

Com efeito, essa competência administrativa desenha-se em função do interesse local, o que justifica atenção especial na análise da expressão, cuja adequada interpretação poderá inibir a invasão de competência, pelo Município, de outra esfera de governo⁴².

Da lição de Bastos⁴³, colhem-se alguns elementos conformadores do interesse local:

“Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios

são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.”

A conotação da expressão, portanto, não remete à exclusividade – sob pena de, no sistema federativo, comprometer-se a unidade, que pressupõe superposição de interesses com a impossibilidade de absoluto isolamento de seus diversos níveis –, mas ao critério da prevalência.

Relativamente ao poder administrativo do Município, a derradeiro, enfatiza-se constituir o art. 23 em conjugação com o art. 30, V, VI, VII, VIII, IX, a sede especial de sua previsão.

O elemento da autonomia no campo financeiro está previsto no art. 30, III, cuja redação prescreve competir àquele ente: *instaurar e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei.*

Esse poder no plano financeiro deve ser exercido nos termos dos artigos 145; 149, parágrafo único; 156 e 158 da CF.

5. Descentralização e poder local sob uma visão comparativa

A leitura comparativa de diversos quadros de poder local em países desenvolvidos leva à conclusão de que o Brasil detém posição privilegiada quanto à descentralização, o que não afasta a necessidade de que a referida técnica, entre nós, persiga a vertente da democratização da gestão ou, por outras palavras, a incorporação do poder local que se localiza fora dos centros oficiais dos Poderes Executivo e Legislativo. Com efeito, poucos países apresentam experiências em que o Município participe do condomínio de poder de forma tão expressiva, pelo menos em plano nominal. Para exemplificação desse contraste entre o Município brasileiro e outras experiências de poder local, comenta-se a descentralização no Estado alemão, no qual a instância comunal, reconhecidamente um destaque em

termos de eficiência na prestação de serviços públicos, ostenta uma autonomia sensivelmente menos expressiva que a do Município brasileiro, que traz matrizes muito peculiares. São registradas, também, informações básicas relativas a outras organizações de governos locais de destaque no plano da prestação de serviços públicos.

5.1. Descentralização na Alemanha

A descentralização é um fenômeno internacional, ganhando matizes próprios em cada realidade que lhe serve de suporte de aplicação. O modelo alemão de descentralização, pelas suas peculiaridades, é aqui destacado a partir de considerações desenvolvidas no Seminário Internacional *Princípio da subsidiariedade e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha*⁴⁴, realizado em São Paulo, em 1994.

No referido evento, Lässig⁴⁵, Prefeito da Microrregião de Rems-Murr-Kreis e Presidente da Associação Brasil-Alemanha do Distrito de Baden-Württemberg, realça os traços da Federação alemã, em considerações que são amplamente usadas no presente tópico.

Aquela federação compõe-se de 16 Estados Federados (11 da Velha República Federal da Alemanha e os novos que ressurgiram a partir de 1990) e da União Federal, detendo cada qual a qualidade de Estado. A organização comporta ainda as entidades locais, os Municípios ou autarquias municipais, cerca de 10.000, aproximadamente, e os *Landkreis*, circunscrições ou regiões, que atuam como instâncias de governo de nível intermediário de Municípios e Estados.

O princípio do Estado Federativo é intocável na Constituição alemã, enquadrando-se numa longa tradição constitucional, só interrompida com o Estado unitário dos Nazistas, de 1933 a 1945, de modo que a Alemanha faz parte dos clássicos países federalistas⁴⁶.

Os encargos da legislação dividem-se entre a União e os Estados Federados, con-

tando também os *Landkreise* com sua própria câmara, a *Kreistag*, com Constituição Regional própria.

Na autonomia legislativa do Estado Federado, inclui-se a competência relativa à edição da Constituição Municipal, documento que traça modelos próprios de estruturação do poder local, apresenta arranjo específico e peculiar aplicável aos municípios integrantes do território estadual, aos quais é reservado o direito de regulamentar, sob responsabilidade própria, todas as questões de interesse da comunidade local, isto é, todas as funções públicas nos respectivos territórios⁴⁷.

As competências administrativas distribuem-se entre as diversas instâncias. Estão sob responsabilidade direta da União, entre outras, a política externa, a defesa, a organização e manutenção do serviço militar, a definição da política econômica e monetária, podendo o Estado participar da Administração da União. Uma administração própria da União só existe, basicamente, em estreito campo de atuação, cabendo aos Estados autonomia no tocante a uma gama de atividades administrativas. A eles cabem o ensino público, a política de cultura e a responsabilidade pelo corpo policial, entre outras competências⁴⁸. Já os Municípios, consoante disciplinam as leis comunais, são responsáveis primariamente pelas questões de interesse local, prevalecendo, assim, em relação a eles a norma da universalidade, que pode ser restringida pela legislação, já que esta pode ser instrumento de transferência dessas questões para instâncias intermediárias ou para a estadual ou federal.

A relativização da universalidade, que se dá pela lei, não pode perder de vista o princípio da subsidiariedade, aplicável ao sistema alemão, e que se assenta na racionalidade das soluções da instância local pela sua proximidade com os problemas e demandas mais imediatas e concretas. Por força do referido princípio, só o que não pode ser adequadamente atendido pelos Municí-

pios é transferido para outra esfera de governo.⁴⁹

Nesse diapasão, cabe à União a definição quanto aos conteúdos mais abstratos e ideológicos; aos Municípios, de uma forma geral, ficam reservadas as funções traduzidas por prestações obrigatórias como as de registro, de proteção por corpo de bombeiros, de instalação de cemitérios, de criação de câmaras de desenvolvimento, de manutenção de escolas para todos os níveis de formação, de construção de rodovias, de abastecimento de água, e por encargos voluntários relacionados com o oferecimento de infra-estrutura adequada para a prática de esportes, o acesso à educação, à cultura, ao lazer, entre outras prestações. Além de cumprir essas funções básicas que afetam a vida da comunidade, o Município vem atuando, também, como elemento de peso na economia, dirigindo empresas de eletricidade, gás, e transportes; *aos Landkreise cabe a solução de problemas que ultrapassem a capacidade administrativa ou financeira dos Municípios, como construção de grandes hospitais, coleta de lixo, escolas profissionalizantes, escolas especiais, rede rodoviária, assistência social, transporte público, entre outros*. E não desempenham eles apenas funções das autarquias municipais, mas também do Estado, sujeitando-se à fiscalização deste no que se refere à execução das leis vigentes⁵⁰.

Na esfera de sua autonomia, estão os Municípios protegidos contra o próprio Estado de que fazem parte, que a eles deve respeito, sem prejuízo do poder de lhes impor sujeição à sua fiscalização jurídica e aos interesses mais abrangentes e gerais⁵¹.

A publicação *Perfil da Alemanha* registra fragmentos históricos da autonomia municipal naquele país:

“A autonomia administrativa municipal, como expressão da liberdade cívica, tem tradição na Alemanha. Remonta aos privilégios das cidades livres da Idade Média (...)”, entando, em tempos recentes, relacionada com o surgimento do Código das Cidades,

adotado na Prússia em 1808. A lei fundamental “garante a autonomia administrativa das cidades, comunidades municipais e distritos, dando-lhes o direito de regulamentar a critério próprio todos os assuntos da comunidade local, dentro da moldura traçada pelas leis. O Direito comunal é da competência dos Estados: as Constituições Municipais diferem muito de Estado a Estado; isso também tem razões históricas”⁵².

Lässig⁵³, relatando a experiência municipal alemã, destaca a importância histórica desse nível de governo:

“Depois da destruição da II Guerra Mundial, foram os Municípios que primeiro alcançaram condições de funcionamento, pois na miséria e no caos do pós-guerra, foram eles os primeiros a retomar suas atividades, pois seu funcionamento era necessário para solucionar os problemas imediatos”.

Na mesma linha, Jung⁵⁴, Diretor da Fundação Konrad Adenauer – Stiftung no Brasil, assimilando a tendência mundial de fortalecimento do Município no Estado Democrático, mostra o conteúdo da autonomia no Direito alemão:

“Na Alemanha, existe a medida necessária de autonomia para que cada Município possa germinar, de per si e sobre sua própria responsabilidade, todas as questões que dizem respeito à comunidade local. Nessa concepção, a auto-administração municipal deve ficar livre, na medida possível, da tutela do Estado. Por isso, os cidadãos são instados a participar ativamente da solução dos assuntos locais. Desta forma, a auto-administração municipal funciona como espécie de escola de democracia”.

Estudiosos como Scheid⁵⁵ chamam a atenção para o grau de solidez de implantação de regulamentos territoriais democráticos e descentralizados na Alemanha, reco-

nhecendo nos *Länder* os verdadeiros protagonistas da política de organização territorial. Nesse nível subnacional, a República Federal Alemã ostenta estrutura administrativa de planejamento extremamente desenvolvida e abrangente, cujo princípio é o do “contrafluxo” que materializa uma estreita combinação do planejamento dos *Länder* e de suas entidades subregionais, e que projeta o Município como instância de execução de várias políticas contempladas no amplo planejamento.

Finalmente, com relação às bases de financiamento das políticas públicas, cabe ressaltar que as Regiões dispõem de rendas próprias oriundas da cota arrecadada pelos municípios, do recolhimento de impostos a elas destinados, de taxas e tarifas relativas aos setores sob sua responsabilidade. Recebem, também, subvenção da União e do Estado para execução de leis ou para investimentos específicos. Os Municípios, igualmente, dispõem de receitas próprias e beneficiam-se de transferências e subsídios dos Estados e da União para compensação por execução de leis ou para subsidiar certos encargos⁵⁶.

Observa-se que o Município alemão, conquanto assentado em concepção diversa de autonomia e cuja delimitação decorre do próprio Estado-Membro, na prática, coloca-se como autêntica instância de democracia, e de cumprimento efetivo do papel estatal.

5.2. Outras experiências de governos locais

A descentralização do Estado como estratégia de democratização é uma tendência generalizada, sobretudo na Europa.

O artigo intitulado “La Democracia Territorial. Descentralización Del Estado Y Políticas en la Ciudad”, de Borja i Sebastián⁵⁷, analisa o crescente processo de descentralização do Estado na Europa, mostrando a tentativa de se dotarem as instituições administrativas de maior identidade comunitária. O trabalho indica os Municípios como

sujeitos comunitários privilegiados no referido processo de descentralização, abordado como elemento chave para modernização das administrações públicas e como condição prévia e favorável à participação cidadã. Por outro lado, cuida de questões polêmicas derivadas da experiência europeia de descentralização, notadamente das situações em que se verifica a hipertrofia das instituições representativas locais sem os correlatos fins de democratização da gestão e atuação mais global. Por fim, o artigo mostra que o urbanismo que se afigura, acatando a diretriz participativa, abandona o rígido funcionalismo do passado em favor de uma concepção mais compreensiva e polivalente da cidade, postulando mecanismos de inclusão da cidadania para materialização da democracia política, econômica, social e cultural. Nesse sentido, deve ser entendida a revalorização das cidades, bairros e comunidades enquanto espaços privilegiados de enraizamento da estrutura político-administrativa e de gestão política contemporânea na Europa.

Um estudo comparado dos modelos de organização de governos locais adotados por diversos países que se destacam na prestação de serviços mostra que o grau de autonomia do governo local não guarda relação direta com o nível de eficiência dos serviços no plano municipal, isto é, a forma de Estado ou o tipo de organização não interfere diretamente nesses resultados. A relação mais direta se estabelece em função dos padrões de gestão e do grau de identificação do cidadão com a esfera comunitária. Registramos alguns fragmentos de estudos nesse sentido e que sintetizam as principais características das administrações selecionadas neste tópico.

Relativamente aos Estados Unidos, Estado Federal por excelência, Meirelles⁵⁸, enfatizando a eficácia do Município a despeito da falta de arrojo de sua burocracia, aponta a multiplicidade de modelos de estruturação do poder local:

“Quanto à forma de administração municipal, não é menor a diversidade de sistemas adotados nos vários Estados e até mesmo entre cidades de um mesmo Estado, podendo-se distinguir os seguintes tipos básicos: 1) o governo por um Conselho (*council*) que toma decisões colegiadas; 2) o governo por uma Comissão (*comission*), em que cada membro cuida individualmente de uma atividade pública; 3) o governo por um indivíduo (*Mayor*), em cujas mãos se concentram amplos poderes, embora assessorado por um Conselho; 4) o sistema denominado *federal analogy*, bastante próximo do regime municipal brasileiro; 5) o governo por um gerente (*Manager*), contratado para administrar a cidade por um determinado período”.

Entre esses sistemas, o mais comum é o Governo pelo *Mayor*, no qual a figura central é a do prefeito eleito, por voto direto e não obrigatório, pela respectiva comunidade, e o Conselho corresponde a uma Câmara Municipal; no sistema de Governo por *Council*, o prefeito é eleito pelo mesmo processo, mas detém poderes muito mais restritos, já que as decisões são tomadas pela Câmara; o sistema de Governo por Gerente concentra o poder político na Câmara, reservando a gestão administrativa para o *manager*, uma espécie de profissional contratado pela Câmara. Este, detendo conhecimentos específicos de Administração Pública, de Finanças, entre outros, reúne condições satisfatórias para a indicação de soluções para o Município, as quais se submetem à apreciação pelo Conselho. Contudo, a regra é a eficiência do serviço municipal americano, independentemente do sistema que o sustenta, sendo certo que o cidadão exerce um papel ativo na cobrança de qualidade⁵⁹.

Acrescente-se que, nos Estados Unidos, paralelamente à burocracia tradicional, atuam as agências da Administração Pública Americana, às quais são delega-

dos poderes para a realização de funções de interesse governamental. São formalmente dependentes do legislativo e do executivo, sujeitam-se ao controle político de suas decisões, o que é de expressivo relevo para sua eficácia⁶⁰.

Itália

Meirelles⁶¹ analisa a autonomia do Município italiano, indicando múltiplas interferências sobre o campo de atuação do poder local, seja por meio de mecanismos de intervenção da Província em casos excepcionais, seja pela presença de delegados do mesmo poder provincial em atividades permanentes de controle, ou ainda pela nomeação de certos agentes pelo Ministério da Justiça.

França

Quanto à França, Meirelles⁶², realçando o traço administrativo de sua descentralização, localiza em três níveis as atribuições daquela natureza: o do Estado, o dos Departamentos e o da Comuna, reconhecida esta como uma coletividade territorial e esfera administrativa preponderante para o cidadão. Mostra, contudo, que a autonomia da Comuna francesa é sensivelmente mais acanhada que a que se atribui ao Município brasileiro, comparando ela, naquele Estado unitário, na base hierárquica, sucessivamente controlada pelo departamento e pelo Estado.

A despeito da acanhada autonomia, o modelo de gestão e prestação de serviços públicos na França estrutura-se com grande apoio nas Comunas. Lorrain⁶³, analisando esse modelo, realça a especificidade da organização dos serviços urbanos, apontando três importantes fatores que os informam. Em primeiro lugar, uma arquitetura administrativa e um sistema de ofertas que divide tarefas entre agentes públicos e privados, nacionais ou locais, tendo como base territorial as Comunas. Em segundo lugar, o modelo de serviços urbanos caracteriza-se pela busca de formas cooperativas entre

agentes envolvidos, preservando-se-lhes autonomia financeira, e flexibilidade institucional. Por último, salienta a cultura política que subjaz à concepção e regulação dos serviços urbanos, qual seja, o critério de boa execução dos serviços a partir da opinião dos administrados.

6. Conclusão – uma visão crítica da autonomia no Brasil

1) O Município brasileiro, de inspiração portuguesa, foi introduzido na Colônia, tendo como modelo institucional de gestão o Concelho lusitano, transplantado da experiência urbana de Portugal para a nova sociedade política, assentada, especialmente, sobre bases rurais.

2) O processo histórico de estruturação da municipalidade, entre nós, baseado em artificiosos e contraditórios interesses de emancipação comunitária, imprimiu no Federalismo brasileiro feição própria, caracterizada, inicialmente, pela garantia de autonomia à esfera local e, a partir da Reforma Constitucional de 1926, pela incorporação expressa do Município, condição que persistiu em constituições posteriores até consolidar-se na Constituição de 1988 como entidade federativa.

3) Integrando o condomínio do poder no Estado Federal, colocou-se, desde logo, como partícipe das competências constitucionais expressivas da autonomia em diversos desdobramentos.

4) A despeito do teor autônomico originário do próprio texto da Constituição Federal, e por força de seus próprios ditames, submetia-se a entidade local, até 1988, com raras exceções, à capacidade organizatória dos Estados-Membros, da qual deveria projetar-se a matriz estrutural dos Municípios; o regime municipal como um todo, por sua vez, sofria os reflexos dos nefastos processos de concentração de poderes na União, seja no plano financeiro, seja no plano político-administrativo, pelos reiterados meca-

nismos de inibição do papel governativo e administrativo do Município.

5) A descentralização político-administrativa, conquanto seja uma tendência contemporânea, entre nós, está longe de alcançar o estágio desejável, quer pela ambigüidade no plano de definição de competências, quer pela imposição de matrizes da União que minimizam a força criadora dos Municípios no sentido de soluções próprias, ou pela persistência de práticas autoritárias, que condicionam a atuação da instância local à capacidade reativa desta em face da quebra dos lindes de sua autonomia pelo Poder Central, seja, ainda, pela dificuldade de adaptação da realidade comunitária à normatividade nacional e vice-versa.

6) Sob a perspectiva de consolidação da descentralização, a par da superação das dificuldades apontadas, tornam-se necessárias a ampliação das bases da negociação política dos processos de dispersão do poder e de cooperação, a conformação da disciplina legal dos mecanismos da prática federalista cooperativa, o investimento na capacidade institucional dos atores responsáveis pela sua operacionalização e a ousadia de construção de soluções próprias.

7) Numa sociedade em transição, que abriga situações distintas e contraditórias, em termos de densidade populacional, extensão territorial, arrecadação, renda *per capita*, características do povo e do eleitorado — sob o signo da mais ampla diversidade cultural —, o modelo de autonomia não poderia ser o mesmo para todas as municipalidades e nem poderia ser o Município a única unidade de Governo local. Experiências alienígenas mostram uma proliferação de formas organizativas do poder local em contraste absoluto com a simetria de organização política brasileira, na qual sujeitam-se as pequenas comunidades e os grandes centros urbanos, entre os quais figuram megacidades do mundo, a idênticas prescrições de autonomia.

8) Não se percebe relação direta entre forma de Estado e autonomia de base comu-

nitária ou grau de eficiência da instância local na prestação de serviços públicos. Há, igualmente, Estados unitários e federais com elevados padrões de desempenho do setor público local e com ampla integração da comunidade nas instâncias decisórias, assim como há exemplos extremados de ineficiência e autoritarismo nos mesmos modelos. O importante é a prática do regime autônomo no plano de realidade em modelos menos artificiosos e mais plausíveis e adaptados às peculiaridades.

9) Há necessidade de ampla reflexão sobre a prática descentralizante, com vistas, especialmente, à identificação do núcleo ideológico que a sustenta, distinguindo as estratégias de sua aplicação, consoante alertam os estudiosos da matéria. Como princípio democrático, a prática tende a integrar a base comunitária nos processos de decisão e a estimular o controle social da atuação da esfera local; como princípio de engenharia administrativa, a descentralização pode sustentar soluções de eficiência pela lógica da proximidade em relação a problemas e alternativas para seu enfrentamento, ou se estabelecer como mecanismo de afastamento do Estado de áreas tradicionalmente a ele reservadas, o que se vislumbra num horizonte de artificiosa substituição dos entes central e intermediário pelo de âmbito local e, finalmente, pelo mercado, em hipótese de ineficiência do Município.

10) Pretende-se como núcleo ideológico prevalecente na descentralização o de inspiração democrática, o que invoca a interpretação da autonomia segundo paradigmas que apelam pela inserção do poder comunitário na esfera decisória de âmbito local, que se há de expandir como espaço de experiência direta da cidadania. Nesse sentido, o fortalecimento do Município deve, necessariamente, passar pela sua consolidação como espaço privilegiado de manifestação dos discensos e tensões e, por consequência, de consensos sociais.

À evolução do regime municipal na construção normativa e nas concepções doutri-

nárias nem sempre corresponde o aperfeiçoamento da autonomia no plano de realidade, isto é, a definição dos contornos da autonomia no sistema jurídico e a internalização e sofisticação teórica de seus elementos, pressupostos e desdobramentos não são instrumentos suficientes de contenção do movimento expansionista do poder central; essas balizas podem estar mais ou menos flexibilizadas pela força interpretativa dos tribunais e pelas precompreensões e preconceitos que se revelam, também, no campo da regulação e da prática da autonomia municipal, tendo em vista as interfaces com os demais entes federativos.

Bibliografia

- ATALIBA NOGUEIRA. "Teoria do Município" Revista de Direito Público outubro/dezembro, 1968, vol. 6, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria Geral do Federalismo". Belo Horizonte: FUMARC - UCMG, 1982.
- BASTOS, Aurelino Cândido Tavares. "A Província". São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1975.
- BASTOS, Celso. "Comentários à Constituição do Brasil." São Paulo: Saraiva, 1988, v. I.
- BORJA i SEBASTIÁ, Jordi. La Democracia Territorial. Descentralización del Estado y Políticas en la Ciudad. In: Ciudad y Territorio-81-82 13-41, Madrid: MOPT, 1989.
- BRASILEIRO, Ana Maria. "O Município como Sistema Político" Rio: FGV, 1973.
- CARNEIRO, Levi. "Organização dos Municípios e do Distrito Federal." Rio de Janeiro: S/Ed., 1953.
- CARVALHO, Orlando M. de. "Política do Município." Rio de Janeiro: Agir Ed., 1946.
- _____. "Problemas Fundamentais do Município." São Paulo: Cia - Ed. Nacional, 1937.
- CASTRO, José Nilo de. "Direito Municipal. Direito Metropolitano". (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: UFMG, 1979.
- _____. "Direito Municipal Positivo". Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CASTRO, José Nunes. "Do Estado Federado e sua Organização Municipal". Rio de Janeiro: Editores Leite Ribeiro Maurillo, 1926.
- CRETELLA JR., José. "Direito Administrativo Municipal" Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DIAS, José Maria A. M. "Fundamentos Institucionais do Município Brasileiro". BH: Ed. autor, 1994.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. "Elementos de Direito Municipal". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. "Controle de Constitucionalidade das Municipais". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA, Paulo Brum. "O Modelo Federativo Brasileiro: Evolução, o Marco da Constituição de 1988 e Perspectivas" in "Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local". Debates. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung - Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1995.
- FERREIRA, Pinto. "Autonomia Política dos Municípios", Revista de Direito Público, janeiro/março, 1967, V, 7 São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- GARCIA, Rodolfo. "Ensaio sobre História Política e Administrativa do Brasil (1500 - 1810)" Rio: José Olympio Editora, 1956.
- HORTA, Raul Machado - "Direito Constitucional Brasileiro e as Regiões Metropolitanas" In, RBEP, vol. 40, janeiro/1975.
- _____. "A Posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro". Belo Horizonte: RBEP n. 55, jul/1982, p. 187-221.
- _____. "Estudos de Direito Constitucional". Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- LÄSSING, Horst. "O Papel da Esfera Municipal no Modelo Federativo Alemão in "Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local". Debates. Fundação Konrad - Adenauer - Stiftung - Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1995.
- LORRAIN, Dominique. "El Modelo France de Servicios Urbanos". In: Ciudad Y Territorio 15, n. 2, Madrid: MOPT, 1991.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. "Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional." Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- MARTORANO, Dante. "Direito Municipal" - Rio: Forense, 1985.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Municipal Brasileiro" SP: Malheiros Editores, 1993.
- MELO, Marcus André B. C. de. "O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia in "Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local". Konrad Adenauer Stiftung - Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1999.
- Perfil da Alemanha. Societáts - Verlag, Frankfurt Germany, 1992. Tradução: João A. Persh e outros.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "O Município no Sistema Constitucional Brasileiro". Belo Horizonte: UFMG, 1982.

SANTANA, Jair Eduardo. "Posição do Município na Federação Brasileira. Lei Orgânica." Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. "Competências Legislativas Municipais". Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

SCHEID, Andreas Hildenbrand. "Política de Ordenación Del Territorio en Alemania. Las Experiencias de Los Länder e su interés para las Comunidades Autónomas." In: Ciudad y Territorio Estudios Territoriales, III (104). Madrid, MOPT, 1995.

SILVA, José Afonso da. "O Prefeito e o Município" Brasília: Ministério do Interior, 1971.

_____. "Direito Urbanístico Brasileiro", São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1981.

Notas

¹ Sobre o processo de formação dos municípios brasileiros, veja-se CARNEIRO, Levi. "Organização dos Municípios e do Distrito Federal". Rio de Janeiro: S/ Ed., 1953, p. 9-14.

² CASTRO, José Nilo de. "Direito Municipal Positivo". Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 31.

³ GODOY, Mayr. A Câmara Municipal. 2 ed. São Paulo: EUD, 1989, p. 10. APUD CASTRO, José Nilo, IBIDEM.

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Município no Sistema Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: UFMG, 1982, p. 21.

⁵ CASTRO. Ibidem. p. 30.

⁶ ROCHA. Ibidem. p. 22-3.

⁷ WILHEIN, Jorge. e LEVY, Maria Bárbara. *Apud*. DIAS, José Maria A. M. Fundamentos Institucionais do Município Brasileiro. Belo Horizonte: Ed. do autor, 1994, p. 2-4; CASTRO, José Nilo de. *Op. Cit.* p. 30-1.

⁸ ROCHA. Ibidem. 20-7.

⁹ BRASILEIRO, Ana Maria. O Município como Sistema Político. Rio de Janeiro: FGV, 1973, p. 4.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: RT, 1985, p. 39.

¹¹ BASTOS, Aurelino Cândido Tavares. A Província. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1975.

¹² MELO, Marcus André B.C. de. O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia *in* Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local. Debates. Fundação Konrad Adenauer Stiftung – Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1995, n. 6. p. 64.

¹³ MELO. Ibidem.

¹⁴ MELO. Ibidem.

¹⁵ MELO. Ibidem.

¹⁶ MELO. Ibidem. p. 65.

¹⁷ BRASILEIRO, Ana Maria. Capítulo Evolução do Governo Local no Brasil - Quadro "O Siste-

ma maior e a Autonomia Municipal" *in* O Município como sistema Político. RJ: FGV (Cadernos de Administração Pública - Administração Municipal), 1973, p. 3-12.

¹⁸ DIAS, José Maria de Almeida Martins. Anexo - Quadro Evolutivo da Autonomia Municipal - Contexto Sócio-Político e Econômico Brasileiro *in* Fundamentos Institucionais do Município Brasileiro. Belo Horizonte: Edição do autor, 1994.

¹⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo, Belo Horizonte: FUMARC - UCMG.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: RT, 1990, p. 408 -9.

²¹ BASTOS, Celso. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1988, v. I, p. 232.

²² HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 1995, p. 523.

²³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Elementos de Direito Municipal, São Paulo: RT, 1993, pp. 62 e 63.

²⁴ SANTANA, Jair Eduardo. Competências Legislativas Municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 40.

²⁵ *op. cit.* p. 523.

²⁶ FERREIRA, Paulo Brum. O Modelo Federativo Brasileiro: Evolução, o Marco da Constituição de 1988 e Perspectivas *in* Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local. Debates. p. 9.

²⁷ FERREIRA. Ibidem.

²⁸ MELO. Ibidem. p. 66.

²⁹ FERREIRA, *op. cit.* p. 10.

³⁰ FERREIRA. Ibidem.

³¹ MELO, *op. cit.* p. 65.

³² MELO. Ibidem. p. 63.

³³ MELO. Ibidem.

³⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. "Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional". Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

³⁵ Apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Elementos de Direito Municipal. SP: RT. 1993, p. 65.

³⁶ SILVA. *op. cit.* p. 415.

³⁷ "Afirmamos haver no âmbito municipal as competências ditas concorrentes, mesmo a despeito de não constar o Município no rol do artigo 24 da Constituição Federal, porque o próprio artigo 30, inciso II, dá a exata magnitude desse campo a ser explorado pelo referido ente. De fato, 'cabe ao município, suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber'

(...)

Releve-se, mais uma vez, que o simples fato de ter sido o Município excluído do artigo 24 não é fator conclusivo de que não tenha ele competência

concorrente. Desmente quem assim o afirma o próprio teor do artigo 30, II, da Constituição Federal.

Colocado nosso entendimento com relação ao tema e, concluindo que se trata de modalidade de competência legislativa concorrente primária (portanto prevista diretamente da Constituição Federal), não podemos comungar, por incompatível, com o pensamento que professa Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao afirmar que o artigo citado apenas autoriza o Município a regulamentar normas federais ou estaduais” (SANTANA. op. cit. p. 89).

³⁸ “Pensamos que, na verdade, a competência concorrente primária (na sua acepção mais rigorosa) somente foi partilhada entre a União, os Estados e o Distrito Federal, nos moldes do artigo citado. De modo que, em tais termos o Município não a tem. (...)

Portanto, a legislação municipal somente poderá se efetivar após detectados os requisitos exigidos pela expressão “no que couber”, ou seja, para que seja viável a legislação municipal é de se ver que a normação existente é deficiente ou insuficiente de modo a comportar normação local, aliando-se a isso as demais exigências constitucionais, conforme teremos oportunidade de ver. Inobstante, utilizaremos a expressão concorrente para designar a competência legislativa municipal que advém do inciso II do artigo 30 (Carta Federal), já que ela se encontra de certo modo consagrada em nosso meio” (SANTANA. Ibidem. p. 89).

³⁹ SANTANA. Ibidem. p. 90.

⁴⁰ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, p. 524.

⁴¹ ob. cit. p. 87-8.

⁴² SANTANA. ob. cit. p. 97.

⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 1989, p. 277.

⁴⁴ Evento promovido pela Representação da Fundação Konrad Adenauer – Stiftung no Brasil em conjunto com o Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal – CEPAM, da Fundação Prefeito Faria Lima, no auditório da CEPAM – Cidade Universitária, São Paulo, nos dias 17 e 18 de outubro de 1994, com participação de autoridades e estudiosos brasileiros, cujos debates estão registrados em publicação da referida fundação, sob aquele título e datada de 1995.

⁴⁵ LÄSSING, Horst. O Papel da Esfera Municipal no Modelo Federativo Alemão in Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local. Debates. p. 49.

⁴⁶ Perfil da Alemanha. Societáts - Verlag. Frankfurt Germany. 1992. Tradução: João A. Persh e outros.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ LÄSSING. op. cit. p. 49-50.

⁴⁹ LÄSSING. Ibidem. p. 49.

⁵⁰ LÄSSING. Ibidem. p. 52-3.

⁵¹ LÄSSING. Ibidem. p. 50.

⁵² p. 135-6.

⁵³ op. cit. p. 50.

⁵⁴ JUNG, Winfried. Palavras de abertura do Seminário Internacional “Princípio da Subsidiariedade e o Fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha”. in Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local. Debates. p. 3.

⁵⁵ SCHEID, Andreas Hildenbrand. Política de Ordenación Del Territorio en Alemania. Las experiencias de Los Länder e su interés para las Comunidades Autónomas. In: Ciudad y Territorio Estudios Territoriales, III (104). Madrid, MOPT, 1995, p. 297-313.

⁵⁶ LÄSSING. op. cit. p. 52.

⁵⁷ BORJA i SEBASTIÁ. La Democracia Territorial. Descentralización del Estado y Políticas en la Ciudad. In: Ciudad y Territorio-81-82 13-41, Madrid, MOPT, 1989 - p. 25-38.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 45.

⁵⁹ Informações extraídas de entrevista feita por Paulo David de Oliveira Ferreira – UFMG com os advogados Roy Alexander e J. Meurling, o primeiro da Immigration and Naturalization Service e o segundo da Shell Oil Company, ambas dos Estados Unidos.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ “O Município italiano (*Comune*) é autônomo no âmbito dos princípios fixados pelas leis da República, dispondo do poder de editar normas locais e de arrecadar tributos necessários a suas despesas. É, entretanto, criado e organizado pelo Estado em moldes uniformes para toda a República (CF, art. 118)”.

O governo local é constituído pelo prefeito (*Sindaco*), pela Junta Municipal (*Giuta Municipale*) e pelo Conselho Comunal (*Consiglio Comunale*), na conformidade do Dec. Legislativo 1, de 7-1-46.

O prefeito é o presidente da Junta e o representante legal da Comuna, enfeixando em suas mãos todas as funções executivas da administração local.

A *Junta Municipal* é o órgão administrativo auxiliar do prefeito, constituída por secretários eleitos entre os conselheiros, e variando o seu número de 2 a 14 membros, conforme a população da Comuna. A Junta, além de auxiliar o prefeito na rotina administrativa, colabora com o Conselho na tarefa legislativa e pode substituí-lo na função deliberativa dos casos de urgência, submetendo a sua resolução, posteriormente, à ratificação da Câmara Comunal. Em caso de impedimento ou irregularidade verificada na Junta, a Província, por seu governador (*Prefetto*), pode intervir na Comuna por meio de interventor provincial (*Comissario Prefettizio*), até a regularização do governo municipal.

A Comuna italiana possui, ainda, um órgão *sui generis*, que é o Escritório Comunal (*Ufficio Comunale*), dirigido por um secretário remunerado pela administração local, mas equiparado em suas prerrogativas a funcionário provincial, e com a incumbência de fiscalizar a execução das leis e atos dos administradores locais. O secretário comunal é nomeado e transferido pelo Ministério do Interior, ouvida a Comuna interessada (Dec. Legislativo 553, de 21-8-45, e Lei 530, de 9-6-47). Sua posição é a de delegado do poder provincial no Município.

O órgão legislativo da Comuna italiana é o Conselho Comunal, composto de membros eleitos por sufrágio direto, em número variável de 15 a 80, segundo a população local” (ob. cit. p. 55).

⁶² “... as Comunas e os Departamentos que as agrupam são as únicas unidades territoriais com alguma importância político-administrativa na divisão do território francês. Todavia, comparadas com os Municípios e os Estados-membros brasilei-

ros, essas unidades territoriais desfrutam de uma autonomia muito acanhada, em razão do enérgico controle do Estado, que atua até mesmo com poderes hierárquicos. Esse controle é exercido não só sobre os órgãos unipessoais, como, também, sobre as assembleias locais (Conselhos departamentais e comunais). Com efeito, no plano municipal, o Conselho pode ser dissolvido por decreto motivado do presidente da República, que também pode exonerar qualquer de seus membros; o *Maire* e seus adjuntos podem ser suspensos por um mês pelo *Préfet* (agente executivo do Departamento) e por três meses pelo Ministro do Interior, e *revoqués*, isto é, destituídos de suas funções executivas, sem prejuízo de sua condição de conselheiros municipais, por decreto do presidente da República, em qualquer caso, sempre motivadamente” (Ibidem. p. 53).

⁶³ LORRAIN, Dominique. El Modelo France de Servicios Urbanos. In: Ciudad Y Territorio 15, n. 2, Madrid, MOPT, 1991, p. 15-27.

Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Sumário

1. Introdução. 2. Tribunal de Contas – uma instituição de controle. 3. Poderes de fiscalização dos Tribunais de Contas. 3.1. Poder de fiscalização do TCU e as demais esferas do governo. 3.2. O poder de fiscalização e o dever de prestar contas. 3.3. O poder fiscalizador do TCU sobre recursos repassados às demais esferas de governo. 3.4. Recursos da Educação. 3.5. Convênio entre a União e Estados, Municípios ou Distrito Federal. 3.6. Limites do poder de fiscalização dos Tribunais de Contas. 4. Conclusão.

1. Introdução

As instituições de controle, entre as quais destaca-se o Tribunal de Contas da União, são pouco conhecidas da sociedade e do cidadão. Sobre os Tribunais de Contas, já disse o Ministro Carlos Veloso, que na atualidade ilustra a Presidência do Supremo Tribunal Federal: são “casas de esperança”¹.

Por desconhecimento, muito provavelmente, ou em decorrência de fatos episódicos, a maioria da sociedade, porém, não possui visão tão nobre dessas instituições.

Se esse é o cenário mais facilmente perceptível, quando se transpõe a questão para o nível dos Estados federados, o quadro agrava-se.

Desconhecidos pela sociedade, submetidos a intensas pressões políticas oriundas dos segmentos controlados, sem autonomia financeira para arrecadar recursos e dependentes de liberação de verbas por parte dos

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, ex-Juiz do Trabalho da 10ª Região, Professor titular de Direito Administrativo da AEUDF, instrutor do Centro Ibero Americano de Administração e Direito (Brasil/Portugal) e Instituto Serzedello Corrêa do TCU.

órgãos fiscalizados, os Tribunais de Contas dos Estados têm maiores dificuldades para o desempenho de sua missão institucional.

Por outro lado, o Poder Judiciário, que poderia dar contornos mais eficazes a sua ação, normalmente profere decisões valorizando o princípio da ampla revisibilidade dos atos administrativos, colocando em evidência o monopólio da função jurisdicional, num misoneísmo que não abre espaço para a melhor doutrina, nem para os benfazejos ventos da renovação do direito comparado. Também fruto do desconhecimento.

Completando essas matizes desanimadoras, verifica-se que, nas relações entre os controles estaduais e federais, ocorre uma espécie de diminuição daqueles frente a estes, porque alguns setores ainda insistem em definir a competência pela regra de origem dos recursos, ao invés do regime de caixa. Não é preciso muito esforço para lembrar que o atual modelo constitucional fortaleceu a arrecadação tributária dos Municípios e da União, criando Estados fracos e pobres, com elevado grau de dependência do poder central.

Numa ampla e aprofundada pesquisa na doutrina pátria, verifica-se com facilidade que não se tem dispensado à competência legislativa estadual maior relevo. No momento, apenas duas obras estudam o direito constitucional estadual, demonstrando que a nossa federação está mais para um sofisma do que para uma realidade. Corolário dessa visão é ainda a falta de estudos sobre a competência dos Tribunais de Contas dos Estados.

Nas linhas a seguir, demonstra-se, com base em ampla coleta de informações, que os Tribunais de Contas dos Estados têm-se limitado a transferir para a esfera dos entes federados a competência do Tribunal de Contas da União numa simetria exata.

Mesmo assim, há algo a ser dito com som de novidade; muito a ser debatido, em prol do aperfeiçoamento; limites a serem contidos e searas a serem limitadas; fronteiras a

serem alargadas e restrições a serem repensadas.

2. Tribunal de Contas – uma instituição de controle

O Tribunal de Contas, no Brasil, é uma instituição com raiz constitucional, deliberando de forma colegiada, incumbida de julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos e auxiliar o Poder Legislativo na realização do controle externo da Administração Pública e no julgamento das contas anuais dos chefes do Poder Executivo.

Há duas competências nesse conceito:

a) a primeira diz respeito à competência privativa de julgar contas.

Esse termo mereceu detido exame de brilhantes juristas pátrios, a iniciar-se pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Leopoldo da Cunha Melo², asserindo que o “Tribunal de Contas não é um simples órgão administrativo”, mas exerce “uma verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos”.

Também Pontes de Miranda, com seu perene brilho, sustenta que “a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*.”³

Nesse sentido já se pronunciou a Justiça Federal: “O TCU só formalmente não é órgão do poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”.

A própria Constituição Federal em vigor, respeitando a linha ortodoxa e histórica, assentou inequivocamente essa natureza ao referir a “julgar”⁴, quando elencou a competência, e “judicatura”, quando se referiu ao exercício do cargo de Auditor, Ministro-substituto⁵.

b) a segunda refere-se à sua posição constitucional, em que exerce a função de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo

da Administração e no julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo.

O Tribunal de Contas não é órgão auxiliar do Poder Legislativo, órgão de assessoramento do parlamento ou seu apêndice. Constitui, no mínimo, desconhecimento da história e da Constituição assim cognominá-lo.

Se assim fosse, como explicar que o Tribunal de Contas da União faz auditoria nas Casas do Congresso Nacional, julga aposentadoria de servidores da Câmara e do Senado, determina ao Poder Legislativo que se abstenha da prática de ato? Como explicar recente decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, o qual, acolhendo representação do Ministério Público que atua junto àquele Tribunal, realizou auditoria na Câmara Legislativa?

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 70 que o titular da função do Controle Externo da Administração Pública é o Congresso Nacional, exercendo essa função com o auxílio do Tribunal de Contas.

Não é raro que menos esclarecidos tentem visualizar nesse contexto vínculo de hierarquia, que subordinaria o TCU ao Congresso Nacional. Guardadas as devidas proporções, observa-se idêntico equívoco nas demais esferas de governo.

Incorreto, porém, esse entendimento. O poder hierárquico, conforme noções elementares do Direito Administrativo, existe na estrutura organizacional típica do Poder Executivo; por extensão, adota-se como elemento de ordenação interna de órgãos administrativos dos demais Poderes. Para relacionar órgãos autônomos ou independentes, o vínculo jurídico que existe é o de colaboração⁶. Ninguém ousaria sustentar a existência de subordinação entre Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal ou entre as Casas do Congresso Nacional, exatamente porque consabida é a existência da relação jurídica de colaboração.

A propósito, lembra Celso de Mello, atual Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal⁷, que, “como o Texto Maior desdenhou designá-lo como Poder” – referindo-

se ao Tribunal de Contas –, “é inútil ou improfícuo perguntarmo-nos se seria ou não um Poder. Basta-nos uma conclusão ao meu ver irrefutável: o Tribunal de Contas, em nosso sistema, é um conjunto orgânico perfeitamente autônomo.”

Se é órgão autônomo e não está inserido no Poder Executivo, a relação entre Tribunal de Contas e qualquer órgão de Poder é de colaboração, a exemplo do que ocorre entre casas do parlamento ou juízos e tribunais do Poder Judiciário.

Esse raciocínio deve ser desde logo estabelecido a fim de que não se incorra novamente em equívoco ao tentar subjugar o Tribunal de Contas da União. Por outro lado, devem sempre os Tribunais de Contas ter consciência de que o titular do controle externo é o Poder Legislativo, razão pela qual não podem deixar de emprestar colaboração nas auditorias e inspeções que lhe forem requeridas.

Aliás, compreende-se que a Constituição tenha dado essa titularidade ao Poder Legislativo porque esse é composto de representantes do povo, com legitimidade para impor a arrecadação (ou extorsão?) tributária, definir sua aplicação, mediante a Lei Orçamentária, e, por corolário natural, exercer o controle.

3. Poderes de fiscalização dos Tribunais de Contas

A Constituição Federal não estabeleceu expressamente os poderes de fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Seguindo o delineamento sistêmico de funções que adotou para outras atividades, definiu a competência do Tribunal de Contas da União, de forma detalhada, nos arts. 70 e 71, e, no art. 75, mandou aplicar, no que coubesse, as normas dispostas para aquela Corte, pertinentes à organização, composição e fiscalização.

Sobre o assunto, em escólio ao art. 75, assere Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “tem-se aqui uma norma de *extensão norma-*

tiva (ou seja, regra que estende a outro ou outros órgãos normas que presidem a instituição, ou lhe cometem poderes)”⁸. Amparado em Rubens Catelli, acrescenta que “a norma dispõe sobre matéria de competência obrigatória pelos Estados-membros, não permitindo, em consequência, a estes qualquer distorção na aplicação das normas que corporificam o sistema de fiscalização instituído”. Ao final, arremata que os Estados não podem desobedecer à ordenação dada ao Tribunal de Contas da União, sendo que as normas só podem ser postas de lado onde “não couber a sua aplicação”.

A lógica abona a interpretação literal, na medida em que se pretende, no art. 74, um sistema de controle interno, o qual certamente deve ter uma interface com o sistema de controle externo. Inexoravelmente a estruturação sistêmica exige uma similitude orgânica, só permitida com a simetria imposta.

Aliás, com a singeleza e a capacidade de síntese que sempre o destacaram, pontifica Wolgran Junqueira Ferreira: “Todos os órgãos estaduais e municipais devem ter simetria com o Tribunal de Contas da União”⁹.

Poderia um Estado criar na Constituição Estadual norma que conflite com o modelo federal?

Responde, com propriedade, J. Cretella Jr. que “nenhuma Constituição de Estado-membro pode abrigar uma só regra jurídica constitucional que conflite com a correspondente regra jurídica constitucional federal”. Lapidariamente complementa: “a Constituição Federal é a matriz. Dá os parâmetros a serem seguidos em todo o país”¹⁰.

Com sabedoria e senso de Justiça, pode-se equacionar a questão, com respeito ao princípio federativo, de molde a proporcionar uma convivência harmoniosa dos órgãos de controle dessas esferas de governo. É possível, porém, que eventualmente sejam suscitados conflitos de competência. Por esse motivo, impõe-se analisar o poder de fiscalização do TCU, dos Tribunais de Contas dos Estados, dando maior elástico ao tema proposto, visando oportunizar possível exame de conflito de competência.

3.1. Poder de fiscalização do TCU e as demais esferas de governo

Atento à estruturação constitucional, examina-se a seguir cada uma das competências definidas para o TCU e sua correspondência nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para melhor compreensão do tema, impõe-se uma análise comparativa de cada um dos incisos da Lei Orgânica, do paradigma federal frente à Constituição Federal e às várias leis de outros Tribunais de Contas que tivemos a oportunidade de conhecer.

Lei Orgânica do TCU - competência¹¹

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

Comentários:

O texto reafirma o inc. II do art. 71 da Constituição Federal de 1988, com mudança de redação. Foi colocado na Lei, em primeiro lugar, para destacar a feição jurisdicional do Tribunal de Contas, que, nesse particular, exerce julgamento privativo.

Reproduzem essa competência as leis dos Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Ceará, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins, entre outros Estados, como também a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

No subitem seguinte, será essa competência analisada com mais vagar.

II – proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas

Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

Comentários:

O texto repete o inc. IV do art. 71 da Constituição Federal de 1988, com mudança de redação.

Reproduzem essa competência as Leis dos Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins, entre outros Estados, como também a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do Art. 36 desta Lei;

Comentários:

O texto repete o inc. I do art. 71 da Constituição Federal de 1988, com mudança de redação.

É importante notar que, no julgamento da Suspensão de Segurança nº 1.197-9, em despacho singular, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, apreciando pedido do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, que requeria a suspensão de eficácia da medida liminar de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação, nos autos do Mandado de Segurança nº 36.947-1, impetrado pelo Governador do Estado, decidiu manter a Segurança concedida. Firmava, assim, o entendimento de que, no julgamento de contas anuais, deve a Corte assegurar a eficácia do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Da decisão de S. Exa. merece ser destacado o seguinte:

“A análise do art. 71, I, da Carta Federal – *extensível aos Estados por força do art. 75* – permite, de logo, extrair duas conclusões: (1) a de que o Tribunal de Contas, somente na hipó-

tese específica de exame das contas anuais do Chefe do Executivo, emite pronunciamento técnico, *sem conteúdo deliberativo*, consubstanciado em parecer prévio destinado a subsidiar o exercício das atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo e (2) a de que essa manifestação meramente opinativa não vincula a instituição parlamentar quanto ao desempenho de sua competência.

(...)

A circunstância de o Tribunal de Contas exercer atribuições desvestidas de caráter deliberativo *não exonera* essa essencial instituição de controle – mesmo tratando-se da apreciação simplesmente opinativa das contas anuais prestadas pelo Governador do Estado – do dever de observar a cláusula constitucional que *assegura* o direito de defesa e as demais prerrogativas inerentes ao ‘due process of law’ aos que possam, *ainda que em sede de procedimento administrativo*, eventualmente expor-se aos riscos de uma sanção jurídica.

(...)

Todas as razões ora expostas, pois, levam-me a indeferir a postulação deduzida pelo E. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.”

Após longo e detido exame dos fundamentos da decisão adotada, é possível vislumbrar lição que fortalece os Tribunais de Contas. De fato, não é razoável supor-se que pretenderia aquela autoridade impor a manifestação do governo interessado, antes da emissão de parecer prévio, sem que reconhecesse, de forma subjacente, a definitividade da manifestação técnica que encerra o Parecer Prévio.

Desse modo, a equação que sintetiza a competência dos Tribunais de Contas pode ser assim resumida:

a) o julgamento das contas anuais dos órgãos e entidades, decidindo sobre a regularidade, ou irregularidade, é soberano, prioritativo e definitivo.

A Constituição excepcionou a competência da ampla revisibilidade desses atos pelo Poder Judiciário, inscrita no art. 5º, inciso XXXV, para assegurar aos Tribunais de Contas o poder de julgar, na forma do art. 71, inciso II;

b) a Constituição tratou das contas anuais da ação governamental, prevendo para o Tribunal de Contas a atribuição de apenas emitir Parecer Prévio, de caráter também definitivo, mas sem o poder de julgar.

O julgamento é, nesse caso, de cunho político, fundado nos fatos tecnicamente apurados; a Corte, nesse contexto, converte-se, em seu conjunto, no corpo de perícia especializado e credenciado do juiz soberano – a Sociedade contribuinte –, que outorga mandato aos seus legítimos representantes, sob a ação permanente de controle jurisdicional do Ministério Público, que tem a missão institucional da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, da guarda da lei e a fiscalização de sua execução, nesse caso no âmbito das contas do Distrito Federal.

Repetem essa competência as Leis dos Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins, entre outros Estados, como também a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

IV – acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno;

Comentários:

O texto é uma decorrência natural do que prescreve o art. 71, inc. IV, da Constituição Federal de 1988. Aliás, em nenhum país do mundo se concebe um Tribunal de Contas limitado ao exame da despesa.

É importante notar que o Tribunal de Contas da União, ao proceder a uma auditoria parcial na Receita Federal, constatou

gravíssima irregularidade na arrecadação de tributos, envolvendo banco multinacional. Quando, em continuidade, pretendeu promover uma auditoria operacional, teve sua ação obviada por uma inexplicável – sob o aspecto jurídico – e vergonhosa – sob o aspecto da moralidade – liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal a pretexto de estar violando o sigilo fiscal¹².

Repetem, expressamente, essa competência, de forma idêntica, as Leis dos Tribunais de Contas dos Estados do Ceará, Minas Gerais, Rondônia, São Paulo, entre outros. Nas demais, porém, a competência está subentendida.

VIII – representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

Comentários:

Repetem o dispositivo acima as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas do Distrito Federal, Mato Grosso, Município de São Paulo, Pará, Rio Grande do Sul, Ceará, Piauí, entre outros.

Em alguns tribunais, essa competência não é privativa do plenário das Cortes de Contas, podendo ser exercida por suas turmas ou câmaras.

V – apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Comentários:

Essa competência, repetida em todas as leis orgânicas consultadas, com frequência, volta a ser debatida em nossos tribunais. O

Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que

“constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União – especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora – *recomendar* ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical de recusa de registro.

Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução à diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União – reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria –, caberá à Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro.

(...)

O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido ao seu exame”¹³.

Nesse particular, há um ponto que merece relevo: se a concessão implica pagamento maior do que o devido, com a recusa do registro, a despesa é declarada ilegal; e, se não sustada sua execução, responderá direta e pessoalmente o ordenador de despesa pela recomposição do erário. Contudo, se está sendo pago valor inferior ao devido, a Corte não detém competência para impor o pagamento.

No desempenho da função de Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCDF, temos proposto que, em casos tais, fosse remetida cópia do parecer do Ministério Público diretamente ao interessado, a fim de que, por sua iniciativa, resguardasse o

direito que lhe é devido. A forma conciliatória curva-se à exegese do Supremo Tribunal Federal e à lógica que impede ao órgão de controle ser ordenador de despesa. Resguarda-se a ordem jurídica e o direito lesado, atribuindo-se a quem de direito a iniciativa da ação, com o apoio do Ministério Público especializado que atua junto às Cortes de Contas.

Verifica-se que os Tribunais de Contas dos Estados, com pequenas alterações, seguem não só a competência constitucionalmente definida para o TCU, como assimilam as disposições legais, podendo aproveitar a jurisprudência estabelecida em relação ao paradigma federal.

Exercem o poder de fiscalização de modos diversos, nem sempre intercambiando experiências, informações ou tecnologia de controle.

3.2. O poder de fiscalização e o dever de prestar contas

O poder de fiscalização pode estar ou não associado ao dever de prestar contas. Pode existir o primeiro independente do segundo, e o segundo independente do primeiro.

Nas mais variadas vezes, há coincidência entre os órgãos que repassam recursos e os que fiscalizam e os que recebem recursos e ficam sujeitos ao dever de prestar contas.

Mais do que isso: ordinariamente, quem recebe os recursos fica sujeito ao dever de prestar contas diretamente ao órgão repassador.

Importante examinar, primeiramente, quem está sujeito ao dever de prestar contas.

3.2.1. O dever de prestar contas

A resposta à questão teve alteração formal recente com a Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998, que modificou a redação do parágrafo único do art. 70.

Estratificando o comando legal, tem-se que são sujeitos passivos do dever de prestar contas:

- 1) a pessoa física,

2) a pessoa jurídica, pública ou privada, a) que esteja praticando pelo menos uma das seguintes ações:

- utilize,
- arrecade,
- garde,
- gerencie, ou administre
- dinheiros,
- bens, e
- valores públicos
- ou pelos quais a União responda;
- b) ou que em nome desta (da

União) assuma obrigações de natureza pecuniária.

Como o dever de prestar contas é uma obrigação jurídica, segue-se que, para validade de sua existência, o sujeito deve ser reconhecido como capaz pela ordem jurídica.

3.2.1.1. *Pessoas físicas*

Assim, a pessoa física deve ser considerada capaz, segundo as regras do Código Civil brasileiro, para assumir obrigação.

Se, ao tempo em que se consuma o dever de prestar contas, essa pessoa já não mais é considerada capaz ou não existe, a jurisprudência tem oferecido as seguintes soluções:

a) se o advento da perda da capacidade jurídica ou a morte são anteriores ao julgamento, as contas são consideradas ilíquidáveis;

b) se posteriores ao julgamento pela irregularidade, busca-se a recomposição do dano com o patrimônio curado ou transferido. As multas não são transferidas, dado o caráter *intuito personae* de que se revestem.

3.2.1.2. *Pessoa jurídica*

Estão sujeitas ao dever de prestar contas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, na mais lata acepção.

Desse modo, assujeitam-se a União, os Estados, o Distrito Federal, autarquias, fundações, agências executivas, empresas públicas, organizações sociais, sociedades de economia mista, associações e sindicatos.

Dada a natureza pública dos recursos que manejam, também estão sujeitos ao

dever de prestar contas os serviços sociais autônomos, as entidades e conselhos reguladores das profissões regulamentadas¹⁴.

Pelo mesmo motivo, ainda que não personalizados, os fundos públicos com receitas oriundas direta ou indiretamente do erário, respondendo, no caso, o respectivo gestor.

Os organismos internacionais que utilizem recursos federais, bem como empresas supranacionais, organizações não-governamentais, também submetem-se a esse dever.

3.2.1.3. *“A qualificadora” utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos*

A doutrina saudou com entusiasmo a clareza da norma, porque afastou qualquer possibilidade de entidades fugirem ao controle.

Coube, contudo, ao próprio TCU dar contornos mais eficazes a essa norma ao submeter todo o elenco de pessoas referidas, nos três últimos parágrafos, ao dever de prestar contas, por evidenciar a presença dessa qualificadora.

3.2.2. *O direito-dever de tomar contas*

Quem tem o direito-dever de tomar contas?

Essa idéia remonta à Idade Média, quando houve a separação das noções de dinheiro público e fortuna dos governantes e a separação de funções do Estado. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 15, estabelece: “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público de sua administração.”

Numa síntese, quem tem o direito de tomar contas ou a pessoa a qual se dirige o dever de prestar contas é a sociedade.

No âmbito da estrutura jurídica institucional de controle, a definição da questão não está diretamente associada à singela relação órgão-repassador-fiscalizador-tomador das contas, tendo no outro pólo órgão-recebedor-fiscalizador e prestador de contas. Antes, incidem sobre essa relação,

para definir o terceiro e quarto elementos – poder de fiscalizar e tomar contas –, outros critérios, como por exemplo:

- o princípio da descentralização;
- o princípio da economicidade;
- o princípio da eficiência;
- o princípio federativo.

Os princípios referidos defluem da evolução histórico-jurídica, encontrando arrimo recente no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e em outros diplomas editados na esteira da reforma administrativa.

O primeiro princípio, à luz do art. 10 daquele diploma, assentou-se em linhas diretivas, como descentralizar e distinguir os níveis de direção e execução, no âmbito federal; descentralizar da Administração Federal para as unidades federadas; descentralizar a competência da administração casuística – decisão de casos individuais – para os serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público; por fim, ressalvados apenas “os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência”, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada aos órgãos estaduais e municipais. Definiu, ainda, que os *órgãos federais responsáveis* pelos programas exercerão a fiscalização e o controle indispensáveis sobre a execução local.

Poderia a lei descentralizar o controle? A resposta é afirmativa e pode significar implemento de eficácia, se adotados meios de gerenciamento adequados de gestão de programas. Em plena consonância com a visão de futuro, o próprio Decreto-Lei nº 200/67, no art. 14, ao cuidar do controle – portanto norma específica –, recomendou a incidência do princípio da economicidade, segundo expressões vernaculares correspondentes da época.

Essas linhas gerais são indicativas de que, se o dever de prestar contas é indelével e inarredável, o mesmo não se pode dizer em relação ao tomador e fiscalizador das contas, que, embora deva necessariamente existir, pode ter parâmetros e forma, ou até o

agente, definidos em norma infraconstitucional.

Nesse compasso, é importante assinalar que a reforma do estado tem lançado matizes no amplo espectro de competência, rumo à racionalização do controle. Merecem ser destacados os seguintes trechos de importante manifestação do ilustre Dr. Domingos Poubel de Castro, Secretário Federal de Controle, *in* Nota técnica nº 02/SFC/MF, de 9-2-98:

“Tudo isso posto, conclui-se que os procedimentos em vigor, que orientam o exame e aprovação da prestação de contas de convênios de natureza financeira, firmados entre a União, estados, municípios e Distrito Federal, não se coadunam com o princípio da economicidade exigido nos textos constitucionais acima referidos, e, tampouco, com a celeridade desejável na prática administrativa, ensejando a revisão de tais procedimentos, para o que proponho a inclusão de um artigo na Medida Provisória de nº 1626-48 que organiza e disciplina os Sistemas de Controle Interno e de Planejamento e de Orçamento do Poder Executivo...

(...)

Por tudo isto, e considerando a economia, inclusive processual, preconizada pelo artigo 14 do Decreto-Lei nº 200/67, sugiro a reorientação da matéria, salientando que a sugestão de valer-se da Medida Provisória nº 1626-48, para implementação da proposta, decorre da pertinência da matéria com as competências do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

(...)

Corroborando esse nosso posicionamento, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República acabou de sancionar a Lei nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998, aplicável especificamente aos recursos do Fundo Nacional de Assistência Social, que determina, de

modo semelhante, o encaminhamento das prestações de contas dos recursos descentralizados pelo Governo Federal para as esferas estaduais e municipais, aos órgãos de controle daquelas esferas governamentais, dispensando, destarte, a comprovação formal da aplicação de tais recursos ao governo Federal, passando a exigir, tão-somente, a comprovação do cumprimento do objeto que tenha motivado a transferência dos recursos.”

3.3. O poder fiscalizador do TCU sobre recursos repassados às demais esferas de governo

Se é certo que qualquer pessoa, seja física ou jurídica, que receba recursos públicos fica jungida ao dever de prestar contas; se também é correto que mesmo Estados, Municípios e Distrito Federal, quando recebem recursos federais, ficam sujeitos ao dever de prestar contas, não é necessariamente correto declarar-se *ipso facto* que os ordenadores de despesa dessas unidades estão submetidos ao poder fiscalizador do TCU.

A definição da competência, ser ou não do TCU, e sua exata dimensão depende das seguintes ocorrências:

a) os recursos sejam públicos federais (*lato sensu*);

b) os órgãos repassadores sejam jurisdicionados ao TCU;

c) do instrumento ou da legislação que ensejou o repasse conste o dever de prestar contas;

d) o direito-dever de exigir as contas seja afeto ao órgão repassador ou a outro, desde de que sujeito à jurisdição do TCU;

e) que o órgão tomador das contas instaure tomada de contas especial - TCE, por dano causado ao erário;

f) que a irregularidade seja comprovada e não elidida;

g) que a TCE seja encaminhada ao TCU.

Examinando algumas das ocorrências mais comuns, verifica-se que o poder fiscalizador não é tão externo quanto pretendem

os que fazem exame perfunctório do art. 70 da Constituição Federal.

3.3.1. Recursos do FPE, FPM e Fundef

Os recursos arrecadados pela União, como qualquer dinheiro, “não levam carimbo” e transferem-se segundo as regras jurídicas ordinárias da tradição. Assim, por exemplo, cita-se que a prestação de contas do Fundo de Participação dos Estados, dos Municípios e do Fundef é feita perante os respectivos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios, onde houver, e do Distrito Federal. Compete ao Tribunal de Contas da União a tarefa de zelar pelo efetivo repasse dos recursos.

Qual o fundamento jurídico dessa competência? É a resposta estabelecida pelo regime de caixa: quando o recurso ingressa nos cofres das demais esferas de governo, *ipso facto*, nasce a competência dos respectivos Tribunais de Contas. O modelo idealizado, com singular mestria, resolve sumariamente, com amparo na lógica e no direito, o problema de competência. Lógico, porque define por critérios objetivos e racionais a competência de cada Tribunal: o TCU fiscaliza o cumprimento do dever da União de repassar os recursos até a entrada nos cofres do Estado; o Tribunal de Contas do Estado fiscaliza a entrada do recurso e sua utilização. Para ampliar a ação do controle e assegurar o rigoroso acompanhamento em todas as etapas, o TCU teve a feliz iniciativa de firmar acordos de cooperação com os demais Tribunais de Contas, visando ao intercâmbio de informações.

Não só o TCU reconhece que a fiscalização desses recursos é do órgão de controle externo da esfera recebedora, quanto o Poder Judiciário tem igual e uniforme entendimento, como se observa deste elucidativo acórdão da lavra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Anselmo Santiago:

“Processual Penal. Competência. Crime cometido em tese por ex-prefeito. Parcelas do fundo de participação dos municípios – FPM Decisão¹⁵.

1. Não é da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de crimes praticados na aplicação de recursos financeiros do fundo de participação dos Municípios transferidos e incorporados ao patrimônio dos Municípios.

2. Conflito conhecido, declarado competente o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, o suscitado.”

3.3.2. Recursos do Fundo Nacional de Assistência à Saúde

Em 5 de fevereiro de 1998, em consonância com as modernas normas administrativas, a Lei nº 9.604, estabeleceu a sistemática referente à prestação de contas do precitado fundo, dispondo:

“Art. 1º A prestação de contas da aplicação dos recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, a que se refere a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, será feita pelo beneficiário diretamente ao Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal, no caso desses entes federados, e à Câmara Municipal, auxiliada pelos Tribunais de Contas dos Municípios, quando o beneficiário for o Município, e também ao Tribunal de Contas da União, quando por este determinado.”¹⁶

Parágrafo único. É assegurado ao Tribunal de Contas da União e ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo da União o acesso, a qualquer tempo, à documentação comprobatória da execução da despesa, aos registros dos programas e a toda documentação pertinente à assistência social custeada com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social.”

3.3.3. Recursos do Fundo Nacional de Saúde

Por meio da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 806, de 24 de abril de 1993, o Governo Federal normatizou a aplicação dos recursos do Fundo Nacional de Saúde.

No art. 8º do retrocitado Decreto, conferiu-se a administração de recursos do Fundo Nacional de Saúde a uma Junta Deliberativa e Diretor-Executivo, sob a orientação e supervisão direta do Ministro de Estado da Saúde. Acresce a Lei nº 8.080 que, “constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei”.

Haveria nessa hipótese a competência do TCU?

Conquanto tenha definido com clareza a responsabilidade do órgão repassador, a Lei nº 8.080, no art. 35, § 6º, deixou evidenciado o seguinte:

“§ 6º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.”

Releva notar que o mencionado parágrafo anterior estabelecia que “as transferências de recursos previstas nesta Lei dispensam a celebração de convênios ou outros instrumentos jurídicos” e foi vetado pelo Presidente da República.

Após a transferência de recursos, à toda evidência, a competência para julgamento define-se nos seguintes termos:

a) para o TCU, a jurisdição permanece sobre o órgão repassador, dado que o fundo é gerido pelo Ministério da Saúde;

b) para os Tribunais de Contas dos Estados ou Municípios da respectiva unidade que recebeu os recursos, a jurisdição se estabelece em relação aos atos de gestão dos recursos repassados.

O tema oferece relevância não só no âmbito das contas públicas, como também no aspecto penal e no direito cível, pois, se for entendido que os recursos da saúde continuam sendo federais, mesmo após terem ingressado no orçamento do Estado ou Distrito Federal, por exemplo, a competência para julgar contas será do TCU e crime de apropriação indébita ou de aplicação

irregular de verbas públicas, será da Justiça federal. Ao contrário, se for entendido como recurso público, em conformidade com os clássicos postulados da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 – que estatui normas dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal –, no caso do exemplo, os recursos que ingressarem nos cofres do Estado ou do Distrito Federal serão estaduais ou distritais, conforme o caso, e a competência será do Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal e do respectivo Tribunal de Justiça.

Não se trata, pois, de singela questão de conflito de atribuições entre Tribunais de Contas, mas de conflito de competência, de respeito ao princípio federativo.

O Poder Judiciário tem enfrentado a questão, havendo torrencial jurisprudência no sentido exposto:

“Penal. Competência. Crime praticado por Prefeito Municipal. Desvio de verbas transferidas ao Município por entidade federal. Incorporação ao patrimônio da municipalidade”¹⁷.

1. Compete à Justiça comum estadual processar e julgar os crimes praticados, em tese, por Prefeito Municipal acusado de malversação de verbas concedidas ao Município por órgão da Administração Federal, por força de convênio, em face da prevalência do interesse municipal sobre o da União, vez que referidas verbas incorporam-se ao patrimônio da municipalidade. Precedente do STF.

2. Conflito conhecido. Competência do Juízo Estadual, o suscitado.

“Penal. Processual. Prefeito. Verba Federal. Desvio. Crime. Competência”¹⁸.

1. A verba que a União Federal ou seus agentes entregam ao Município se incorpora ao patrimônio municipal.

2. O crime de desvio de verba federal praticado por prefeito não se insere na competência Jurisdicional da Justiça Federal.

3. Conflito conhecido. Competência da justiça comum estadual.”

“Conflito de competência”¹⁹. Repasse de verbas federais. Falta de prestação de contas. A justiça estadual é competente para processar e julgar ação proposta pelo Município contra o ex-prefeito para que apresente contas relativas ao repasse de verbas federais. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da comarca de Augustinópolis.”

“Processo Penal”²⁰. Prefeito Municipal. Desvio de verbas federais conveniadas.

1. Competência. Tradicional Jurisprudência dos Tribunais Superiores, ora adotada pelo STJ, sobre competir tal ação penal a justiça Estadual, hoje a seus tribunais de justiça (Cf. art. 29, VIII).”

Diferentemente, porém, se os recursos destinados à saúde não ingressam na receita do Estado, ou do Município ou do Distrito Federal, e sendo desviados antes de chegar aos cofres dessa unidade da federação, a competência é da esfera federal²¹.

3.4. Recursos da educação

A fiscalização dos recursos federais destinados à educação também é da competência das demais esferas de governo após o ingresso nos respectivos cofres.

Nesse caso em particular, parece que a jurisprudência, antes do advento da Medida Provisória nº 1677-58, fazia a distinção entre recursos repassados pela União, mediante convênio²² ou não²³. Em isolado acórdão de uma turma, admitiu aquela Corte a integral competência do TCU, quando se tratar de recursos repassados pela União por outro instrumento que não seja o convênio, isto é, quando o Estado estiver executando serviço típico da União por delegação direta dessa. Insta notar que, no caso de convênio, o STF, em composição plenária, reconheceu a competência da Justiça Estadual.

3.5. Convênios entre a União e Estados, Municípios ou Distrito Federal

Se a fiscalização dos recursos dos fundos está bem equacionada, o mesmo também se pode afirmar em relação aos convênios firmados entre a União e as demais esferas de governo.

Pano de fundo para a questão é a política tributária injusta e iníqua, que não se sabe graças a quê ainda não motivou uma nova “derrama” ou inconfidência. Sustentado por esse equilíbrio instável e letárgico, perpetra-se constante violação aos princípios vetores da Administração Pública, em especial ao princípio da impessoalidade.

Efetivamente, como o convênio é ato de colaboração entre as partes, deve ser reconhecida razoável – ou enorme – margem de discricionariedade. A imprensa, sempre vigilante, tem apontado indícios de favorecimento para Estados geridos por partidos do Governo Federal ou, ainda, a maciça liberação de recursos em períodos pré-eleitorais. Por dever de Justiça e a bem da verdade, tais acusações não são marcas registradas deste ou daquele governo, parecendo ser mesmo uma constante.

Qual a situação geral dos convênios? Merece o tema atenção da sociedade?

Segundo estatísticas do próprio TCU, no ano de 1997, o Governo Federal firmou, só com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 51.004 convênios, numa assombrosa média de 142 por dia! O total de recursos alcançou a cifra de 3,2 bilhões de reais²⁴!

Interessante notar que se estima o consumo de 34% do tempo destinado a julgamentos da Corte federal de Contas para o exame desses convênios.

Embora mereça aplauso a iniciativa de fiscalização conjunta, mediante acordo de cooperação entre Tribunais de Contas, é preciso refletir se o exame de ditos convênios de fato insere-se na competência do TCU.

O instrumento de convênio é um ato jurídico administrativo. Nele assumem as partes obrigações recíprocas, entre as quais,

nos termos do art. 116 da Lei nº 8.666/93, o dever de prestar contas e a quem é dirigido esse dever. Pelas normas hoje em vigor, notadamente a Instrução Normativa nº 1 da Secretaria do Tesouro Nacional²⁵, o direito de tomar contas é do órgão repassador, normalmente o Ministério, a autarquia ou a fundação a ele vinculados. Se houver omissão, deverá o órgão repassador instaurar, nos termos do art. 8º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União²⁶, a correspondente Tomada de Contas Especial.

Esse sistema é de fato o único que, interpretado com rigor científico, evidencia não só conformidade com os melhores postulados do Direito, como implica extraordinária racionalização administrativa. Observe-se que, havendo regular aplicação de recursos, o dever de prestar contas – e o correspondente dever de tomar contas – exaure-se entre os convenientes; havendo omissão, exsurge o dever de instaurar Tomada de Contas Especial e a competência do TCU para julgá-las.

Importante evidenciar aqui o conteúdo do art. 71, inc. II, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II — julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.”

A primeira parte do inciso, que define a competência, renova o direito de julgar contas das autoridades da administração direta e indireta federais, na mais lata acepção. Na segunda parte, e por exceção, o Constituinte submeteu também à jurisdição do

Tribunal de Contas da União aqueles que “derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Reparem a simetria existente entre essa norma e aquela inculpada no art. 8º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União²⁷. O fato leva a inafastável conclusão: somente se ficar apurado em regular processo administrativo, no qual, por óbvio, garanta-se a ampla defesa e o contraditório²⁸, o prejuízo ao erário federal é que se formará o liame jurídico que atrai a competência do Tribunal de Contas da União sobre agentes federais repassadores.

Desse modo, a avaliação da gestão se faz sobre o órgão repassador, que está sujeito à peculiar jurisdição de legalidade, economicidade e eficiência do Tribunal de Contas da União. Não havendo a prestação de contas do convênio, esse órgão repassador instaura a tomada de contas especial e remete ao TCU para julgamento, apontando o responsável.

Em harmônica afinação com o exposto, entende-se a competência definida no art. 71, inc. VI, da Constituição Federal, que estabelece:

“VI — fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.”

O poder de fiscalização ora referido se exerce com a maior amplitude, sempre, porém, sobre a autoridade repassadora; e, por intermédio dessa, sobre o agente receptor do recurso. Assim, pode e deve o Tribunal de Contas da União promover o acompanhamento sistemático dos atos praticados pela autoridade repassadora, fiscalizar o cumprimento das normas em vigor e até promover a fiscalização *in loco*. Somente depois de decorrido o prazo para a prestação de contas, ficando caracterizado o prejuízo, poderá o TCU reportar-se aos agentes públicos não federais, para julgar-lhes as contas, em processo de TCE instaurado pelo

órgão repassador. Não se mostra razoável, estando ainda por vencer esse prazo, ser o agente receptor do recurso submetido à jurisdição do Tribunal para ter sua conduta avaliada. De igual modo, também não é correto que, tendo prestado contas, consideradas corretas pelo órgão repassador, o Tribunal de Contas da União venha a julgar atos de gestão referente a tais recursos.

No âmbito do Distrito Federal, registraram-se casos de realização de obras com recursos federais, obtidos mediante convênio, em que houve julgamento tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal. Criou-se inusitado fato, porque a obra foi realizada com parte de recursos federais (18%) e contrapartida de recursos locais. Os atos praticados não poderiam ser julgados parcialmente. Como conceber-se que 18% de uma licitação foi julgada legal?

O Direito agasalha em seu âmago uma extraordinária lógica e sua aplicação não pode conduzir ao absurdo. No caso citado, a competência da Corte federal limita-se a verificar:

- se os recursos foram repassados;
- se houve a correspondente prestação de contas;
- por exceção, se a obra foi realizada.

O TCU exerce tal poder de fiscalização junto ao órgão repassador, podendo obrigá-lo a proceder à fiscalização *in loco* ou, havendo motivos suficientes, e justificáveis por critérios de economicidade, poderá realizar, por sua própria iniciativa, a precitada fiscalização.

Em matéria legislativa, coube ao ilustre Dr. Domingos Poubel de Castro dar significativo passo nessa linha diretiva. É evidente que o sistema de controle interno está asoberbado de exames de convênios e que os mesmos vêm sendo fiscalizados pelos Tribunais de Contas dos Estados. Percebe-se, por isso, que a busca da qualidade do processo decisório de controle e o princípio da economicidade recomendavam uma

mudança de postura que agasalhasse, em nível infraconstitucional, a exegese racionalizadora em tela.

Teve aquela autoridade a feliz iniciativa de provocar a alteração da Medida Provisória nº 1.626, que disciplina e organiza os Sistemas de Planejamento e Orçamento Federal e de Controle Interno do Poder Executivo, a partir de fevereiro de 1998. Na atualidade, a Medida Provisória nº 1677/58 regula o tema nos seguintes artigos:

“Art. 26. Os órgãos e entidades, da Administração direta e indireta, da União, ao celebrarem compromissos em que haja a previsão de transferências de recursos financeiros, de seus orçamentos para Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecerão nos instrumentos pactuais a obrigação dos entes recebedores de fazerem incluir tais recursos nos seus respectivos orçamentos.

§ 1º Ao fixarem os valores a serem transferidos, conforme o disposto neste artigo, os entes nele referidos farão análise de custos, de maneira que o montante de recursos envolvidos na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo a transferência de valores insuficientes para a sua conclusão, nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado.

§ 2º Os órgãos do sistema de controle interno e o controle externo, a que se vincule a entidade governamental recebedora dos recursos transferidos por órgão ou entidade de outra esfera de governo, incumbir-se-ão de verificar a legalidade, a legitimidade e a economicidade da gestão dos recursos, bem como a eficiência e a eficácia de sua aplicação.

§ 3º Os órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal zelarão pelo cumprimento do disposto neste artigo, e, nos seus trabalhos de fiscalização, verificarão se

o objeto pactuado foi executado obedecendo aos respectivos projetos e planos de trabalho, conforme convenção, e se a sua utilização obedece à destinação prevista no termo pactual.

§ 4º O disposto nos parágrafos anteriores não impede que, nos casos em que julgar conveniente, o órgão do sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal verifique a aplicação dos recursos em questão sob os aspectos da legalidade, da eficiência, da eficácia, da legitimidade e da economicidade.

§ 5º Nas hipóteses de haver descumprimento de cláusulas ou de obrigações por parte do conveniente, ou de qualquer forma de inadimplência, os órgãos de controle referidos no § 2º tomarão as providências no sentido de regularizar as impropriedades ou irregularidades constatadas, inclusive, promovendo, ou determinando, o levantamento da tomada de contas especial, quando for o caso.

§ 6º Os órgãos e entidades, de outras esferas de governo, que receberem recursos financeiros do Governo Federal, para execução de obras, para prestação de serviços ou a realização de quaisquer projetos, usarão dos meios adequados para informar à sociedade e aos usuários em geral a origem dos recursos utilizados.”

Aliás, parece que o próprio Tribunal de Contas da União já tem esse nível de ciência. Pronunciou-se a respeito o Ministro Bento Bugari, daquela Corte²⁹:

“(....)

8) Natureza dos recursos repassados mediante convênio:

– Entendimento da Justiça Federal: Conflito de competência: A Justiça Federal, sempre que provocada a decidir sobre questões oriundas da aplicação de recursos repassados pela União a Estados e Municípios, me-

diante convênio, tem suscitado conflito de competência, por entender que, com o repasse, os recursos perdem a qualidade de federais e passam a ser estaduais ou municipais, conforme o beneficiário.

– Jurisprudência do STJ: O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem julgado procedente o conflito e declarado competente a Justiça Estadual, ora sob o argumento de que, tratando-se de verba transferida, perdeu a qualidade de federal, e ora sob o fundamento de que a União não manifestou interesse de ingressar nos autos.”

Efetivamente, essa é a jurisprudência dominante:

“Conflito. Processual Penal³⁰.

Compete à Justiça Federal julgar prefeito acusado de desvio de verbas destinadas ao Município em razão de convênio com a União (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação).”

“Competência³¹. Penal. Crime praticado por ex-Prefeito Municipal. Verbas conveniadas da União transferidas para o Município, incorporada.

1. Compete à Justiça comum estadual o processo e julgamento de crimes atribuídos a Prefeito Municipal, acusado de malversação de verbas oriundas da Administração Federal, por força de convênio em virtude da prevalência do interesse do Município.

2. Conflito conhecido, competência do juízo suscitado (Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul).”

“Processual Penal³². Competência. Desvio e má aplicação de verbas.

1. Compete à Justiça estadual processar e julgar ação proposta contra ex-Prefeito acusado de ter desviado ou aplicado indevidamente verba repassada pela União Federal ao Município, em virtude de convênio firmado

perante o Fundo Nacional de Desenvolvimento de Educação.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o suscitado.”

“*Habeas Corpus*³³. Ação Penal contra Prefeito Municipal. Malversação de verbas concedidas ao Município por entidades federais. Competência da Justiça Comum.

I – Alegação de competência da Justiça Federal. A verba, ainda que proveniente de entidade federal, passou ao patrimônio da municipalidade. O prejuízo resultante de sua malversação pesou sobre o município, não sobre a União. Afasta-se a incidência do artigo 109-IV da Constituição.

II – Perquerir sobre a existência de dolo ou de prejuízo pressupõe análise do acervo probatório – tarefa incompatível com a destacando do *writ*.

III – Incompetência das câmaras criminais reunidas. Inovação do pedido: não-conhecimento. Recurso ordinário não provido.”

“*Habeas Corpus*³⁴. Competência. É da competência da Justiça do Estado o processo e julgamento de prefeito acusado de ter-se apropriado de verba oriunda do Ministério da Educação e Cultura, destinada, em virtude de convênio, à construção de escola do Município com quatro salas de aulas. Anulação de sentença condenatória, proferida por Juiz Federal, bem como de acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que lhe deu provimento em parte. Remessa dos autos à Justiça comum. Ordem deferida.”

“Inquérito instaurado contra Prefeito³⁵, para a apuração de desvio de recursos repassados pela União, mediante convênio, para a realização de obras municipais. Competência da Justiça do Estado.”

Esse contexto e a adequada exegese das normas em questão revelam que os trabalhos das Cortes de Contas podem ser bastante racionalizados, contribuindo ainda mais para resgatar o crédito dessas instituições, evitando a sobreposição de competências – até porque o modelo federativo e o princípio da economicidade a repugnam –, além do constrangedor conflito de decisões.

Por outro lado, cientes dos limites do poder de fiscalização, devem as autoridades envolvidas buscar o acatamento dos princípios do juízo natural e do devido processo legal.

3.6. Limites do poder de fiscalização dos Tribunais de Contas

O poder de fiscalização tem limite sim.

Primeiramente, devemos afastar a tese dos que, por inocência, ingenuidade ou estreiteza de visão do interesse público, pretendem sustentar a existência de limites como o sigilo bancário e fiscal.

Não podemos vislumbrar controle sem acesso a tais informações, seja porque é possível resguardar a privacidade numa investigação de controle, seja porque não se concebe controle de contas considerando-se apenas a despesa, sem permitir-se o exame da receita, inclusive a tributária.

O limite que delineamos é o decorrente do Estado Democrático de Direito e, portanto, oriundo da própria Constituição Federal, assim considerado:

a) limitações decorrentes do dever de acatar o devido processo legal

Quando, *v. g.*, a Lei estabeleceu que “diante da omissão no dever de prestar contas, da não-comprovação da aplicação dos recursos, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário deve ser instaurada Tomada de Contas Especial”, o legislador definiu o processo devido para a apuração da irregularidade³⁶.

Essa definição legal de um procedimento próprio, quando promulgada pela Lei, imediatamente passou a constituir uma garantia para todos os agentes jurisdicionados ao Tribunal de Contas da União. Se as leis orgânicas dos Tribunais de Contas erigirem norma semelhante, a exemplo do que fez o TCDF, haverá uma uniformidade nacional, acatando a pretensão do legislador.

Sobretudo, porém, é um processo que não se limita às estreitas e frias fronteiras da legalidade. Consagra, em toda sua extensão, uma possibilidade de apreciação jurídica dos fatos, permitindo que sejam sopesados, pelo órgão de controle, todos os fatores que incidiram sobre o agente no momento em que buscava a realização do interesse público, tantas vezes premido pelas constrangedoras carências de recursos humanos e materiais. É, portanto, um processo que almeja justiça.

Bem se vê, portanto, que, embora a guarda e aplicação dos recursos públicos possam ser tutelados por medidas judiciais à disposição da sociedade, a TCE, como hoje está normatizada, constitui um direito público subjetivo dos agentes envolvidos nesse mister, e sua instauração pode ser perfeitamente encaixada como uma garantia do devido processo legal, com significativas vantagens para os agentes envolvidos, para a celeridade da Justiça e da sociedade.

Em judiciosa manifestação, lembra o eminente Ministro Substituto do TCU Lincoln Magalhães da Rocha que a jurisprudência daquela Corte, ao interpretar o art. 197 do RI, “de há muito vem considerando que a transformação do processo de Denúncia em Tomada de Contas Especial empolga o rito daquela, passando o *due process of law* a ser aquele pertinente ao processo de Tomada de Contas Especial”, acrescentando que “a esse procedimento não é insito o sigilo, mas a publicidade”³⁷.

Para os agentes, as vantagens do reconhecimento da TCE como direito subjetivo são manifestas, porque permitido será

postular diretamente, não sendo indispensável o patrocínio de advogado, conquanto recomendável, mas apenas nas causas mais complexas; também será possível contextualizar os fatos na ampla órbita jurídica, avaliando procedimentos com vistas ao Direito e não à restrita interpretação literal. O processo de TCE firma-se com tal força no ordenamento jurídico que, no seu curso, nem mesmo as Cortes de Contas podem impedir a sua instauração e tramitação, devendo dirigir sua atuação para o julgamento³⁸.

Com relação ao Poder Judiciário, só há vantagens em reconhecer o processo de TCE como prejudicial de mérito, especialmente em relação à celeridade e certeza de julgamento. Celeridade, na medida em que serão dispensados os extensos percursos de realização de perícia, sendo os fatos avaliáveis por pessoas que conhecem os procedimentos administrativos e são experimentados nas peculiaridades, com efetiva garantia do contraditório e da ampla defesa. Certeza, porque a reposição do erário iniciar-se-á com um título executivo, líquido e certo. Constatando esse entendimento, já deixou asentado o antigo Tribunal Federal de Recursos que, “cuidando-se de cobrança executiva, a título de alcance, embora dispensada a inscrição, a liquidação da conta processar-se-á perante o órgão competente, vale dizer, no caso de crédito da União, mediante o julgamento do Tribunal de Contas”³⁹.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, registra firme jurisprudência no sentido de que o julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos é de competência exclusiva das Cortes de Contas, salvo nulidade por irregularidade formal grave⁴⁰ ou manifesta ilegalidade⁴¹.

b) limitação decorrente do dever de garantir a ampla defesa e o contraditório

• *a divulgação de informações não pode precipitar o juízo do julgamento*

A sociedade deve ter o direito de ser informada de que os órgãos responsáveis agiram para preservar a legalidade. Não se

trata, apenas, de zelar pela imagem institucional na imprensa, porque tal perspectiva não seria juridicamente tutelada. Trata-se, ao contrário, de permitir à sociedade o conhecimento e controle sobre os órgãos que têm o dever de zelar pelo bom emprego dos recursos públicos.

Nesse diapasão, a instauração do processo para apurar a irregularidade pode ser levada à imprensa, desde que não prejudique condutas ou pessoas, sob pena de violação ao devido processo legal.

Peculiar posição respalda a ação do Ministério Público, incumbido constitucionalmente de zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em razão de tal mister, podem os membros dessa instituição dar publicidade de seus atos, inclusive pela imprensa oficiosa, não se constituindo esse fato em violação a preceito jurígeno se houver equilíbrio, ponderação e amadurecido senso crítico, respeitando, sempre, a inocência presumível que paira sobre todos os integrantes de uma coletividade. Essa publicidade deverá ainda se efetivar somente após a preclusão das fases processuais, de tal forma que registre fatos ocorridos. Assim, pode um Promotor ou Procurador do Ministério Público informar que deu entrada numa ação ou representação para apurar um fato, que determinado agente foi citado para se defender, quando será o julgamento do processo, qual foi o *decisum* adotado, se ingressou com recurso, etc.

O eminente Procurador da República Wellington Cabral Saraiva, em lapidar síntese, averbou que: “a imprensa é um instrumento de trabalho do Ministério Público e do Poder Judiciário. A divulgação ampla dos atos dessas instituições, além de dar cumprimento ao direito da população de saber o que fazem os seus servidores, serve como meio de comunicação social das ações de responsabilização dos infratores da ordem jurídica⁴². Acresce, ainda, que “a divulgação da responsabilização e das sanções decorrentes de lesão aos valores jurídica-

mente protegidos funciona como meio de tornar eficaz a chamada prevenção geral. Como diz Aníbal Bruno, promove-se a prevenção geral dos crimes por meio de ação educativa sociocultural que o direito punitivo exerce pela definição dos bens jurídicos fundamentais e pela ameaça da sanção com que procura assegurar a sua inviolabilidade. Desse modo, o direito dá segurança e força a seus preceitos e incute na consciência coletiva o valor desses bens e o respeito que o sistema jurídico lhes quer garantir, prevenindo sua violação (Das penas, Rio de Janeiro, Rio, 1976, p. 22-3).”

Os servidores do Tribunal de Contas, julgados à Lei Federal nº 8.112/90, têm sua ação restringida pelo disposto no art. 116, VIII, que impõe o dever de “guardar sigilo sobre assunto da repartição”. Após o julgamento, poderiam manifestar-se, com a publicidade do ato, desde que atendido o inciso II desse mesmo dispositivo, na medida em que não seja “desleal” à instituição a que servir.

Quanto aos Ministros do Tribunal de Contas da União, por força do disposto no art. 73, § 3º, da Constituição Federal, são equiparados em impedimentos aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, regidos pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Assim, de igual modo, esses magistrados submetem-se à vedação do art. 36, III, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, que averba:

“Art. 36. É vedado ao magistrado:

I – (...)

(...)

III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.”

Aos Conselheiros das Cortes de Contas se aplica igual restrição, em decorrência de expressa equiparação a Desembargadores,

encontrada nas Leis Orgânicas desses órgãos, como pela implícita regra que decorre do art. 75 da Constituição Federal.

Na atualidade, a propósito, mostra-se indispensável que os Tribunais de Contas organizem um sistema de divulgação de suas ações, a exemplo do que já vem fazendo o Supremo Tribunal Federal com o encarte do Diário Oficial da União “Informativo do STF”. Sendo a sociedade uma fonte primária do Direito, é indispensável considerar a imprensa como o mais importante formador de opinião e, nessa linha de entendimento, compreender que a ação dos Tribunais de Contas só alcançará a eficácia desejada com o engajamento da coletividade no controle se houver ressonância positiva nas ações dessas Cortes.

Na esfera federal, importantes passos nessa direção foram dados na gestão do Ministro Marcos Vinícius Rodrigues Villaça, quando Presidente do TCU.

• qualquer punição só pode ser aplicada após a oitiva do envolvido

A Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁴³.

Como, a rigor, a TCE só assume a natureza de processo a partir do seu ingresso no Tribunal de Contas na chamada fase externa, anteriormente não apresenta partes ou litigantes, porque inexistente uma lide, mas, tão-somente, uma unidade dos atos investigatórios rumo à verdade material.

No relatório final da comissão de TCE, poderá esta firmar a irregularidade das contas, hipótese em que, após a manifestação do órgão de controle interno e da autoridade em nível de Ministro ou de Secretário de Estado, ou equivalente, remeterá os autos ao Tribunal de Contas para julgamento. Precisamente nesse momento, a TCE assume a condição de processo, quando o órgão instrutivo, apreciando a apuração promovida pela comissão e os demais elementos dos autos, destacará os principais aspectos,

passando, diretamente ou após a deliberação do Colegiado das Cortes de Contas – plenário, câmara ou turma –, para manifestação do Ministério Público, que funciona em caráter especializado junto ao Tribunal.

Nesse momento, presenciando a existência de indícios, formaliza-se a acusação, seguindo-se a citação, defesa e julgamento pelo Tribunal de Contas.

Essa mudança de procedimento para processo de TCE, que, guardadas as devidas proporções, pode ser equiparada às duas fases do processo penal – inquérito policial e ação penal propriamente dita –, é também o marco essencial à plena satisfação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O princípio do contraditório, comumente resumido na antiga parêmia latina – *audiatur et altera pars* –, consiste no dever do Juiz, em razão do seu dever de imparcialidade, de ouvir a parte do processo sobre as alegações deduzidas por outra. Também é chamado de princípio da audiência bilateral.

Esse axioma dá sustentação a toda teoria geral do processo, e sua inobservância acarreta a nulidade, ressalvadas as exceções expressamente admitidas em lei, como a medida liminar sem oitiva da parte adversa, que, por isso mesmo, constitui-se instrumento restrito.

Com o descortino superior que lhe é peculiar, obtempera o Dr. João Bonifácio Cabral Jr. que, no Direito comparado, em especial na doutrina alemã, é reconhecido que, subjacente ao direito de defesa, estão presentes três outros direitos, quais sejam:

a) o direito de informação – pelo qual se garante que o interessado, por exemplo, num processo administrativo disciplinar, tenha acesso a todas as informações relativas ao andamento e aos atos do processo;

b) o direito de manifestação – pelo qual se garante ao sobredito interessado o direito de manifestar-se oralmente ou peticionando por escrito no processo;

c) o direito de ver suas razões consideradas – vale dizer: no caso de uma sindicância ou processo administrativo disciplinar,

a Comissão, em seu relatório final, não está vinculada a acatar como procedentes as razões de defesa; todavia, isto sim, está obrigada, sob pena de nulidade, a considerar as razões de defesa, enfrentando-as, quer para acatá-las, quer, principalmente, quando for o caso, para mostrar, fundamentadamente na prova colhida na instrução, a improcedência ou inconsistência das mesmas.

Em decorrência desse princípio, autoriza-se o servidor ou responsável a contradizer os fatos apurados pela comissão de TCE, se agasalhados pelo Ministério Público na proposta de citação. Para demonstrar a diferença entre a TCE e o processo administrativo disciplinar, cabe assinalar que, no primeiro, não há nulidade se a prova é constituída sem observância do princípio. A citação posterior, realizada pelo TCU, simplesmente sana o processo, na medida em que assegura a mais ampla defesa.

c) limitações específicas de órgãos de controle

- *o respeito ao poder decisório, quando houver teses juridicamente razoáveis*

Já decidiu o TCU⁴⁴ que, se o Administrador atua seguindo tese razoável firmada pelo órgão jurídico, não pode ser penalizado.

- *a impossibilidade de criar procedimentos para a atividade-fim da Administração*

Em norma já esquecida, certa vez o legislador pátrio delineou com mestria essa competência, nos seguintes termos:

“É vedada a imposição de normas não previstas na legislação geral ou específica”⁴⁵.

Na atualidade, essa limitação ao poder decorre de dois fundamentos:

a) o primeiro, que o Tribunal de Contas, exercendo atividade-meio, deve dirigir sua ação de modo a não criar novas tarefas ou atividades para os que desenvolvem as atividades-fim.

Obviamente a necessidade de informações e o processo decisório eficaz, em tempo

real, exigem a ação por meio de inspeções e auditorias, evitando-se sempre a criação de formulários, relações e remessa de incontáveis documentos, cópias, atas, pareceres, que muito pouco ou nada contribuem para a efetiva ação de controle;

b) o segundo concerne ao dever dos Tribunais de Contas de darem cumprimento ao princípio da legalidade, no desempenho de suas funções.

Desse modo, ao impor a alteração de rotinas ou procedimentos habituais, devem fazê-lo por intermédio de lei. Por exemplo: remeter ao tribunal relação dos ordenadores de despesa, com os dados...

Não se confunde com o princípio da reserva legal e, portanto, prescinde de lei ordem do Tribunal de Contas para ajustar ações ao fiel acatamento da norma.

4. Conclusão

Esse breve panorama da legislação e as considerações expendidas permitem concluir definindo dois vetores fundamentais – limitador e expansor – para a ação do controle externo exercido pelos Estados-membros.

O primeiro impõe limite ao poder do controle externo do Estado-membro frente à sociedade dos órgãos e agentes controlados, definidos pelo Direito, e estabelece uma relação de cooperação com o Poder Legislativo.

O segundo vetor expande o poder do controle externo dos Estados-membros em duas grandes áreas: primeiro ao estabelecer limites aos órgãos federais em suas incursões controladoras sobre gestão de recursos administrados pelos Estados; segundo ao ampliar o modelo estrutural da ação de controle externo, permitindo o desenvolvimento de novos paradigmas de sistemas, que, pela criatividade, possa açambarcar em favor do cidadão a mais ampla expressão de uso eficaz e probo de recursos públicos.

Sobre o primeiro vetor – limitador do controle –, Montesquieu ensina: “para que não possa abusar do poder, é preciso que, pelas

disposições das forças, o poder detenha o poder. Dando azo à filosofia pátria, acrescentaríamos, com Calheiros Bonfim: “Todo o poder a salvo de controle externo tende ao abuso, ao arbítrio, ao autoritarismo. Dessa regra não se excetua o Judiciário, nem qualquer outra instituição.” Observe que o renomado jurista abre exceção ao controle externo como fator limitador de poder, mas não aos órgãos de controle externo que, a exemplo dos órgãos do Poder Judiciário, devem ser submetidos também a um controle externo.

Por isso, os Tribunais de Contas têm o dever de prestar contas de sua gestão ao Poder Legislativo, mediante relatórios periódicos e realização de auditorias e inspeções requeridas, com acatamento da forma regimental pelas casas parlamentares.

Em estudos no Direito comparado, verifica-se que a evolução da sociedade leva ao exaurimento da função legislativa e aprimoramento da função de controle, competindo ao Poder Legislativo estar ciente da atenção que deve dispensar à elaboração da Lei Orçamentária e ao julgamento das Contas do Chefe do Poder Executivo. Em conferência realizada em Coimbra, sob os auspícios do Centro Brasileiro de Administração e Direito – CEBRAD, destacamos esse papel, associado à ação dos Tribunais de Contas como instrumento de combate à corrupção numa visão de futuro, a curto espaço de tempo.

Na Argentina, enfocamos a importância do papel do controle em ano eleitoral como importante instrumento de garantia à regularidade do processo democrático, impeditivo de abusos da máquina administrativa.

É nesse cenário que vislumbramos o papel do Poder Legislativo e dos órgãos de controle externo, no qual todos nós temos um relevante papel a desempenhar, vez que o sistema pressupõe um nível de amadurecimento da cidadania em que a expressão “recursos públicos” assuma a conotação de recursos de todos e não mais recursos de ninguém.

Sobre o segundo vetor – expansor –, além do que já foi exposto, não se pode olvidar

Klaus Vogel, citado por Raimundo Juliano Rêgo Feitosa, quando assinala a existência de nexos entre o surgimento do Estado democrático constitucional e a inserção da matéria financeira nas constituições e atribui à luta pelo direito de elaborar a legislação tributária o ponto de partida para formular outras exigências como liberdades públicas⁴⁶.

A completar esse cenário, é preciso incentivar o desenvolvimento da ação fiscalizadora do cidadão, tal como pretendia o movimento iluminista quando insculpiu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789: “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”⁴⁷.

No delineamento das competências tributárias, coube ao Estado o imposto mais diretamente relacionado com a coletividade e a riqueza da sociedade: o imposto sobre a circulação de mercadorias e parcelas oriundas das repartições de tributos das competências das outras esferas de governo. Por esse motivo, o controle das riquezas dos Estados-membros depende, ainda mais, do amadurecimento político de um povo e da consciência da cidadania como parcela da sociedade.

Na medida em que não se desenvolve um Direito Constitucional estadual, deixa a sociedade de explorar as potencialidades de organização, estruturação e definição de competências próprias e peculiares, passando a exercer o papel menor de acolher matrizes federais. Em decorrência, na esfera da fiscalização e controle – que exige maior exercício do controle dos direitos difusos –, a legislação sofre duplamente: pela atrofia no exercício, pelo subjugamento ao limitado papel de copiar competências.

Há searas a explorar e aqui se pode referir, por exemplo, ao controle sobre execução dos serviços públicos, tema sobre o qual tivemos a oportunidade de oferecer projeto de lei, ao Deputado Distrital Peniel Pacheco, imediatamente aprovado, sem alteração, pelo parlamento local. Muito há ainda a ser feito, como, por exemplo, os Tribunais de

Contas criarem sistema de atendimento ao público, que, ainda não corrompido pelo sentimento de impunidade, busque quem lhe escute para oferecer uma denúncia ou fazer uma reclamação.

Entre a harmonização com o modelo estabelecido pela Constituição Federal e a impossibilidade de inovar ou o dever de copiar, existe uma longa distância e compete aos operadores do direito vivificar a norma, torná-la fértil, real, concreta, para que a sociedade sinta a presença permanente da possibilidade de exercitar o controle, sem custos pessoais ou financeiros, sem demoras ou objeções, sem timidez ou vergonha.

Que o desenvolvimento desse rico manancial de exercício do Poder Constituinte Decorrente e de legislar seja efetivamente progressivo e aponte na direção de novos horizontes na consolidação de uma sociedade mais consciente, justa e fraterna.

Notas

¹ Por ocasião do I Encontro Nacional de Procuradores do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, realizado em Brasília, em abril de 1994.

² Pareceres, 1950, vol. IV, pág. 118/9, *apud* Seabra Fagundes, O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, Rio de Janeiro, Forense, pág. 144, nota de rodapé ao § 69.

³ Ob. cit., pág. 239.

⁴ Art. 71, inc. II, da Constituição Federal

⁵ Art. 73, § 4º, da Constituição Federal

⁶ Nesse sentido, José Cretella Jr., in Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 71.

⁷ RDP 72:137.

⁸ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª ed. atual. e reform., p. 412.

⁹ Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, 1ª ed. Julex, Campinas-SP, p. 634.

¹⁰ Comentários à Constituição de 1988, vol. V, – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

¹¹ Publicada no D.O.U. de 17-7-1992.

¹² MS nº 22801-6.

¹³ MSG nº 21.466-0, de 15 de maio de 1993, DJ de 6-5-94, seção I, pág. 10.486.

¹⁴ Decisão nº 047/95 – TCU – 1ª Câmara – Relator: Min. Homero dos Santos DOU: 21-3-95 – Seção I, p. 4647.

¹⁵ CC 15887/TO Processo nº 95/0068699-6, publicado no DJ de 1-7-96, p. 23981.

¹⁶ Grifos nossos.

¹⁷ CC 15530/RS Processo STJ nº 95/0057266-4. Relator: Min. Vicente Leal. Publicado no DJ em 26-2-96, p. 03929.

¹⁸ CC 13073/RS Processo STJ nº 95/0013207-9. Relator: Min. Edson Vidigal. Publicado no DJ em 5-2-96, p. 01351.

¹⁹ CC 20294/TO Processo STJ nº 97/0057614-0. Relator: Min. Arri Pargendler. Publicado no DJ 24-11-97, p. 61087.

²⁰ CC 12578/RS Processo STJ nº 95/0003289-9 Relator: Min. José Dantas. Publicado no DOU em 23-10-95, p. 35604.

²¹ RECR 196982/PR, STF. Rel.: Ministro Neri da Silveira. Publicado no DJ em 27-6-97 PP 30247 Ement. Vol-01875-09 PP 01779 (anterior à MP 1677-58).

CC 13325/SP Processo STJ nº 95/0016788-3. Relator Min. Cid Flaquer Scartezzini, publicado no DJ em 3-2-97, p. 0063 (anterior à MP 1677-58).

²² RECR – 76789/RN, STF. Relator Ministro Thompson Flores, publicado no DJ em 14-5-76 PG.

CC 15666/DF, Processo STJ nº 95/0061338-7. Relator Min. Ari Pargendler, pub. no DJ em 18-3-96, p. 07499.

HC 055074/CE, STF. Relator Min. Leitão de Abreu, publicado no DJ em 9-8-77 PG. RTJ. Vol. 00082-02, p. 378.

²³ HC 74788/MS, STF. Relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ em 12-9-97 PP-43714 Ement Vol-01882-01 PP - 00112.

²⁴ Dados obtidos em palestra do Ministro Bento Bugarin, em 29-5-98, no Instituto Serzedello Corrêa, no curso de Políticas Públicas.

²⁵ Publicada no Diário Oficial da União de 31 de janeiro de 1997, p. 1887 a 1896.

²⁶ Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, publicada no D.O.U. de 17-7-92.

²⁷ Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, publicada no D.O.U. de 17-7-92.

²⁸ Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal

²⁹ Paineis de Debates promovido, no dia 29-5-98, no Instituto Serzedello Corrêa, pela Universidade

Federal do Rio de Janeiro para o Curso de Políticas Públicas, oferecido a servidores do TCU.

³⁰ CC 14358/RS, Relator Min. Felix Fischer. Processo STJ nº 95/0034767-9, publicado no DJ de 19-5-97.

³¹ CC 17541/MS, Relator Min. Anselmo Santiago. Processo STJ nº 96/0036000-6, publicado no DJ em 19-12-97.

³² CC 12580/RS, Relator Min. Anselmo Santiago. Processo STJ nº 95/003293-1, publicado no DJ em 13-5-96.

³³ RHC-71419 / MT. Relator Ministro Francisco Rezek, publicado no DJ em 16-6-95.

³⁴ HC 55074/CE STF Relator Min. Leitão de Abreu. Publicado no DJU 9-8-77.

³⁵ RE 205773/SC STF Relator Min. Octávio Gallotti. Publicado no DJ de 1-8-97.

³⁶ Art. 8º da Lei nº 8.443/92

³⁷ Excerto do voto proferido no Proc. TC – 019.880/93-6, publicado no DOU de 26-3-96, p. 5.013 e s.

³⁸ Colhe-se o seguinte excerto do voto do Ministro Paulo Affonso: “Outrossim, convém esclarecer que esta Corte de Contas não tem o poder de obstar o andamento de contas especiais instauradas pelos órgãos repassadores de recursos federais, a quem compete aprovar as respectivas contas, devidamente certificadas pelos órgãos de controle interno, consoante reiterado no âmbito desse Tribunal”. Proc. TC - 009.458/93-0, Decisão 019/96 - TCU - Plenário, Ata 04/96, sessão de 31-1-96 – ordinária, publicada no *DOU* de 22-2-96.

³⁹ Apelação Cível 63.492-RN, Rel.: Min. Sebastião Alves dos Reis, em 29-3-82, publicada no *DJU* de 6-5-82.

⁴⁰ MS 6.960, 1959.

⁴¹ RE 55.321/67-PR, publicado no *DJU* de 24-11-67; MS 7.280, 1960.

⁴² In Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça, de 26-2-96, p. 5.

⁴³ Art. 5º, LV.

⁴⁴ Decisão 074/97 - TCU Plenário. Relator: Min. Carlos Átila. Publicada no *DOU* em 11-3-97, p. 4782.

⁴⁵ Lei nº 6.223 de 14-7-75, art. 7º, § 2º.

⁴⁶ Constituição Financeira: a ordenação da atividade financeira e tributária do Estado, artigo ainda inédito, distribuído em aula pelo autor.

⁴⁷ Art. 15.

Limitação dos mandatos legislativos: uma nova versão do contrato social

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira
Rocha

O processo de fortalecimento democrático constitui-se no resultado da mutação histórica dos comportamentos e representações coletivas, em que a formalização das mentalidades influenciam as estruturas sociais e as superestruturas ideológicas¹.

“A participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios” do Estado, “consagrada essa participação através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes”².

O desenvolvimento do constitucionalismo delimitou juridicamente o enquadramento dos fenômenos políticos, formulando a premissa doutrinária que conecta o Estado à Constituição, o sistema partidário aos regimes representativos e a mecânica eleitoral à base social.

A idéia da institucionalização do sistema partidário como instrumento de racionalização e organização do poder, tanto por sua função representativa, quanto por sua função governativa, constitui pressuposto inquestionável da dogmática constitucional.

Da *polis* grega ao Estado Moderno, a questão da representação assumiu novas colorações, vez que, na Antigüidade, a sociedade política era representada pelos que

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Professora de Direito Constitucional e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa.

governavam a Cidade e, no Estado Moderno, o poder do Estado representa a Nação, portanto, a concepção de representação influencia diretamente a própria concepção de Estado³.

Contudo, a reflexão jurídica e a análise sociológica que se pretende abordar diz respeito à questão da legitimidade e os fundamentos do poder numa sociedade política em crise.

Quer-se discutir os novos contornos da representação político-partidária, num momento histórico relevante que vivencia quedas de regimes, variações de ideologias e de estruturas de autoridade.

A novel sociedade política que emerge do realinhamento de forças no Estado Contemporâneo questiona o credo igualitário e libertário teorizado pelo Estado Burguês, pondo em cheque os dogmas jurídicos e os antagonismos da representação de vontades.

O *term limits*, objeto de exame deste trabalho, aprovado, via *referendum*, em vinte e dois estados da federação norte-americana e que visa limitar o mandato eletivo dos parlamentares estaduais por um período variável de 6 a 12 anos, reavalia as dimensões e o significado do contrato social.

Mecanismo revisor das bases do poder e do próprio conceito de representação, os *limiting terms*, instrumento que se pretende adotar em um Estado sacralizado por Alexis de Tocqueville como o berço da democracia ocidental, buscam suprimir o político profissional ou, se preferir, extinguir a Política como profissão segundo a terminologia de Max Weber.

Numa breve digressão histórica, pode-se afirmar que a teoria da representação precede o liberalismo alcançando a Antiguidade Greco-Romana e a Idade Média, consoante a concepção teocrática exposta por Santo Thomás de Aquino e sustentada pelos teólogos católicos Belarmino e Suárez, que assentaram bases eminentemente democráticas de organização e uso do poder político.

Distinguindo no poder três elementos: o princípio, o modo e o uso; o primeiro – o princípio do poder –, provindo de Deus, criador do Universo, e o segundo e terceiro, inerentes aos homens, fonte da soberania, Santo Thomás escreveria:

“As leis positivas estabelecidas pelos homens são justas ou injustas. Quando são justas elas têm, pela lei eterna de onde derivam, a força de obrigar os homens, conforme a palavra da Escritura: é por mim que os reis reinam e os legisladores fazem leis justas. As leis opressivas, que impõem encargos injustos aos súditos, ultrapassam os limites do poder conferido por Deus, e não se é obrigado a respeitá-las, se puder resisti-las sem escândalos ou males exteriores”⁴.

Resistir à opressão continua sendo, desde a metafísica e cosmologia que inspirou a teologia medieval ao racionalismo que inspirou o pensamento moderno, o grande desafio da humanidade.

A tese do século, síntese do iluminismo, fixou o indiscutível axioma jurídico: “sem contrato social não há legitimidade”.

O racionalismo filosófico oporia-se às premissas teocráticas que consideravam Deus princípio do poder e produziria os conceitos de soberania, poder constituinte e representação, provocando a primeira crise de legitimidade da sociedade ocidental⁵.

À toda evidência, a tônica da legitimidade recaiu na ideologia de sustentação do Terceiro Estado, donde decorre que ideologia é pressuposto de legitimidade.

Essa tese, mesmo quando não explicitamente enunciada, encontra-se tanto no conceito hobbesiano de autoridade⁶, quanto no pensamento individualista e democrático de Locke⁷ ou no contratualismo de Rousseau⁸, autores que resumem o pensamento político de seus contemporâneos e cujas idéias exerceram larga influência na evolução do constitucionalismo.

A idéia de representação seria retomada na atualidade por Max Weber, que

a associou aos conceitos de autoridade e dominação.

Segundo Weber, é na esfera política que se desenvolvem as relações de potência – *Macht* – e de poder – *Herrschaft*, marcadas por uma luta incessante⁹.

Sua definição de Estado como “monopólio da força legítima”, repetida, com poucas variações, em seus últimos escritos, pertence à tradição clássica do pensamento político, o qual é retomado “idealmente”, na justificação hobbesiana do Estado produto da renúncia ao uso da força individual, conforme era feito pelos homens no estado natural, com o objetivo de deixarem a anarquia e darem vida a uma força coletiva (chamada por Hobbes, “poder comum”) que os protege uns dos outros.

Weber define o Estado “sociologicamente” como um meio específico que, como toda associação política, detém a força física (*die physische Gewaltsamkeit*). Para validar o realismo dessa afirmação, cita Trotski em “Brest-Litovsk”: “todo o Estado é fundado na força (*Gewalt*)”. E comenta:

“na verdade, é justo que assim seja. Se só existissem organismos sociais que ignorassem a força como meio, o conceito de Estado teria desaparecido e em seu lugar haveria o que, num sentido especial da palavra, poderíamos chamar de ‘anarquia’”¹⁰.

Na esteira desse entendimento, Norberto Bobbio, transpondo o sociologismo de Weber para o jurisdicismo de Kelsen, formula a definição do Estado como “a ordenação jurídica que tem o uso exclusivo do poder de coação como atribuição das suas normas”¹¹; se se admitir que em qualquer grupo humano há duas outras formas de poder – o ideológico e o econômico –, poder-se-á precisar, ulteriormente, que o monopólio da força ou o uso exclusivo do poder de coação é uma condição necessária à existência do Estado.

Essa idéia de Estado-de-poder também é partilhada por Marx, que encara as relações internas de cada Estado como pura força, já que ele se baseia no domínio de uma classe

sobre outra, que só pode ser mantido pela força¹². As relações de força que existem entre os Estados refletem, muitas vezes, relações de forças internas, embora os defensores do Estado-de-poder tendam a disfarçá-las sob o manto do interesse nacional¹³.

A redução do poder político à dominação, à aceitação da autoridade, é defendida por autores tão diferentes ideologicamente como Thomás de Aquino, Marx, Nietzsche¹⁴, Weber, Aron, Mosca, Pareto e Wright Mills.

Precusores da teoria das elites, Mosca, Pareto e Mills responderam que em toda a sociedade existe sempre, e apenas, uma minoria que, por várias formas, é detentora do poder, em contraposição a uma maioria que dele está privada.

A teoria das elites nasceu e se desenvolveu por uma especial relação com o estudo das elites políticas, podendo ser redefinida como a teoria segundo a qual, em cada sociedade, o poder político pertence sempre a um estrito círculo de pessoas e se traduz no poder de tomar e de impor decisões válidas para todos os membros do grupo, mesmo que tenha de recorrer à força, em última instância¹⁵.

A elaboração, tornada clássica, dessa teoria encontra-se nos “Elementi di Scienza Política” (1896), de autoria de Gaetano Mosca. Segundo ele:

“Entre as tendências e os fatos presentes em todos os organismos políticos, existe um cuja evidência pode ser facilmente verificada: em todas as sociedades, a começar por aquelas mais mediocremente desenvolvidas, apenas chegadas aos primórdios da civilização, até as mais cultas e fortes, existem duas classes de pessoas – a dos governantes e a dos governados. A primeira, que é sempre a menos numerosa, cumpre todas as funções públicas, monopoliza o poder e goza as vantagens que lhe são inerentes; enquanto a segunda, mais numerosa, é dirigida e regulada pela primeira, de modo mais ou menos legal ou de modo mais ou menos arbitrário e

violento, fornecendo a ela, ao menos aparentemente, os meios materiais de subsistência e os que são necessários à vitalidade do organismo político”¹⁶.

Mas a evocação da expressão “elite” pertence a Pareto, que, sob a influência de Mosca, enunciou, na “Introdução dos Sistemas Socialistas” (1902), a tese segundo a qual em toda a sociedade há uma “classe superior” que detém, via de regra, o poder político e econômico, chamada “aristocracia” ou “elite”¹⁷.

Obviamente, não se trata de um pensamento inusitado. O próprio Mosca reconheceu em Saint-Simon, Taine, Marx e Engels seus predecessores. O mérito de Mosca consiste no fato de ele ter tentado elaborar uma doutrina científica, fundada numa imparcial observação dos fatos, sem qualquer conotação ideologizante de política¹⁸.

Seu primeiro e fundamental princípio metodológico consistia em recolher o maior número possível de fatos históricos das mais diversas civilizações. A construção da Ciência Política estava, para ele, irremediavelmente ligada à “condição indispensável de conhecer a história, ampla e exatamente; o que não era possível para Aristóteles, Maquiavel, Montesquieu ou qualquer outro escritor que tenha vivido há mais de um século, pois as grandes sínteses só podem ser tentadas depois da reunião de uma vasta coletânea de fatos, estudados e verificados com critério científico”¹⁹. Assim, para livrar-se dos preconceitos nocivos à formação de uma ciência objetiva é necessário “ter estudado muitos fatos sociais” e “conhecer bem e muito a História, não só de um período ou de um povo mas, possivelmente, de toda a humanidade”²⁰. E mais, é necessário ainda combater o socialismo (remédio utópico que jamais se poderia implementar, sendo os homens como são, “egoístas e duros de coração, a não ser sob a mais cruel tirania”)²¹ e a democracia (cujo axioma teórico é o governo da maioria), pela boa razão de que nunca houve e nem haverá um governo da maioria. Mosca expõe a falácia que é a democracia social, demonstrando

como, em um mundo onde um tal sistema preponderasse, “os grandes da terra seriam os senhores absolutos de tudo”²².

Expurgando essas falsas doutrinas da sociedade e do Estado e substituindo “todo um sistema metafísico (...) por um completo sistema do positivismo”, o diletantismo dos “politicantes”, que abriam um fosso entre a ciência e a política, seria afastado²³.

A partir da aplicação adequada do método histórico, Mosca reformulou conceitos fundamentais da teoria política tradicional, como o das três formas clássicas de governo para renovar o conteúdo das Ciências Políticas, cuja atenção deveria ser voltada para a natureza e as diferentes características dos tempos e das civilizações nos problemas da formação e da organização da classe política²⁴.

Para além disso, Mosca procurou explicar o princípio por ele formulado segundo o qual existe, em toda sociedade, uma classe política composta por um número limitado de pessoas, enfatizando que a força dessa classe reside no fato de ser ela “organizada”, entendendo por organização tanto o conjunto de relações de interesse que induzem os membros da classe política a coligarem-se e constituírem um grupo homogêneo e solidário contra a mais numerosa, dividida e desarticulada classe dirigida, quanto o aparelho estatal do qual se serve a classe política como instrumento para a realização de seus próprios interesses. Vai daí, também, ser a teoria da classe política habitualmente chamada de teoria da minoria organizada²⁵.

Teórico da anti-revolução, Mosca confiava na superioridade do sistema representativo.

Para ele, a resposta para a rápida dissolução que ameaça a sobrevivência do sistema representativo está na sua transformação gradual. Nesse sentido, o esforço científico de Mosca encontra uma aplicação prática nas sugestões e orientações fornecidas às elites para reforçarem o sistema representativo, pois as elites, se a um tempo sofrem a

multiplicidade dos golpes mencionados, são as responsáveis pela estabilidade desse sistema.

A teoria da classe política, elaborada por Mosca, fez escola. Ela foi acolhida, naquela mesma época, pelo internacionalmente conhecido Vilfredo Pareto²⁶.

Na introdução ao “Sistemas Socialistas”(1902-1903), Pareto chamou atenção para a desigualdade dos homens em todos os campos de atividades.

A existência de classes sociais é por ele caracterizada como um “fenômeno de heterogeneidade social”, disseminado em todas as sociedades. Em face de tal diferenciação, os homens encontram-se dispostos em níveis, que vão do superior ao inferior.

Constitui a elite, a camada superior, que compreende a elite governante e não governante; a camada inferior é a classe estranha a ela.

“Em suma, as classes sociais não passam de agregados nominais ou de coleções de pessoas entre as quais, as que compõem a elite, possuem os índices mais elevados, no ramo em que desenvolvem sua atividade”²⁷.

Essa concepção liga-se, em Pareto, a uma teoria psicológica destinada a caracterizar as relações entre as classes dirigentes e dirigidas. Tratam-se de “resíduos”, que seriam emotivos, e de “derivações”, que seriam justificações intelectuais desses resíduos, diferentes na classe superior e inferior.

Mais do que os problemas da constituição e formação da classe política, Pareto foi atraído pelo fenômeno da grandeza e da decadência da aristocracia, ou seja, pelo fato de que as aristocracias não duram e a História nada mais é do que um teatro de luta contínua entre uma aristocracia e outra, ou segundo suas próprias palavras: “A História é um cemitério de ‘aristocratas’”²⁸.

No seu “Tratado de Sociologia Geral”(1916), a teoria do equilíbrio social é fundada, em grande parte, sobre o modo como se combinam, integram-se e se intercambiam as diversas classes de elite, cujas principais são: as políticas (representadas por dois

pólos: os políticos que usam a força – leões – e os que usam a astúcia – raposas); as econômicas (com os pólos nos especuladores e nos banqueiros), e as intelectuais (em que se contrapõem continuamente os homens de fé e os homens de ciência)²⁹.

Seus pressupostos são exatamente contrários aos dos marxistas: as elites que formam as classes dirigentes não de manter-se sempre no poder; foram elas que fizeram e não de fazer sempre a História, não passando esta duma circulação das elites.

Por fim, a teoria das elites conquistou os cientistas políticos norte-americanos³⁰.

A obra de Mills é interessante por revelar uma denúncia contra a sociedade americana na qual se inspira e suas elites³¹.

Contestando a imagem idílica de uma América comumente vista como o paraíso do homem comum, Wright Mills parte da contraposição entre este “homem comum”, definido como aquele cujos poderes são limitados pelo mundo cotidiano em que vive e que parece freqüentemente ser movido por forças que não pode compreender nem controlar, e a “elite”no poder, “composta por homens cuja posição lhes permite transcender o ambiente dos homens comuns e ocupar postos de comando estratégicos da estrutura social, nos quais se centralizam atualmente os meios efetivos de poder, a riqueza e a celebridade”³².

A obra de Mills denuncia a existência de profundas mazelas estruturais na sociedade norte-americana. Por meio de uma análise histórica e sociológica, ele procura demonstrar como o país se encontra dominado por um restrito grupo de poder que constitui precisamente a “elite no poder”. Essa elite é composta pelos indivíduos que ocupam os círculos elevados nos setores da economia, do Exército e da política.

“No alto da economia, entre as grandes empresas, estão os principais diretores; no alto da ordem política, os membros dos diretórios políticos; no alto da organização militar, a elite dos soldados estadistas (...). À medida que estes domínios coincidem entre si,

as decisões passam a ser totais em suas conseqüências os líderes destes três domínios do poder – os soldados, os chefes das empresas e o diretório político – reúnem-se para formar a elite do poder na América³³.

Tal elite, diferente do que se faz crer, está unida por ligações sociais, familiares e econômicas, de forma a reforçar e manter os seus vínculos. O resultado é a concentração dos instrumentos de poder em instituições centralizadas e interdependentes.

É a “legitimidade” imposta como uma farsa e o seu desmascaramento por um pensador da democracia. O problema, além de político, é também moral³⁴.

A avaliação de Mills aproxima-se da tese de Mosca sobre as maiorias organizadas e desorganizadas³⁵.

Mas, ao contrário do sociólogo italiano, Mills era um democrata³⁶.

Sua denúncia gira em torno de dois pontos básicos: a ausência de uma burocracia genuína no governo civil, incapaz de afirmar-se com a neutralidade necessária para tornar-se um instrumento da opinião pública e subordinar, tanto a si própria como o resto da sociedade, aos ditames do regime democrático;³⁷ e o esvaziamento e manipulação da opinião pública no âmbito de uma sociedade de massas.

Concluindo, a ilegitimidade do poder, para Mills, não decorre da dominação de classes, mas da sistemática perversão da legitimidade democrática que se traduz na invocação de seus princípios para fins alheios, ou, por outra, para atender a interesses da elite do poder que a ela se sobrepõem.

Talvez por isso Mills não questione a estrutura do Estado mas, tão-somente, aponte os graves defeitos comprometedores da democracia americana contemporânea.

A recuperação da legitimidade democrática passa longe das lutas de classes. Para ele, ela está na reorganização de uma burocracia estatal independente e politicamente neutra, bem como na revigoração da opinião pública.

Há, porém, enfoques divergentes, consoante os esposados por Hegel, Talcott Parsons e Michel Foucault, que dissolvem o poder na autoridade.

Parsons, o mais influente autor do desenvolvimento de uma sociologia sistemática, ao traduzir a expressão Weberiana *Herrschaft* por *imperative control*, “obscurece o confronto entre quem comanda e quem obedece, num sistema de ordem imposto”.

Tal adulcoração do sentido de *Herrschaft* é muito significativa. Parsons recusa-se a considerar o poder como sendo essencialmente “uma ação imposta por um ator a um outro ator”. Segundo ele, o *political power* é “a aplicação de uma capacidade generalizada, que consiste em obter que os membros da coletividade cumpram obrigações legitimadas em nome de fins coletivos, e que, eventualmente, permite forçar o recalcitrante através de sanções impositivas”³⁸.

É que Parsons considera errônea toda compreensão do poder que o reduza a uma situação marcada pela desigualdade e, portanto, pelo menos potencialmente conflituosa. Segundo ele, ter o poder não é, basicamente, estar em condições de impor a própria vontade contra qualquer resistência. É, antes, dispor de um capital de confiança tal que o grupo delegue aos detentores do poder a realização dos fins coletivos. Em suma, é dispor de uma autoridade – no sentido em que um escritor de renome, um pensador ilustre, um velho sábio... são autoridades no interior de um grupo dado (sem que essa autoridade implique uma idéia de coerção). Na política, a coerção só seria utilizada em casos-limites, e a possibilidade de empregar-la não serviria para definir o *imperative control*.

Parsons, aqui, constitui apenas um exemplo entre tantos outros. Na filosofia política de Hegel também se encontra essa mesma vontade de dissolver o poder (no sentido weberiano). Hegel nunca deixa de insistir na diferença que existe entre o poder de Estado, por um lado, e por outro “a potência pura e simples (*Blosze Macht*) e o puro

arbítrio (Leere Eillkur)”do despotismo. O déspota é aquele cuja vontade particular e caprichosa vale como lei, enquanto o poder de Estado persegue fins que são os da coletividade. Apenas excepcionalmente, portanto, poderia exercer-se mediante coerção. Assim, pode-se dizer que a crítica de Marx a Hegel anuncia o espírito da crítica dirigida a Parsons pelos weberianos³⁹.

A idéia de poder-dominação como fenômeno necessariamente vinculado a toda organização política foi igualmente recusada por Foucault.

Contestando a representação do poder como mero limite imposto à liberdade, Foucault reformula objetivos teóricos, aprofunda e generaliza as inter-relações capazes de situar os saberes constitutivos das Ciências Humanas, estabelecendo uma rede conceitual que lhes cria o espaço de existência e na qual as estruturas econômicas e políticas são, propositadamente, deixadas de lado.

Trata-se de uma análise do porquê dos saberes, que pretende explicar sua existência e suas transformações, situando-os como peças de relações de poder ou incluindo-os em um dispositivo político que Foucault chamou genealogia.

Inexiste no pensamento de Foucault uma teoria geral do poder. O que significa que suas análises não consideram o poder como uma realidade que possua uma natureza, uma essência, definida por características universais. Inexiste, para ele, algo unitário e global chamado poder, mas unicamente formas díspares, heterogêneas, em constante transformação. O poder não é um objeto natural, mas uma prática social e, como tal, constituída historicamente.

Essa fragmentação das relações de poder gerou, como conseqüência, o deslocamento do Estado como eixo central de investigação sobre o poder, o que não é novo, nem inusitado, mas determinante para o “estruturalismo dos modelos”de Foucault⁴⁰.

A partir desse momento, em que o Estado é desconsiderado como aparelho central e exclusivo de poder, vêm à tona formas de

exercício de poder que intervêm na realidade concreta dos indivíduos e se situam ao nível do próprio corpo social, e não acima dele, penetrando na vida cotidiana, e, por isso, podem ser caracterizadas como micropoder ou subpoder.

Tratam-se de poderes periféricos e moleculares que se exercem em níveis diversos da rede social, podendo estar ou não integrados ao Estado, bem como às suas transformações. A própria destruição do Estado não seria suficiente para fazer desaparecer ou transformar, em suas características fundamentais, a rede de poderes que impera em uma sociedade⁴¹.

Metodologicamente, Foucault esquadriñou o nível molecular do exercício do poder tendo o cuidado de o deduzir, a partir do Estado, até os escalões mais baixos da sociedade, em que o poder se prolonga, penetra e reproduz em níveis atomizados.

É fato que livros como “Vigiar e Punir” e “A Vontade de Saber” não refletiram, explicitamente, sobre o Estado e seus aparelhos.

Porém, não se tratava de minimizar o papel do Estado nas relações de poder existentes em determinada sociedade. A pretensão era insurgir-se contra a idéia de que o Estado seria o órgão central e único de poder ou de que a inegável rede de poderes das sociedades modernas seria uma extensão dos efeitos do Estado, um simples prolongamento ou uma simples difusão de seu modo de ação, o que seria destruir a especificidade dos poderes que a análise prendia focalizar.

A análise que Foucault propõe e realiza estuda o poder não como uma dominação global e centralizada que se pluraliza, difunde-se e repercute, de modo homogêneo, nos outros setores da vida social, mas como tendo uma existência própria e formas específicas em nível mais elementar. O Estado não é o ponto de partida necessário, o foco absoluto que estaria na origem de todo tipo de poder social e do qual também se deveria partir para explicar a constituição dos saberes nas sociedades capitalistas. Foi muitas vezes fora dele que se instituíram as

relações de poder essenciais para situar a genealogia dos saberes modernos, que, com tecnologias próprias e relativamente autônomas, foram investidas, anexadas, utilizadas, transformadas por formas mais gerais de dominação, concentradas no aparelho de Estado.

Pode-se dizer que, quando, em seus estudos, Foucault foi levado a distinguir no poder uma situação central e uma periférica e um nível macro e micro de exercício, o que pretendia era detectar a existência e explicitar as características de relações de poder que se diferenciam do Estado e seus aparelhos. Mas isso não significa, em contrapartida, querer situar o poder em outro lugar que não o Estado, como sugere a palavra periferia. O interessante da análise é justamente que os poderes não estão localizados em qualquer ponto específico da estrutura social. Funcionam como uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras. Daí a importante e polêmica idéia de que o poder não é algo que se detém como uma coisa, como uma propriedade, que se possui ou não. Não existe, de um lado, os que têm o poder e, de outro, aqueles que se encontram dele alijados. Rigorosamente falando, o poder não existe; existem, sim, práticas ou relações de poder. Isso significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social. Não é um objeto, uma coisa, mas uma relação. E esse caráter relacional do poder implica que as próprias lutas contra seu exercício não possam ser feitas de fora, de outro lugar, do exterior, pois nada está isento de poder. Qualquer luta é sempre resistência dentro da própria rede do poder, teia que se alastra por toda a sociedade e à qual ninguém pode escapar; ele está sempre presente e se exerce como uma multiplicidade de relações de forças. E, como onde há poder há resistência, não existe propriamente

o lugar de resistência, mas pontos móveis e transitórios que também se distribuem por toda a estrutura social. Foucault rejeita, portanto, uma concepção do poder inspirada pelo modelo econômico, que o considera como uma mercadoria.

Em suma, trata-se de um enfoque que não vincula o poder às relações de produção, à infra-estrutura material, em contraposição ao pensamento marxista, que, na visão de Foucault, apresenta um grave defeito:

“o de supor, no fundo, que o sujeito humano, o sujeito de conhecimento, as próprias formas do conhecimento são, de certo modo, dados prévios e definitivamente, e que as condições econômicas, sociais e políticas da existência não fazem mais do que depositar-se ou imprimir-se neste sujeito definitivamente dado”.

Seu objetivo é mostrar como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos, constituídos no interior da História e que, a cada instante, são fundados e refundados por ela⁴².

Sistematizadas as principais correntes doutrinárias que teorizaram sobre o poder e seu entrelaçamento com o Estado, é mister enfatizar o significado e a amplitude da representação política nos regimes democráticos.

Afirma Carnelutti que o instituto representativo tem por finalidade que “um outro faça com relação a um interesse alheio o que faria se fosse o respectivo titular”⁴³.

Giovanni Sartori, na esteira de Carnelutti, acrescenta um novo elemento à teoria da representação: a responsabilidade. Responsabilidade essa, de caráter político, que deve ser cobrada do mandatário a cada eleição para efeito de renovação ou revogação de mandatos. Segundo ele, o

“apelo periódico ao corpo eleitoral obriga, a seu modo e por seus caminhos, o eleito a comportar-se com

relação aos eleitores como estes fariam se estivessem em seu lugar”⁴⁴.

As eleições constituem, pois, a principal salvaguarda do representado em face do representante.

É fato que o instituto da representação nem sempre existiu. Fruto da conquista social, sua evolução é consequência direta do aperfeiçoamento do Estado,⁴⁵ definido como um pacto firmado pela sociedade politicamente organizada.

A prática histórica tem demonstrado ser a representação política o instrumento mais relevante para reunir a diversidade de interesses sociais de uma unidade estatal determinada. Contudo, como representar interesses diversos, como representar classes sociais e grupos de *status* divergentes que compõem o Estado?

Edmund Burke, ao analisar as relações entre sociedade e Estado, propugna a existência de uma determinada camada apta a guiar sabiamente os destinos de uma sociedade fragmentada.

À toda evidência, não se trata de reflexão inusitada. Montesquieu já afirmara que o povo sabe escolher, mas não possui sapiência para governar, incapaz de discutir seus interesses e aspirações.

“Daí, a necessidade da materialização da representação política: a absoluta incapacidade dos representados é a mola propulsora do surgimento de representantes que decidem as questões cruciais dos primeiros, conduzindo-os à melhor democracia”⁴⁶.

Siéyès, o teórico do Terceiro Estado, construiria sua concepção de representação ao abrigo da argumentação de Montesquieu, ou seja, para ele os cidadãos estão aptos, tão-somente, a escolher seus representantes, que devem atuar independentemente da vontade de seus eleitores, vinculados que estão aos interesses da Nação. Defende o abade francês a autonomia do representante, controlada por meio do assentimento dos governados.

Ocorre, porém, ser o sufrágio, via de regra, o único modo de participação do povo na formação da vontade do Estado. Sem dúvida, um grande inconveniente da democracia, sobretudo aceitando-se como politicamente incorreto o mandato imperativo, submetido que está o representante à Nação e não às ordens ou instruções dos seus eleitores.

Nesse sentido, Burke detectou precocemente a ambigüidade do conceito de representação, estabelecendo distinção entre representação real e representação virtual.

“Enquanto esta (representação virtual) possui caráter de nacionalização ou de ‘comunhão’ de interesses diversos sem a necessidade de eleições, aquela outra (representação virtual) vincularia somente através de eleições a relação entre representantes e representados. Representação real e virtual podem existir separadamente, embora Burke afirme que esta deva buscar fundamento naquela”⁴⁷.

“A discussão assumida por Burke sobre a função da representação é hoje resgatada por inúmeros teóricos da representação política (em especial os norte-americanos). Confrontando estudos empíricos sobre a relação entre expectativa do público e decisão de representantes se tem alargado contemporaneamente a discussão da representação política a partir de um referencial sistêmico.

As tipologias ‘burkenianas’ de representação focal (distrital/nacional) e estilística (livre/imperativa) são o ponto de partida para uma análise cada vez mais complexa dos novos ‘focos’ e novos ‘estilos’ de representação atuais. Evidentemente, o exame empírico do comportamento dos parlamentos na nossa década conduz a um leque muito maior de opções, seja em relação ao ‘foco’, seja em relação ao ‘estilo’ da representação. A teoria da representação política busca hoje superar concepções estanques (...) se

mantendo, todavia, fiel a alguns postulados de Burke, tais como: o parlamento é antes de tudo o *locus* da coordenação e integração dos interesses sociais, econômicos e políticos; nele encontram-se indivíduos mais informados e melhor aparelhados a tomar decisões políticas responsáveis⁴⁸.

Aceitando o postulado acima formulado mas insatisfeita com a atuação dos políticos profissionais, a sociedade norte-americana, por meio dos *limiting legislative terms*, propõe um novo enfoque à teoria da representação popular, que, se, por um lado, reconhece a relevância do Parlamento e do mandato, por outro, eleva a vontade coletiva à condição de instrumento efetivo para a realização de práticas políticas transformadoras.

Votado e aprovado, a partir de 1990, em vinte e dois estados da federação dos Estados Unidos da América, o *term limit* expressa o profundo descontentamento público com o Congresso e as legislaturas estaduais. Descontentamento com a atuação dos parlamentares, com o processo político e, principalmente, com a profissionalização da política foi o que levou mais de 23 milhões a votarem, de forma expressiva, a favor da limitação de mandatos eletivos estaduais⁴⁹.

Os argumentos favoráveis à sua implantação sustentam que o Congresso – dominado por políticos carreiristas, voltados apenas para seus interesses pessoais e não para o interesse público – perde o contato com a realidade do Estado; por tal razão, a limitação asseguraria um fluxo renovador de idéias e reduziria a vinculação entre os congressistas e os grupos de poder. O cinismo político do processo eleitoral também é citado no ataque à credibilidade dos parlamentares⁵⁰.

À frustração da sociedade é ainda aduzido propiciar a limitação de mandatos maior competitividade nas eleições, bem como maior renovação da bancada, vez que atribui-se como uma das causas da pouca rotatividade dos mandatos a utilização da máquina pública que beneficia os atuais

congressistas com privilégios e regalias tais como franquias telefônicas, de postagem, de passagens e empregos a assessores remunerados pelo Poder Legislativo que atuarão em campanhas eleitorais.

Com a adoção do instituto, o Congresso seria revitalizado com a eleição de novos parlamentares.

Ademais, alegam seus defensores que congressistas antigos tendem a desinteressar-se dos trabalhos legislativos, delegando funções aos seus assessores. Isso, em tese, não ocorreria com os novos legisladores, inclinados a correrem mais riscos e a votarem matérias de real interesse nacional.

Por fim, a limitação de mandatos provocaria um impacto no comportamento do eleito e, por conseqüência, no do candidato ao mandato, em face do aprimoramento do sufrágio.

Importa menos aos propósitos desta análise, refutar ou aquiescer a argumentação expedida e, sim, aferir a essência de suas premissas, que refletem a decadência da classe política aos olhos da sociedade, em última análise, do próprio sistema representativo.

Desinteressa, de igual modo, proceder avaliações jurídicas acerca da constitucionalidade de tal procedimento, pendente de julgamento na Suprema Corte. A discussão de teor axiológico que releva apontar versa sobre o juízo negativo atribuído ao poder que se vai estabelecer, ou já se acha estabelecido, numa sociedade politicamente desenvolvida.

Mister ressaltar que, a despeito dos *limiting terms* trazerem no seu bojo a contestação da institucionalização do poder e uma proposta de atualização do conceito de legitimidade, os instrumentos jurídico-constitucionais firmados pelo constitucionalismo liberal mantêm-se preservados.

Isso porque, indiscutivelmente, a legitimidade é ainda a melhor solução para “o mais terrível problema da humanidade como ser coletivo: o medo do poder”⁵¹.

O esvaziamento do instituto da representação implicaria o esvaziamento da estrutura dos ordenamentos jurídico-constitu-

cionais do Ocidente. Equivaleria à neutralização do conceito de legitimidade e sua redução à legalidade radicalizada, consagrada por autores como Carl Schmitt e Hans Kelsen e refinada teoricamente pela doutrina formalista de Niklas Luhmann.

O dilema porém subsiste. Saber se as aspirações de institucionalização de uma Nova Ordem aperfeiçoarão a dinâmica política, econômica e social, preservando-se as mais caras conquistas alcançadas pelo Homem ou, despolitizado o conceito de democracia, dissolver-se-ão no formalismo jurídico e no procedimentalismo sociológico.

Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira – “Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais”, São Paulo, Saraiva, 1995.
- _____ – “Regimes Políticos”, São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977.
- BOBBIO, Norberto, In Dicionário de Política, tradução Carmem C. Varrialle e outros, sob a coordenação de João Ferreira, Brasília, DF, Editora UNB, 1991, 3ª ed, vol. I.
- _____ – “A Teoria do Estado e do Poder em Max Weber”, In: Ensaios Escolhidos – História do Pensamento Político, tradução Sérgio Bath, São Paulo, Cardim Editora, sd.
- _____ – “Gaetano Mosca e a Ciência Política”, In Ensaios Escolhidos, História do Pensamento Político, op. cit.
- BONAVIDES, Paulo – “A Despolitização da Legitimidade”, Separata da Revista “O Direito”, 1993.
- _____ – “Ciência Política”, Rio de Janeiro, Forense, 1992, 8ª ed.
- BONNARD, Roger – “Précis Élémentaire de Droit Public”, Paris, Recueil Sirey, 1932, 2ª édition.
- BURDEAU, Georges – “O Liberalismo”, Publicações Europa-América, sd.
- _____ – “Traité de Science Politique”, Paris, LGDJ, 1968.
- BURNHAM, James – “L’Ere des Organisateurs”, tradução Melene Claireau, Paris, Calmann-Levy, 1947.
- CAETANO, Marcelo – “Direito Constitucional”, Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – “Direito Constitucional”, Coimbra, Livraria Almeida, 1991.
- DUGUIT, Léon – “Droit Constitutionnel”, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing P. Cie, Éditeurs, 1927, 3ª ed.
- FLEISSCHMANN, E – “De Weber a Nietzsche”, In: Archives Européennes de Sociologie, V, 1964.
- FOUCAULT, Michel – “A verdade e as Formas Jurídicas”, In: Cadernos da PUC nº 16, RJ, 1979, 4ª ed. (mimeog).
- GARCIA-PELAYO, Manuel – “Derecho Constitucional Comparado”, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1984.
- GUETZEVITCH, Mirkine – “Modernas Tendências del Derecho Constitucional”, tradução para o espanhol de Sabino Alvarez Gendin, Madrid, Editorial Réus S.A., 1934.
- HAURIOU, Maurice – “Princípios de Derecho Público y Constitucional”, tradução de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Editorial Reus, 1927.
- HELLER, Hermann – “Teoria do Estado”, tradução Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo, Mestre Jou, 1968.
- HOBBS, Thomas – “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”, São Paulo, Abril Cultural, 1974.
- JELLINEK, G. – “Teoria General del Estado”, traduzido para o espanhol por Fernando de los Rios, Buenos Aires, Editorial Albatroz, sd.
- KELSEN, Hans – “Teoria Pura do Direito”, tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes Ed. Ltda, 1985.
- LASSWEL, Harold – “Politics: Who gets What, When, How”, New York, The World Publishing, 1971.
- _____ – “Power and Society: A Framework for Political Inquiry”, escrito em colaboração com Abraham Kaplan, New Haven, Yale University Press, 1950.
- _____ – “The Political Writings of H. D. Lasswell”, Glencoe, Free Press, 1951.
- LEBRUN, Gerard – “O que é o Poder”, tradução: Renato Janine Ribeiro e outros, São Paulo, Editora Brasiliense, 1984, 9ª ed.
- LEITÃO, Cláudia – “A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros – Os Dilemas da Representação Política no Estado Intervencionista”, Fortaleza, Gráfica Tipoprogresso, 1988.
- _____ – “A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros. Os dilemas da representação política no estado intervencionista”, Gráfica Tipoprogresso, Fortaleza, 1989.
- LOCKE, John – “Essay on Civil Government”, 1690.
- LOZADA, Salvador Maria – “Instituciones de Derecho Publico”, Buenos Aires, Editorial El Coloquio, sd., 2ª ed.
- MALBERG, R. Carré de – “Contribution à La Théorie Générale de l’État”, Paris, Recueil Sirey, 1920.
- MEISEL, James Hans – “Pareto y Mosca” – Eaglewood City, Prentice Hall, 1965.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de – “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

- MILLS, C. Wright – “A Elite do Poder”, tradução Waltensir Dutra, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1962.
- MIRANDA, Jorge – “Manual de Direito Constitucional”, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1988, 2ª edição.
- MOSCA, Gaetano – “Partiti e Sindacati Nella Crisi del Regime Parlamentare”, Bari, Guis. Laterzar, Figli, 1949.
- _____ – “The Rulling Class - Elementi di Scienza Politica”. Editado e Revisado por Arthur Livingstone, traduzido do italiano por Hannah D. Kahn, New York, Mc Graw-Hill, 1939.
- PARETO, Vilfredo – “Les Systèmes Socialistes”, Genève, Librairie Droz, 1965.
- _____ – “Traité de Sociologie Générale”, Oeuvres Complètes, publicadas sob a direção de Giovanni Busino, edição francesa por Pierre Boeven, Genève, Librairie Droz, 1968.
- PITKIN, Hanna Fenichel – “El Concepto de Representacion”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- ROMANO, Santi – “Princípios de Direito Constitucional Geral”, tradução Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di – “Direito Constitucional – Instituições de Direito Público”, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- SAMPAIO, Nelson de Souza – “Prólogo à Teoria do Estado (Ideologia e Ciência Política)”, São Paulo – Rio, Forense, 1960, 2ª ed.
- SARTORI, Giovanni – “A Teoria da Representação no Estado Representativo Moderno”, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1962.
- VIET, Jean – “Les Méthodos Structuralistes dans les Sciences Sociales”, Paris-La Haye, Mouton, 1965.
- VOVELLE, Michel – “Ideologias e Mentalidades”, Tradução de Maria Júlia Goldwasser, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- WEBER, Max – “Essays of Sociology”, traduzido para o inglês e editado por H. H. Gert e C. Wright Mills, New York, Oxford University Press, 1946.
- ³ LEITÃO, Cláudia – “A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros - Os Dilemas da Representação Política no Estado Intervencionista”, Fortaleza, Gráfica Tipoprogresso, 1988, p. 25.
- ⁴ “Summa Theologica”, 2ª parte, questão 96, art. 4º.
- ⁵ BONAVIDES, Paulo – “A despolitização da legitimidade”, Separata da Revista “O Direito”, 1993, p. 63.
- ⁶ Thomas Hobbes (1588-1679), no capítulo XVI de sua obra, “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”, São Paulo, Abril Cultural, 1974, p. 100, sustenta: “E tal como o direito de posse se chama domínio, assim também o direito de fazer qualquer ação se chama autoridade. De modo que por autoridade se entende sempre o direito de praticar qualquer ação, e feito por autoridade significa sempre feito por comissão ou licença daquele a quem pertence o direito”.
- ⁷ John Locke (1632-1704), em seu *Essay on Civil Government* – 1690 –, propugna a criação de uma sociedade política – o Estado – mediante um contrato, cuja finalidade é interpretar a lei natural e manter a ordem e a harmonia entre os homens. Esses, porém, não cedem ou alienam seus direitos em favor do Estado, que deve respeitá-los.
- “Esboçada por Grotius nos prolegômenos aos três livros do *Traité guerre et de la paix* – 1625 –, desenvolvida pelos seus discípulos, Pufendorf e Barbeyrac da escola do direito natural, a tese do direito individual foi formulada por Locke em sua obra já referida. “Seguindo um método de raciocínio que o século XVIII generalizou, Locke parte do estado de natureza, que descreve como um estado de independência do indivíduo unicamente sujeito ao direito natural pela sua responsabilidade moral. Este estado primitivo acaba com o contrato que os homens fazem entre si para fundar a sociedade civil. Simplesmente, ao contrário do que fizeram Hobbes antes dele e Rousseau depois, Locke não considera este contrato como gerador da onipotência do Estado. Quando, por uma convenção unânime, os homens renunciam à sua liberdade primitiva absoluta para fundar a autoridade pública, não abdicam em benefício do poder senão uma parcela da sua independência original, incompatível com a existência duma ordem social. O que conservam de sua liberdade natural constitui os direitos individuais. Esses direitos, resíduos da liberdade primitiva, não devem nada ao Estado, nem na sua origem, nem na sua consistência. Anteriores a ele, podem ser-lhe opostos. O papel do Estado é primeiro respeitá-los e depois garanti-los.” BURDEAU, Georges – “O Liberalismo”, Publicações Europa-América, sd.
- ⁸ Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) admite mais explicitamente do que Hobbes e Locke o estado de natureza e a imperatividade do contrato social

Notas

¹ VOVELLE, Michel – “Ideologias e Mentalidades”, Tradução de Maria Júlia Goldwasser, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.

² BARACHO, José Alfredo de Oliveira – “Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais”, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 3.

por meio do qual o homem cede ao Estado parte de seus direitos naturais, criando uma organização política com vontade própria, que resulta na vontade geral. Contudo, nessa organização, cada indivíduo possui uma parcela de poder, de soberania. Os eleitos pelo povo não se constituem em seus representantes, mas meros comissários da vontade geral.

Teórico do absolutismo das massas, Rousseau propunha a submissão do indivíduo ao poder supremo das maiorias.

⁹ Para Weber, “potência” (*Macht*) significa toda a oportunidade de impor a sua própria vontade no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade. O “poder” inclui um elemento suplementar. Existe poder quando a potência, determinada pela força (que é a sua canalização), explicita-se de maneira precisa, sob a forma de uma ordem dirigida a alguém que, presume-se, deve cumpri-la. É o que Weber denomina *Herrschaft*, traduzido por Raymond Aron como “dominação” (conservando-se a raiz alemã *Herr*, significando dominus, senhor). In: “Études Politiques”, Paris, Gallimard, 1971, p. 176.

A dominação é, segundo Weber, a probabilidade de que uma ordem com determinado conteúdo específico seja seguida por um dado grupo de pessoas. WEBER, Max – “The Methodology of Social Sciences”, traduzido para o inglês e editado por Edward Ashils e Henry A. Finch, Glencoe, The Free Press, 1949, pp. 173-175 e “Economy and Society; an Outline of Interpretative Sociology”, New York, Editado por Guenther Roth e Glans Wittich, Bedminster Press, 1978 vol. 1, p. 53.

¹⁰ WEBER, Max – “Essays of Sociology”, traduzido para o inglês e editado por H. H.

¹¹ BOBBIO, Norberto, op. cit, p. 161.

¹² “O poder político é, evidentemente, o poder organizado de uma classe para oprimir a outra”. MARX, Karl – “O manifesto Comunista”, op. cit, p. 36.

¹³ Idem, pp. 78.

¹⁴ O pensamento de Weber já foi aproximado por alguns autores ao de Nietzsche. Ver em particular BOBBIO, Norberto – “A Teoria do Estado e do Poder em Max Weber”, In: Ensaio Escolhidos – História do Pensamento Político, tradução Sérgio Bath, São Paulo, Cardim Editora, sd, pp. 157-184. Anterior a ele consultar; FLEISSCHMANN, E – “De Weber a Nietzsche”, In: Archives Européennes de Sociologie, V, 1964, pp. 192-238.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, In Dicionário de Política, tradução Carmem C. Varrialle e outros, sob a coordenação de João Ferreira, Brasília, DF, Editora UNB, 1991, 3ª ed, vol. I, p. 385.

¹⁶ MOSCA, Gaetano – “The Rulling Class – Elementi di Scienza Política”. Editado e Revisado por

Arthur Livingstone, traduzido do italiano por Hannah D. Kahn, New York, Mc Graw-Hill, 1939, p. 50.

¹⁷ PARETO, Vilfredo – “Les Systèmes Socialistes”, Genève, Librairie Droz, 1965, pp. 7-15.

¹⁸ BOBBIO, Norberto – “Gaetano Mosca e a Ciência Política”, In Ensaio Escolhidos, História do Pensamento Político, op. cit., pp. 185-205.

¹⁹ “The Ruling Class: Elementi di Scienza Política”, op. cit., pp. 41-43.

²⁰ Idem, p. 47.

²¹ Id. pp. 50-69 e 286-293.

²² Id. pp. 279-285.

²³ Para Mosca, o sociólogo, tal como o historiador, deve ultrapassar os antagonismos e paixões políticas em busca de um espírito crítico que possa avaliar corretamente as variações sociais, na construção de uma Ciência Política não emocional. É o que ele denomina de “dessacralização da história e da política”.

“Da mesma maneira que a Física libertou o homem da ação da gravidade ou do raio, a Sociologia libertará o homem dos impulsos coletivos cegos, de que tem sido... mero brinquedo”. MOSCA, Gaetano – tradução Marco Aurélio de Moura Matos, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1968, cap. LVIII, pp. 410ss.

²⁴ “The Ruling Class...”, Op. cit, pp. 394-396 e 427-428.

²⁵ Idem, p. 53.

²⁶ Sobre o pensamento de Mosca e Pareto, consultar: MEISEL, James Hans – “Pareto y Mosca” – Eaglewood City, Prentice Hall, 1965. Para uma análise da “Teoria das Elites” na América Latina, ver: “Elites In Latin America”, London, editado por SMC e Aldo Solon, Oxford University Press, 1967.

²⁷ PARETO, Vilfredo – “Traité de Sociologie Générale”, Oeuvres Complètes, publicadas sob a direção de Giovanni Busino, edição francesa por Pierre Boeven, Genève, Librairie Droz, 1968, t. XII, pp. 1301-1305.

²⁸ “Traité de Sociologie Générale”, op. cit., p. 1304.

²⁹ “Traité de Sociologie généralé”, op. cit., pp. 1386-1387 e 1460-1463.

³⁰ Ela foi reelaborada e divulgada por Harold Lasswell em suas obras – “Politics: Who gets What, When, How”, New York, The World Publishing, 1971. “The Political Writings of H. D. Lasswell”, Glencoe, Free Press, 1951; “Power and Society: A Framework for Political Inquiry”, escrito em colaboração com Abraham Kaplan, New Haven, Yale University Press, 1950; BURNHAM, James – “L’Ere des Organisateur”, tradução Melene Claireau, Paris, Calmann – Levy, 1947; MILLS, C. Wright – “A Elite do Poder”, tradução Waltensir Dutra, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1962.

³¹ “A Elite do Poder”, op. cit. pp. 39-41.

³² Idem, pp. 13-14.

³³ Idem, p. 19.

³⁴ “Não há, atualmente, um grupo de homens representativos, cuja conduta e caráter constituam modelos a serem imitados e invejados pelos americanos. Não há um grupo de homens com o qual os membros da massa possam, com acerto e satisfação, identificar-se. Nesse sentido fundamental, a América está realmente sem líderes”. “A Elite do Poder”, op. cit., p. 423.

³⁵ “A cúpula da moderna sociedade americana está cada vez mais unificada e, freqüentemente, parece estar coordenada com espontaneidade: na cúpula surge uma elite do poder; os níveis médios são um grupo de forças sem orientação, num impasse, equilibradas; o meio não liga a base com a cúpula. A base dessa sociedade está politicamente fragmentada, e (...) cada vez mais impotente”. Idem, op. cit., p. 383.

³⁶ Segundo Mills, duas coisas são necessárias numa democracia: públicos articulados e informados, e líderes políticos que, se não são homens de pensamento, sejam, pelo menos, razoavelmente responsáveis perante o público informado que exista. Idem, p. 52.

Quanto a Gaetano Mosca, o caráter antidemocrático dos seus escritos é bastante explícito, *vg*: “Não pararemos para refutar esta teoria”(a teoria democrática moderna), “já que esta é a tarefa deste livro como um todo!” In: *The Ruling Class...*, op. cit., p. 52.

Numa confissão de fé, ele próprio admitiu ser antidemocrático, embora não antiliberal. In: “Partiti e Sindaciti Nella Crisi del Regime Parlamentare”, Bari, Guis. Laterzar, Figli, 1949, p. 335.

³⁷ Ao reverso do desejado, a burocracia, na visão de Mills, subordinava-se aos interesses das elites militares, corporativo-empresariais e políticas, que a utilizavam para fazer coincidir seus interesses com os interesses do Estado.

³⁸ “The Social System”, op. cit., p. 127. “Paralelamente à economia (...) acredito que se possa falar num subsistema funcional da sociedade na área política, designado, adequadamente, pelo termo *polity*. (...) o objetivo ou função da *polity*, concebo como sendo a mobilização de recursos societais e de seu compromisso em levar a cabo os objetivos coletivos (*collective goals*), para a formação e implementação de “projetos políticos públicos”. O “produto” da *polity* enquanto sistema, é o poder, que eu gostaria de definir como a capacidade generalizada, existente em um sistema social, de promover realizações no interior dos objetivos coletivos”. In “Structure and Process in Modern Society”, op. cit., p. 181.

³⁹ LEBRUN, Gerard – “O que é o Poder”, tradução: Renato Janine Ribeiro e outros, São Paulo, Editora Brasiliense, 1984, 9ª ed., pp. 14-15. Sobre coerção, sanção negativa e poder na teoria de Parsons,

consultar. “Structure and Process in Modern Society”, op. cit., pp. 260 ss. Trata-se de uma visão de poder funcionalista.

Diz Parsons: “desde Hobbes, se não há muito mais tempo, tem-se compreendido, cada vez mais, que o poder é o foco central do problema de integração nas sociedades”... Mas o poder não é o produtor, ele é o produzido, e o é por este subsistema social chamado *polity*, que por sua vez se confunde com o quadro institucional. In: “Structure and Process in Modern Society”, op. cit. pp. 180-183.

⁴⁰ Jean Viet, na sua obra “Les Méthodes Structuralistes dans les Sciences Sociales”, Paris – La Haye, Mouton, 1965, considera três tipos de “estruturalismos”: um “estruturalismo fenomenológico”(com Merleau-Ponty, Sartre etc.); um “estruturalismo genético” (com Goldmann, Piaget e autores de vários matizes, como Gurvitch, Lefebvre, entre outros) e um “estruturalismo dos modelos” (com Levi-Strauss, Lacan, Barthes, Althusser, Foucault, etc.). Cada uma dessas correntes enfatiza, respectivamente, a predominância da significação, da dialética e do modelo na estrutura social. Uma outra classificação foi proposta por François Châtelet, em seu artigo “como vai o estruturalismo?”, publicado no jornal “La Quinzaine Littéraire” nº 31, julho de 1967, in “Estruturalismo. Antologia de Textos Teóricos”, seleção de Eduardo Prado Coelho, São Paulo, Martins Fontes Editora, sd., pp. 37-43.

⁴¹ MACHADO, Roberto – op. cit., p. XII.

⁴² FOUCAULT, Michel – “A verdade e as Formas Jurídicas”, In: Cadernos da PUC nº 16, RJ, 1979, 4ª ed., p. 5 ss. (mimeog).

⁴³ Apud: SARTORI, Giovanni – “A Teoria da Representação no Estado Representativo Moderno”, In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1962, p. 85.

⁴⁴ Idem, p. 84.

⁴⁵ Jorge Miranda sumaria as grandes correntes doutrinárias sobre a natureza, o ser do Estado. São elas: “A) as correntes ‘idealistas’ (o Estado encarado como idéia ou finalidade) e ‘realistas’ (o Estado como ser de existência temporal e sensível); B) as correntes ‘objectivistas’ (o Estado considerado como realidade exterior aos homens) e ‘subjectivistas’ (o Estado tomado como realidade predominantemente subjectiva ou até como expressão fundamentalmente psicológica de relações humanas); C) as correntes ‘atomistas’ ou ‘nominalistas’ (o Estado, mero conjunto de indivíduos, susceptível de ser tomado como uma entidade específica ou com vontade própria); D) as correntes ‘contratualistas’ (o Estado como produto da vontade, como associação) e ‘institucionalistas’ (o Estado como sentido, relação, ordem objectiva ou objectivada, como instituição); E) as correntes ‘monistas’ (o Es-

tado como centro ou titular do poder político) e 'dualistas' (o Estado como objecto do poder ou instrumento ao serviço dos verdadeiros detentores do poder); F) as correntes 'normativistas' (o Estado, realidade normativa ou, numa visão radical, identificado com o sistema ou a unidade de normas) e 'não-normativistas' (o Estado não redutível a normas jurídicas ou, numa visão radical, somente realidade sociológica à margem das normas jurídicas)". In "Manual de Direito Constitucional", Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1988, 2ª edição, tomo III – "Estrutura Constitucional do Estado", pp. 9-10. O autor desenvolve o tema nas páginas 10-38 e na mesma obra, 3ª ed, tomo I – "Preliminares. A Experiência Constitucional", às pp. 45-92.

Ver, ainda, as elaborações doutrinárias de BURDEAU, Georges – "Traité de Science Politique", Paris, LGDJ, 1968, t. II, pp. 7 ss.; JELLINEK, G. – "Teoria General del Estado", traduzido para o espanhol por Fernando de los Rios, Buenos Aires, Editorial Albatroz, sd., pp. 3 ss.; DUGUIT, Léon – "Droit Constitutionnel", Paris, Ancienne Librairie Fontemoing P. Cie, Éditeurs, 1927, 3ª ed., t. I, pp. 534 ss. KELSEN, Hans – "Teoria Pura do Direito", tradução João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes Ed. Ltda, 1985, pp. 301-334; GARCIA - PELAYO, Manuel – "Derecho Constitucional Comparado", Madrid, Alianza Universidad Textos, 1984, pp. 103-108; GUETZEVITCH, Mirkine – "Modernas Tendências del Derecho Constitucional", tradução para o espanhol de Sabino Alvarez Gendin, Madrid, Editorial Réus S.A, 1934, pp., 43-44; RUFFIA, Paolo Biscaretti di – "Direito Constitucional – Instituições de Direito Público", tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 1-80; ROMANO, Santi – "Princípios de Direito Constitucional Geral", tradução Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 59-93; LOZADA, Salvador Maria – "Instituciones de Derecho Publico", Buenos Aires, Editorial El Coloquio, sd., 2ª ed., t. I, pp. 13-40; CANOTILHO, J. J. Gomes – "Direito Constitucional", Coimbra, Livraria Almeida, 1991, pp. 39-53; CAETANO, Marcelo – "Direito Constitucional", Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, pp. 157-218; MAL-

BERG, R. Carré de – "Contribution à La Théorie Générale de l'État", Paris, Recueil Sirey, 1920, tomo I, pp. 8 ss., HELLER, Hermann – "Teoria do Estado", tradução Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo, Mestre Jou, 1968, cap. I e III; BONNARD, Roger – "Précis Élémentaire de Droit Public", Paris, Recueil Sirey, 1932, 2ª édition, pp. 7-16 e HAURIUO, Maurice – "Princípios de Derecho Público y Constitucional", tradução de Carlos Ruiz del Castello, Madrid, Editorial Reus, 1927, pp. 162-197. Entre os juristas brasileiros, consultar sobre o assunto BONNAVIDES, Paulo – "Ciência Política", Rio de Janeiro, Forense, 1992, 8ª ed. pp. 47-56, BARACHO, José Alfredo de Oliveira – "Regimes Políticos", São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1977, pp. 119-134; MELO FRANCO, Afonso Arinos de – "Curso de Direito Constitucional Brasileiro", Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 1, pp. 11-23, SAMPAIO, Nelson de Souza – "Prólogo à Teoria do Estado (Ideologia e Ciência Política)", São Paulo – Rio, Forense, 1960, 2ª ed., pp. 253-263.

⁴⁶ LEITÃO, Cláudia – "A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros. Os dilemas da representação política no estado intervencionista", Gráfica Tipoprogresso, Fortaleza, 1989, pp. 31.

⁴⁷ PITKIN, Hanna Fenichel – "El Concepto de Representacion", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 191.

⁴⁸ LEITÃO, Cláudia, op. cit. pp. 33-34.

⁴⁹ JOST, Kennet – "Judgement Time for Term Limits", in ABA Journal, November, 1994, pp. 80-83. Só para ter uma idéia do percentual de votação, o estado do Colorado, primeiro a adotar o *term limits*, obteve 71% de aprovação; o estado de Oklahoma obteve 67% e o da Califórnia, 52%.

⁵⁰ Nesse sentido consultar "Limiting Legislative Terms", editado por BENJAMIN, Gerald e MALBIN, Michael, CQ Press, Washington DC; KARP, Jeffrey A – "Explaining Public Support for Legislative Term Limits" Public Opinion Quarterly, vol. 59, 373-91, 1995, American Association for Public Opinion Research, pp. 374-379; BERGER, Gloria – "Can limits do the job", US New & World Report, Nov, 1991, pp. 34-36.

⁵¹ FERRERO, Guglielmo – "Potere", editado por Gina Lombroso, Milão, 1959.

As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul

Jairo Gilberto Schäfer

Sumário

1. Introdução. 2. Garantias dos direitos fundamentais. 2.1. Conceito. 3. Classificação das garantias dos direitos fundamentais. 3.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais. 3.2. Garantias judiciais dos direitos fundamentais. 3.3. Garantias de eficácia dos direitos fundamentais. 3.4. Garantia da Divisão dos Poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário). 3.5. Garantia da superioridade da Constituição (controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos). 4. Considerações finais.

1. Introdução

As sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformações sociais rápidos e profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver as crises sociais, no ensinamento de Boaventura de Sousa Santos¹, uma vez que a imposição de uma sociedade civil mundial, conseqüência irreversível da globalização, em virtude da complexidade de sua estrutura, denuncia a incapacidade da utilização do instrumental teórico tradicional, centrado no conceito de Estado Soberano.

Nesse contexto, a teoria dos direitos fundamentais, em virtude das transformações do direito na sociedade contemporânea – percebendo-se uma internacionalização do direito constitucional acompanhada de uma

Jairo Gilberto Schäfer é Juiz Federal em Santa Catarina, Mestrando em Direito pelo CPGD/UFSC, Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina.

redução de seu espaço –, deve sofrer uma revisão profunda, objetivando adequá-la aos novos paradigmas da sociedade, que se caracteriza pela complexidade de suas relações, em que o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta, em que a geração dos direitos transindividuais passa a ser objeto do estudo do jurista, pois o “direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem contra o outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos”².

Patrice Gélard ensina que a internacionalização do Direito Constitucional tem várias explicações e a mais considerável é a internacionalização dos Direitos do Homem, pois temos

“aquí um fenômeno que podemos datar de 1948, quando da adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, mais tarde, da adoção do Pacto de Teerã sobre os Direitos Cívicos e Políticos e os Direitos Econômicos e Sociais. Essa redação internacional dos Direitos do Homem deve ser igualmente examinada paralelamente à concepção européia dos Direitos do Homem e à inserção de jurisdições que asseguram sua proteção”³.

Conforme anotado por Canotilho, a complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Européia (exemplo vivo da internacionalização do direito constitucional) lança novos desafios à teoria da constituição, uma vez que esta terá de teorizar a ‘arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma nova ordem jurídica, em que se mostra presente a existência de órgãos e poderes de decisão supranacionais⁴.

Nesse desiderato, os povos da América Latina encontram-se diante de um processo integrativo profundo e irreversível, com a formação de um mercado comum, rompen-

do-se barreiras alfandegárias e obstáculos históricos. O surgimento do Mercosul (países signatários originários: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai) determina o aporte de novas preocupações teóricas no âmbito do Direito Constitucional, pois se mostra imperioso o afastamento da tendência atual de integração meramente alfandegária, buscando-se cristalizar uma integração cultural entre os povos, inclusive com harmonização possível dos sistemas jurídicos de proteção aos direitos fundamentais. Na acepção de Sílvio Dobrowolski⁵, aliás, a integração dos países do Mercosul somente será possível

“se os respectivos Estados se basearem em sistemas de valores compatíveis entre si, de modo a poder efetivar-se a sua harmonização e, por via de consequência, dos seus sistemas jurídicos, a partir das suas Constituições”.

Objetiva o presente trabalho verificar a possibilidade da harmonização das garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, tendo por ponto de partida um estudo comparativo dos textos constitucionais dos países integrantes do Mercosul, pressupondo-se ser a integração jurídica fundamental ao sucesso de qualquer projeto de integração.

2. *Garantias dos direitos fundamentais*

2.1. *Conceito*

Utiliza-se a expressão “*garantias dos direitos fundamentais*” para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.

Clássica e bem atual é a

“contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias,

por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”⁶

Ou seja, o Texto Constitucional, pretendendo manter sua força normativa, estabelece institutos jurídicos cujos objetivos centram-se na proteção de seu núcleo essencial, meios mediante os quais é possível tornar eficaz concretamente os direitos declarados em seu corpo, ou, ainda, proteção contra ataques à manutenção dos preceitos constitucionais. A esses instrumentos jurídicos é que se reserva a expressão ‘garantias dos direitos fundamentais’: de um lado, a declaração dos direitos; de outro lado, a estes ligados indissociavelmente, os mecanismos de sua proteção.

Segundo doutrina Carl Schmitt, a garantia do direito fundamental dirige-se, com diferentes graus de eficácia, (1) aos órgãos governamentais competentes para revisar a Constituição, (2) aos órgãos competentes para editar as leis infra-constitucionais e (3) às demais autoridades do Estado, sobretudo aquelas integrantes do Poder Executivo⁷, exteriorizando o efeito vinculatorio complexo e totalizante que é característica desse instituto jurídico-constitucional. A diferenciação proposta não passou despercebida ao gênio de Ruy Barbosa, ao estabelecer o caráter meramente *declaratório* das disposições que conferem direitos e a função *assecuratória* das garantias constitucionais⁸.

3. Classificação das garantias dos direitos fundamentais

As garantias dos direitos fundamentais podem sofrer diversas classificações, dependendo dos preceitos teóricos utilizados pelo intérprete. No presente trabalho, em virtude de se buscar estabelecer um quadro comparativo entre os diversos textos constitucionais dos países do Mercosul, serão utilizadas cinco categorias classificatórias: a) garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais; b) garantias judiciais (remédios constitucionais); c) garantias de eficácia dos direitos fundamentais; d) garantia da divisão dos poderes (autonomia do Poder Judiciário); e) garantia da superioridade da Constituição (controle de constitucionalidade das leis).

3.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais

Conceito: entende-se por rigidez constitucional dos direitos fundamentais os preceitos inseridos no texto constitucional que protegem os direitos fundamentais da intervenção modificadora ou supressora do legislador constitucional futuro, limitando-lhe sobremaneira os poderes, criando um núcleo essencial intangível ou estabelecendo procedimentos diferenciatórios quando do processo de revisão. Para Carl Schmitt⁹, a reforma dificultada é uma característica formal da Constituição, exteriorizando uma garantia de duração e estabilidade¹⁰. A garantia de rigidez constitucional, pois, caracteriza-se “pela inserção de determinados limites à atuação do poder público, das pessoas em geral e do legislador infraconstitucional no que se refere à proteção dos direitos fundamentais”¹¹.

3.1.1. A *Constituição Brasileira de 1988*: A Constituição brasileira, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, criando expressamente um núcleo constitucional intangível pelo Consti-

tuinte Revisor. Assim, no atual sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais foram elencados à categoria de “cláusulas pétreas”, cuja imunidade constitui um dos mais eficazes instrumentos de sua proteção. De acordo com a Jurisprudência da Suprema Corte brasileira, essa cláusula protetiva alcança inclusive aqueles direitos fundamentais que não se encontrem expressamente elencados no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, como, por exemplo, a garantia de anterioridade tributária, inserta no artigo 150 da Constituição Federal: a Corte Constitucional, ao apreciar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93, no que se refere à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu a possibilidade de existência de um direito fundamental que não se encontra relacionado no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, adotando um critério material na sua conceituação¹².

3.1.2. *A Constituição do Paraguai*: O Texto Constitucional paraguaio efetua uma diferenciação clara entre *reforma* da Constituição e *emenda* da Constituição. Em seu artigo 289, determina que a *reforma* da Constituição somente poderá ser procedida após dez anos de sua promulgação. Uma vez declarada a necessidade da reforma, o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral chamará a eleição dentro do prazo de 120 dias. De outro lado, a Constituição, em seu artigo 290, estabelece a possibilidade de *emenda* à Constituição, após três anos de sua promulgação, mediante iniciativa da quarta parte dos legisladores, do Presidente da República ou de 30% dos eleitores. O texto íntegro da emenda deverá ser aprovado por maioria absoluta nas duas Câmaras. Após, o texto é enviado ao Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, para que convoque um *referendum*. Estabelece a norma, ainda, que não poderá ser utilizado o procedimento de *emenda* para aquelas disposições dos Capítulos I, II, III e IV do Título II da Parte I (o título II mencionado refere-se aos direitos e as garantias

fundamentais). Assim sendo, no sistema constitucional do Paraguai, os direitos fundamentais igualmente encontram-se protegidos por uma cláusula impeditiva de modificação ou supressão por meio do processo denominado Emenda Constitucional, havendo necessidade do procedimento de reforma da Constituição da aprovação popular.

3.1.3. *A Constituição do Uruguai*: A Constituição uruguaia não estabelece matérias retiradas do âmbito do poder reformador, somente exigindo, em seu artigo 331, procedimentos que diferem dos procedimentos aplicáveis ao processo legislativo ordinário. Assim, a Constituição poderá ser reformada: a) por iniciativa de 10% dos cidadãos, que será submetida à decisão popular, na eleição mais próxima; b) projeto de iniciativa de 2/5 dos Componentes da Assembléia Geral, que será submetido ao plebiscito na primeira eleição que se realize; c) Projeto dos Senadores, Representantes e Poder Executivo, que deverá ser aprovado pela maioria absoluta dos componentes da Assembléia Geral. Após, o projeto é apreciado por uma Convenção Nacional Constituinte, convocada especificamente para apreciar esse projeto. Aprovado o projeto pela Convenção, este deve ser ratificado pelo Corpo Eleitoral, convocado pelo Poder Executivo (os votantes expressarão “sim” ou “não”), sendo que a reforma deverá ser aprovada por maioria de votos, necessária a participação de, no mínimo, trinta e cinco por cento dos cidadãos inscritos no Registro Cívico Nacional; d) a Constituição poderá ser reformada, ainda, por leis constitucionais, mediante aprovação de 2/3 do total de componentes de cada uma das Câmaras. O projeto deverá ser aprovado pelo eleitorado, convocado especialmente para esse fim, mediante conformidade da maioria absoluta dos votos emitidos.

3.1.4. *A Constituição da Argentina*: Em seu artigo 30, determina a Constituição argentina a possibilidade da reforma no todo ou em qualquer de suas partes, havendo ne-

cessidade, para isso, de declaração do Congresso, com o voto de 2/3, ao menos, de seus integrantes. Todavia, a reforma não poderá ser efetuada senão por uma Convenção convocada para esse fim.

Comparando-se as quatro Constituições, conclui-se ser ponto coincidente a presença de um sistema constitucional rígido, ou seja, a adoção de um regime de modificação do Texto Constitucional diferenciado daquele utilizado para introduzir no ordenamento jurídico as leis ordinárias. O sistema mais eficaz para a proteção dos direitos fundamentais parece ser aquele adotado pela Constituição Uruguaia, cujas disposições pertinentes a sua alteração, embora a ausência de impeditivo à modificação ou supressão das normas regulamentadoras dos direitos fundamentais, traduzem um sistema protetivo com flagrante cunho democrático, em que sempre quem dará a última palavra sobre as alterações é o cidadão, traduzindo uma força estabilizadora indiscutível da norma constitucional, afastando-se, aqui, aquele problema apontado por boa parte da doutrina quando do estudo de constituições que vedam a alteração das normas consagradoras dos direitos fundamentais, qual seja, a submissão das gerações futuras às regulamentações das gerações passadas (caso da Constituição do Brasil). Em sentido oposto, a Constituição da Argentina é a que menos proteção formal confere aos direitos fundamentais, pois não cria um núcleo intangível ao poder reformador nem condiciona a modificação da Constituição à aprovação popular, criando, em consequência, uma instabilidade de vigência e eficácia das normas protetivas dos direitos fundamentais.

3.2. *Garantias judiciais dos direitos fundamentais (Remédios Constitucionais)*

Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim “valerão inteira-

mente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais”¹³. As garantias judiciais dos direitos fundamentais, também conhecidas por remédios constitucionais, permitem tornar concretos os direitos fundamentais, que se encontram tão-somente declarados no Texto Constitucional. A maior ou menor dificuldade no acesso ao Poder Judiciário para efetiva proteção dos direitos fundamentais, sem dúvida, é sinal de aprimoramento cultural de um povo, refletindo a intenção de materialização dos princípios norteadores da democracia. Nesse passo, mostra-se de fundamental importância a questão atinente à morosidade da prestação jurisdicional, mal maior do Poder Judiciário, nas palavras do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal¹⁴, sendo a solução do problema, por meio de busca de soluções concretas e viáveis, como a adoção dos juizados especiais de pequenas causas no âmbito da Justiça Federal, com liberação do regime do precatório para essas demandas, racionalização dos recursos processuais, com valorização do magistrado de primeiro grau, adoção de súmula impeditiva de recursos, imperiosa para a plena eficácia dos direitos fundamentais, situação que, no âmbito dos países componentes do Mercosul, não é exclusiva do Brasil.

3.2.1. *A Constituição brasileira de 1988*: Inquestionavelmente, avanços notáveis foram introduzidos pela “Constituição Cidadã” ao tratar da defesa judicial dos direitos, criando institutos jurídicos antes inéditos em nosso sistema, sempre com a intenção de cercar os direitos fundamentais da mais ampla possibilidade protetiva, bem como instituindo mecanismos para tornar eficaz o direito diante da omissão do Poder Público: a) *garantia do acesso ao Poder Judiciário*, ao estabelecer a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com previsão da gratuidade do acesso (artigo 5º, inciso LXXIV) e dos insti-

tutos da substituição e da representação processual; b) *habeas-corpus*: remédio jurídico atualmente utilizado para proteger a liberdade de locomoção. Interessante observar que o instituto do *habeas corpus* brasileiro apresenta uma evolução histórica que o singulariza definitivamente, a ponto de ser criada a chamada “doutrina brasileira” do *habeas corpus*. Com efeito, consoante ensina Seabra Fagundes¹⁵, a conceituação do *habeas corpus* na Constituição brasileira de 1891 é expressa numa fórmula que não o vincula à proteção da liberdade de locomoção, mas, sim, genericamente, à proteção contra ‘violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder’. O Supremo Tribunal Federal, rendendo-se às postulações de Rui Barbosa,

“expressivas daquilo que ele próprio denominaria, alhures, de ‘contumácia da verdade’, e tirará, do novo texto, ilações capazes de converterem o veltuto remédio do Direito britânico em instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder e, indiretamente, de defesa das próprias instituições republicanas” (p. 104);

c) *Mandado de Segurança*: o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagra esse instituto:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Direito líquido e certo, para fins de Mandado de Segurança,

“pressupõe a demonstração de plano do alegado direito e a inexistência de incerteza a respeito dos fatos. Sustenta-se na incontestabilidade destes, verificando-se quando a regra jurídica, que incidir sobre fatos incontestáveis, configurar um direito da parte.” (STJ, Rel. Min. Salvio de Figueiredo, DJ 20-04-92 pg: 05256);

d) *Mandado de Segurança Coletivo*: trata-se de umas das inovações da Constituição de 1988, sendo regulado o instituto no artigo 5º, inciso LXX:

“O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Trata-se, segundo melhor doutrina¹⁶, de um instrumento coletivo de tutela de direitos individuais:

“O mandado de segurança protege direito individual. Não substitui a ação popular ou a ação civil pública. Naquele realça o interesse particular. Nestas, o interesse público; o postulante só reflexamente se beneficiará do que requer”. (STJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ DATA:5-2-90 PG:00447) “O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, MS 22132/RJ, DJ 18-11-96, pp 39848);

e) *Mandado de Injunção*: instrumento constitucional conducente à eficácia plena dos direitos conferidos pela Constituição, previsto no artigo 5º, LXXI:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Inobstante a intenção da norma constitucional criadora do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, chamado a julgar a extensão do instituto, acabou por suprimir a sua utilidade prática, decidindo pela inviabilidade de o Poder Judiciário produzir, concretamente, a norma individual impeditiva do pleno gozo do direito concedido na Constituição Federal, apenas declarando a existência de mora legislativa, o que, por certo, não supre a pretensão do titular do direito: mandado de injunção é ação

“outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional” (STF. Mandado de Injunção 107-3-DF – Questão de Ordem –, Rel. Min. Moreira Alves).

Em sentido contrário, colhe-se o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, para quem a Corte, ao julgar procedente o mandado de injunção, deverá elaborar a norma para o caso concreto¹⁷; f) *habeas-data*: Inovação da Constituição de 1988, enunciada no artigo 5º, inciso LXXII:

“Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informa-

ções relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”;

g) *ação popular*: prevista no artigo 5º, LXXIII:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Trata-se de um típico instrumento de exercício da cidadania; h) *ação civil pública*: consagrada no artigo 129, III, da Constituição: “Para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

3.2.2. *A Constituição do Uruguai*: a) *habeas corpus*: artigo 17: Em caso de prisão indevida, o interessado ou qualquer pessoa poderá interpor perante o juiz competente o recurso de *habeas corpus*, a fim de que a autoridade coatora explique e justifique de imediato o motivo legal da prisão, devendo decidir o juiz indicado; b) *gratuidade do acesso à justiça* (art. 254).

3.2.3. *A Constituição do Paraguai*: a) *habeas corpus* (artigo 133: poderá ser preventivo, reparador ou genérico); b) *ação de amparo* (artigo 134: pode ser equiparado ao nosso mandado de segurança, com a particularidade de ser possível sua utilização contra ato de particular); c) *habeas data* (artigo 135).

3.2.4. *A constituição da Argentina*: a) *habeas corpus* (artigo 43, parte final); b) *habeas data* (artigo 43); c) *ação de amparo* (artigo 43: com amplitude maior que o mandado de segurança brasileiro, inclusive podendo ser interposto contra ato de particular). Deve-se atentar para as particularidades da ação de amparo no sistema constitucional argenti-

no, cuja amplitude o eleva a efetivo instrumento de defesa de direitos individuais, coletivos e difusos (meio ambiente e defesa do consumidor). Aquela pretensão que, no sistema brasileiro, deve ser instrumentalizada mediante diversas ações (mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, *habeas data*, ação popular, ação civil pública), na Constituição argentina encontra a sua satisfação plena por meio da ação de amparo, o que torna mais eficiente a defesa dos direitos constitucionais. Constitui o amparo o

“mais prestigioso meio para implementar um verdadeiro ‘processo constitucional’. A tutela fundamental que a ação de amparo procura são os direitos fundamentais das pessoas – direitos humanos –. (...) Apesar da aparente amplitude assinalada ao amparo pela Constituição argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação tem reiterado, depois da reforma constitucional de 1994, o caráter subsidiário da ação”¹⁸.

3.3. *Garantias de eficácia dos direitos fundamentais*

3.3.1. *A Constituição brasileira de 1988*: a) aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, consoante parágrafo 1º do artigo 5º, assim redigido: “As normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”; b) mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI); c) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, Constituição Federal):

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

3.3.2. *A Constituição do Uruguai*: a) aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, consoante artigo 332: os pre-

ceitos da Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos não deixam de ter aplicabilidade por falta de regulamentação respectiva, sendo a lacuna suprida recorrendo-se aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas.

3.3.3. *A Constituição da Argentina*: impossibilidade de as garantias e direitos reconhecidos na Constituição serem alterados por leis que regulamentem o seu exercício (artigo 28), não havendo outro preceito constitucional regulando, de forma expressa, a eficácia das disposições referentes aos direitos fundamentais.

3.3.4. *A Constituição do Paraguai*: as garantias contempladas na Constituição serão reguladas por lei, consoante disposto no artigo 131, havendo, portanto, disposição expressa delegando à legislação infraconstitucional o poder regulamentar dos direitos fundamentais, retirando a eficácia imediata das garantias contempladas.

3.4. *Garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário)*

3.4.1. *Constituição do Brasil de 1988*:

a) a independência do Poder Judiciário é princípio fundamental da República, consoante disposto no artigo 2º; b) ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira (artigo 99); c) os Juízes, em virtude da necessidade da autonomia do Poder Judiciário, gozam de garantias (que são, em verdade, dos cidadãos)¹⁹: vitaliciedade; inamovibilidade; irredutibilidade de vencimentos (apenas nominal, segundo o Supremo Tribunal Federal) – artigo 95; d) os Juízes de primeiro grau são escolhidos por meio de concurso público (art. 93, inciso I).

3.4.2. *Constituição da Argentina*: o Poder Judiciário é independente em sua relação com os outros poderes do Estado²⁰: a) o artigo 109 da Constituição estabelece que em nenhum caso o Presidente da Nação pode exercer funções judiciais; b) a administra-

ção do Poder Judiciário, no âmbito federal, é efetuada pelo Conselho da Magistratura (art. 114); c) garantia dos Juízes: artigo 110 estabelece a inamovibilidade e a intangibilidade de seus vencimentos; d) designação de magistrados: adotou-se, em termos gerais, o sistema constitucional norte-americano, sendo a designação dos juízes realizada segundo critérios das instituições políticas do Estado (Poder Executivo e Poder Legislativo). Na ordem federal, os juízes inferiores são selecionados pelo Conselho da Magistratura (artigo 114).

3.4.3. *Constituição do Uruguai*: a independência do Poder Judiciário tem direta relação com a situação funcional dos magistrados, motivo pelo qual as garantias estatuídas estão dirigidas a assegurar a todos os cidadãos a imparcialidade do magistrado²¹: a) independência do Poder Judiciário: princípios da independência, submissão à lei, da unidade de jurisdição, exclusividade, igualdade de acesso à justiça não estão expressamente previstos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação harmonizada; b) ingresso na carreira: os juízes são designados pela Suprema Corte de Justiça, a qual, por sua vez, é nomeada pela Assembléia Geral do Poder Legislativo; c) os juízes gozam das garantias: estabilidade, independência econômica.

3.4.4. *A Constituição do Paraguai*: a) independência e função do Poder Judiciário encontram-se nos artigos 247 e 248: o Poder Judiciário é o guardião da Constituição, sendo que a administração da Justiça está a cargo do Poder Judiciário, sendo garantida a sua independência; b) designação de seus membros: os membros dos Tribunais e juízes de toda a República serão designados pela Corte Suprema de Justiça (artigo 251); c) inamovibilidade dos magistrados está garantida no artigo 252; d) imunidade dos magistrados: artigo 255.

3.5. *Garantia da superioridade da constituição (controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos)*

3.5.1. *A Constituição do Brasil*: a Constituição do Brasil prevê, em matéria de controle de constitucionalidade, expressamente o sistema concentrado (artigo 102, inciso I, letra “a”), decorrendo do artigo 5º, XXXV, da CF o sistema difuso. O sistema constitucional vigente, em sintonia com sua própria tradição, e guardando forte semelhança, nesse aspecto, com o esquema norte-americano, em que pese as substanciais diferenças culturais, sociais, econômicas dos respectivos contextos, consagra ao Poder Judiciário o *judicial control*, a capacidade de, em cada caso concreto, decidir e decretar a inconstitucionalidade das leis, decretos, regulamentos, atos dos Poderes Públicos e questões, em geral, submetidas ao seu crivo, competindo-lhe, com exclusividade, o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos (Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, ADIMC-221/DF, DJ 22-10-93, pp 22251).

Em virtude dessas características históricas, a Constituição Federal de 1988 dedicou-se com cuidado à defesa judicial dos direitos dos cidadãos (a chamada jurisdição constitucional), prevendo diversos institutos, antes inéditos no nosso sistema, para conferir efetividade aos direitos e garantias elencados pela Carta Magna (ressaltam-se o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo). No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, preservou a Constituição de 1988 o sistema misto, qual seja, conjugação do sistema americano (difuso) com o sistema austríaco (concentrado), ampliando-se, contudo, sobremaneira, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis está previsto no artigo 102, I, ‘a’, da Constituição Federal, enquanto o sistema difuso decorre da cláusula inserida em seu artigo 5º, XXXV.

Novidade teoricamente questionável restou inserida na Carta da República por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes*, vinculando todos os intérpretes da norma, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 04, uma vez que se está negando a presunção de legitimidade e de constitucionalidade da norma legal.

3.5.2. *A Constituição da Argentina*: a Constituição da Argentina adotou o sistema difuso de controle da constitucionalidade: na Argentina, o controle de constitucionalidade não é concentrado, mas difuso. Vale dizer, qualquer juiz da República é competente para exercer a jurisdição constitucional nas causas em que é chamado a entender²². No artigo 43 da Constituição Argentina, encontra-se referência expressa à possibilidade de o Juiz, no caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional.

3.5.3. *A Constituição do Paraguai*: segundo o disposto no artigo 137, carecem de validade todas as disposições e atos de autoridades opostos ao estabelecido na Constituição, cabendo ao Poder Judiciário interpretar, cumprir e fazer cumprir a Constituição (artigo 247).

3.5.4. *A Constituição do Uruguai*: segundo o artigo 256, as leis poderão ser declaradas inconstitucionais por razão de forma ou de conteúdo. Compete à Suprema Corte o conhecimento e a decisão originária e exclusiva sobre a matéria (artigo 257). A declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderá ser requerida, segundo o artigo 258: a) via de ação, que deverá ser ajuizada perante a Suprema Corte de Justiça; b) por via de exceção, que poderá ocorrer em qualquer procedimento judicial. O juiz ou tribunal que entender, em qualquer procedimento judicial, inconstitucional uma lei poderá solicitar de ofício a declaração de inconstituo-

nalidade de uma lei. Nesse caso, suspende-se o procedimento, levando-se a causa ao conhecimento da Suprema Corte de Justiça. Ou seja, elegeu a Constituição do Uruguai um sistema concentrado de controle da constitucionalidade, delegando a um único órgão da estrutura do Poder Judiciário o poder de decidir sobre a constitucionalidade dos atos normativos.

4. Considerações finais

As disposições constitucionais dos países integrantes do Mercosul atinentes às garantias dos direitos fundamentais seguem as enumerações constantes nos tratados internacionais, havendo uma indiscutível preocupação com a concretização da democracia enquanto valor fundamental dos povos. Nesse sentido, percebe-se clara ênfase na proteção judicial dos direitos fundamentais, instituindo-se instrumentos eficazes e céleres para a defesa das posições constitucionais, sendo um elemento decisivo na otimização dos valores agregados pelas respectivas Constituições.

Para que a defesa dos direitos fundamentais não seja mera retórica constitucional, mostra-se imprescindível o aprimoramento do Poder Judiciário, conferindo-lhe as garantias necessárias à configuração da independência jurisdicional, requisito inafastável à segurança do cidadão, consoante bem apreendido por Sílvio Dobrowski²³.

Os instrumentos básicos de defesa dos direitos fundamentais encontram-se devidamente contemplados nas Constituições dos países signatários originários do Mercosul, como a) rigidez constitucional; b) garantia da divisão dos poderes (autonomia do Poder Judiciário); c) garantia da superioridade da Constituição (controle de constitucionalidade); d) previsão de remédios judiciais de defesa de direitos constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança ou a ação de amparo. No que se refere à divisão dos poderes e à independência do Poder Judiciário, mostra-se neces-

sária a inserção, em alguns textos constitucionais, de normas mais claras deferindo a autonomia aos juízes, o que passa pela previsão de garantias individuais dos magistrados (que têm por objetivo a proteção do jurisdicionado) e pela adoção de um sistema de escolha de juízes que não tenha por suporte critérios políticos, fator que se mostra decisivo à consolidação do regime democrático no âmbito do Mercosul.

Por fim, em virtude da constatação da existência de uma harmonização possível entre os sistemas jurídicos dos países do Mercosul, deve ser aprofundada a discussão envolvendo a criação de um Tribunal Judicial comum aos povos do Mercosul, com atribuições em matéria envolvendo direitos e garantias fundamentais, situação que geraria uma maior segurança na efetiva integração política e cultural dos países signatários, imprimindo uma maior uniformidade no trato de questões que, atualmente, não mais podem ser mantidas restritas às fronteiras nacionais.

Bibliografia

- BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, vol. V.
- BELAUNDE, Domingo Garcia. *El habeas corpus en America Latina*. In: Revista de Estudios Políticos, 97:105/124.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN-939 / DF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Publicação DJ DATA-18-3-94 PP-05165, EMENT VOL-01737-02 PP-00160. Julgamento 5/12/1993 – TRIBUNAL PLENO.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22132/RJ, DJ. 18-11-96, p. 39848, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ. 20-4-92, p. 05256.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Dj. 5-2-90, p. 00447).
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHOMSKI, Noam e DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*. México: Joaquín Mortiz, 1996.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. *Harmonização, no Âmbito do Mercosul, das Garantias Constitucionais e Processuais dos Direitos fundamentais e o Acesso à Justiça*. In: Revista da ESMESC, 4: 227/240.
- ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. *Algunas cuestiones basicas de la teoria de los derechos fundamentales*. In: Revista de Estudios Políticos, 71:87/99.
- FAGUNDES, Seabra. *A evolução do sistema de Proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano*. In: Revista de Direito Público, 23:103/111.
- FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997, comunicação apresentada pelo autor no verão de 1994 num seminário organizado por Jueces para la Democracia sobre “A crise do poder judicial na crise do estado de direito: Itália-Espanha, uma reflexão comparada”, publicado pela Editorial Trotta, Madrid, 1996, sob a direção de Perfecto Andrés Ibáñez. A presente tradução foi feita do original italiano por Eduardo Maia Costa, publicado na Revista do Ministério Público, nº 61:29.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das “cláusulas pétreas”*. In: Cadernos de Direito Constitucional, 13:05/10.
- GÉLARD, Patrice. *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.
- IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996.
- LOMBARDI, Eduardo. *Principios Constitucionales y Organizacionales del Poder Judicial Uruguayo: Forma de Ingreso. Carrera. Responsabilidad Administrativa, Penal y Civil. Proceso para la Pérdida del Cargo*. In: Revista da ESMESC, 4:173/185.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- JÚNIOR, José Alcebíades de Oliveira (org.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.
- QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *As garantias dos direitos fundamentais*. IN: Revista de Informação Legislativa, 31:41/46.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortêz, 1995.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- URTUBEY, Rodolfo José. *El sistema de Administración de Justiça en Argentina*. In: Revista da ESMESC, 4: 41/66.

ZORRERO, Manuel Dominguez. *Estados excepcionales y garantías de derechos fundamentales en latinoamérica*. In: Revista de Estudios Políticos, 81:265/276.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. In: Revista da AJUFE, outubro/dezembro 1994, 24:44.

Notas

¹ *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortêz, 1995.

² JÚNIOR, José Alcebádes de Oliveira, *Cidadania coletiva*, p. 24.

³ *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1214.

⁵ *Harmonização, no âmbito do Mercosul, das garantias Constitucionais e processuais dos Direitos Fundamentais e o Acesso à Justiça*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 4:228.

⁶ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, p. 88.

⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza universidad textos, 1996, p. 182.

⁸ *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, vol. V, p. 181.

⁹ SCHMITT, Carl. Op. Cit., p. 41.

¹⁰ Em virtude de se afastar dos objetivos do presente estudo, não se aborda a questão da fundamentação da inalterabilidade das cláusulas pétreas (é possível uma geração sujeitar às gerações futuras as suas leis?) ou a tese denominada “dupla revisão”, defendida por Jorge Miranda, a qual acaba por retirar toda a eficácia estabilizadora das “cláusulas pétreas”. A respeito, para maior aprofundamento, leia-se: “Significação e alcance das cláusulas pétreas”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 13:05/10.

¹¹ QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *As garantias dos direitos fundamentais*. In: Revista de Informação Legislativa, 31:41/46.

¹² EMENTA: – Direito Constitucional e Tributário.

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da CF).

2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1 – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b”, da Constituição);

2 – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da CF);

3 – a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”) templos de qualquer culto; “c”) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em conseqüência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13-7-1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da CF (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, LC nº 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (ADIN-939 / DF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Publicação DJ DATA-18-3-94 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160. Julgamento 5-12-1993 – TRIBUNAL PLENO).

¹³ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, p. 232.

¹⁴ “O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas”. In Verbis, Caderno de Estudos, número 10, março de 1998, p. 153.

¹⁵ FAGUNDES, Seabra. *A evolução do sistema de*

proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano. In: Revista de Direito Público, 23:103/111.

¹⁶ “Do mandado de segurança coletivo há quem pense tratar-se de instrumento para salvaguardar unicamente direitos coletivos e assim chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça. Há, por outro lado, quem sustente poder ele ser utilizado tanto em defesa de direitos coletivos, quanto de direitos individuais. E, finalmente, em terceira orientação, estão os que pensam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais. Esse entendimento mereceu o aval importantíssimo do Supremo Tribunal Federal. Finalidade – defesa de direitos subjetivos individuais. Em verdade, para proteção de direitos coletivos ou mesmo difusos, desde que líquidos e certos, contra ato ou omissão de autoridade, não se fazia necessário modificar o perfil constitucional tradicional do mandado de segurança. Muito antes da Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, a jurisprudência já admitia, por exemplo, que Sindicatos ou a Ordem dos Advogados do Brasil, impetrassem mandado de segurança – individual – para defender interesses gerais da classe, vale dizer, típicos direitos coletivos, pois que transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. Tudo é apenas uma questão de legitimação: configurada lesão a direito difuso ou coletivo líquido e certo – e esta configuração certamente não é corriqueira – não haverá empecilho algum ao acesso dos legitimados a via mandamental tradicional. (...). Assim, a única novidade introduzida pelo constituinte de 1988

foi a de autorizar que o mandado de segurança possa ser utilizado por certas entidades para, na condição de substitutas processuais, buscarem tutela de um conjunto de direitos subjetivos de terceiros. O que há de novo, destarte, é apenas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais e não uma forma de defesa de direitos coletivos.” (Teori Albino Zavascki, *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, Revista da AJUFE, outubro/dezembro 1994, p. 28).

¹⁷ *Temas de Direito Público*, Del Rey: Belo Horizonte, 1994, p. 174.

¹⁸ URTUBEY, Rodolfo José. *El sistema de administración de Justicia en Argentina*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, p. 57.

¹⁹ Por questão meramente didática, inseriram-se as garantias dos juízes neste tópico, qual seja, autonomia e independência do Poder Judiciário, inobstante sejam atributos que se refiram diretamente à independência dos juízes, necessária para sua posição de imparcialidade.

²⁰ URTUBEY, Rodolfo José. Op. Cit., p. 41.

²¹ LOMBARDI, Eduardo. *Principios Constitucionales y Organizacionales del Poder Judicial Uruguayo: Forma de Ingreso. Carrera. Responsabilidad Administrativa, Penal y Civil. Proceso para la Pérdida del Cargo*, p. 173.

²² Urtubey, Rodolfo José. *El sistema de Administración de Justicia en Argentina*, p. 50.

²³ *Harmonização, no Âmbito do Mercosul, das Garantias Constitucionais e Processuais dos Direitos Fundamentais e o Acesso à Justiça*, 239.

Os modelos de integração europeia e do Mercosul: exame das formas de produção e incorporação normativa

Carlos Eduardo Caputo Bastos e
Gustavo Henrique Caputo Bastos

Sumário

1. Introdução. 2. Mercado comum: identidade de objetivos e dessemelhança na constituição dos modelos de integração da União Europeia e do Mercosul. 3. Cotejo das formas de produção normativa nos modelos União Europeia e Mercosul. 4. Delimitação do conceito de recepção. 5. A recepção da regra de direito comunitário: o modelo da União Europeia. 6. Recepção e incorporação das normas no modelo Mercosul. 7. Conclusão.

1. Introdução

O Mercosul é um fato. É um fato político, econômico e jurídico. Não há na afirmação nenhuma novidade. Trata-se de uma constatação perceptível a qualquer observador, a partir do perfunctório exame da realidade antes e após a celebração do Tratado de Assunção em 1991¹. Mais do que isso, o Mercosul vai-se revelando uma organização internacional² original, com características próprias³, surpreendentemente simples, *considerada nossa origem latina*, sem uma estrutura institucional complexa, estatuindo uma experiência nova e eficiente, em muito dessemelhante de outras concepções e modelos de integração, como, por exemplo, o sempre referido modelo europeu.

O surgimento das organizações internacionais é, sem dúvida, um fenômeno contemporâneo, e, mais recente, é o aparecimento das chamadas organizações internacionais de integração, do tipo comunitário, ou, como preferem alguns, organizações in-

Carlos Eduardo Caputo Bastos é Advogado; Conselheiro Federal e Presidente da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Delegado Brasileiro junto ao COADEM – Colégios e Ordem de Advogados do Mercosul.

Gustavo Henrique Caputo Bastos é Advogado; Pós-graduado em Direito Econômico e das Empresas pela FGV – Fundação Getúlio Vargas; Extensão de Estudos Europeus da Universidade de Coimbra pelo Instituto Luso Brasileiro de Direito Comparado.

ternacionais de âmbito regional ou sub-regional⁴. As organizações internacionais de caráter regional, em que a União Européia é o exemplo mais marcante, vêm produzindo um complexo normativo próprio, gerado por órgãos da comunidade, cujas características têm, na sua relação com as ordens internas, ocupado grande parte da doutrina na busca de sua natureza jurídica.

Manoel Diez de Velasco pondera⁵, com precisão, que o mundo das organizações internacionais é extremadamente fragmentado e heterogêneo. Existem, segundo ele, numerosas categorias de organizações e estas, por sua vez, não constituem departamentos estanques e excludentes, já que estão sujeitos a uma incessante evolução que caracteriza esse fenômeno associativo. A par de reconhecer que a doutrina em geral oferece diversos critérios de classificação, bem como registrar que a natureza híbrida de algumas organizações e as transformações a que estão sujeitas podem levá-las a transitar por diversas categorias, propõe três critérios de classificação: (a) *segundo os seus fins*; (b) *sua composição*; e (c) *suas competências*.

No correspondente às competências, o referido autor subdivide a classificação em: (a) *organizações de cooperação*; e (b) *organizações de integração ou de união*. Nas primeiras, encontram-se o tipo clássico, nas quais – *respeitada a soberania dos Estados membros* – a cooperação é estritamente interestatal, vale dizer, intergovernamental, no sentido de que as decisões da Organização – *adotadas por unanimidade* – dirigem-se aos Estados-Membros; e aplicáveis, nos respectivos territórios, mediante incorporação.

As segundas – *organizações de integração* – pretendem a constituição de uma união efetiva entre os seus Estados-Membros, especialmente pela cessão de competências aos órgãos comuns da organização, competências essas antes atribuídas aos Estados soberanos, com a particularidade de que as decisões – *no âmbito dos órgãos comuns* – podem ser tomadas por maioria, bem como podem produzir, em determinadas ocasiões,

efeito direto e imediato nas ordens jurídicas nacionais.

2. Mercado comum: identidade de objetivos e dessemelhança na constituição dos modelos de integração da União Européia e do Mercosul

Na medida em que o Mercosul objetiva a constituição de um mercado comum⁶, pode-se afirmar que, nesse aspecto, há uma identidade que o aproxima do modelo União Européia. De registrar-se, contudo, que no Tratado CEE a livre circulação de pessoas está explícita⁷, enquanto no Tratado de Assunção – *no seu artigo 1º* – há referência, apenas, à “livre circulação de bens de serviços e fatores produtivos entre os países...”.

O que, à primeira vista, pode parecer irrelevante possui, em realidade, uma particularidade significativa. Assim é que o Tratado CEE, já no seu artigo 8º, instituiu a “*cidadania da União* – É cidadão da União qualquer pessoa que tenha nacionalidade de um Estado-membro”. No Tratado de Assunção, e nos Protocolos que se lhe seguiram, não há qualquer menção a uma hipotética “*cidadania do Mercosul*”⁸.

Todavia, almejando o mesmo fim, os modelos de integração do Mercosul e da União Européia valem-se de meios próprios. Com efeito, a União Européia constituiu-se um mercado comum desde o Tratado CEE, em 1957, possuindo instituições e órgãos que exercem competências antes reservadas aos Estados-Membros. No Mercosul, diferentemente, o mercado comum continua sendo um fim a ser alcançado, e os seus órgãos não exercem competências transferidas nem delegadas, antes ao contrário, constituem exemplo clássico de órgãos de natureza intergovernamental⁹.

Nesse sentido, Rui Manoel Moura Ramos, em seminário havido na Faculdade de Direito de Coimbra, asseverou:

“Assim, não pode a este propósito deixar de se acentuar a fidelidade do MERCOSUL ao clássico modelo da in-

tergovernabilidade ou da cooperação, que caracteriza o mecanismo decisional da maior parte das organizações internacionais, em contraponto com a mais arrojada aposta do legislador comunitário no princípio da integração e na introdução de típicas notas de supranacionalidade. Fruto decerto da maior importância ainda hoje reconhecida no hemisfério sul-americano ao dogma da soberania estadual bem como da menor pressão no sentido da unificação face à que caracterizara o pensamento e a vida política europeus do pós-guerra, o certo é que o Tratado de Assunção se afasta a esse respeito bem nitidamente da construção comunitária¹⁰.

Quanto à tomada de decisões, na União Européia, delibera-se por maioria, com atribuição de peso ponderado por voto de cada Estado-Membro¹¹, enquanto, no Mercosul, a palavra de ordem é o consenso, a unanimidade, exigindo-se a presença obrigatória de todos os Estados-Partes em todas as deliberações¹².

Sobre o tema, Luiz Olavo Baptista é taxativo:

“A característica fundamental do sub-sistema normativo, administrativo e de controle interno, criado pelo Tratado de Assunção e mantido com ligeiras modificações pelo Protocolo de Ouro Preto, é a regra da unanimidade. Com efeito, não havendo desejo das partes de criar uma instituição supranacional, mas sim internacional, a regra da unanimidade permite-lhe exprimir a vontade comum. Esta coincide com a nacional, pois, como as normas devem ser introduzidas nos Estados pela via da ratificação e aprovação legislativa, os respectivos parlamentos têm a oportunidade de manifestar-se em nome dos cidadãos que representam. O fato é que as dissimetrias não permitiriam o recurso imediato a um sistema ponderado de votos, sob pena de sacrifi-

car algum dos participantes, tanto em havendo um peso igual, como diferente”¹³.

Já no que respeita à composição de conflitos, na União Européia, observa-se o procedimento jurisdicional¹⁴. No Mercosul, por sua vez, prestigia-se o método diplomático, como primeira etapa, e a solução arbitral, como última fase do procedimento de composição de controvérsias, muito embora no Tratado de Assunção¹⁵ e, posteriormente, nos Protocolos de Brasília¹⁶ e de Ouro Preto¹⁷ preveja-se um sistema permanente de solução de controvérsias, que poderá, ou não, manter a atual opção pela arbitragem.

Diante desse quadro, resulta claro que os modelos de integração do Mercosul e da União Européia, embora, repita-se, objetivem o mesmo fim, possuem características inconfundíveis, o que desautoriza, à saciedade, a equivocada e constante afirmação de que o modelo europeu é o padrão do Mercosul¹⁸. Não se trata aqui de examinar qualitativamente a concepção e a eficiência dos modelos cogitados. Trata-se, apenas, de identificar as diferentes soluções adotadas malgrado a confluência de objetivo.

No que respeita as etapas para se alcançar o mercado comum, o Mercosul, entretanto, possui vantagens comparativas ao modelo europeu. Nesse sentido, no Mercosul, os Estados-Partes possuem o mesmo sistema jurídico, vale dizer, o *civil law*. Na União Européia, por seu turno, há que se compatibilizar o sistema do *civil law* com o do *common law*. Essa circunstância da União Européia, por si só, cria uma dificuldade adicional na perspectiva da aproximação e da harmonização de legislações.

De outra parte, a questão lingüística é também uma vantagem comparativa, pois no Mercosul há, apenas, duas línguas oficiais¹⁹. Na União Européia, o regime lingüístico é a expressão da multiplicidade de línguas dos Estados-Membros, que, não raro, possuem, no seu próprio território, diversidades marcantes²⁰.

Ocorre, porém, que, não obstante tratar-se de modelos de integração peculiares, é

fato que, na consecução da constituição do mercado comum, o Mercosul vai ter que enfrentar uma importante decisão: *a instituição de órgãos próprios e independentes, com características e competências típicas de supranacionalidade*. Até aqui, tem sido possível manejar as fases precedentes de estabelecimento de uma zona de livre comércio e de uma união aduaneira, sem que se fizesse necessário, por exemplo, contar com uma burocracia comum, na medida em que o Mercosul não tem empregados, servidores ou funcionários²¹. Até quando?

3. Cotejo das formas de produção normativa nos modelos União Européia e Mercosul

Como se disse no capítulo antecedente, ainda que se reconheça uma identidade de objetivo (*constituição de um mercado comum*), a União Européia e o Mercosul possuem diferenças marcantes que remontam ao seu próprio nascedouro. O Mercosul surgiu e segue sendo um modelo clássico de cooperação entre Estados, com substância no regime de intergovernabilidade, enquanto a União Européia – *desde o Tratado de Paris, de 18-4-1951, e do Tratado de Roma, de 25-3-1957* – instituiu, no âmbito de sua organização, órgãos com capacidade decisória e com exercício de competências antes reservadas, tão-somente, aos seus Estados-Membros.

Ao preservar o exercício de suas competências soberanas, os Estados-Partes do Mercosul timbraram uma vontade política inequívoca: almejam um mercado comum, mas os órgãos de decisão e a produção normativa devem obedecer ao regime de incorporação que caracteriza as relações internacionais, entre Estados, disciplinadas no Direito Internacional Público em geral. Vale dizer, as decisões e as normas geradas nas instituições e nos órgãos do Mercosul dependem, para sua aplicação e execução, do seu recebimento pelas ordens jurídicas nacionais, mediante os respectivos procedimentos nacionais.

Na União Européia, ao contrário, os órgãos que compõem sua estrutura institucional produzem “direito próprio”, isto é, legislam e estabelecem critérios de produção legislativa no interesse da comunidade e não dos seus Estados-Membros. Para tanto, o Tratado de Roma, de 1957, que instituiu as Comunidades Européias, dotou o Conselho e a Comissão de poderes de expedir regulamentos e diretivas com o objetivo de determinar o interesse e o alcance da vontade comunitária²².

Após sua publicação no Jornal Oficial das Comunidades – *observada a “vacatio legis”, que pode ser de vinte dias após o da publicação ou a data fixada nos referidos diplomas legislativos (artigo 191, T.R.)* –, os regulamentos, as diretivas e as decisões entram imediatamente em vigor. Araceli Mangas Martin e Diego J. Liñán Noguera anotam, a propósito, que o princípio da publicidade²³ das normas tem, no Direito Comunitário, uma presença importante. A publicidade é um requisito formal e substancial na aplicação dos atos comunitários, isto é, embora não afete a sua motivação ou a sua validade, *a falta de observância do referido princípio afeta sua eficácia*.

No Mercosul, por sua vez, a par de não existir um órgão oficial de publicação²⁴ de suas decisões e de sua produção normativa, é de ver-se que as comunicações fazem-se via diplomática, e a entrada em vigor de suas normas obedecem a um burocrático sistema de incorporação. Com efeito, no Tratado de Assunção – *por ser o diploma de constituição do Mercosul* –, era de se esperar que sua entrada em vigor observasse a sistemática clássica de incorporação das regras de Direito Internacional Positivo em geral, com a vigência condicionada à existência de um número previamente estipulado de depósito dos instrumentos²⁵.

O Protocolo de Brasília, por sua vez, estabeleceu critério qualificado ao disciplinar que sua entrada em vigor demandaria a ratificação dos *quatro* Estados-Partes. Aqui, a circunstância da unanimidade era uma de-

corrência da necessária observância do Tratado de Assunção (*artigo 16*) e, até mesmo, em face da natureza e do objetivo do Diploma – *disciplina de solução de controvérsias entre os Estados-Partes*.

Com a celebração do Protocolo de Ouro Preto, a questão da produção normativa e a respectiva entrada em vigor das decisões dos órgãos do Mercosul ganham explicitude, disciplina e sistematização. Convencionou-se que: (a) Conselho – *órgão superior do Mercosul* – manifestar-se-á mediante *decisões*²⁶, as quais serão *obrigatórias* para os Estados-Partes; (b) o Grupo Mercado Comum – *órgão executivo do Mercosul* – manifestar-se-á mediante *resoluções*²⁷, as quais serão *obrigatórias* para os Estados-Partes; (c) a Comissão de Comércio do Mercosul – *órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum nas questões de política comercial comum* – manifestar-se-á mediante *diretrizes*²⁸ e propostas. As *diretrizes serão obrigatórias* para os Estados-Partes.

Impende observar que, no Tratado de Assunção, apenas o Conselho e o Grupo Mercado Comum possuíam capacidade decisória²⁹. Com a institucionalização de outros órgãos na estrutura do Mercosul³⁰, havida com o Protocolo de Ouro Preto, a Comissão de Comércio passou, também, a dispor de capacidade decisória³¹, no que respeita às suas deliberações veiculadas sob a forma de diretrizes. De outra parte, expressou-se, também, a natureza intergovernamental dos órgãos decisórios (*artigo 2º do Protocolo de Ouro Preto*), bem como explicitou-se a obrigatoriedade no cumprimento – *pelos Estados-Partes* – das decisões, resoluções e diretrizes, originárias, respectivamente, do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do Mercosul.

4. Delimitação do conceito de recepção

Para apreciar o tema objeto deste estudo³², necessário se faz, ainda, percorrer e precisar o conceito de “recepção”, para, ao final, delinear as relações que presidem a interação entre as ordens jurídicas nacionais

e as ordens jurídicas comunitária e internacional, ainda que, *en passant*, examine-se a questão, também, sob a ótica da recepção da ordem jurídica internacional no modelo comunitário europeu.

A preocupação é de todo justificada, porque o operador do Direito não pode prescindir do desafio da conceituação e nem da identificação dos elementos que circunscrevem sua reflexão. Principalmente, quando a análise da recepção objetiva averiguar seu alcance, repercussão e conseqüências das ordens internacional e comunitárias perante as ordens jurídicas nacionais. Por isso, também, requer-se uma brevíssima investigação da natureza jurídica do chamado Direito Comunitário, cujo conceito é, hoje, motivo de grandes debates entre os juristas e doutrinadores, especialmente no que concerne a sua classificação no *index* do Direito.

Ao se referir à “recepção” de uma regra jurídica, o observador contempla, automaticamente, a dicotomia que encerra o raciocínio da existência de duas ordens jurídicas (*uma interna e outra externa*). Isso se apreende na medida em que a produção da norma de que se cogita não procede do mesmo processo de criação da qual dimanam as demais que formam o complexo normativo interno. Portanto, quando se invoca o termo “recepção” de uma regra jurídica, o observador estabelece, rigorosamente, um dos elementos de convicção, que é, nessa hipótese, a distinção entre as ordens jurídicas interna e internacional, no que tange à fonte de produção normativa.

Enquanto, na ordem jurídica interna, a produção normativa observa os ditames procedimentais estabelecidos em uma norma maior – *via de regra, uma Constituição, em que estão estabelecidas as competências dos órgãos que dispõem de poder normativo* –, na ordem jurídica internacional, as normas procedem das convenções internacionais, do costume e dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas “nações civilizadas”, conforme preconiza o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, em seu artigo 38.

Por outro lado, a distinção entre as ordens jurídicas interna e internacional recorre ao objeto de sua disciplina. Enquanto a ordem jurídica interna é o complexo de normas que constitui o ordenamento jurídico de uma soberania, e, por conseguinte, é o que *rege* as relações jurídicas naquele território, a ordem jurídica internacional é o complexo normativo, positivo ou consuetudinário, que *vincula* duas ou mais soberanias, e/ou as organizações internacionais, disciplinando suas relações enquanto sujeitos de Direito Internacional.

Fixado, ainda que sucintamente, que as ordens jurídicas em foco podem distinguir-se no que respeita a sua fonte normativa e o seu objeto, verificamos que o termo “recepção” pertine, exclusivamente, às relações que se estabelecem entre as duas ordens, vale dizer, em que medida a ordem jurídica interna “recebe” a ordem jurídica internacional.

No particular, o conceito jurídico de recepção confunde-se com sua acepção vernacular, isto é, num ou noutro, recepção significa “ato ou efeito de receber”. A recepção da regra jurídica é, assim, ato ou efeito de receber a norma internacional no âmbito de uma ordem jurídica interna. Sob essa perspectiva, recepção pode, mesmo, ser definida como intenação de uma norma internacional, ou a incorporação, no ordenamento jurídico de uma soberania, de uma regra jurídica adstrita – *antes da recepção* – ao complexo normativo internacional.

Essa intenação ou incorporação é que varia de um para outro sistema jurídico, e que, no plano doutrinário, divide monistas e dualistas. Para nossa reflexão, interessamos examinar a recepção pelas ordens jurídicas internas – *ato ou efeito de receber uma regra jurídica* – das normas que promanam das relações entre soberanias, ou seja, das relações convencionais entabuladas entre sujeitos de Direito Internacional.

De início, cumpre esclarecer que a divergência entre os doutrinadores surge da concepção de existência, ou não, de uma ou

duas ordens jurídicas. De um lado, os *monistas* entendem que o direito interno e o internacional são dois ramos de um mesmo sistema jurídico; e, entre eles, os monistas, há os que sustentam a primazia do direito interno em conflito com o internacional e os que, em sentido diametralmente oposto, sufragam o primado do direito internacional em conflito com o direito interno.

Por sua vez, os *dualistas* entendem que o direito interno e o internacional são dois sistemas distintos, separados e independentes, até porque a criação das normas é obra direta de seus destinatários. Para essa corrente, a norma internacional só tem validade após recebida pela ordem jurídica interna, pois, se nesta avulta o conceito de subordinação, na ordem jurídica internacional a coordenação é que preside a convivência organizada entre as soberanias.

A validade e a eficácia da norma internacional, por via de consequência, para os dualistas, requer sua “domesticação”, vale dizer, requer seja observada sua “transformação” em direito interno. Isso significa dizer, em realidade, que a norma internacional jamais terá validade na ordem interna senão e quando após o labor de um órgão nacional de aprovação do ato executivo em sede internacional.

Em regime constitucional, como o nosso, por exemplo, no qual designa-se ao Executivo competência para conduzir as relações externas e ao Legislativo competência para aprovar os atos celebrados no plano internacional, a regra internacional, para ter validade, não dispensa sua transformação em direito interno pela via congressual.

Nos regimes monistas, ao contrário, ao menos naqueles em que se afirma o primado do direito internacional, dispensa-se qualquer atividade interna tendente a receber a regra jurídica externa, pois, como se disse, reverencia-se a concepção de que o direito interno e o internacional são dois ramos de um mesmo sistema jurídico.

5. A recepção da regra de direito comunitário: o modelo da União Européia

Nos estritos termos deste estudo, não se nos permite, senão sucintamente, introduzir os conceitos para deles conduzir os rumos do raciocínio. Como ponto de partida, é necessário consignar: (a) que os estudos do tema têm afastado, paulatinamente, a idéia de que essas organizações sejam “Estados”, “Estados Federais” ou “Confederações de Estados” no sentido clássico; (b) que a União Européia, desde Maastricht, caminha a passos largos na direção de se constituir uma União de Estados, em que cada vez mais é significativa a limitação de soberania pela atribuição de poderes e competências aos órgãos comunitários.

Nesse contexto, é oportuno mencionar que a doutrina tem-se debatido, no que concerne à atribuição de competência aos órgãos comunitários, ao perquirir se essa atribuição se dá sob a forma de “delegação” ou “transferência”³³. A razão de ser da controvérsia reside em que os conceitos de delegação e transferência não são convergentes, vale dizer, enquanto na delegação o titular do poder apenas cede o exercício da competência, mantida em todos os seus termos a titularidade do poder jurídico, na transferência, há cessão definitiva do poder jurídico, que não mais se apresenta como poder derivado, saindo definitivamente da esfera da titularidade do poder cedente.

Essa singularidade, antes de representar um jogo de palavras, tem para consideração da natureza jurídica da ordem comunitária uma dimensão nuclear, porquanto repercutirá na própria existência da comunidade, ou seja, as conseqüências jurídicas da opção terminológica podem materializar um caminho sem volta, para os Estados-Membros, no processo de integração.

Portanto, malgrado a dificuldade de se chegar à classificação precisa dessas novas organizações internacionais, e, por via de conseqüência, do instrumental jurídico que

se forma no seu bojo, é a partir de suas características específicas e, especialmente, da jurisprudência da Corte Européia que se vai forjando sua natureza jurídica.

O Direito Comunitário, como disciplina que regula as relações jurídicas entre os Estados-Membros comunitários e entre estes e os seus súditos, e os súditos dos demais Estados-Membros, tem, nos tratados constitutivos e nos acordos internacionais firmados pela própria comunidade, o seu *direito primário* e, nos regulamentos e nas diretivas emanadas dos órgãos comunitários, o seu *direito derivado*.

Do seu nascedouro não remanesce dúvida de que os tratados constitutivos são, em essência, Direito Internacional Público, em tudo regulado pelo Direito das Gentes, e, em particular, pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Quanto aos tratados constitutivos, de *per se*, a recepção observará o mesmo procedimento designado às normas internacionais, variando de Estado para Estado, de acordo com o regime adotado, que divide os sistemas jurídicos em monistas e dualistas.

No que respeita ao direito derivado, a recepção³⁴ das normas que dimanam dos órgãos comunitários não se subsume a questão que divide monistas e dualistas, seja porque a ordem jurídica comunitária, embora externa, não constitui direito internacional, seja porque, por vontade das soberanias plasmadas nos tratados constitutivos, as normas derivadas têm caráter geral e diretamente aplicável nos ordenamentos jurídicos nacionais (confira-se, entre outros, os casos “Van Gend En Loos *versus* Administração Fiscal Holandesa”³⁵, de 5-2-63; “Simmenthal *versus* Comissão”, de 9-3-78).

O caso *Van Gend En Loos* possui particularidade que merece destaque: pela vez primeira, a Corte de Justiça decidiu sobre o chamado *efeito direto* das normas comunitárias sobre as ordens jurídicas nacionais, que fixou entendimento para os casos subseqüentes, constituindo-se um dos mais importantes precedentes³⁶ da Corte. De refe-

rir-se, ainda, que, nesse caso, a Corte não adotou – *como aparentemente é usual*³⁷ – o raciocínio deduzido pelo Advogado-Geral (à época, M.K. Roemer).

No contexto, é de se ressaltar também que – *a par de estabelecer a origem do efeito direto dos tratados institutivos da Comunidade Europeia* –, o Tribunal de Justiça firmou, concomitantemente, o marco interpretativo da *autonomia do direito comunitário* em face do direito local.

No que concerne à elaboração de normas e os seus efeitos na ordem jurídica dos Estados-Membros, a União Europeia optou pela eficácia direta e imediata de suas regras, enquanto, no Mercosul, a incorporação de normas obedece ao sistema de recepção clássico, do tipo dualista, observando-se a legislação de regência de cada Estado-Parte.

Jorge Luiz Fontoura Nogueira³⁹, a propósito da eficácia ou efeito direto das normas na União Europeia, assinalou:

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

zes nacionais e não só pelos Estados, nas instâncias europeias, é ainda importante corolário do efeito direto das normas comunitárias. Na história do direito europeu, a convicção do efeito direto não foi de fácil construção, não estando prevista expressamente no bojo do Tratado de Roma. Houve, de fato, fortes resistências à idéia, tendo em vista a tradição jurídica dos países, bem como o arraigado espírito de soberania, cujo berço político foi o próprio velho continente”.

Verifica-se, portanto, que não há propriamente recepção – *ou ato de receber* – da norma comunitária pelas ordens nacionais, convido ressaltar que, no conflito entre a norma comunitária e a norma interna, já não mais subsiste dúvida quanto à primazia absoluta e incondicional da ordem comunitária, inclusive no que respeita às normas constitucionais (entre outros, confira-se: “Costa-Enel”⁴⁰, de 15-7-64; caso “Storck”, de 4-2-59; caso “Comptoir de vente du Charbon de la Rhur”, de 15-7-60; caso “Internationale Handelsgesellschaft”, de 17-12-70).

Ao comentar o acórdão Costa-Enel, Fátima Pintado⁴¹ observa que o processo permitiu ao Tribunal

“criar e desenvolver o ‘primado’ e esclarecer novos aspectos relacionados com o mecanismo de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais nacionais para interpretação uniforme do direito comunitário...”.

De fato assinala que

“sem o primado a Comunidade não existiria porque qualquer Estado membro poderia destruir os efeitos das normas comunitárias através da atuação legislativa, tornando as regras comunitárias inoperantes. A existência das Comunidades exige o *primado* das normas criadas e interpretadas por fontes Comunitárias”.

João Mota de Campos⁴², sobre o mesmo acórdão, afirma:

“Este acórdão é justamente célebre: está nele contida toda uma teoria ge-

ral das relações entre o direito comunitário e o direito interno; e a justificação da superioridade da ordem jurídica comunitária sobre as ordens jurídicas nacionais é aí deduzida em termos que, embora esclarecidos e desenvolvidos em acórdãos ulteriores, jamais foram modificados”.

De outra parte, assinala que o precedente judicial reveste-se de singular importância, na medida em que ultrapassa – *especialmente na perspectiva dos regimes dualistas forjados sob a inspiração de Anzilotti* – a questão de se buscar, nos ordenamentos jurídicos internos, o princípio jurídico que fundamentasse o primado do direito comunitário. Esse princípio, no caso Costa/Enel, vem expresso simultaneamente pela “natureza específica” e nas “exigências próprias” da ordem jurídica comunitária.

No tocante ao primeiro aspecto – *natureza específica* –, a conclusão dimana da convicção de o Tratado CEE “instituiu uma ordem jurídica própria, integrada na ordem jurídica dos Estados membros e que se impõe às suas jurisdições”; no que toca ao segundo aspecto – *exigências próprias* –, o fundamento extrai-se da circunstância de que a força executiva do Direito Comunitário não poderia variar, de um Estado para outro, ao sabor das legislações internas posteriores.

Nesse sentido, conclui⁴³ que:

“Trata-se pois de uma solução comunitária que corresponde à própria noção e às exigências do mercado comum que os Estados membros da Comunidade quiseram instituir, solução essa que, traduzida em termos de direito, exprime-se numa ordem jurídica marcada pelas características da *unidade, uniformidade e eficácia* que já tinham permitido o Tribunal, no seu Acórdão de 5 de fevereiro de 1963, VAN GEND EN LOOS, justificar a aplicabilidade direta do direito comunitário”.

Destaque-se, ainda, que, no que tange ao descumprimento da norma comunitária,

erigiu-se, paralela e coercitivamente, a responsabilidade do Estado-Membro pelos danos causados ao particular, como corolário da violação da regra comunitária, exatamente por inobservância dos seus efeitos direto e imediato. É exemplo, no particular, o caso “Francovich e Bonifaci *versus* Itália”⁴⁴, de 19-11-91, em que, em ambos os casos, a origem da controvérsia residia em torno da omissão da República Italiana no observar a Diretiva nº 80/987, de 20-10-1980.

A importância do precedente no que pertine à incorporação das regras comunitárias e as suas conseqüências decorrentes do não-cumprimento pelos Estados-Membros ensejou, na afirmação de Maria Luísa Duarte⁴⁵, a definição “de um dever de indenizar por parte do Estado que não deu execução atempada (ou executou mal) a uma diretiva...”, muito embora reconheça que o dever de indenizar já era sustentado pela maioria da doutrina e com fundamento em determinados *consideranda* de acórdãos do Tribunal de Justiça.

Resta, por último, examinar a questão da recepção no que respeita à ordem jurídica internacional pela ordem jurídica comunitária. Referimo-nos aos acordos internacionais firmados por órgãos comunitários no exercício de sua competência, e sua repercussão nas ordens jurídicas nacionais.

Em face do que prescreve a normativa comunitária, os “acordos... *são vinculativos para as Instituições da Comunidade e para os Estados membros*”. Da exegese do referido preceito resulta, de meridiana clareza, que a ordem comunitária abraça a regra do *pacta sunt servanda*, em homenagem à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Mais do que isso, expressa o primado da ordem internacional em face da ordem comunitária.

Ora, nessa linha de raciocínio, e considerando os efeitos direto e imediato que a norma comunitária produz nas ordens jurídicas nacionais, nada mais coerente, portanto, que se credite os mesmos efeitos quando se aprecia a repercussão das normas

internacionais do ponto de vista das ordens jurídicas internas.

Frise-se, nesse sentido, que a jurisprudência da Corte Européia segue nesse entendimento (*caso Haegeman, de 30-4-74*) ao afirmar que, no que respeita à Comunidade, os atos adotados por suas instituições “constituem parte integrante da ordem jurídica comunitária”. E, por assim ser, é de se concluir que as normas internacionais produzirão os mesmos efeitos antes atribuídos à norma comunitária.

6. Recepção e incorporação das normas no modelo Mercosul

No tocante ao regime de incorporação das normas e decisões dos órgãos do Mercosul – *dada a sua natureza intergovernamental* –, não era mesmo de se esperar algo diferente do que se estabeleceu no Protocolo de Ouro Preto. Pelo seu artigo 38, os Estados-Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas procedentes dos órgãos do Mercosul que disponham de capacidade decisória (*Conselho, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio*).

Observe-se, no ponto, que – *a par da obrigatoriedade de os Estados-Partes informarem*⁴⁶ *a Secretaria Administrativa do Mercosul das medidas adotadas em atenção ao artigo 38, supra referido* – o Protocolo de Ouro Preto, ao dispor sobre a Comissão Parlamentar Conjunta – *órgão representativo dos parlamentos dos Estados-Partes no âmbito do Mercosul*⁴⁷ –, atribuiu-se-lhe a incumbência de “acelerar”⁴⁸ os procedimentos internos correspondentes nos Estados-Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas do Mercosul”.

Na dicção do artigo 25 do Protocolo de Ouro Preto, já se reconhece, *quantum satis*, a existência de assimetrias procedimentais de incorporação – *nos Estados-Partes* – das normas provenientes dos órgãos do Mercosul. A afirmação se reforça na conjugação inter-

pretativa do artigo 42, do mesmo Diploma, que prescreve, peremptoriamente, que as normas do Mercosul – *quando necessário* – deverão ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país⁴⁹.

Mais do que isso, no Mercosul – *certamente por não se ter instituído o mercado comum* –, não há um órgão permanente de solução de controvérsias que, a rigor, conforme se verifica na União Européia, tem decidido por diversas vezes a questão do conflito entre a norma interna e a comunitária e entre a norma interna e a internacional em conflito com a comunitária.

Ocorre, porém, que, havendo no Mercosul órgão com capacidade decisória-normativa, a questão da recepção merece ser examinada, pela eventual pertinência que possa ter com o fenômeno que se experimenta na União Européia. Com efeito, o Tratado de Assunção atribuiu ao Conselho do Mercado Comum competência para conduzir politicamente o processo de integração e a “tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos para constituição definitiva do Mercado Comum”.

Não se projetou, entretanto, a forma de recepção dessas decisões, o que, sem dúvida, permitia-se supor, desde então, que a sua validade e eficácia estariam subordinadas aos procedimentos constitucionais dos Estados-Partes. Registrou-se, no Tratado de Assunção, apenas, a criação de uma Comissão Parlamentar Conjunta e o compromisso dos Poderes Executivos dos Estados-Partes de manter os respectivos Legislativos “informados” da evolução dos acontecimentos.

Com a edição do Protocolo de Ouro Preto, estendeu-se capacidade decisória à Comissão de Comércio, explicitando – *o que já era voz corrente* – que se tratava de capacidade decisória de natureza intergovernamental. Aqui é necessário abrir parêntese. É precisamente pela natureza intergovernamental que caracteriza o Mercosul que se diz que

as normas geradas no seu seio não constituem propriamente uma ordem jurídica comunitária. Para que isso fosse possível, à semelhança do que ocorre na União Europeia, haveríamos de ter órgãos com *representação distinta* dos Estados-Partes, com atribuições de competência tradicionalmente a eles (*Estados*) reservados, bem como a eficácia direta das normas nas ordens jurídicas internas.

Além disso, é de ver-se, também, que as fontes de direito derivado na União Europeia – *basicamente os regulamentos e as diretivas do Conselho* – possuem, analogicamente, o mesmo efeito e eficácia que se atribui à lei no panorama do ordenamento jurídico interno. Por isso que, no Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto cuidou de esclarecer o procedimento de recepção, que, à toda evidência, exclui a hipótese de eficácia direta, pois, do contrário, não haveria de se referir ao compromisso dos Estados-Partes de “adotar todas as medidas necessárias para assegurar, no seu território, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul”.

Demais disso, a observância de incorporação está explícita, pelo menos, em duas oportunidades: *primeiro*, quando se tratou de garantir a vigência simultânea das normas emanadas dos órgãos do Mercosul, impôs-se aos Estados a obrigação de adotar as medidas necessárias “para sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional”; *segundo*, ao se enfatizar o caráter obrigatório daquelas referidas normas, estabeleceu-se o dever de os Estados-Partes, sempre que necessário, atuarem para que sejam “*incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país*”.

Ora, bastaria a menção de que a incorporação dar-se-á mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país, para se concluir que o Protocolo de Ouro Preto reconheceu, expressamente, que tipo de relação há entre a norma emanada dos seus órgãos com os ordenamentos jurídicos nacionais. Por isso, é pertinente a observação

de Werter Faria quando – *ao examinar o artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto* – afirmou:

“esta disposição denota que o processo de produção de normas jurídicas no Mercosul não é autônomo, e as regras criadas pelos seus órgãos com capacidade decisória, possuindo natureza internacional, *convertem-se em direito interno pelos processos estabelecidos nas Constituições dos Estados-partes*”⁵⁰.

Frise-se, entretanto, que, ao se excepcionar a obrigatoriedade da recepção, quando se diz, “sempre que necessário”, refere-se, por óbvio, àquelas situações já disciplinadas pelas ordens internas, vale dizer, prescinde-se da recepção nas hipóteses em que a norma de que se cogita já esteja disciplinada na ordem jurídica nacional.

Não menos certo afirmar, ainda, que, ao se conferir à Comissão Parlamentar Conjunta, nos termos do artigo 25 do Protocolo de Ouro Preto, a tarefa de “acelerar os procedimentos internos correspondentes nos Estados Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas do Mercosul”, exsurge, à saciedade, que se reconhece a imperiosa exigência de se “receber” *aquelas normas na ordem jurídica interna*.

Daí por que, no tocante ao Mercosul, a questão em foco não guarda nenhuma dificuldade, uma vez que se adota, no particular, o regime específico de recepção de cada Estado-Parte, cuja observância, certamente, far-se-á à semelhança da regra de direito internacional na exata medida de sua natureza intergovernamental e não comunitária.

7. Conclusão

Com o fito de ordenar as idéias aqui expendidas, permite-se, à guisa de conclusão, oferecer ao debate as seguintes ponderações:

a) o fenômeno da recepção no Mercosul guarda consonância com os regimes dualistas, isto é, com os protagonistas da existência de dois sistemas jurídicos independentes, constituídos por uma ordem jurídica interna e uma internacional;

b) o complexo normativo comunitário (*modelo da União Européia*), pelas suas características e peculiaridades, não se subsume à regra da recepção, em face dos seus efeitos direto e imediato nas ordens jurídicas nacionais;

c) a norma internacional, vale dizer, os acordos internacionais firmados pelos órgãos comunitários não demandam, também, qualquer procedimento tendente à sua recepção, seja por coerência com os efeitos produzidos pelo direito comunitário derivado, seja porque, introduzida a norma (*internacional*) por força do exercício de competência de órgão comunitário, por isso mesmo constitui propriamente direito comunitário;

d) nas organizações internacionais de natureza intergovernamental, por não gerar complexo normativo comunitário, o fenômeno da recepção apresenta-se indispensável, *ao menos nos sistemas jurídicos dos Estados-Partes do Mercosul que protagonizam o sistema dualista*.

Com a instalação do mercado comum, a não ser que se viabilize uma idéia mais original, tudo indica que o modelo europeu poderá até ser o rumo a se alcançar. Isso porque é característica essencial do mercado comum a uniformidade de procedimentos tendentes à elaboração das normas, sua interpretação e aplicação.

Não se trata mais de harmonização legislativa, mas de decisão política de criação de órgãos supranacionais, em que os servidores não representem os governos nacionais e, sim, os interesses comunitários⁵¹. Corta-se, por assim dizer, o cordão umbilical entre o servidor e o seu Estado de origem. O que interessa é a vontade comunitária. Ora, nessa perspectiva, há, ainda, a transferência inexorável de competências para os órgãos comunitários de atribuições, *internas e internacionais*, antes reservadas aos Estados-Membros.

Mais do que isso, e em face da mencionada transferência, há que se enfatizar o impacto do ordenamento jurídico comunitário sobre as ordens nacionais. E, finalmente, a necessidade de se preservar a uni-

formidade de interpretação e de aplicação da ordem jurídica comunitária nos Estados-membros, o que desafia considerar a existência de um único órgão com essa atribuição, quem sabe, um Tribunal de Justiça do Mercosul.

Notas

¹ No Brasil, o Tratado de Assunção foi aprovado pelo Congresso Nacional – D.L. nº 197, de 25-9-1991, e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto de promulgação nº 350, publicado no D.O.U. de 22-11-1991.

² Manoel Diez de Velasco, ao buscar o conceito e as características das organizações internacionais, afirmou: “*Situándonos ... podemos definir las Organizaciones internacionales como unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídica distinta de la de sus miembros*”; entre as características marcantes, destacou: “*una composición esencialmente interestadual, una base jurídica generalmente convencional, una estructura orgánica permanente e independiente y, finalmente, una autonomía jurídica*”. in “*Las Organizaciones Internacionales*”, Tecnos, 9ª edição, 1995, pág. 37.

³ Luiz Felipe Lampréia, Ministro das Relações Exteriores do Brasil, ao prefaciar o livro “O Mercosul suas instituições e Ordenamento Jurídico”, de Luiz Olavo Baptista, assinalou que o Mercosul – *embora fruto de um amadurecimento lento* – “tem atuado com uma *identidade própria*, respeitada em sua dimensão presente e na sua perspectiva de se tornar uma realidade permanente, que de forma alguma vai diluir-se em um exercício mais abrangente de integração hemisférica”.

⁴ Ao classificar as organizações internacionais, José A. Pastor Ridruejo – após propor três grandes critérios de classificação: (a) pela participação, universais ou limitadas; (b) pela matéria, com competências gerais ou especiais; (c) pelo método de cooperação: c.1 de coordenação, c.2 de controle; c.3 operacional e c.4 de integração – assinalou: “*Están por fin aquellas organizaciones, que pudiran llamarse de integración, cuyos órganos reciben de los miembros competencias tradicionalmente comprendidas dentro de los poderes soberanos de los Estados, a cuyo ejercicio éstos renuncian*”. in “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Tecnos, 6ª edição, 1996, pág. 700/703.

⁵ Ob. citada, pág. 41.

⁶ Artigo 1º do Tratado de Assunção: “*Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum ... que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL)*”; No artigo 2º do Tratado CEE, com a redação que lhe deu o Tratado de Maastricht, instituiu-se entre as partes contratantes uma Comunidade Européia, – *através da criação de um mercado comum...*; À semelhança do Mercosul, havia na União Européia, também, o estabelecimento de um período de transição (*T.A., artigo 1º; T.CEE, artigo 7º*).

⁷Alínea “c” do artigo 3º do Tratado CEE: “Um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de *peçoas*, de serviços e de capitais”.

⁸A distinção é sutil. Parece-nos, todavia, que se pode perceber nessa particularidade uma priorização de vocação econômica maior no modelo de integração do Mercosul, até porque, ao se referir aos particulares, pessoas físicas – *no artigo 25 do Protocolo de Brasília* –, trata-se-os mais como “*fator produtivo*”, ou como destinatários de bens de consumo, a revelar, nesse sentido, que os seus *direitos de cidadania* devem ser exercidos em face dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais e não das normativas do Mercosul.

⁹Martha Lucia Olivar Jimenez, após assinalar que, para a doutrina integracionista, tanto européia como latinoamericana, o elemento essencial que diferencia os processos de integração e de cooperação é a supranacionalidade, concluiu que as normas do Tratado de Assunção não contemplam esse elemento – *supranacionalidade...*: “*Al examinar las normas del Tratado de Asunción se constata la ausencia de algunos de esos elementos esenciales: hay obviamente el reconocimiento de valores comunes, pero los poderes efectivos a su servicio y sobre todo la autonomía de un nuevo centro de decisión no aparecen. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA PREVISTA EN EL CAPÍTULO II DEL ACUERDO ES INTERGUBERNAMENTAL*”. in “*MERCOSUL – seus efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros*”, Livraria do Advogado Editora, 1ª ed., 1995, pág. 44.

¹⁰ in “O Mercosul e a União Européia”, Coimbra, 1994, pág. 107.

¹¹Artigo 148 do Tratado CEE, item 2: “Relativamente às deliberações do Conselho que exijam maioria qualificada, *atribui-se aos votos de seus membros a seguinte ponderação...*”; Ao se referir ao Conselho da União Européia, Elizabeth Accioly anota que “o Conselho delibera por maioria e, alguns casos, por unanimidade. Durante o período de transição, nos primórdios da CE (1958/1965), era exigida a unanimidade para a maior parte das decisões do Conselho. A partir de 1966, no início de sua fase definitiva, a partir da consolidação da união aduaneira, tentou-se inverter as decisões, aplicando-se a

regra da maioria”. Com o Ato Único Europeu, e posteriormente com o Tratado da União Européia, apenas “questões de extrema importância continuam a ser decididas por unanimidade”. (in “*Mercosul & União Européia – Estrutura Jurídico-Institucional*”, Jurúá Editora, 1996, pág. 69).

¹²O artigo 16 do Tratado de Assunção, estabeleceu que as decisões do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum “serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes”. A consensualidade obrigatória veio a ser ratificada no Protocolo de Ouro Preto: “Artigo 37. As decisões dos órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes”.

¹³Ob. citada, pág. 73.

¹⁴Interessante notar, que o artigo 7º do Tratado CEE, com a redação que lhe deu o Tratado de Maastricht, faz menção a uma instância arbitral no período de transição do mercado comum europeu, por ocasião da verificação do cumprimento das etapas de sua consolidação.

¹⁵No Anexo III, o item 3 previa que até 31 de dezembro de 1994 – *data que foi inicialmente designada para constituição do mercado comum* – os Estados-Partes adotariam um “Sistema de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum”.

¹⁶Com o advento do Protocolo de Brasília, seu artigo 34 estabeleceu: “O presente Protocolo permanecerá vigente até que entre em vigor o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum a que se refere o número 3 do Anexo III do Tratado de Assunção”.

¹⁷No Protocolo de Ouro Preto, a indicação é reiterada, conforme se lê no seu artigo 44: “Antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados-Partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul, com vistas à adoção do sistema permanente a que se refere o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção e o Artigo 34 do Protocolo de Brasília”.

¹⁸Luiz Olavo Baptista, após apontar que, entre outras facetas, o Mercosul é caracterizado pelo pragmatismo e gradualismo, afirma: “Por outro lado, algumas críticas decorrem da crença de que fora o modelo da União Européia não há outro, o que a nosso ver *representa um engano*, ou quiçá desconhecimento. O MERCOSUL deve ter sua originalidade, para atender ao peculiar desenho geopolítico que o conforma. As diferenças existentes entre as dimensões dos países, que opõe dois grandes a dois pequenos, os mais industrializados aos menos, o caráter presidencialista dos respectivos governos, uma fortíssima tradição de defesa de uma noção de soberania excluyente de controles internacionais, e outros fatores... levam a crer que a cópia do modelo da União Européia é inadequada, porém sen-

do útil examinar essa experiência e a do *Benelux*“, in ob. citada, pág. 41. Há quem afirme, como Paulo Roberto de Almeida, que, ao analisar os Tratados de Assunção e o de Roma, “parece evidente, contudo, que, constando de apenas 24 artigos, o Tratado de Assunção não pode ser comparado ao Tratado de Roma, muito embora ele persiga, grosso modo, os mesmo objetivos integracionistas de seu ancestral (mas não antecessor) europeu. Diferentemente, porém, do instrumento institucional que lançou o mercado comum europeu, o TA não comporta nenhum procedimento de tipo comunitário, nem prevê órgãos supranacionais; tampouco ele contempla aspectos normativos de alcance tão vasto como, por exemplo, a política agrícola comum da CEE, cujos parâmetros são definidos ao seio da Comissão Européia. *Do ponto de vista comparativo, portanto, o TA se aproxima mais da Convenção BENE-LUX de 1944.* in “*Boletim de Integração LatinoAmericana*”, Brasília: Ministério das Relações Exteriores, nº 14, pág. 21.

¹⁹ Artigo 17 do Tratado de Assunção: “Os idiomas oficiais do Mercado Comum serão o português e o espanhol e a versão oficial dos documentos de trabalho será a do idioma do país sede de cada reunião”; Artigo 36 do Protocolo de Brasília: “Serão idiomas oficiais em todos os procedimentos previstos no presente Protocolo o português e o espanhol, segundo resultar aplicável”; O artigo 46 do Protocolo de Ouro Preto repete, *ipsis litteris*, o artigo 17 do Tratado de Assunção; é de se registrar, também, que o boletim oficial do Mercosul, quando for editado, será publicado, em sua íntegra, nos idiomas espanhol e português (*artigo 39 do Protocolo de Ouro Preto*).

²⁰ Artigo 217 do Tratado de Roma: “O regime lingüístico das Instituições da Comunidade será fixado, sem prejuízo das disposições previstas no regulamento do Tribunal de Justiça, pelo Conselho, deliberando por unanimidade”. A título de ilustração, o regime lingüístico a ser observado nos procedimentos judiciais é o fixado no “Regulamento de Procedimentos perante o Tribunal de Justiça das Comunidades” (*artigos 29 a 31*) e, perante o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades, pelo seu “Regulamento” (*arts. 35 a 37*).

²¹ Jorge L. F. Nogueira, no particular, afirma: “A inelutável decorrência da opção política que gerou o Mercosul intergovernamental, com uma estrutura funcional de grande simplicidade e com instituições comunitárias muito singelas, determinou inclusive o curioso fato de não ter a instituição quadro funcional próprio. Todos os seus operadores técnicos e mesmo políticos, em verdade, são ou funcionários de seus próprios governos ou autoridades estatais”. in “*Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do Mercosul*”, separata, Revista de Informação Legislativa, ano 33, nº 130,

abril/junho – 1996, pág. 147.

²² Artigo 189 do Tratado de Roma, com a redação resultante do Tratado de Maastricht, de 7-2-1992: “O *regulamento* tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros. A *diretiva* vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A *decisão* é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

²³ in “*Instituciones y Derecho de La Union Europea*”, McGraw-Hill, 1996, 1ª ed., pág. 361.

²⁴ O Tratado de Assunção não cogitou de um órgão ou veículo oficial para publicidade dos atos praticados com o objetivo de sua implementação; mencionou, tão-somente, a existência de uma Secretaria Administrativa para apoio do Grupo Mercosul Comum, para guarda de seus documentos e comunicações de suas atividades (*artigo 15*); O Protocolo de Brasília, também, no seu artigo 3º, faz menção a uma “Secretaria Administrativa”, que, todavia, só veio a se tornar oficial – *enquanto órgão da estrutura institucional do Mercosul – após a celebração do Protocolo de Ouro Preto (artigo 1º, inciso VI e 31 a 33)*; a previsão de se editar um boletim oficial do Mercosul vem contemplada, pela vez primeira, na designação das competências da Secretaria Administrativa (*alínea “b”, inciso II, do artigo 32 do Protocolo de Ouro Preto*).

²⁵ O Artigo 19 do T.A.: “O presente Tratado terá duração indefinida e entrará em vigor 30 dias após a data do depósito do *terceiro* instrumento de ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados ante o Governo da República do Paraguai, que comunicará a data do depósito aos governos dos demais Estados-Partes”.

²⁶ Artigo 3º e 9º do Protocolo de Ouro Preto.

²⁷ Artigo 10 e 15 do Protocolo de Ouro Preto.

²⁸ Artigo 16 e 20 do Protocolo de Ouro Preto.

²⁹ Artigo 9º, Tratado de Assunção.

³⁰ Artigo 1º, do Protocolo de Ouro Preto: “A *estrutura institucional* do Mercosul contará com os seguintes órgãos: Conselho do Mercado Comum (CMC); Grupo Mercado Comum (GMC); Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).”

³¹ Artigo 2º do Protocolo de Ouro Preto: “São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

³² O tema constante deste capítulo foi, originalmente, desenvolvido sob a forma de artigo publicado no “Direito Comunitário do Mercosul”, organizado por Deysse Ventura, Livraria do Advogado,

1997, págs. 287/296, por ocasião da VI Reunião de Ministros da Justiça do Mercosul, realizada em Santa Maria-RS, nos dias 19 a 22 de novembro de 1996.

³³ Em sua dissertação de doutoramento, “Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público”, 1991, pág. 200, Fausto de Quadros explora com profundidade a questão.

³⁴ Ricardo Alonso Garcia, em seu “Derecho Comunitario”, ao assinalar a proibição de medidas nacionais de recepção ou de reprodução dos regulamentos, faz menção a um julgado do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia que merece destaque: “*En la S. Comisión v. Itália, 7 febrero 1973 (39/72), ante la adopción por el Gobierno italiano de un Decreto cuyo artículo 1 establecía que determinados reglamentos comunitarios ‘son considerados como recibidos por el presente Decreto’, limitándose a reproducir las disposiciones de dichos reglamentos, el Tribunal de Justicia consideró que ‘mediante la utilización de este procedimiento, el Gobierno italiano há creado un equívoco en lo que se refiere tanto a la naturaleza jurídica de las disposiciones aplicables como al momento de su entrada en vigor’. Y teniendo en cuenta, continuó el Tribunal, que según los artículos 189 y 191 TCEE ‘los reglamentos son, en cuanto tales, directamente aplicables en todo Estado miembro, y entran en vigor, en virtud de su sola publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, en la fecha que fijen, o en su ausencia, en el momento determinado por el Tratado’, resulta que son ‘contrárias al Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser obstaculizar el efecto directo de los reglamentos comunitarios y comprometer así su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad’. Así pues, prohibición, en principio, de cualquier medida interna de recepción o reproducción de los reglamentos comunitarios*”; No mesmo sentido é a observação de Werter Faria: “As normas emanadas dos órgãos do Mercosul não são equiparáveis ao regulamento da Comunidade Européia, que possuem valor de lei e *prescinde de qualquer ato de recepção* para incorporar-se nos ordenamentos jurídicos do Estados-membros”. - in “Mercosul seus efeitos, Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros”, Livraria do Advogado, 1995, pág. 82.

³⁵ Tratava-se de pedido de decisão prejudicial, ao abrigo do artigo 177, alínea 1, a, e alínea 3, do Tratado CEE. O ponto nodal objetivava saber se o artigo 12 do Tratado CEE tinha efeito interno (direto), ou seja, se os cidadãos podem fazer valer, por força deste artigo, direitos individuais que o juiz tenha que salvaguardar. O Advogado-Geral, em seu parecer, opinou que o “artigo 12 contém apenas uma obrigação para os Estados membros”, vale dizer, não reconheceu efeito direto do referido dispositivo. O Tribunal, contudo – *afastando-se das conclusões do Advogado-Geral* –, sumariou: “3 – A Co-

munidade Económica Europeia constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em benefício da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e da qual os sujeitos não são apenas os Estados Membros mas também os seus nacionais. O direito comunitário, independente da legislação dos Estados membros, ao mesmo tempo em que cria obrigações para os particulares, cria também direitos que entram na sua esfera jurídica. Estes direitos nascem não só quando há atribuição explícita no Tratado, mas também por força de obrigações que o tratado imponha de maneira bem definida, tanto aos particulares, como aos Estados membros e às instituições comunitárias. 4 – A circunstância de o Tratado CEE, nos artigos 169º e 170º, permitir à Comissão e aos Estados membros levar, perante o Tribunal, o Estado que não cumpra as suas obrigações não priva os particulares do direito de invocar, se for caso disso, estas mesmas obrigações perante o juiz nacional. 5 – De acordo com o espírito, a economia e o texto do Tratado CEE, o artigo 12º deve ser interpretado no sentido de que produz efeitos imediatos (directos) e cria direitos individuais que as jurisdições internas (nacionais) devem salvaguardar”. E na fundamentação firmou o seguinte entendimento: “Atendendo a que o objectivo do Tratado C.E.E., que é instituir o mercado comum cujo funcionamento respeita diretamente aos cidadãos da Comunidade, implica que este tratado constitua mais do que um mero acordo que só criaria obrigações mútuas entre os Estados contratantes; Que esta concepção se encontra confirmada pelo preâmbulo do Tratado que, para além dos Governos, visa os povos, e de maneira ainda mais concreta, pela criação de órgãos que institucionalizam direitos soberanos cujo exercício afecta tanto os Estados membros como os seus cidadãos; Que é preciso, ainda, vincar que os nacionais dos Estados reunidos na Comunidade são chamados a colaborar, por intermédio do Parlamento Europeu e do Comité económico e social, em funcionamento nesta Comunidade; Que, por outro lado, o papel do Tribunal de Justiça no quadro do artigo 177º, cuja finalidade é assegurar a unidade de interpretação do Tratado pelas jurisdições nacionais, confirma que os Estados reconhecem ao direito comunitário uma autoridade susceptível de ser invocada pelos nacionais perante as suas jurisdições; Que é preciso concluir, deste estado de coisas, que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de Direito Internacional, em benefício da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados membros mas igualmente os seus nacionais...” (fls. 27/28) ... “Que, com efeito, as circunstâncias de o tratado, nos artigos referidos, permitir à Comissão e aos Estados membros trazer perante

o Tribunal um Estado que não cumpra as suas obrigações não implica para os particulares a impossibilidade de as invocarem, se for caso disso, perante o juiz nacional pelo facto de o tratado colocar à disposição da Comissão os meios para assegurar o respeito das obrigações impostas aos obrigados o que não exclui a possibilidade, nos litígios entre particulares e perante o juiz nacional, de ser invocada a violação destas obrigações; A limitação, das garantias contra a violação do artigo 12º pelos Estados membros, restrita aos processos dos artigos 169º e 170º, suprimiria toda a protecção jurisdicional directa dos direitos individuais dos nacionais; O recurso a estes artigos correria o risco de ser ferido de ineficácia se obrigasse a intervir depois da execução da decisão nacional, tomada em menosprezo das prescrições do Tratado; Que a vigilância dos particulares interessados em salvaguardar os seus direitos exige controlo eficaz que se assemelha àquele que os artigos 169º e 170º confiam à diligência da Comissão e dos Estados membros. Atendendo a que, resulta das considerações que precedem que conforme o espírito, a economia e o texto do tratado o artigo 12º deve ser interpretado no sentido de que produz efeitos imediatos e cria direitos individuais que as jurisdições internas devem salvaguardar”. In “Seleção de Acórdãos Notáveis do Tribunal de Justiça (C.E)”, I Volume, Europa Editora, pág. 16 – 27/29; in “Recueil de la Jurisprudence de la Cour”, 1963, pág. 1 e segs.

³⁶ “It is a fundamental principle of the administration of justice THAT LIKE CASES SHOULD BE DECIDED ALIKE ... In this sense the principle of stare decisis, of abiding by previous decisions, figures prominently in most legal systems, including those of all the Member States of the Community”. L. Neville Brown e Tom Kennedy, in “The Court of Justice of the European Communities”, 4ª ed., Sweet & Maxwell, 1994, pág. 343/344.

³⁷ “Curiosamente e apenas como nota, o advogado geral, nas suas conclusões, pronuncia-se pelo não reconhecimento do efeito directo ao artigo 12º. As conclusões do advogado-geral formuladas em todos os processos têm normalmente em vista a apreciação das várias facetas do caso concreto, numa perspectiva de direito Comunitário, com vista a habilitar o Tribunal de Justiça a pronunciar o respectivo acórdão. Embora não muito frequentemente o Tribunal afasta-se por vezes do raciocínio seguido nas conclusões do advogado geral...”. (in ob. citada, pág. 50).

³⁸ No particular, João Mota de Campos anotou: “No seu Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963 (caso VAN GEND EN LOOS) o TCE considerou – afirmando a autonomia do direito comunitário – que razões válidas no plano do direito internacional convencional não o são necessariamente no quadro dos tratados comunitários”. in “Direito Comunitário”, Fun-

dação Calouste Gulbenkian, Lisboa, II Volume, 3ª ed., 1990, pág. 229.

³⁹ in “Fontes e formas para uma disciplina jurídica comunitária”, separata, Revista de Informação Legislativa, ano 33, nº 132, outubro/dezembro-1996, pág. 56; no mesmo artigo, Jorge L. F. Nogueira arremata: “Fruto de lenta elaboração jurisprudencial da Corte do Luxemburgo, o efeito directo confirmou-se a partir do julgamento do histórico caso Van Gend en Loos, em 5 de fevereiro de 1963, pelo qual se entendeu que, não obstante o silêncio dos Tratados CEE, não se poderia conceber a existência de um mercado comum sem este requisito. A decisão foi sendo assimilada gradualmente pelos Estados comunitários, inclusive pela Grã-Bretanha, que sempre praticou um dualismo extremado, fundado no princípio da supremacia absoluta do Parlamento – “... Parliament cannot bind itself or its successor...” –, com o requisito sendo revogado pelo European Communities Act, de 17 de outubro de 1972, que criou uma sofisticada forma de autorização de incorporação antecipada, sem precedentes na lógica jurídica, mas que de toda hábil a permitir a adesão britânica à Europa”.

⁴⁰ Em 1962, a República Italiana procedeu a nacionalização da produção e da distribuição de energia elétrica e criou a ENEL. Em razão de conflito a respeito do pagamento de uma fatura de consumo de energia elétrica, M. Costa – na qualidade de consumidor e acionista da sociedade Edison Volta, e afirmando-se afetada pela nacionalização – ajuizou ação contra a ENEL, requerendo acessoriamente que o Giudice Conciliatore de Milão aplicasse o artigo 177 do Tratado CEE, com o objetivo de obter a interpretação dos artigos 102, 93, 53 e 37 do referido Tratado, que teriam sido violados pela lei italiana quando do processo de nacionalização; nos seus consideranda, o Tribunal de Justiça afirmou: “Atendendo a que, diferentemente dos tratados internacionais ordinários, o tratado CEE institui uma ordem jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados membros após a entrada em vigor do tratado e que se impõe às suas jurisdições; que com efeito, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e muito especialmente de poderes reais nascidos da limitação de competência ou da transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram um corpo de normas jurídicas aplicáveis aos nacionais e a eles próprios; atendendo a que a integração, no direito de cada país membro, de disposições provenientes de fonte comunitária, e mais genericamente, os termos e o espírito do tratado, têm como corolário a impossibilidade de os Estados fazerem prevalecer, contra

uma ordem jurídica aceite por eles numa base de reciprocidade, qualquer medida unilateral posterior que desta forma não lhes poderá ser oposta; que a força executiva do direito comunitário não poderá, com efeito variar de Estado para Estado ao sabor de normas internas posteriores, sem colocar em perigo a realização dos fins do tratado contidos no artigo 5º, nem tão pouco provocar discriminação proibida pelo artigo 7º; que as obrigações assumidas no tratado que instituiu a Comunidade não seriam incondicionais mas apenas eventuais, se pudessem ser postas em causa por actos legislativos futuros dos signatários; que, quando o direito de agir unilateralmente é reconhecido aos Estados, existe uma cláusula especial e precisa nesse sentido (artigo 15º, 93º-3, 223º a 225º por exemplo); que, além disso, os pedidos de derrogações dos Estados estão submetidos a processos de autorização (artigos 8º-4, 17º-4, 25º, 26º, 73º, 93º-2, 3ª alínea e 226º por exemplo) que ficavam sem objeto se os Estados tivessem a possibilidade de se subtraírem às obrigações por meio de uma simples lei; atendendo a que o primado do direito comunitário está confirmado pelo artigo 189º nos termos do qual os regulamentos têm força 'obrigatória' e são 'directamente aplicáveis em todos os Estados membros'; que esta disposição, que não é acompanhada de qualquer reserva ficava sem conteúdo se um Estado pudesse unilateralmente destruir-lhe os efeitos por acto legislativo oponível aos textos comunitários; atendendo a que resulta do conjunto destes elementos que, provindo de fonte autónoma, o direito nascido do tratado não poderá, em razão da sua natureza específica e original, ver-se judicialmente contrariado por qualquer texto interno, sem perder o carácter comunitário, e sem que seja posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; que a transferência operada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, operou a limitação definitiva dos seus direitos soberanos contra a qual não poderá prevalecer qualquer acto unilateral posterior incompatível com a noção de Comunidade; que em consequência há que fazer a aplicação do artigo 177º, qualquer que seja a lei

nacional, quando se coloque questão de interpretação do tratado" (págs. 85/86).

⁴¹ in ob. citada, pág. 108/109.

⁴² in ob. citada, pág. 290.

⁴³ in ob. citada, pág. 291/293.

⁴⁴ Os processos Andrea Francovich (C-6/90) e Danila Bonifaci (C-9/90) versavam sobre dívidas salariais em face de empresas declaradas falidas. A República Italiana havia sido considerada em "situação de incumprimento" por acórdão do Tribunal de Justiça desde 2-2-1989.

⁴⁵ in "A Cidadania da União e a responsabilidade dos Estados na violação do Direito Comunitária", Lex Edições Jurídicas, 1994, pág. 57/58.

⁴⁶ Parágrafo único, do artigo 38, do Protocolo de Ouro Preto.

⁴⁷ Artigo 22 do Protocolo de Ouro Preto.

⁴⁸ Artigo 25 do Protocolo de Ouro Preto.

⁴⁹ "Isso quer dizer que as Decisões serão incorporadas a cada um dos sistemas jurídicos segundo as regras próprias de cada um. Serão tratadas, em suma, ora como se foram acordos internacionais novos, ora como executive acts e serão objeto de medidas administrativas que as implantem (se de natureza regulamentar, não se chocarem com as leis do país, e estiverem na esfera de competência do Poder Executivo)". Luiz Olavo Baptista, obra citada, pág. 75.

⁵⁰ in ob. citada, pág. 82.

⁵¹ Na União Européia, a questão da independência dos membros da Comissão e a autonomia com que exercem seus deveres são dignas de nota. O artigo 157 do Tratado de Roma, com a redação do Tratado de Maastricht, não se contentou em proclamar a independência e a autonomia dos membros da Comissão no interesse geral da comunidade; mais do que isso, o compromisso dos Estados-membros "de respeitar este princípio e não procurar influenciar os membros da Comissão no exercício das suas funções"; De resto, o dispositivo tem regra explícita aos membros da Comissão no sentido de "abster-se de praticar qualquer ato incompatível com a natureza de suas funções, bem como – no cumprimento de seus deveres – não solicitar nem aceitar quaisquer "instruções de nenhum governo ou qualquer outra entidade".

Repensando a administração pública: o futuro do Estado de bem-estar

José Matias Pereira

Sumário

1. Introdução. 2. O papel da sociedade diante das novas funções do Estado. 3. As origens do Estado do bem-estar (*welfare state*). 4. O surgimento do Estado de bem-estar. 5. As distintas formas do Estado de bem-estar: os modelos europeu, norte-americano e brasileiro. 6. A crise do paradigma político do Estado de bem-estar. 7. Distinção entre a atividade política e a econômica. 8. A crise do Estado de bem-estar. 9. A concepção da terceira via. 10. Considerações relevantes sobre a crise do Estado de bem-estar. 11. Conclusões.

1. Introdução

O conceito *globalização econômica* surge neste final de século como um dos conceitos mais poderosos que existem nos pensamentos políticos e econômicos presentes no mundo ocidental desenvolvido, entendendo-se como tal a globalização das escalas comerciais, de produção e das finanças. Essa teoria da globalização, que reduz o espaço e a importância do político, faz com que os governos fiquem submetidos às forças econômicas internacionais, que passam a definir o marco do possível dentro de cada Estado-nação.

Assim, é inegável que o Estado nacional está sofrendo um acelerado processo de enfraquecimento, em decorrência dos efeitos da globalização, bem como de um crescimento desajustado, fenômenos esses identificados de forma consensual, nas diversas obras que tratam da questão, como os

José Matias Pereira é economista e advogado. Professor de Finanças Públicas da Universidade de Brasília – UnB. Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Complutense de Madrid – Espanha.

responsáveis pelas profundas alterações em suas formas de intervenção. Essa preocupante constatação é que me levou a desenvolver o presente estudo sobre o futuro do Estado de bem-estar, visto que, de forma concreta, é a população que vive no Estado-nação que está sendo afetada por essas mudanças.

É necessário entender, nesse sentido, os mecanismos pelos quais essa globalização está afetando os salários, a quantidade de emprego e, de forma especial, o nível de proteção social ofertado pelo Estado. É oportuno ressaltar no conjunto dessa discussão que o Estado de direito pode-se revestir de diversas formas, entre elas o Estado liberal de direito, o Estado social de direito ou Estado de bem-estar (Estado-providência).

Os autores de visão liberal consideram que os direitos sociais não podem formar, na atualidade, parte do conceito de cidadania, para os quais bastam apenas os direitos civis e políticos. E, de modo especial, argumentam que o Estado-nação, responsável em zelar pelos direitos da segunda geração, está deixando de ser o protagonista da vida política, pois, à medida que a economia se globaliza, somente as empresas transnacionais poderiam assumir responsabilidade desse tipo. A política de pleno emprego, capaz de pagar os gastos sociais, mostra-se impraticável em uma época de desemprego estrutural (em que as máquinas substituem os homens, bem como são as pessoas com capacidade produtiva as que desejam encontrar um emprego). E terminam lembrando que acabou a cultura da divisão sexual do trabalho, que durante séculos fez o possível para atender gratuitamente as crianças, anciãos e enfermos. Agora a mulher, além do trabalho remunerado, busca identificação e participação social. Assim, em qualquer um dos casos citados, dizem, se o Estado tiver que assumir essas funções sociais, o colapso é inevitável.

2. O papel da sociedade diante das novas funções do Estado

No contexto do debate sobre o futuro do Estado do bem-estar, torna-se fundamental a compreensão do papel e o posicionamento da sociedade diante das novas funções do Estado – provocadas pelo crescimento disfuncional e pelas mudanças decorrentes da globalização no cenário econômico e político internacional –, no encaminhamento das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, cujo objetivo principal é tornar a sociedade mais justa.

Ramon Cotarelo (1990), ao tratar do avanço do Estado sobre a sociedade, observa que

“El Estado social atiende mal que bien a las necesidades de la sociedad incluidas algunas que sólo aparecen cuando ya se han satisfecho las primordiales. No en balde lleva ese adjetivo de ‘social’ que, de querer decir algo, es de suponer que indique la voluntad estatal de mantenerse en contacto con la sociedad real. Un intento, pues, de acabar con la famosa dicotomía entre el ‘país legal’ y el ‘país real’, que fue una constante de gran parte del siglo XIX y la que durante mucho tiempo se han estado culpando de ser el punto de partida de los movimientos revolucionarios, sin que haya sobradas razones para ello”¹.

Constata-se, na atualidade, e de forma acentuada nos países mais ricos, onde o modelo do “Estado de bem-estar” encontra-se em crise, uma marcante preocupação de como reduzir as crescentes despesas decorrentes das necessidades sociais, num quadro de mudanças econômicas e políticas cada vez mais complexo. Nesse contexto, parte-se do pressuposto de que os Estados-Nação devem implementar ações cada vez mais restritivas e direcionadas nas áreas do Estado de bem-estar, de forma a manter uma estrutura mínima que garanta o acesso para uma parcela

muito específica da população, que permita ao Estado-nação a realização de uma justiça social concreta.

3. *As origens do Estado do bem-estar* (welfare state)

O conceito de “cidadania” que veio a se converter em canônico é o de “cidadania social” (criado por Thomas H. Marshall). Dessa forma, é cidadão aquele que, em uma comunidade política, goza de direitos civis (liberdades individuais), direitos políticos (participação política) e de direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e seguridade social). A cidadania social se refere, portanto, também a esse tipo de direitos sociais, cuja proteção estaria garantida pelo Estado nacional, entendido não mais como Estado liberal, mas como Estado social de direito. Historicamente esse modelo de Estado-nação, implementado de maneira especial em alguns países europeus, tem sido denominado de “Estado de bem-estar” ou “Estado-providência”. É com base nesse Estado social que se reconhece a cidadania social de seus membros.

Ao tratar dessa questão, Adela Cortina observa que historicamente tem sido chamado de “Estado del Bienestar” o que

“hemos disfrutado sobre todo en algunos países europeos, la figura que mejor ha encarnado el Estado social y mejor ha contribuido, por tanto, a reconocer la ciudadanía social de sus miembros. Lo cual ha sido sin duda un gran avance, pero que hoy no deja de tener sus problemas porque el Estado del Bienestar ha entrado en crisis y las críticas que a él se dirigen, como figura histórica, están afectando también a la posibilidad de un Estado social que satisfaga las exigencias de la ciudadanía social”².

É importante recordar, ainda, que a cidadania é uma forma de relação muito especial, em que a comunidade necessariamente deve ir ao encontro do cidadão e o cidadão, por sua vez, deve ir ao encontro dela. É com

base nesse fundamento que o cidadão tende a contrair deveres em relação à comunidade e, em conseqüência, passa a assumir de maneira ativa suas responsabilidades em relação a ela. Dessa forma, fica evidente que só é válido exigir que um cidadão assumam responsabilidades quando a comunidade política já tenha demonstrado claramente que lhe reconhece como um membro seu, ou seja, como alguém que está integrado a ela.

4. *O surgimento do Estado* *de bem-estar*

Pode-se afirmar que o Estado de bem-estar nasce na Europa, e de forma especial na Alemanha, dentro de um contexto muito especial, no qual estava em jogo uma estratégia política do dirigente alemão Bismarck, em 1880. A conversão do Estado em Estado de bem-estar é adotada não como uma exigência ética, mas sim para se contrapor ao socialismo. Dessa forma, o governo da Alemanha adota medidas sociais extremamente avançadas para a época. Foram assumidos pelo Estado: seguro contra enfermidade, seguro contra acidentes de trabalho e pensão por velhice. Essas medidas adotadas por um Estado que até então só havia se preocupado com funções políticas fomentam o bem-estar dos trabalhadores e enfraquecem as reivindicações dos menos favorecidos pelo sistema.

Nesse sentido, conforme Cortina, é importante observar que essas medidas paternalistas, que exigem a gratidão dos que as recebem, fincam as bases de uma política social, que tem a sua tradução acadêmica na Escola Histórica Alemã e sua versão político-econômica na *Verein für Sozialpolitik*.

É necessário lembrar também das contribuições de Pareto y Pigou, com a *Welfare-Theorie*, que cria as bases da Escola de Bienestar, preocupada com os critérios de medir e aumentar o bem-estar coletivo: Keynes também contribuiu para o fortalecimento do Estado de bem-estar ao combater os princípios da teoria econômica liberal

(doutrina do *laissez faire*), propondo a intervenção do Estado no campo econômico e social, tendo como objetivo final evitar a quebra do sistema capitalista.

A consolidação e configuração do Estado de bem-estar.

Essa consolidação ocorre com a aprovação da proposta contida no “informe Beveridge”, que procura enfrentar as circunstâncias da guerra e amenizar as desigualdades, propondo um sistema universal de luta contra a pobreza que proteja toda a população frente a qualquer classe de dificuldades, incluindo o recebimento de um valor mínimo para sobreviver.

O Estado de bem-estar se configura (veja a esse respeito: “El Estado del Bienestar”, Generalit de Catalunya, 1996, p. 19) pelos seguintes elementos:

1. Intervenção do Estado nos mecanismos de mercado para proteger determinados grupos de um mercado deixado a suas próprias regras;

2. Política de pleno emprego, imprescindível porque os salários dos cidadãos se percebem por meio do trabalho produtivo ou da aportação de capital;

3. Institucionalização de sistemas de proteção, para cobrir necessidades que dificilmente os salários normais podem satisfazer;

4. Institucionalização de ajudas para os que não podem estar no mercado de trabalho.

Esses elementos permitiram que os governos democráticos, depois da Segunda Guerra Mundial, passassem da condição de provedores para a condição de gestores.

5. As distintas formas do Estado de bem-estar: os modelos europeu, norte-americano e brasileiro

Na Europa, existem dois tipos de Estado de bem-estar: o modelo implementado no centro e sul da Europa e o modelo dos países do norte do continente europeu.

1. Modelo de Estado de bem-estar do centro e sul da Europa

O modelo de Estado de bem-estar historicamente estabelecido no centro e sul da Europa é financiado de forma predominante com as contribuições sociais dos empregados e trabalhadores – e vincula os benefícios (como o tipo e a extensão da cobertura) às contribuições. Esse tipo de Estado de bem-estar se baseia na população empregada e tanto o seu financiamento como a sua provisão reproduzem a estrutura laboral e social do país. Depois da Segunda Guerra Mundial, o nível de benefícios se expandiu a fim de assegurar que as transferências e serviços sociais mantivessem o nível de vida ao qual o contribuinte estivera acostumado segundo a sua ocupação e *status*. Para a população não-empregada, as transferências e serviços se baseiam na comprovação de necessidade, segundo o critério de necessidade definido pelas autoridades governamentais dos respectivos países.

É importante ressaltar, também, que as políticas sociais nesse tipo de bem-estar estão orientadas para favorecer o tipo de família tradicional, baseado em um esposo que trabalha e uma esposa que cuida dos filhos e avós. Nesse sistema, a ajuda familiar não inclui de maneira geral uma política de serviços sociais, tais como creches e serviços comunitários domiciliares, que facilitem a incorporação da mulher à força de trabalho.

Nas sociedades em que prevalece esse tipo de Estado de bem-estar, como é o caso da Espanha, a porcentagem de mulher na força de trabalho é relativamente baixa. Nessas sociedades, a resposta ao desemprego por parte das forças favoráveis ao Estado de bem-estar tem-se centrado principalmente em diminuir a força de trabalho mediante a aposentadoria antecipada e a redução do tempo de trabalho e incremento de sua repartição.

2. Modelo de Estado de bem-estar do norte da Europa

O segundo modelo de Estado de bem-estar, que prevalece nos países do norte da Europa, é do tipo universalista, no qual o financiamento tem sido provido em sua maior parte pelo imposto sobre a renda e os benefícios são considerados inerentes à condição de cidadania e residência, e independe do estado, ocupação e nível de renda. Esse sistema redistribui recursos entre grupos e classes sociais e favorece a incorporação da mulher na força de trabalho, com a provisão de serviços sociais que facilitam tal incorporação.

Nestes países, como é o caso da Suécia, é onde tem existido menos desemprego, apesar da maior incorporação da mulher na força de trabalho. Isto se deve a utilização do Estado de bem-estar como um instrumento básico para alcançar o pleno emprego. Nestes países os governos tem favorecido políticas redistributivas orientadas para reduzir as desigualdades sociais.

3. Modelo de Estado de bem-estar dos EE.UU.

Nos Estados Unidos da América, diferente da Europa, o Estado de bem-estar é majoritariamente privado, tanto em seu financiamento como em sua provisão, e se realiza de maneira predominante por meio das empresas, dos empregados e dos trabalhadores. Nesse sistema, busca-se resolver o desemprego mediante a aposentadoria antecipada, a redução dos salários e da cobertura social privada provida pelas empresas, criando assim postos de trabalho de pouca qualidade, como contrato de trabalho temporário e parcial com remuneração muito baixa e com proteção social limitada. Os serviços sociais, em sua maioria privados, provêm de postos de trabalho de muito pouca qualidade (em termos de salários e benefícios).

Nesse sentido, é importante registrar que, independentemente do tipo de Estado de bem-estar que o país tenha, os serviços sociais, comunitários e pessoais têm sido os setores em que têm aportado maiores pos-

tos de trabalhos na maioria dos países integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A diferença entre esses países está principalmente no tamanho e na taxa de crescimento desses setores e na qualidade desses postos de trabalho. Assim, quando esses postos de trabalho são altos, como nos países nórdicos, praticamente não existe polarização social. Por sua vez, quando esses postos de trabalho são baixos, como nos EE.UU., ocorre uma forte polarização social.

4. O Modelo de Estado de bem-estar do Brasil

O frágil modelo de Estado de bem-estar do Brasil (ou de mal-estar?), a exemplo do existente no centro e sul da Europa, também é financiado de forma predominante com as contribuições sociais – dos empresários, empregados e trabalhadores – e vincula os benefícios às contribuições.

Pode-se afirmar que o Brasil possui um sistema de serviços sociais, comunitários e pessoais pouco desenvolvido. Direitos sociais, esses estão garantidos pela Constituição do Brasil, promulgada em 1988 (e, na prática, permanecem inalterados, apesar da boa intenção dos constituintes que escreveram a Constituição). A retomada da democracia no Brasil não significou que tenha ocorrido a mudança de um Estado repressivo para um Estado social. Os problemas podem ser avaliados pelos índices que indicam o baixo desenvolvimento do Estado de bem-estar brasileiro e o seu gasto social, tanto em transferências como em serviços públicos ofertados à população, que se apresenta significativamente abaixo do seu nível de desenvolvimento.

A partir dos indicadores sociais do país, é possível concluir que o Brasil não está preparado para enfrentar as grandes mudanças demográficas, sociais e econômicas que a sociedade brasileira está experimentando. No Brasil, grande parte do debate sobre intervenções para resolver os problemas da população, como o desemprego, por exemplo, que se apresenta como um dos problemas sociais mais graves do país, tem-se centrado

na necessidade de flexibilização da força de trabalho, e não suficientemente na necessidade de flexibilização do mundo empresarial (visando maior competitividade no mercado brasileiro) e no mundo da Administração pública.

6. *A crise do paradigma político do Estado de bem-estar*

O aumento acelerado da abrangência do Estado no século XX, como decorrência da prevalência do público e da primazia da política, criou uma sobrecarga de demanda da sociedade civil sobre o poder público. Essas demandas de serviços adicionais aos prestados até então pelo Estado forçaram o aumento do aparato administrativo e, por conseqüência, dos impostos. Não pode ser desconsiderado que as teorias keynesianas do *deficit spending* foram interpretadas como um argumento para explicar os descontroles orçamentários e o crescimento desordenado das atividades do Estado. O rápido incremento do número de empresas estatais no pós-guerra é uma das conseqüências mais notáveis desse descontrole.

Constata-se essa forte presença do Estado na economia a partir dos dados elaborados pelo Banco Mundial, relativos à parcela de gastos do governo em relação ao Produto Nacional Bruto (PNB), a escalada acelerada do Estado nos últimos 100 anos. A França, por exemplo, parte de 15% dos gastos do governo em relação ao PNB, em 1880, para alcançar 52% em 1985; a Inglaterra saiu de 10% em 1880 para atingir 48% em 1985; a Alemanha, de 10% para 47%; o Japão, de 11% para 33%; a Suécia, de 6% para 65%; e os Estados Unidos da América, de 8%, em 1880, para 37%, em 1985³.

7. *Distinção entre a atividade política e a econômica*

Verifica-se, ao longo da história, a distinção entre a atividade política e a econômica. Isso foi possível com base na fundamentação do Iluminismo e da Fisiocracia, que garantiram o máximo de autonomia do

sistema econômico no bojo do sistema social. Desde o direito romano, existe clara prevalência do direito privado (baseado na família, na propriedade, nos contratos e nos testamentos), que, embora tenha sido na origem um direito positivo e histórico, acaba transformando-se em direito natural. O direito público nasce apenas à época da formação do Estado moderno, mesmo assim tendo como fundamentação os institutos originários do direito privado, a saber o *dominium* (em contraposição ao *imperium*) e o *pactum*.

Assim, a primazia do direito privado, por esse longo tempo na civilização ocidental, atingiu seu nível mais alto por ocasião do exacerbado liberalismo europeu vivenciado no século XVIII. Nesse sentido, a prevalência do privado sobre o público significa o domínio da justiça comutativa, que preside as trocas, sobre a justiça distributiva, que comanda a partição da riqueza. Significa a vitória do conceito do “Estado mínimo”, que cuida apenas das tarefas clássicas de segurança pública, defesa externa e distribuição da justiça.

Fundamentada na tese da necessidade de subordinação do interesse pessoal ao público, ocorre no século XIX a reação contra a concepção liberal e o Estado mínimo. Dessa forma, tem início uma intervenção maior do Estado no comportamento dos indivíduos e dos grupos, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado.

A esse respeito manifestou-se Norberto Bobbio⁴:

“Com o declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo em relação ao grupo e na conseqüente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa, até absorvê-lo completamente na experiência do Estado total”.

Verifica-se, como decorrência da interdependência entre os homens e o caráter agregativo das ações econômicas, de rápido aumento dos custos sociais e externalidades, que a mudança social decisiva na atualidade consiste na subordinação da função econômica à ordem política. Nesse sentido, ao predomínio do sistema religioso durante grande parte da Idade Média seguiu-se o da primazia do sistema econômico, que foi gradativamente cedendo espaço ao subsistema político, desde o século passado.

O crescimento da presença do Estado no atual século é a prova concreta da prevalência do público sobre o privado. A primazia do público sobre o privado significa o comando do interesse coletivo, o poder do Estado, ou seja, a prevalência política. A *política*, nesse sentido, deve ser entendida como um complexo jogo de interação de interesses, em que ativos e o poder em geral são alocados numa sociedade. A prevalência da política é decorrente do fato de dispor do poder de coação, pela posse direta ou indireta dos meios pelos quais se exerce a força física.

As *teorias políticas*, é importante observar, até o século XV, eram concebidas como formas de criação de leis justas e instituições legais que pudessem garantir correção e justiça nas decisões. Após Maquiavel e Hobbes, a política passou a ser analisada sob o ângulo do poder. A noção de política como instrumento norteador no processo de tomada de decisões é um fato recente, mas substituiu por completo o enfoque legislativo. A presença do Estado na economia, medida pela concentração de gastos efetuados pelo poder público, incluindo a previdência social, saiu de 18% na década de 1920 e atingiu, 40 anos depois, quase 40%, conforme ressalta K. Deutch⁵.

A crescente intervenção do Estado na economia

Essa forma de atuar do Estado teve como objetivo conter e corrigir as grandes desigualdades sociais geradas pela competição sem limites criada pelo mercado, típica do

liberalismo praticado no século XIX, e foi a forma que as democracias ocidentais passaram a adotar desde a década de 1930, por meio do Estado do bem-estar ou *Estado-providência*⁶. Para Rosanvalon⁷, a impossibilidade de conciliar duas *ideologias* distintas, que se excluem reciprocamente, a *liberal*, baseada na defesa do mercado, e a *estatizante*, fundada no dirigismo governamental, levou a uma situação de impasse, traduzida pela falência das políticas sociais no mundo ocidental, apesar do aumento contínuo das contribuições e da redução das indenizações pagas aos cidadãos. Questões como aumento populacional, elevação da longevidade média, inovações tecnológicas, ressurgimento do desemprego em massa foram decisivas para inviabilizar os sistemas de previdência social, e, dessa forma, conquistas históricas, como a da *sécurité sociale* francesa, entram em crise e o *Estado-providência* entra em processo de decadência acelerada.

Robert Castel, ao contextualizar o Estado do bem-estar ou Estado-providência, assinalou que

“é um sistema de regulamentação montado, em torno do fim do século XIX, no âmbito dos Estados-nações europeus. O fato de haver sido construído sobre bases nacionais torna problemática sua manutenção, hoje, diante de uma dinâmica de mercado que atravessa fronteiras nacionais. É bem verdade que o capitalismo sempre atravessou fronteiras, porque sempre teve uma dimensão internacional. As trocas, no entanto, em maior ou menor medida, nunca fugiram ao controle dos Estados-nações. Agora, corremos os riscos de ver instituições do capitalismo internacional, como o Banco Mundial ou o Fundo Monetário Internacional, por exemplo, substituírem as instituições jurídico-políticas dos Estados-nações”⁸.

8. A crise do Estado de bem-estar

Entre as medidas para superar a denominada crise do Estado de bem-estar (como parte do discurso político, econômico e filosófico prático para justificar as medidas para substituí-lo por outra forma de Estado, mais adequado às necessidades dos novos tempos do pós-capitalismo), o exemplo mais significativo na Europa é o da Inglaterra, que no passado liderou o movimento de estatização de setores básicos da economia e de sustentação ao Estado de bem-estar. Com o declínio de sua capacidade econômica, enquanto *Estado*, foi a primeira nação a implementar uma forte política de privatizações. A adoção dessas medidas, a partir dos anos 80, deu-se de uma maneira indiscriminada, especialmente pelos países em desenvolvimento, bem como por algumas economias centralizadas, como a Rússia e a China.

Nesse sentido, com exceção da Inglaterra, onde estão sendo adotadas medidas de restrições aos beneficiários do Estado de bem-estar, verifica-se que na Europa tem havido muito mais discussão sobre a reforma do Estado do que reforma efetiva. Até agora, as forças políticas e a mobilização social têm evitado o desmantelamento do Estado de bem-estar (Estado-providência).

Deve-se recordar que, quando se começou a falar da reforma do Estado na Europa, esse projeto político estava muito ligado à crise do Estado de bem-estar (Estado-providência) e à necessidade de a superar por meio de uma redução dos direitos sociais e econômicos. Os enfrentamentos sociais e políticos a que conduziu esse projeto fizeram com que ele fosse adiado. Apenas na Inglaterra o projeto avançou e mesmo assim numa intensidade muito mais restrita do que tinha sido proposto pela ex-primeira-ministra Margareth Thatcher. Os resultados dessa reforma, de acordo com os indicadores ingleses, *não são animadores em termos sociais*. O Estado inglês diminuiu, de fato, as despesas sociais, mas o resultado foi um aumento drástico nas desigualdades sociais.

9. A concepção da terceira via

No contexto do debate sobre o Estado de bem-estar, é oportuno registrar a concepção manifestada por Anthony Giddens, ao interpretar a “terceira via”, em reunião ocorrida em meados de 1998 (relatada pela revista *The Economist*), na qual enumerou as seguintes características diferenciais da terceira via, em relação às formulações tradicionais da “velha esquerda” e da “velha direita”: (1) o conceito obsoleto de “classes” seria substituído pelo de coalizões; (2) em vez de maximizar o papel do Estado (esquerda) ou do mercado (direita), o Estado seria reestruturado sob o princípio da subsidiariedade, corrigindo-se (por meio de maior transparência e delegação a governos locais) o déficit “democrático”; (3) o “estado do bem-estar social”, tido pela esquerda como o instrumento de redistribuição e pela direita como gerador de desperdícios e dependência, passaria a ser o “estado do investimento social”, substituindo a ganância assistencial por investimentos no capital humano, visando à melhoria da “empregabilidade”; (4) na nova “economia mista”, o caráter público ou privado da propriedade seria menos importante que a preservação da competição e o exercício de regulação; (5) a terceira via enfatizara a “nação cosmopolita”, sem a desconfiança das esquerdas sobre o conceito de nação e sem a associação, pela direita, do nacionalismo à xenofobia; (6) num mundo “globalizado”, as nações de regulação enfrentariam não mais “inimigos” e sim “perigos”, ficando sem sentido tanto o internacionalismo proletário das esquerdas quanto a preocupação belicista da direita. A esse respeito, veja também o livro de Tony Blair⁹.

Para David Osborne¹⁰, a “*reinvención del gobierno*” (reinventing the government) é um pilar básico da terceira via proposta pelo governo Tony Blair, da Inglaterra, porquanto essa filosofia política, no seu entendimento, é muito mais ampla. Define ele a “reinvenção do governo” como “*el cambio de la*

dinámica, de los incentivos en el funcionamiento de la Administración, para que cada uno tenga interés personal en cambiar el sistema". E a pedra angular de tudo isso é a introdução de concorrência, de mecanismos de mercado, na gestão pública. A introdução de concorrência na gestão pública é sinônimo de economia, de eficiência, de satisfação dos cidadãos com seu aparato administrativo.

O importante para ele não é privatizar os serviços públicos na Administração, e sim criar uma estrutura orgânica que permita aproveitar as vantagens do mercado na economia dos assuntos públicos. Em sua opinião, a compatibilidade entre o público e o privado é o denominador comum da reforma da Administração de todas as democracias, ou seja, "*la reinvencción del Gobierno no tiene un motor ideológico, sino que tanto la izquierda como la derecha participan de ella*".

Afirma Osborne que essas mudanças são decorrentes de uma transição inevitável, obrigada pela passagem da era industrial para a era da informação, que exige transformar as estruturas administrativas para adaptá-las a um mundo definido por mudanças aceleradas, a globalização, o uso de tecnologia de informação e as restrições fiscais que impõem essas coordenadas a um setor público que deve responder a esses desafios.

A atitude dos cidadãos também está mudando em relação à Administração. O cidadão está sendo dotado de liberdade de eleição, de um autêntico poder. E, para atender a essas exigências, observa Osborne,

"debemos gestionar el sector público con mentalidad de empresario, lo que obliga a organizar el servicio público como una empresa, cobrando por él, pero introduciendo también la responsabilidad de sus administradores".

10. Considerações relevantes sobre a crise do Estado de bem-estar

A partir dos fundamentos e argumentos expostos, pode-se afirmar que as causas mais importantes para explicar a evolução

do Estado de bem-estar (tanto em termos de financiamento como de organização) são políticas. Assim, é importante ressaltar que, enquanto as bases do Estado de bem-estar se estabeleceram, em muitos países, antes da Segunda Guerra Mundial, o desenvolvimento mais extenso desse Estado de bem-estar coincidiu com o período pós-Segunda Guerra Mundial, de 1946-1980 (denominado de "período dourado do capitalismo").

Dentro desse desenvolvimento, e durante esse período de 1946-1980, Navarro considera quatro tipos de políticas públicas do Estado de bem-estar baseadas nas quatro opções políticas majoritárias existentes nos países capitalistas desenvolvidos, a saber: a social-democracia, a democracia cristã, a liberal e a ditatorial-conservadora dos países do sul da Europa¹¹.

É perceptível que o Estado social de direito e o Estado de bem-estar, na prática, certamente ocorreram de forma concomitante. Assim, é preciso observar que, se o Estado de bem-estar se degenerou em *megaestado* e, por isso mesmo, entrou em um processo de decomposição, o mínimo de justiça que pretende defender é que o Estado social de direito se constitua em uma exigência ética (que necessita ser satisfeita).

Conforme observa Francisco Laporta¹², no surgimento do Estado social

"concurrenten dos tipos de justificación: una de tipo ético, que consiste en precatarse de que la satisfacción de ciertas necesidades fundamentales y el acceso a ciertos bienes básicos exige la presencia del Estado bajo formas diversas; y outra que surge por critérios económicos".

Isso porque a acumulação capitalista que necessitava da grande sociedade anônima exige a produção em massa e, portanto, a expansão indefinida da demanda interna, o que parece impossível sem uma distribuição relativa dos recursos em forma de salários e sem a presença do Estado na economia como regulador da distribuição, como produtor, bem como consumidor. A justificção ética dá lugar ao estado social, que vinha sendo formado por distintos cami-

nhos desde a metade do século XIX, e a justificação econômica também dá lugar ao Estado de bem-estar.

Do ponto de vista econômico, especialmente para as populações de países em desenvolvimento, em áreas específicas como educação e saúde, o Estado ainda é uma instituição importante. Sob a perspectiva social, o Estado tem, em muitos casos, de assumir uma postura paternalista para resolver o problema da equidade, especialmente em países com um grande número de excluídos.

É sabido que as causas mais importantes do crescimento das desigualdades são representadas pela distribuição da renda do capital e do trabalho, das desigualdades dos salários e do impacto redistribuidor do Estado do bem-estar. E cada uma dessas variáveis depende do contexto político de cada país, estimulado pela força dos instrumentos políticos e sociais dos agentes e classes sociais.

11. Conclusões

A perplexidade diante da qual se encontram as sociedades dos países onde o Estado de bem-estar encontra-se em crise é decorrente da constatação de que esse Estado-providência, tal como tem sido conhecido, era funcional para o capitalismo vigente no mundo no período de 1945 até o final da década de sessenta, como forma de garantir a demanda solvente. Isso quer dizer que, em sua forma historicamente conhecida, o Estado do bem-estar só é funcional para um capitalismo regido por uma lógica keynesiana (entendido como um capitalismo de alta rentabilidade, que conte com uma suficiente demanda solvente).

As novas condições criadas pela crise dos anos setenta converteu em disfuncional esse tipo de capitalismo, tornando perceptível a denominada crise de legitimação, como consequência da crise fiscal, ou seja, a incapacidade do Estado de atender, diante de um cenário de queda de rentabilidade, as crescentes demandas sociais.

A extensão e difusão do pensamento neoliberal, nos anos oitenta, que considerava o Estado e suas intervenções como um obstáculo para o desenvolvimento econômico e social das populações, foi facilitada pelas eleições de opções conservadoras e liberais da maioria dos países da OCDE, e em particular nos EE.UU., com a eleição de Ronald Reagan, do partido republicano, e na Grã-Bretanha, com a eleição do partido conservador liderado por Margareth Thatcher. Desde então, este pensamento neoliberal vem substituindo o pensamento keynesiano, convertendo-se no pensamento dominante nos centros políticos e econômicos nacionais e internacionais.

Com base nessas distintas posições, é possível constatar que a crise do paradigma político do Estado de bem-estar (*welfare state*), ocorrida na metade da década de 80, que mostrou as insuficiências das concepções que enxergavam no *Estado* o provedor direto do bem-estar, incluindo o próprio emprego, desencadeou um processo no mundo no sentido de repensar a *administração pública*, tendo como referência suas reais possibilidades orçamentárias, bem como suas finalidades principais. Pressionada por necessidades econômicas, bem como por ideários políticos que constituem as ideologias do *minimal State*, a *administração pública* vem sendo forçada, especialmente nos últimos 18 anos, a rever seus pressupostos, assim como a repensar seus parâmetros constitutivos.

Assim, o Estado de bem-estar, por haver sido estruturado sobre bases nacionais, encontra-se em uma profunda crise, cuja tendência é agravar-se nos próximos anos, visto que, numa economia globalizada, é significativamente estreita a margem de manobra dos governos, tendo de curvar-se aos reclamos políticos sem desprezpear a eficiência do mercado.

Deve-se alertar, porém, que o Estado-nação, enquanto puder sobreviver como tal, em decorrência da tendência de criação de uma nova ordem mundial, mesmo diante das

imposições do processo de globalização, deverá continuar desempenhando um papel indispensável na formulação de políticas económicas (em que incluem-se as políticas públicas), de regulador da competitividade e na promoção do bem comum da sociedade.

Bibliografia

- ALBER, Jens, Dalla carità allo stato sociale, Il Mulino, Bolonia, 1986.
- ASHFORD, Douglas E., The Emergence of the Welfare State, Londres, Basil Blackwell, 1986.
- CORTINA, Adela, Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- COTARELO, Ramon, Del Estado del bienestar al Estado del malestar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990 (capítulo 3).
- _____, La democracia económica en la teoría de la democracia, en Manuel Mella (Comp.), Los fondos de inversión de los asalariados, nº monográfico de Economía y Sociología del Trabajo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, Los três mundos del Estado del Bienestar, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1993.
- _____, The Social Transformation of Post Industrial Economics, Oxford University Press, 1999.
- GARCIA ROCA, Joaquín, Público y privado en la acción social, Madrid, Editorial Popular, 1992.
- GLOTZ, Peter, La izquierda tras el triunfo de Occidente, Valencia, Alfons el Magnànim, 1992.
- HABERMAS, Jürgen, Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Buenos Aires, Amorrortu, 1975.
- HAYEK, Friedrich, Los fundamentos de la libertad, Madrid, Unión Editorial, 1975.
- _____, Camino de servidumbre, Madrid, Alianza, 1978.
- HUERTA DE SOTO, Jesús, Socialismo, cálculo económico y función empresarial, Unión Editorial, 1992.
- KEYNES, John M., Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero, México, FCE, 1977.
- L'ESTAT del Bienestar de la Generalitat de Catalunya, 1996 (Informe).
- LUHMANN, Niklas, Teoría política en el Estado de Bienestar, Madrid, Alianza, 1993.
- NAVARRO, Vicens, El Estado del Bienestar y sus efectos distributivos: parte del problema o parte de la solución", en VVAA, Crisis económica y estado del bienestar, Revista Sistema 80/81, Nov. 1989. p. 53-79.

- _____, La economía política del Estado del Bienestar, Revista Sistema 148, Enero. 1999. p. 3-55.
- MATIAS PEREIRA, José, Finanzas Públicas: a política orçamentária no Brasil, São Paulo, Atlas, 1999.
- MISHRA, Robert, El Estado de Bienestar después de la crisis: los años 80 y más allá", en Rafael Muñoz de Bustillo (Comp.), Crisis y Futuro del Estado de bienestar, Madrid, Alianza, 1989.
- MOIX MARTÍNEZ, Manuel, De la política social al bienestar social, Madrid, Partenón, 1976.
- OCDE, Historical Series, 1980-1996.
- O'CONNOR, James, La crisis fiscal del Estado, Barcelona Península, 1973.
- _____, Accumulation crisis, Nueva York, Basil Blackwell, 1984.
- OFFE, Claus, Contradicciones en el Estado del bienestar, Madrid, Alianza, 1990 (Contradictions of the welfare state, Londres, Hutchinson, 1984).
- OSBORNE, David y GAEBLER, Ted, La reinención del gobierno, Buenos Aires, Paidós, 1994.
- OSBORNE, David, La reinención del gobierno, "La reinención del Gobierno es un pilar básico de la tercera vía" (entrevista), Madrid, Expansión (Economía), 22.02.99.
- OREJA MARÍN, Alonso, Estado social y crisis económica, Madrid, Editorial Complutense, 1993 (Partes IV y V).
- PIERSON, P., Dismanteling the Welfare State?, Cambridge University Press, 1994.
- PRZEWORSKI, Adam, Capitalismo and Socialdemocracy, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- RODRIGUEZ CABRERO, Gregorio, Estado, privatización y bienestar: un debate de la Europa actual, Barcelona, Icaria, 1991.
- ROSANVALLON, Pierre, La crise de l'État providence, París, Seuil, 1981.
- SHARPF, Fritz W., Socialdemocracia y crisis económica en Europa, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1992.
- THERBORN, G. European Modernity and Beyond: the trajectory of European Societies. 1945-2000, Safe, Londres, 1995.

Notas

¹ COTARELO, Ramon, "Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 34.

² CORTINA, Adela, "Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía", Ciudadanía social. Del Estado del bienestar al Estado de justicia, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 66.

³ WORLD BANK. World Development Report – 1988. Washington, 1988.

⁴ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, pags. 20 a 25.

⁵ DEUTCH, K. Política e governo. Brasília: Editora UnB, 1983. p. 25-26.

⁶ Registre-se que o Brasil não chegou a beneficiar-se, no mesmo nível de intensidade, dos ganhos obtidos por esse modelo de proteção social, como ocorreu nos países industrializados europeus. A socialização dos resultados da produção, objetivo principal do Welfare State, não chegou a ocorrer no modelo social paternalista e populista do Estado brasileiro, que se tornou hegemônico a partir do início da década de 30.

⁷ ROSANVALLON, Pierre, La crise de l'état-providence. Paris Seuil, 1981 e 1992. Publicado em português pela Editora UnB/UFG, Brasília, 1997.

⁸ CASTEL, Robert. O mundo e o trabalho. Rumos (Entrevista.) Rio de Janeiro: ABDE, n. 148, p. 5-6, maio 1998.

⁹ BLAIR, Tony, La Tercera Vía, Madrid, Adiciones El País/Aguilar, 1998.

¹⁰ OSBORNE, David, Reinventing the Government. Entrevista “La reinención del Gobierno es un pilar básico de la tercera vía”, Expansion, 22.02.99. p. 58.

¹¹ NAVARRO, Vicenç, La economía política del Estado del Bienestar, Madrid, Revista Sistema, 148, Enero. 1999, p. 21.

¹² LAPORTA, Francisco, Sobre La precariedad del individuo en La sociedad civil y los deberes del estado democrático, en Varios, Sociedad civil y Estado, Madrid, Fundación F. Ebert/Instituto Fe y Secularidad, pags. 19 a 30.

Contribuição de melhoria: o desuso de um tributo justo para os municípios

Luciana de Andrade Saraiva, Aline Ferreira Caruso, Maurinho Luiz dos Santos, Patrícia Aurélia Del Nero

Sumário

1. Introdução. 2. Tributo. 2.1. Diferenças entre imposto, taxa e contribuição de melhoria. 2.2. Diferenças entre obra e serviço públicos. 3. Contribuição de melhoria: conceito e características essenciais. 3.1. Fundamento. 4. Autonomia e interesses municipais frente à contribuição de melhoria. 5. Dificuldades na aplicação da contribuição de melhoria. 6. Conclusão.

1. Introdução

O poder estatal na esfera municipal pode melhor atender as necessidades locais, pois está em contato direto com os munícipes e seus problemas, restando clara, pois, a importância do município na organização política administrativa brasileira.

Desde a sua organização político-administrativa mais primitiva, o município enfrenta problemas políticos (autonomia reduzida), sociais (êxodo rural e o conseqüente desequilíbrio urbano) e econômicos (falta de recursos para a consecução de seus fins).

Ocorre que, nos dias de hoje, devido à crescente urbanização, os recursos públicos são escassos, incapazes de sustentar as realizações do Estado. As necessidades sociais aumentam, seguindo o crescente progresso material do país, e, para a concretização daquelas, torna-se necessário o levantamento de verbas que pode ser feito pela via tributária.

Luciana de Andrade Saraiva é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa; pesquisadora pelo programa institucional PIBIC/CNPq.

Aline Ferreira Caruso é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa; pesquisadora.

Maurinho Luiz dos Santos é Professor do Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa, orientador, doutor em Economia pela Universidade de São Paulo.

Patrícia Aurélia Del Nero é Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa, co-orientadora.

2. Tributo

Esse problema pode ser visto mais claramente no âmbito local, pois os municípios não suportam cargas pesadas de obras de vultoso custo. Dessa forma, muitas obras e melhoramentos públicos ficam por fazer, não atendendo aos interesses da comunidade. Nesse sentido, a Constituição Federal da República de 1988 deu maior autonomia aos municípios, principalmente no que se refere às competências tributária e financeira, e assegurou às entidades políticas da Federação um meio eficaz para resolver os referidos problemas, que é a contribuição de melhoria.

As primeiras notícias da contribuição de melhoria datam de 1250, na Inglaterra. Procurava-se um meio para custear os grandes empreendimentos do Estado, ao mesmo tempo em que se constatava um benefício especial, para alguns imóveis, em relação aos outros, advindos da realização de tais obras.

A contribuição de melhoria, nos Estados Unidos, *special assessment*, obteve melhores resultados em virtude de uma máquina administrativa bem estruturada e um ambiente adequado para o seu desenvolvimento.

No Brasil, esse instituto surgiu com a Constituição de 1934, sob influência norte-americana; contudo, não foi aplicado devidamente, culminando em infrutíferas tentativas.

Apesar das dificuldades na sua implementação, o legislador constituinte manteve a contribuição de melhoria no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os seus fundamentos de justiça e equidade.

Para melhor compreender esse instituto, passa-se agora a analisá-lo segundo seus fundamentos, sua origem, observando, ainda, as dificuldades encontradas para a sua implementação, frente a sua importância como fonte de renda, principalmente, para pequenos municípios. Pretende-se, ainda, mostrar que a contribuição de melhoria é um poderoso meio para viabilizar grandes projetos de urbanização, favorecendo o progresso municipal.

O conceito de tributo sofreu evoluções, cercado por várias teorias, que tentaram, na visão de seus defensores, definir esse composto da receita derivada do Estado.

Não possui o tributo caráter punitivo, ou seja, o tributo não tem como fato gerador um ato ilícito ou o descumprimento de uma obrigação. Ele é instituído por meio de lei ordinária, independentemente da vontade do contribuinte, é imposição do Estado no uso do *ius imperii*.

O tributo vem alcançando definição mais ampla nos povos modernos, à medida que os problemas sociais estão crescendo. Assim, visam mais que a obtenção de recursos para os encargos do Estado; procuram sempre assegurar o bem estar e o progresso da humanidade. As finalidades básicas do tributo são satisfazer as necessidades pecuniárias do Estado, além de serem utilizados em metas de política econômica e em programa de ação social. No plano jurídico tributário, a finalidade é a satisfação do dever. É o tributo objeto da prestação jurídica. Logo, tenta-se encontrar um ponto de equilíbrio entre a necessidade indispensável do Estado em tributar e a pretensão fundada do contribuinte em que esta atividade seja realizada de modo equânime, racional e justo, podendo, ainda, aquele contar com as garantias constitucionais, para evitar abusos que desta atividade possam advir.

O tributo diferencia-se da multa, porque nesta o multado descumprir algum dever contratual ou legal, figurando um fato ilícito; da indenização também, porque esta traduz uma prévia e comprovada lesão ao patrimônio alheio; das prestações contratuais, pois estas dependem de um acordo de vontades, embora estejam sob os ditames legais.

São três as espécies de tributo, conforme previsto na Constituição Federal de 1988: Imposto, Taxa e Contribuição de Melhoria. Sendo o Brasil um país federado, a Constituição traça as regras de competência, evitando conflitos e dupla ação tributativa.

2.1. Diferenças entre imposto, taxa e contribuição de melhoria

Após definir tributo, e para melhor compreender o tema, faz-se necessário analisar as três espécies tributárias: imposto, taxa, e contribuição de melhoria, a fim de diferenciá-las, evitando, assim, a aplicação errônea de uma por outra.

Ao longo da história jurídica, no Direito brasileiro, a contribuição de melhoria passou por muitas definições e comparações, realizadas pelos doutrinadores.

Identificaram-na com o Imposto de Renda, quando cobrada como mais valia, já que faziam distinção de duas espécies de contribuição de melhoria: a de custo e a do benefício.

Alfredo Augusto Becker adota uma modalidade de contribuição de melhoria com base de cálculo na mais valia da coisa privada (semelhante ao imposto de renda) e outra com base no custo do serviço estatal (semelhante à taxa). Os adeptos dessa teoria vêem a contribuição de melhoria na classificação econômica do imposto ou da taxa e não admitem a classificação jurídica autônoma daquele tributo; percebe-se desde já a confusão que existe em torno da definição da contribuição de melhoria.

Ao contrário dos tributos vinculados, taxa e contribuição de melhoria, o imposto é exigido em razão de um fato que se refere à atividade da pessoa obrigada, o contribuinte não recebe direta e imediatamente o resultado pelo que paga, pois o dinheiro destina-se à manutenção das atividades gerais do Estado.

Ao passo que a taxa e a contribuição de melhoria integram a categoria das exações diretamente referidas à atuação concreta do Estado, contudo, elas não se confundem, guardando algumas afinidades.

No imposto, não deixa de existir a contraprestação do Poder Público, mas esta é indeterminada e não é condição para o exercício da competência tributária. Diversamente ocorre com a contribuição de melhoria, porque o ente público só poderá

fazer uso de seu poder de tributar se realizar uma obra, e esta conseqüentemente levar uma valorização aos imóveis vizinhos.

Não há que se confundir o imposto sobre valorização imobiliária e a contribuição de melhoria, pois que o motivo social e a base de cálculo daquele é a valorização imobiliária, sobre a qual incide uma alíquota, geralmente progressiva.

O imposto sobre valorização imobiliária visa tributar o aumento imerecido de valor imobiliário ou da fortuna do proprietário. Essa medida é feita pelo cálculo da diferença entre um valor anterior do imóvel e outro posterior, e incidirá por ocasião da venda ou da transmissão do imóvel a outrem.

No caso do imposto sobre valorização imobiliária, o tributo é exigido por ter o imóvel se valorizado, qualquer que tenha sido a causa, enquanto, na contribuição de melhoria, o tributo é cobrado sobre o imóvel valorizado em decorrência de obra pública e só por isso.

Para alguns doutrinadores, a contribuição de melhoria confunde-se com a taxa, porque visa o pagamento de um benefício certo e determinado, e que obedecerá a uma proporção de valor.

Entre os defensores dessa corrente, encontram-se Pontes de Miranda, Monteiro de Barros Filho, Francisco Campos e outros. Para esses, a contribuição de melhoria é uma contraprestação de um benefício recebido, especial e determinado por um serviço executado pelo Estado, que leva uma valorização ao imóvel de um particular, decorrente de uma obra pública.

Contudo, a contribuição de melhoria em nada se confunde com as taxas ou com os impostos, ela tem caráter autônomo. Para essa corrente, encabeçada por Bilac Pinto, aqueles que vêem a contribuição de melhoria como uma subespécie da taxa procuram uma solução simplista na definição e determinação dos tributos, considerando uma divisão bipartida, com a dilação do conceito de taxa.

A taxa está, intimamente, ligada à prestação de serviço público, enquanto a contri-

buição de melhoria está ligada a uma outra atuação estatal, que é a realização de obra pública com a conseqüente valorização imobiliária; portanto, não é possível dilatar o conceito de taxa e nele incluir a contribuição de melhoria.

Não se pode, portanto, confundir taxa e contribuição de melhoria, pois naquela a atuação é direta, prestando utilidade e comodidade aos administrados, enquanto na última, inicialmente, visa-se o interesse da coletividade e só indiretamente se relaciona com a pessoa obrigada.

Conforme o art. 77 do CTN, as taxas têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

O serviço divisível é aquele que pode ser destacado e individualizado do conjunto dos serviços e atividades do Estado. A exemplo disso, o serviço de pavimentação não é hipótese de incidência da taxa, porque falta a ele o atributo da divisibilidade e especificidade, fundamental ao conceito desse tributo.

A base impositiva da taxa vai basear-se na quantidade e intensidade das diligências necessárias que o Estado terá de desempenhar para dar uma licença, por exemplo. Enquanto a base impositiva da contribuição de melhoria será a valorização do imóvel advinda da obra pública.

Não faltam especialistas que entendem que, em caso de realização de obra pública, o ente político poderá optar alternativamente pela taxa remuneratória ou, havendo valorização imobiliária, pela contribuição de melhoria. Opta-se aqui por uma solução simplista, pois as hipóteses de incidência dessas espécies tributárias são diversas.

É claro que a obra pública é encargo natural do Estado, que o deve prover com os recursos normais provenientes dos encargos coletivos indistintamente de todos os membros da coletividade. Certas obras, contudo, nomeadamente indicadas em lei, são suscetíveis de beneficiar especialmente

determinadas pessoas, valorizando-lhes os imóveis situados em sua área de influência. Como não haveria justiça em que a contribuição de todos servisse para custear o benefício de uns poucos, pode e deve o Estado recuperar-se junto a estes, proporcionalmente ao benefício absorvido por cada imóvel. Afasta-se, assim, a possibilidade de o Estado recorrer à taxa para recuperar o custo da obra. Porque, não ocorrendo a valorização imobiliária, a obra deverá ser custeada pelos recursos gerais do Estado, os impostos.

Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 87.604, que, nos casos em que couber a imposição da contribuição de melhoria,

“não tem o Poder Público a opção de instituir, alternativamente, taxa remuneratória” (acórdão cujas conclusões foram publicadas no DJ de 30-3-79)¹.

Outra diferença, que pode ser citada, ainda, entre a taxa e a contribuição de melhoria, é que, na primeira, a simples atuação do contribuinte já concretiza o aspecto material da hipótese de incidência, enquanto, na última, a ligação entre a atuação e o obrigado é indireta, ocorre mediante a valorização, fator necessário.

A taxa é ilimitada, sua fixação é feita com base nos custos do serviço prestado ao contribuinte e pode ser proporcional à utilização desse mesmo serviço, enquanto a contribuição de melhoria é instantânea, embora seja parcelada, esgota-se no recolhimento de seu montante.

Ottorino Tentolini assim justifica a autonomia da contribuição de melhoria:

“Todo tributo encontra sua razão de ser no princípio de que os cidadãos devem contribuir em medida equânime para a promoção das finalidades de interesse geral e utilidade pública, perseguidas pelo Estado; com maior razão devem contribuir se, além da vantagem que – como participantes da comunidade – tiram, ainda recebem particular benefício patrimonial.

Donde decorre que a C.M. não pode-se identificar com a taxa – enquanto correspectivo pela prestação de serviço público – nem com o imposto, enquanto a C.M. pressupõe vantagem particular, mediata ou imediata, que beneficia a propriedade privada, em consequência da execução de obra pública. Não resta, assim, senão reconhecer à C.M. o caráter de tributo especial, dirigido a cobrir parcialmente a despesa da atividade pública, que ajudou determinados proprietários de imóveis de maneira dúplice, ou seja, como proprietários e como participantes da coletividade”².

Enfim, a contribuição de melhoria e a taxa são tributos que não podem, de forma alguma, ser confundidos ou usados alternativamente, posto a sua natureza jurídica distinta.

2.2. Diferenças entre obra e serviço públicos

Faz-se necessário analisar, em separado, as diferenças existentes entre obra e serviço públicos, pois este é fator relevante para a diferenciação entre a taxa e a contribuição de melhoria. Para muitos, essa distinção não se justifica, porque quase sempre participa a obra pública da execução de serviço público.

Contudo, as obras públicas não são permanentes e não são diretamente prestadas à comunidade, mas transitórias, e a vantagem que elas trazem à comunidade é indireta; enquanto os serviços públicos constituem uma atividade estatal permanente e são prestados diretamente ao indivíduo. Sendo assim, essa distinção se justifica.

Obra é diferente de serviço, pois há predominância dos materiais sobre o trabalho naquela. É importante essa distinção para a Administração Pública, pois serve para a determinação de tributos e modalidades de licitação.

O serviço público se desenvolve de forma regular, contínua e uniforme, visando

atender à comunidade, aos seus interesses primários, básicos.

Ele é específico (quando ele puder ser separado em unidades autônomas de sua utilidade ou de necessidade pública) e divisível (quando o serviço funcionar de modo que possa-se avaliar a utilização individual de cada usuário), podendo ser de utilização efetiva (quando é colocado à disposição do contribuinte e ele o utiliza, porque lhe interessa) ou potencial (quando for compulsório o seu pagamento, ou seja, o serviço está à disposição do contribuinte, e, ainda que ele não o use, será obrigado a pagar) pelos contribuintes.

Por outro lado, o conceito de obra é bastante amplo: realização material do homem, construção, melhoramento, ampliação, produção intelectual, artística, literária, jurídica ou científica. O que interessa, na verdade, é o conceito administrativo, ou seja, construção, melhoramento ou alteração.

A obra pública destina-se a fins públicos, ou seja, ao público diretamente ou a um serviço público realizado pela Administração direta, indireta. É executada sobre um bem público, podendo ser implantada em terreno particular com finalidade pública.

São consideradas obras públicas: o equipamento urbano (vias e logradouros públicos, ruas, praças, monumentos, cemitérios, calçamentos, canalizações, redes de energia elétrica, estádios, etc.), o equipamento administrativo (oficinas, laboratórios, garagens, etc.), o empreendimento de utilidade pública (estradas, pontes, ferrovias, portos, aeroportos, canais, usinas, obras de saneamento, construções de serventia geral) e edifícios públicos (fóruns, sedes de governo, repartições públicas, etc.).

Não existe, porém, uma enumeração taxativa dos serviços e obras públicas, pois estes aumentam ou diminuem de acordo com as novas realidades dos municípios.

No entanto, apesar de serem inúmeras as obras públicas e necessárias para a comunidade, o Poder Público local, hoje, não

têm dado a devida atenção àquelas, ora por falta de recursos para fazê-las, ora pela falta de vontade política de buscar soluções para esses problemas.

O que vem acontecendo nos dias de hoje é que os municípios e os particulares vêm compartilhando o custo elevado das obras, como pavimentação e calçamento; ou, até mesmo, algumas vezes, os particulares arcam com o custo total daquelas.

3. *Contribuição de melhoria: conceito e características essenciais*

A contribuição de melhoria, como já esclarecido anteriormente, é uma espécie tributária autônoma, assim expressa na Constituição Federal de 1988; constitui-se numa prestação pecuniária imposta pelo Estado, no uso do *ius imperii*, cuja hipótese de incidência é a realização de obra pública, que leve uma valorização para os imóveis circunvizinhos, sendo instituída por meio de lei e cobrada por atividade administrativa.

O professor Bilac Pinto foi um dos primeiros, no Brasil, a tratar da contribuição de melhoria e a definiu assim:

“pagamento obrigatório, decretado exclusiva ou concorrentemente pelo município, estado ou União, em razão de valorização produzida em imóvel do contribuinte, por obra pública, realizada após sua audiência, e cujo montante não pode ultrapassar nem o custo da obra nem o valor do benefício”²³.

É possível destacar três elementos básicos da definição de contribuição de melhoria: “recompensa do enriquecimento ganho por uma propriedade”, “em virtude de obra pública concreta”, “local de situação do prédio”. Há a penetração de expressões, no Direito Tributário, de outros ramos do Direito, que auxiliam o intérprete nas questões relativas à definição, conceituação e configuração da contribuição de melhoria, quais sejam: a valorização, o imóvel e a obra pública.

Por meio dos princípios da moralidade e da justiça, o Poder Público, embora

realizando obras do interesse da coletividade, emprega grandes fundos públicos em obras específicas, atendendo diretamente a um grupo, com melhoramento e aumento na valorização do imóvel. Logo, o Poder Público terá direito de restituição em relação a parte do benefício originado, que será paga pelo proprietário.

O que impressiona, desde logo, no instituto das contribuições de melhoria é que ele vem corrigir uma situação, que o Estado Moderno não poderia mais tolerar por muito tempo: obras públicas, realizadas com o concurso de todos os contribuintes, beneficiavam, quase sempre, a um pequeno número deles. É justo que o particular indenize o Estado se auferiu vantagem econômica especial, mesmo sem sua vontade.

A contribuição de melhoria é um tributo justo porque não onera qualquer valorização imobiliária, é necessário que a causa real dessa valorização seja obra pública que beneficie imóveis urbanos ou rurais. Em exigência constitucional, pode ensejar contribuição de melhoria a obra pública custeada por cofres públicos, e que proporcione valorização imobiliária. Em regra, as obras públicas valorizam os imóveis adjacentes.

Contudo, há obras que desvalorizam os imóveis, apesar de necessárias para a coletividade, como a construção de cemitérios, de prisões, etc. O Estado, nessas hipóteses, deve e precisa indenizar o proprietário desses imóveis por dano que possa provocar na propriedade privada.

É necessário esclarecer que a efetivação da obra pública não é suficiente para caracterizar a contribuição de melhoria. É preciso ocorrer um fato exógeno, que é a valorização imobiliária.

Ponto relevante que enseja grandes discussões em torno da contribuição de melhoria diz respeito aos limites que devem ser obedecidos para a cobrança desse tributo.

Na história das Constituições brasileiras, esses limites foram ora expressos, ora omitidos, ora implícitos, o que confirmam a

CF/34 (art. 124), em nada preceituando sobre tais pressupostos, a CF/67 (art. 30) e EC nº 18/65 (art.19), com expressa declaração dos limites; a CF/67 (art. 18) só se refere ao limite individual, e a CF/88 calou-se. O Decreto-Lei nº 195/67, que regulamenta a instituição e arrecadação da contribuição de melhoria, admite, em seu art. 3º, os dois limites, e assim também dispõe o Código Tributário Nacional em seu art. 81.

O limite individual consiste no acréscimo de valorização incorporado ao imóvel. E o limite total é a despesa realizada com a obra. É difícil conciliar ambos no momento da cobrança do tributo; contudo, é da sua essência o equilíbrio entre o custo da obra e a valorização imobiliária, para que ele se revele um tributo equânime.

3.1. Fundamento

Os fenômenos financeiros são considerados, no plano da realidade, em função de fatores políticos, sociais, econômicos e jurídicos.

Sendo assim, é importante analisar todos os fundamentos que justificam a aplicação da contribuição de melhoria.

3.1.1. Fundamento econômico-social

Sabido é que as cidades não constituem área homogênea ou que deva ser tratada, sob o aspecto tributário, de maneira igual e indistinta. O que realmente há são áreas mais favorecidas que outras, em virtude da densidade dos serviços, obras e melhoramentos públicos, que são realizados com os recursos do tesouro público, oriundos da arrecadação dos tributos pagos por toda a população.

Então, aquele cidadão que, além do benefício de ordem geral, não individualizável, recebeu também a melhoria especial, e individualizável, deverá contribuir para a despesa da obra, na medida da valorização ou melhoria especial que recebeu.

Quando executa-se um melhoramento urbano em uma cidade, não há distribuição uniforme pelos munícipes, pois a uns

interessa mais que a outros. Assim foi com a retificação do rio Tietê em São Paulo. Concluída a obra, o sistema de comunicações urbanas, as condições e a beleza da capital paulista melhoraram, beneficiando a todos. Porém, as propriedades situadas na várzea do rio lucraram mais, pois acabou com as inundações, encontrando-se, agora, numa situação privilegiada.

3.1.2. Fundamento moral

A valorização imobiliária, ou aumento de valor sofrido pelo imóvel em decorrência do benefício trazido pela obra pública, é que torna justa e adequada com a moral administrativa a cobrança desse tributo toda vez que esse fato ocorrer.

Então, é a valorização imobiliária o motivo moral que o Poder Público tem para exigir do cidadão a contribuição de melhoria (o acréscimo de valor absorvido pelo imóvel é a base de cálculo desse tributo).

São apontados alguns fatores como causa de valorização: o interesse na circulação com acesso da população aos transportes; a concentração da população, da riqueza e do poder de compra, que podem acarretar valores altos nos terrenos; a adaptabilidade ao mais lucrativo, juntando-se ao comércio de varejo, luxo e finanças.

E têm-se como resultados da adoção da contribuição de melhoria: diminuição da especulação com o decréscimo do comércio; aceleração da venda na baixa dos lotes não-edificados, pois dos proprietários são tirados a valorização gratuita e representa ônus pesado para os terrenos improdutivos; correção da desigualdade existente nos núcleos urbanos entre favorecidos e abandonados, pois cada qual pagará pelas obras e melhoramentos que lhes beneficiarem.

A obra pública beneficia o imóvel sem adicionar nada de material à estrutura dele, mas traz um melhoramento que está intimamente ligado a este, como maior conforto, mais higiene, maior arejamento, ou ainda torna o imóvel mais acessível. Todos esses fatores contribuem para elevar o valor do

imóvel, e este aumento foi provocado pela obra realizada; este é o benefício especial acarretado ao imóvel e que dá subsídio para o Poder Público cobrar a contribuição de melhoria dos beneficiários.

3.1.3. *Fundamento político*

Todos os conceitos políticos e sociais permeiam o sistema tributário, assim como sofrem as suas influências. O processo legislativo de criação da lei passa por critérios eminentemente políticos. Com a sanção do Presidente, votam-se os orçamentos e decretam-se os tributos. Controla-se e fiscaliza-se a parte técnico-financeira, seja por meio de concessão ou denegação dos projetos de obras públicas, seja na opinião sobre as quotas individuais de contribuição.

Na política, apura-se também se os contribuintes podem ou não suportar o ônus tributário. Tal atitude funda-se em evitar o efeito inverso na execução de obras públicas, qual seja, a desvalorização. Cabe, *in casu*, indenização aos proprietários prejudicados pelo Estado. Além disso, impede um programa de intensificação de obras públicas, financiadas pela contribuição de melhoria, acarretando lucro exorbitante à Administração Pública.

A oportunidade, como critério político, na aplicação prática da contribuição de melhoria não é problema porque nota-se que é oportuno e necessário o tributo que venha corrigir desigualdades e até suprir deficiências do sistema tributário.

E, quanto à conveniência, a contribuição de melhoria só pode ser considerada conveniente, porque supre o Poder Público de real fonte de recursos, além de corrigir desigualdades e injustiças.

É motivo político, também, que justifica esse tributo, o objetivo de devolver à comunidade os benefícios de sua ação, condenando a inércia e a especulação daqueles que adquirem imóveis a preços baixos para aguardar a sua valorização, por razão do progresso, da expansão urbana e da realização de obras públicas.

É importante salientar a prática dos princípios da contribuição de melhoria no âmbito administrativo. Tal prática está ligada às leis orgânicas dos municípios e, em especial, à capacidade administrativa dos aplicadores. Robert M. Heig vincula o sucesso do *special assessment* à eficácia do aparelho administrativo da maioria das grandes cidades norte americanas. Ratificando esse posicionamento, ensina Anhaia Mello que a confiança na Administração Pública faz parte desse quadro de êxito.

A Lei paulista nº 2.509/36 é muito citada pelos seus preceitos e suas preocupações para com a aplicação da contribuição de melhoria. Procurava assegurar as maiores garantias aos contribuintes, a fim de impossibilitar abusos ou excesso por parte da Administração Pública. A valorização do benefício para a propriedade, em razão da realização da obra pública, deve ser provada e avaliada previamente, com intervenção popular, a fim de evitar injustiças tributárias. As contribuições nunca devem ultrapassar o valor do benefício, nem o custo do melhoramento, pois, caso contrário, ter-se-ia uma “febre” de execução de obras públicas com lucro considerável à Administração Pública.

3.1.4. *Fundamento jurídico*

O poder estatal pode apoderar-se da propriedade particular de quatro formas: pelos poderes de tributação, de polícia, de domínio eminente e penal.

A contribuição de melhoria está totalmente ligada ao poder de tributação. Alguns autores a qualificavam como imprópria, quando expressão dos poderes de polícia e de domínio eminente. Já o poder penal não se associa a essa espécie tributária, pois a contribuição de melhoria não incide sobre ato ilícito.

Na verdade, esse tributo passou por três fases, claramente vistas nos exemplos norte-americanos e nas tentativas brasileiras, quais sejam, do poder de polícia, do de domínio eminente e, finalmente, de tributação. Na primeira fase, o proprietário era notificado para construir o passeio ou sarjeta

correspondente ao seu terreno; caso desatendesse, a Administração Pública executava o trabalho e o lançava por *special assessment* para pagamento de despesas.

Já na segunda fase, os *special assessments* surgiram por ocasião das desapropriações destinadas à abertura de novas ruas nas grandes cidades. O motivo para sua aplicação foi que os terrenos fronteiros da nova via pública construída subiriam sensivelmente de valor.

Num terceiro e último momento mais satisfatório, as contribuições de melhoria repousavam, integralmente, no poder de tributação do Estado, no seu poder de império, obrigando os proprietários dos imóveis valorizados a figurarem na posição de contribuinte, já que uma obra pública os beneficiara sensível e particularmente.

Do fundamento jurídico da contribuição de melhoria surge uma pergunta: por que o Estado exige contribuição de melhoria se já se pagam outros tributos, principalmente impostos, cuja finalidade é atender às necessidades públicas?

Há fundamentação legal e econômica para isso. O Estado utiliza, economicamente, uma gama de dinheiro para um determinado setor; logo, nada impede que esse setor beneficiado retribua, ou melhor, promova o retorno aos cofres públicos do custo da obra. Poderia, então, o Estado despendar aquele dinheiro com outras obras. O fundamento jurídico decorre do enriquecimento do proprietário do imóvel, sofrido por uma valorização pela implantação de uma obra pública.

É o verdadeiro princípio da equidade que a Constituição Federal de 1988, seguindo as anteriores, adotou ao manter a contribuição de melhoria no nosso Direito Positivo, pois não é justo que toda a comunidade pague uma obra totalmente quando dela retiraram especial proveito algumas pessoas.

É necessário esclarecer que toda obra pública deve e tem como fim atender aos interesses da comunidade em geral. Contudo, há certos tipos de obras em que, se examinadas mais de perto, pode-se perceber

dois aspectos: o primeiro é o benefício de ordem geral, que atinge a todos os cidadãos; o segundo é um benefício especial para determinados cidadãos; estes, além de receberem o benefício de ordem geral, recebem também o especial.

Por isso, o emprego da contribuição de melhoria é recomendado, modernamente, por ser o mais justo dos tributos, cuja utilização é simpática ao contribuinte, em vista de sua vinculação às obras públicas concretas. Quando se fala em contribuição de melhoria como o mais justo dos tributos, fala-se na não-aceitação de o Estado repartir seus lucros de forma desigual, advindos da sua própria atividade, assim como na tributação proporcional à capacidade contributiva de cada um.

4. Autonomia e interesses municipais frente à contribuição de melhoria

Inicialmente os municípios brasileiros se organizaram como as antigas formas coloniais portuguesas, dispostas nas Ordenações Manoelinas e Afonsinas.

Em um segundo momento, os municípios, no Brasil, não faziam parte da estrutura do sistema federal, mas eram considerados entidades político-administrativas relativamente autônomas, o que estava assegurado na Constituição Federal.

Durante o período republicano, os municípios eram teoricamente autônomos, mas, devido à centralização da política financeira e tributária, não dispunham de recursos financeiros para solucionarem problemas relativos à saúde, educação, transportes. A falta de autonomia financeira e econômica contribuiu para o desaparecimento de muitos municípios.

Assim como a Constituição de 1934, a de 1946 retirou da competência dos Estados-membros a conceituação de autonomia municipal determinando os seus limites mínimos, colocando-a sob a responsabilidade da União.

No período pós-64, a Constituição brasileira foi introduzida de excessiva

matéria municipal, de tendência centralizadora, embora o objetivo da Constituição Federal seja estabelecer princípios estruturadores do governo local, como a instituição da competência tributária dos municípios, etc.

Em 1988, a Constituição veio consagrar e assegurar a autonomia municipal, em seus arts. 18, 29 e 30, pois as constituições anteriores atribuíam ao município autonomia em termos de governo próprio e competências exclusivas; e, com a Constituição de 1988, foi acrescentado o poder de auto-organização. Com essa nova postura, a atual Constituição devolveu ao município sua própria fisionomia, favorecendo o renascimento das instituições municipais, que são necessárias à consolidação e desenvolvimento do governo municipal.

A grande mudança que a Constituição Federal de 1988 trouxe para os municípios está na instituição e arrecadação de tributos (*vide* arts. 18, 29-31 e 145 da Constituição Federal/88), nas repartições tributárias (*vide* arts. 156 e 158 da Constituição Federal/88), fornecendo, assim, aos municípios meio para solucionar seus problemas, dada a escassez de renda.

Atribuiu-se ao município poder heterônimo, que é a capacidade de elaborar leis, com vistas às necessidades locais, com traços próprios, principalmente no que se refere à legislação tributária e financeira, assegurado no art. 30, I, II, da Constituição Federal/88. Esse poder é exclusivo e não pode ser limitado por nenhum outro ente da federação.

É de competência do município legislar sobre assuntos de interesse local, e essa é a verdadeira autonomia concedida pela Constituição. Contudo, não se trata aqui de interesse local exclusivo, pois indiretamente são atendidas as necessidades gerais da nação, observando-se primeiramente as necessidade imediatas, melhor atendidas pelo Poder Público local.

Os Poderes Públicos locais enfrentam hoje graves problemas, como o êxodo rural e a concentração humana nos grandes

centros urbanos, em virtude do crescimento desordenado das metrópoles, da desintegração da política regional e nacional. As cidades necessitam de obras que melhorem as condições de vida dos seus cidadãos. Contudo, tais problemas não são solucionados, pois a falta de recursos é generalizada, e ainda mais acentuada nos pequenos municípios, cuja arrecadação é menor, sem quaisquer perspectivas de desenvolvimento. Assim, eles não suportam obras de vultoso custo, ficando grande parte das obras por fazer, e são muitos os melhoramentos reclamados pela coletividade. Muitos municípios não têm progresso porque não têm renda.

Diante do quadro aqui estampado, é possível perceber que os municípios possuem meio eficaz para solucionar o problema da falta de renda, para proporcionar o desenvolvimento urbano, pois a Constituição Federal dá competência para esses entes instituírem contribuição de melhoria. É necessário maior vontade política, com o fim de superar as dificuldades técnicas de implantação desse tributo, para tornar concreta a contribuição de melhoria, que é muito importante para o desenvolvimento municipal.

5. Dificuldades na aplicação da contribuição de melhoria

A contribuição de melhoria existe no Sistema Tributário Nacional desde a Constituição de 1934, mas ela não é usada, por dificuldades impostas à sua instituição. Ao invés de fazer uso dela, os poderes tributantes optam sempre pela taxa, como se fosse contribuição de melhoria, mascarando-a.

Em muitos municípios, são adotadas as taxas de pavimentação e calçamento, sob o pretexto de a técnica de implantação da contribuição de melhoria ser complicada e exigente. Entretanto, ela poderá ser aplicada, com excelentes resultados, especificamente, nos municípios, como meio de compensar a redução de receita, motivada pela discriminação de rendas.

Muitos juristas e políticos sabem do fundamento de justiça em que se baseia a contribuição de melhoria; no entanto, muitos deles apresentam resistência e preferem dizer que a cobrança desse tributo é inviável, baseando-se nas dificuldades para delimitar a zona beneficiada pela obra pública, bem como o fator de benefício que corresponde a cada imóvel situado na área de influência.

Manoel Lourenço dos Santos diz ser a contribuição de melhoria uma utopia, por existir e não ser cobrada; se assim o fosse, poderia resultar em progressos das localidades e constituiria uma cobrança, moralmente, válida. No Brasil, ela não é arrecadada, prejudicando o Erário.

Na verdade, não é fácil instituir esse tributo, devido à complexidade de seus mecanismos; por isso não é, quando previsto na legislação, exercitado, ou, quando o é, opera-se com inconveniência.

Por outro lado, a cobrança da contribuição de melhoria não é só viável, é também um dever político, porque os fundamentos desse tributo levam a crer que o Estado não pode, de forma alguma, sobrepor interesses técnicos ao bem-estar da coletividade.

Não se pode opor à aplicação da contribuição de melhoria tendo-se em vista a injustiça em que incidem alguns quando auferem vantagem patrimonial para a qual toda a comunidade contribuiu. Portanto, quando se cogita da conveniência e oportunidade, não se pode levar em consideração apenas as dificuldades técnicas, mas deve-se observar fundamentos mais relevantes como a melhor distribuição do ônus tributário.

E, sem dúvida alguma, a contribuição de melhoria é uma das fontes mais aptas a contribuir para a realização das obras necessárias ao desenvolvimento social.

A técnica de arrecadação e o procedimento administrativo da contribuição de melhoria não são simples. Com isso, há pouca utilização dessa fonte de receita, principalmente nos municípios, pois não dispõem de pessoal especializado para tal.

Assim sendo, é premente a seleção e o treinamento de pessoal, de acordo com os novos métodos e técnicas, aclamados por necessidades novas, o que leva tempo, apesar de ser o mínimo possível e exigível aos agentes públicos.

O que, normalmente, acontece é a conversão de receitas, segundo pretensões políticas, para terminar as obras públicas de um determinado setor, prejudicando-se, assim, outros setores. Seria melhor, principalmente para manter uma série de construções públicas, o retorno, para os cofres públicos, do *quantum* que os proprietários receberam de benefício.

A grande dificuldade encontrada para a instituição da contribuição de melhoria percebe-se que é a determinação da valorização imobiliária, do *quantum debeatur*, por isso, o legislador, na Constituinte de 1988, não deixou claro os limites, requisitos imprescindíveis, para a aplicação desse tributo.

Contudo, essa dificuldade não justifica descaracterizar a contribuição de melhoria, tornando-a um simples meio de financiar obras públicas. Porque, se assim se fizer, os princípios que permeiam esse instituto estariam minados, pois que não haveria a isonomia, a equidade, devendo cada proprietário arcar com o ônus que realmente lhe cabe, benefício trazido ao seu imóvel, pela obra pública.

Para alguns doutrinadores, não é possível determinar com exatidão a valorização imobiliária, pois se encontra dentro de um emaranhado de possíveis valorizações, reais e aparentes. Para os seguidores dessa idéia, há a melhoria decorrente da obra considerada, mas há também outras melhorias produzidas por obras vizinhas, não se esquecendo das valorizações e desvalorizações decorrentes das variações monetárias. Todos esses fatores se unem, mascarando-se, de forma a dificultar a sua análise separadamente.

É bem verdade que a determinação da valorização imobiliária é complexa, mas, no Brasil, os imóveis já estão sujeitos a impostos

(territoriais, estaduais e municipais) que são calculados sobre o seu valor; portanto, existe um valor oficial, que deverá ser aplicado no cálculo da valorização. Há que se lembrar também das avaliações que são feitas para os casos de desapropriação.

O argumento de que a determinação da mais-valia imobiliária decorrente de obra pública está permeada de subjetivismo não pode ser levado em consideração, porque defeitos assim existem até mesmo nas normas de ordem pública, como ocorre na fixação do salário mínimo, que é determinado em valor, e que está abaixo da realidade, o que não impede a sua utilização nas relações empregatícias.

Se houver superestimação da valorização imobiliária, ou ainda subestimação desse tributo pelo contribuinte, o Judiciário solucionará esses conflitos.

A determinação da mais-valia ficará por conta dos técnicos, e a própria natureza democrática do tributo se levanta como solução para o problema da avaliação do benefício.

O professor Geraldo Ataliba busca solução para a implementação desse tributo e aponta os seguintes procedimentos:

1 – “exclusão da aplicação aos casos de pequena arrecadação, em que as quantias a receber não compensariam dispêndios e trabalhos de avaliação e lançamento;

2 – nos demais casos, a parte mais penosa é inevitavelmente feita, para outros fins, pelas repartições técnicas de engenharia, que levantam plantas das zonas atingidas, aéreas, estado atual, projeto da modificação empreendida, especificações, cálculos dos custos da obra, custo unitário, etc.;

3 – os imóveis a serem provavelmente valorizados têm estimativa prevista nos cadastros fiscais para fins de imposto territorial rural ou urbano, ou ainda predial;

4 – a técnica de avaliação para desapropriações, inteiramente conhecida e efetivamente praticada até para os

casos individuais e de pequena monta, é de todo aplicável à contribuição de melhoria;

5 – a preleção pode também resolver os casos extremos, resistentes ao processo de avaliação, insinuados no sistema brasileiro em vigor”⁴.

Quanto ao problema de determinação de qual obra é capaz de levar à tributação por meio de contribuição de melhoria, esse pode ser resolvido com a lei complementar que preceituaria os tipos de obra pública que comporiam a hipótese de incidência desse tributo, pois há muitas obras públicas que são financiadas com os recursos estatais advindos dos impostos.

A determinação da zona de influência gera algumas dúvidas, pois o critério para a sua determinação, se feita anteriormente, é subjetivo ou aleatório, o que não corresponde à prática. É melhor que as análises sejam feitas *a posteriori*, para que se possa comparar a realidade com a hipótese original.

Nos casos de valorizações decorrentes de uma pavimentação, por exemplo, é costumeiro carregar somente os proprietários que possuem imóveis com frente para a via beneficiada. Essa é a situação que mais ocorre nas prefeituras atualmente, divide-se o custo total da obra entre os proprietários dos imóveis localizados na rua beneficiada.

Em verdade, quem recebe o benefício direto são os imóveis situados na via pública pavimentada. Mas o Poder Público não pode negar, e nem deixar de levar em conta, que as ruas transversais e próximas daquela sofrem uma influência, e de alguma forma uma valorização, sujeitas, portanto, à tributação por meio de contribuição de melhoria.

Quando não se delimita a real zona de influência, cria-se uma situação muito difícil para a cobrança da contribuição de melhoria, porque o tributo torna-se alto e, por vezes, injusto, pois somente os imóveis diretos são tributados. Contudo, a valorização dos imóveis se dá de forma direta e indireta.

Além dos problemas citados, surge ainda outro questionamento em torno da validade ou não do Decreto-Lei nº 195/67. Para

alguns, como Sidney Saraiva, esse decreto não tem força de lei complementar e, por isso, as unidades federadas não estão obrigadas a segui-lo. Dessa forma, surgiria o problema da falta de uniformidade, e um grande problema para o Judiciário, pois que seriam inúmeros os questionamentos em torno da aplicação desse tributo num ou noutro lugar.

Outro é o posicionamento do professor Sacha Calmon de Navarro Coelho; para ele o referido Decreto-Lei caducou antes mesmo da Constituição de 1988, porque este diploma, com caráter de lei complementar, regulava a contribuição de melhoria baseada na valorização imobiliária conforme a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1/69. Entretanto, em 1983, a Emenda Constitucional nº 23 de 1/12, Passos Porto, mudou o critério para aplicação da contribuição de melhoria, passando a ser o do custo da obra.

Houve, assim, duas alterações: omitiu-se "...tendo como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado..." e foi substituída a expressão "imóveis valorizados" por "imóveis beneficiados".

Para o eminente jurista, a intenção do legislador, ao fazer essa modificação, foi clara, porque o fim era realmente substituir o critério valorização pelo critério custo, discordando de outros doutrinadores que esclarecem: imóveis beneficiados são o mesmo que imóveis que sofreram um acréscimo de valor, o benefício.

Em face disso, Sacha Calmon entende que existem dois tipos de contribuição de melhoria (a contribuição de custo, se se observar somente o limite total, e a contribuição de melhoria propriamente dita, se se considerar ambos os limites), e não adianta o questionamento acerca de qual tipo se adotou. Há corrente que defende ser necessário lei complementar para conferir a opção do legislador, mas há também doutrinadores que negam a necessidade de lei complementar, porque entendem que a competência tributária é plena, e cabe-lhes

escolher quando, como e quanto irão cobrar dos proprietários de imóveis beneficiados.

Toda essa discussão gira em torno da determinação dos limites a serem seguidos para a cobrança da contribuição de melhoria. No entanto, está-se questionando não a essência do tributo, que é o mais relevante, mas sim a lei. O que deve ser levado em consideração é a razão de ser do instituto, se se observar somente o limite total da obra estar-se-á cobrando taxa, e não contribuição de melhoria. É, assim, essencial que sejam observados os limites total e individual, para que sejam cumpridos os princípios de equidade e justiça, que fundamentam esse tributo, senão corre-se o risco de aplicarem um outro instituto, e não a contribuição de melhoria.

É necessário que seja elaborada uma lei complementar, com o fim de traçar as regras gerais de instituição e arrecadação da contribuição de melhoria, para que o tributo seja cobrado de maneira uniforme em todo o país, evitando possíveis problemas. Deve-se lembrar que essa lei deverá tratar somente de aspectos gerais, deixando a entidade política livre para adequar o tributo segundo as suas necessidades locais.

Outra razão do insucesso da aplicação da contribuição de melhoria no Brasil, apontada pelo professor Geraldo Ataliba, é a de que a lei brasileira seguiu critérios da legislação norte-americana referentes ao *cost assessment*, que é uma espécie do *special assessment*, e que não é a legítima contribuição de melhoria. O *cost assessment* é destinado para financiar pequenas obras públicas, que podem ter o seu custeio discutido com os proprietários vizinhos, é uma espécie de negócio, advém do acordo de vontades, não se adaptando à realização de grandes obras.

6. Conclusão

Este estudo tem respaldo em autorizada doutrina e no ordenamento jurídico nacionais. Por todas as razões expostas, acredita-se na viabilidade da contribuição de

melhoria como meio de arrecadar recursos para a realização de obras, favorecendo o progresso das cidades brasileiras.

Desde as primeiras tentativas de aplicação desse tributo, percebem-se problemas como a falta de um aparelho administrativo apropriado para a sua arrecadação, receio por parte dos contribuintes em face dessa nova espécie tributária, falta de vontade política; tudo isso leva à imposição de outros tributos.

Contudo, a maior dificuldade encontrada para a implementação desse tributo continua sendo a determinação do *quantum debeat*, pois, para que a contribuição de melhoria, segundo os seus princípios informadores, seja aplicada é necessário obedecer a dois limites essenciais, o total (custo da obra) e o individual (valorização imobiliária decorrente da obra), que, para muitos, são considerados de difícil harmonização. É de suma importância, também, a presença de técnicos especializados para que se proceda a uma justa e adequada avaliação do *quantum* devido a cada proprietário beneficiado.

Tudo isso já foi discutido ao longo deste trabalho; contudo, é necessário lembrar que a contribuição de melhoria, antes mesmo de ser implementada, por meio de lei, é um instituto com características próprias, as quais devem ser observadas para que se concretizem os ideais de justiça e equidade dela inerentes.

É premente a operacionalização da contribuição de melhoria, pois os pequenos municípios, em especial, necessitam dessa importante fonte de renda para a consecução dos seus fins, ao passo que a coletividade espera do Poder Público solução para os problemas sociais que atingem as cidades brasileiras hoje.

E, nos dias de hoje, com a reforma do Estado, que se torna cada vez menor, atribuindo as suas funções à sociedade civil organizada, ficando apenas na situação de fiscal do exercício das funções estatais, é o momento de todos participarem, reclamando

os problemas de sua comunidade, qual obra é mais urgente, etc. É a ocasião própria para exercer a verdadeira cidadania, que ultrapassa a simples representatividade política.

A contribuição de melhoria representa um meio efetivo para a realização das obras necessárias à sociedade, do qual dispõem todos os cidadãos, uma vez que a iniciativa não é somente do Poder Público, mas, também, da comunidade que desejar a obra; é meio de exercer a cidadania, por meio da fiscalização do procedimento tributário, desde a publicação do edital, passando pela impugnação do orçamento da obra, etc.

Espera-se, pois, que este trabalho contribua, de alguma forma, para despertar a sociedade e o Poder Público para a importância desse instituto, tendo em vista que é um meio justo e eficaz de satisfazer as necessidades públicas.

Bibliografia

- ACCIOLY, Aristóphanes. Contribuição de melhoria e valorização imobiliária. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S. A., 1951. 118p.
- APOCALYPSE, Sidney Saraiva. A contribuição de melhoria, o dever político de sua cobrança. Coed. São Paulo: Resenha tributária, 1975. 31p.
- ATALIBA, Geraldo. Elementos de direito tributário. São Paulo: Revistas dos tribunais, 1978. 476p.
- _____. Natureza jurídica da contribuição de melhoria. São Paulo: Revista dos tribunais, 1964. 263p.
- _____. Hipótese de incidência tributária. 4.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991. 215p.
- BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 10^a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 63p.
- BARROS, Luiz Celso de. Direito tributário. 1.ed. São Paulo: Jalovi LTDA, 1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e de direito tributário. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 273p.
- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. 621p.
- BRASIL. Código tributário nacional, Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de outubro de 1966.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

- Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 200p.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 195/67, de 24 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a cobrança da contribuição de melhoria. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de fevereiro de 1967.
- CAIRES, Hélio. Alguns enfoques sobre a contribuição de melhoria. Revista da faculdade de direito da UFG, nº 9, p. 61-74, 1985.
- CAMPOS, Cunha. Tributário – contribuição de melhoria, lançamento irregular, ilegalidade da cobrança. Revista Jurídica LEMI, nº 205, p. 2204- 2206, 1984.
- CASTRO, José Nilo de. Direito municipal positivo. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 16p.
- CATALDO, Paulo César. Taxa de contribuição de melhoria. Revista de direito público, nº 61, p. 81-89, 1982.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à constituição de 1988: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 423p.
- FALCÃO, Almicar de Araújo. Autonomia dos governos locais em matéria tributária. Revista de direito administrativo. V. 47. jan/março, 1957.
- LEITE, Daltro Barbosa. Contribuição de melhoria, estradas de rodagem e valor da terra. Rio de Janeiro, 1972. 118p.
- MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à constituição brasileira. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, V. 1, 1948. 430p.
- MEIRA, José de Castro. O sistema tributário na constituição de 1988, os princípios gerais. Revista da faculdade de direito, V. 29, p. 203-220, 1988.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 639p.
- MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. 1.ed. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, V. 1, 1947. 551p.
- PINTO, Bilac. Contribuição de melhoria. Rio de Janeiro, 298p.
- PINTO, Carlos Alberto A de Carvalho. Contribuição de melhoria, Revista de Direito Administrativo, V. XII, abr/jun. 1948.

Notas

¹CATALDO, Paulo César. Taxa de contribuição de melhoria: natureza jurídica. Revista de direito público, nº 61, 1982, p. 88.

²Ottorino Tentolini citado por CATALDO, Paulo César. Ob. cit., p. 53.

³Pinto, Bilac. Contribuição de melhoria, Rio de Janeiro, p. 07.

⁴Geraldo Ataliba in Alguns enfoques sobre a contribuição de melhoria, Hélio Caires, Revista da UFG, nº 09, p. 61-74.

Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro

Luiz Olavo Baptista

“La règle de conflit prescrit au juge l’application soit d’une loi étrangère, soit de la loi française.”

Henry Batiffol, *Traité de droit international privé*, Tomo I, 5ª. ed. Paris, 1993

Sumário

1. Aplicação da lei estrangeira designada pela regra de conflito. 1.1. Aplicabilidade das leis estrangeiras, aspectos gerais. 1.2. Aplicação concreta do direito estrangeiro no Brasil. 2. Obstáculos à aplicação do direito estrangeiro. 2.1. As exceções implícitas na legislação. 2.2. As exceções explícitas na legislação. 3. Conclusão.

Na frase lapidar que começa o Capítulo IV do Tratado de meu antigo professor, o problema da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional aparece como coisa simples. Mas como suas lições, o livro e a vida me mostraram, trata-se de um dos problemas mais difíceis do direito.

Por isso é bom, desde logo, conceituar a expressão direito estrangeiro para os efeitos deste texto.

João Baptista Machado explica muito bem que

“o direito estrangeiro chamado pelas normas de conflito é aquele direito privado que efectivamente vigora no território de um determinado Estado. Todos os preceitos de direito privado normal e efectivamente aplicados no

Luiz Olavo Baptista é Advogado em São Paulo; Doutor em direito internacional pela Universidade de Paris II; Professor titular de direito do comércio internacional na Faculdade de Direito (USP); membro da Corte Permanente de Arbitragem de Haia; árbitro, designado pelo Brasil, para o sistema de solução de disputas do Mercosul; Grande Oficial da Ordem de Rio Branco.

território de um Estado são abrangidos pela referência do direito conflitual do foro. Não será necessário que tais preceitos emanem directamente de fonte estadual: basta, como se disse, que constituam direito privado vigente no domínio territorial de um Estado²¹.

Adotada essa definição, veremos que a operação da regra de conflito, indicar uma norma de direito estrangeiro ao juiz da causa, coloca-nos diante de problemas teóricos. Entre eles, temos, por um lado, aspectos de teoria geral do direito – v.g. a natureza do direito estrangeiro –, por outro, aspectos operacionais – tais como se se fará, e como, a aplicação do direito estrangeiro se ocorrerá, sua interpretação, como se faz sua determinação, etc.

Nessa ordem de idéias, começarei pela aplicação da lei estrangeira, e depois examinarei os obstáculos à sua aplicação.

1. Aplicação da lei estrangeira designada pela regra de conflito

É preciso determinar – do ponto de vista da teoria geral do direito – a que título o direito estrangeiro é aplicado pelo juiz do foro, competente, no Brasil, numa visão geral. Em seguida, abordar os aspectos positivos do reconhecimento do seu teor e do modo de sua interpretação.

1.1. Aplicabilidade das leis estrangeiras, aspectos gerais

Ao se aplicar o direito estrangeiro, aparentemente ocorre uma brecha na soberania. Com efeito, aí o juiz estaria reconhecendo uma autoridade ou a competência ao legislador estrangeiro autor da norma aplicada.

Todavia, é mera aparência. Isso não ocorre. A questão está também ligada à de saber como esse direito será reconhecido. Ambas foram objeto de muita discussão e a doutrina, em diversos países, deu soluções diferentes a esses problemas.

Na *common law*, falou-se em *vested rights* – expressão que se pode traduzir, grossei-

ramente (pois há diferenças conceituais em cada sistema), por “direitos adquiridos”.

Na *civil law*, houve, de início, duas grandes correntes – a italiana da recepção e a francesa do direito como fato, que subdividem-se em variantes, no curso do tempo, dando origem a aplicações baseadas nos enfoques mais ou menos internacionalistas e ideológicos dos autores.

Examinemo-las.

Teoria dos “vested rights”

Autores tradicionais na *common law*, ingleses e norte-americanos², entendem que a aplicação do direito estrangeiro pelo seu juiz decorre de que este não poderia apreciar a existência dos *vested rights* das partes sem recorrer ao teor do direito de onde estes tiveram origem. Essa concepção se casa com, ou derivaria da idéia de *comity*, ou *comitas gentium* desenvolvida há séculos por Hugo Grotius, e que justificaria a aplicação do direito estrangeiro.

Essa teoria dos *vested rights* indaga: como se poderia examinar um contrato, senão sob o enfoque do direito sob que nasceu? Respondendo que, se nesse direito se fundamentariam as obrigações das partes, e outros aspectos da sua execução, não se poderia, sem cometer injustiça, ignorá-lo.

Entretanto, se esse raciocínio tem seu fundamento, este é limitado, pois, se a lei estrangeira regeu o nascimento do contrato, não teria obrigatoriamente por que reger sua vida, ou regular as conseqüências de sua execução.

O papel desempenhado pela lei estrangeira, com efeito, situou-se num território diferente e num momento do passado, enquanto o juiz atua no presente, e noutro território. Então ele estaria recriando a lei estrangeira para aplicá-la, ou então estaria reconhecendo vigência, o que não pode fazer sem menosprezar a soberania do Estado que lhe dá a jurisdição.

Essa teoria foi fortemente criticada e, ainda que tenha influenciado o primeiro *Restatement of the Conflict of Laws*, foi, depois, abandonada, em favor da *local law theory* da

escola de Yale³, e, hoje em dia, perdeu sua importância.

Alguns autores italianos procuraram, no século passado, resolver essa questão, propondo a “teoria da recepção”, que veio a ser uma das inspirações da chamada escola de Yale.

Teorias ditas “da recepção”

A primeira explicação teórica, dentro dessa corrente, foi a dada por Anzilotti no começo do século, quando, ultrapassando as posições da sua juventude⁴, afirmou a dualidade das ordens internacional e interna⁵, donde decorreria, para a doutrina italiana, um exclusivismo da ordem jurídica, que “exclui o caráter jurídico do que nela não se inclui”⁶.

Assim, para ele e seus seguidores, uma regra qualquer de direito estrangeiro só teria valor se fosse incorporada ao direito local – ou seja, recebida por este. Daí o nome “teoria da recepção”.

Como doutrinou Perassi⁷, as normas de direito internacional privado,

“produzem normas substancialmente conformes por seu conteúdo àquelas que, na ordem designada por elas, estão, ou estarão em vigor”.

A recepção da norma estrangeira, discriminou, depois, a doutrina italiana, pode ser material ou formal.

No primeiro caso – no que é, a meu ver, uma explicação carregada de artificialismo –, entende-se que a lei perde o seu caráter estrangeiro, pois apenas seu *conteúdo material* seria incorporado numa regra pertencente à lei do foro, que, para atender a um dado caso, torna-se uma norma semelhante à lei estrangeira⁸.

Criticando essa construção, Ago propôs a teoria da *recepção formal*: a lei estrangeira se incorpora como tal, mas só vale porque a regra de conflito local lhe dá valor. Assim, decorre de ato de soberania do país do juiz.

Trata-se de explicação que é aceita por boa parte da doutrina, na primeira metade deste século, criticada, embora, por Maury e Batiffol, mas apoiada por autores alemães.

Assim, esses autores entendem que, de uma ou outra maneira, o direito estrangeiro é aplicado pelo juiz nacional, enquanto lei estrangeira. Autônoma.

Com elas concorre outra corrente doutrinária, também na França e Alemanha, com seguidores em outros países, segundo a qual o legislador estrangeiro comandaria o juiz do foro, por via da regra de conflito, que lhe delegaria poderes para isso, a aplicar sua lei⁹, a chamada *teoria da recepção por delegação* ou, simplesmente, da delegação.

Teoria de Batiffol

A meu ver, entretanto, foi Batiffol quem, de maneira criativa, abordou melhor a questão, partindo do modo de aplicação da lei estrangeira.

Segundo ele, na prática, a parte deve aportar ao juiz a prova do seu conteúdo, ou este deve determinar que ele seja provado, ou obter a prova do seu teor por outra forma, conduta essa diametralmente diferente, pois, da sua, diante do seu próprio direito, que lhe compete dizer e conhecer.

Ora, como diz Batiffol, se os juízes pediram às partes a prova da lei estrangeira, “*ils ont traité la loi étrangère comme un point de fait*”. Não se pede prova do direito.

A posição de Batiffol, entretanto, é contestada¹⁰. Trata-se, porém, de posição realista.

O grande internacionalista e alguns críticos como Valadão não quiseram ver isso, nunca afirmaram que o direito estrangeiro é fato, mas, atente-se bem para a nuance, aliás decisiva – ele *é tratado como fato*; e aplicado como lei, uma vez determinado seu conteúdo.

Como lei porque, após determinado seu teor, é ou não aplicado segundo a regra de conflito, portanto o direito nacional manda fazê-lo. Com efeito, a inaplicabilidade (em caso de força maior, por exemplo) da lei estrangeira está a indicar tanto a excepcionalidade de sua aplicação, como o seu tratamento como se fora um fato, que o juiz decide ignorar por julgá-lo inaplicável à espécie. E isso nunca pode ocorrer em relação ao direito interno.

Isso explica também porque, ao aplicar o direito estrangeiro, o juiz não o deveria interpretar, mas, isso sim, adotar a interpretação que lhe é fornecida, observando-o, como dizia W. Goldschmidt, como se fora um sociólogo, de fora do mesmo.

Como doutrinava Batiffol, há na lei um elemento imperativo e um fator racional (ou, como ensina Miguel Reale, o direito é fato, valor e norma), sendo que o elemento imperativo (a norma) estrangeiro é abandonado, deitado fora, subsistindo apenas o elemento racional, o fato e valor, deixando o direito estrangeiro, então, como

“un ensemble de propositions générales applicables à des cas particuliers, et le juge opérant rationnellement, le cas échéant, comme il ferait pour la loi française, mais dans la mesure seulement où il n'existerait déjà à l'étranger une interprétation ou des éléments de solution qu'il ne pourrait que constater”.

Dessa forma, sem negar que a lei estrangeira é lei sob a soberania do Estado que a formulou, em face do juiz estrangeiro – por exemplo, o nosso –, ela não *constitui um imperativo em si mesma*, pois não emana do Estado donde decorre a jurisdição do foro. Trata-se, então, como acentuava Batiffol, de uma questão de inoponibilidade e não de natureza jurídica da norma.

O exame de sua aplicação concreta nos confirma a validade dessa formulação teórica.

Segundo Baptista Machado¹¹,

“o direito estrangeiro a ter em conta, para efeitos de aplicação no Estado do foro, é aquele que for criado pelas respectivas fontes formais, isto é, através dos modos ou processos como tais reconhecidos pelo ordenamento respectivo. Se este ordenamento reconhece o costume como fonte do direito, o tribunal local aplicará as normas consuetudinárias estrangeiras. Se nessa ordem jurídica vale o princípio do ‘stare decisis’, se nela vigora um direito de formação jurisprudencial como o ‘case law’ anglo-saxônico,

também o juiz do foro terá de se ater às decisões anteriores dos tribunais estrangeiros com força de precedentes”.

1.2. Aplicação concreta do direito estrangeiro no Brasil

Ao aplicar o direito estrangeiro, então, o juiz do foro, por coerência e obedecendo à regra de conflito, deverá aplicar o direito estrangeiro interpretando-o na conformidade das regras de interpretação daquele direito. Isto é, deve obter, tanto quanto possível, a prova do seu teor exato, como interpretado nos tribunais. Para a compreensão do direito estrangeiro, não basta – como se pensa correntemente – o texto frio de uma norma qualquer, traduzida (quase sempre mal) por algum tradutor juramentado ou outro escriba.

Não. É preciso compreender e ter bem presente que a aplicação é do direito estrangeiro, e não de uma regra avulsa extraída de lá, e inserida no direito do foro. Para clarificar bem esse aspecto e reforçar o argumento, basta atentar para o fato de que as chamadas leis uniformes aplicam-se de modo diferenciado de país para país, de tal modo que o procedimento da uniformização do direito vem sendo abandonado exatamente por isso¹². Outro exemplo, também clássico, é o dos direitos belga e francês, onde o mesmo texto, o Code Civil, vigora, quase sem diferenças. Entretanto, é aplicado com interpretações diferentes, de regras formalmente idênticas. Veja-se, por exemplo, a disposição relativa aos testamentos hológrafos (art. 970), em que, na França, a data errada é causa de nulidade e, na Bélgica, não.

Mas, como em direito, repito, nada é simples, alguém perguntará: e se a jurisprudência do país cuja lei se aplicará divergir? Não cabe uma terceira interpretação. É melhor a que for dominante. Predomina a que for apoiada pela doutrina, se todas forem do mesmo peso.

Como ensinava Luiz Antônio Severo da Costa,

“a interpretação da lei estrangeira deve ser feita no estado de espírito

dessa legislação, pois os termos, os conceitos e os institutos jurídicos têm o sentido e conteúdo que ali lhe são dados”¹³.

A prova do direito estrangeiro

Chega-se, então, ao problema da prova do direito estrangeiro. Como bem explica Maristela Basso¹⁴:

“O juiz não é obrigado a conhecer a lei estrangeira, daí pode exigir de quem a invoca a prova do texto e da vigência (LICC art. 14).”

A prova se fará pelos meios admitidos pelo CPC, ou por convenções internacionais de que o Brasil é parte¹⁵, por exemplo o vetusto Código Bustamante¹⁶, que dispõe sobre a matéria no seu art. 409:

“a parte que invoque a aplicação do direito de qualquer Estado contratante em um dos outros, ou dela divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigência e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate”.

No artigo seguinte, dispõe ainda que:

“na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o tribunal a julgar insuficiente, um ou outro poderá solicitar de ofício pela via diplomática, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatório sobre o texto, vigência e sentido do direito aplicável”.

Havendo, ainda, a obrigação legal de cada Estado parte nesse tratado, decorrente do artigo 141,

“ministrar aos outros, no mais breve prazo possível, a informação a que o artigo anterior se refere e que deverá proceder de seu mais alto tribunal, ou de qualquer de suas câmaras ou seções, ou da procuradoria geral ou da Secretaria ou Ministério da Justiça”.

A interpretação do direito estrangeiro

A referência, nos textos citados, ao direito alegado ou invocado por uma parte não quer

dizer que o juiz não deva aplicar, de ofício, o direito estrangeiro. A aplicação deste é compulsória, e decorre da regra de conflito.

Como diz Baptista Machado:

“é esta também a orientação actualmente dominante em diversos outros países: o juiz deve conhecer e aplicar oficiosamente o direito estrangeiro... (...) De igual modo a doutrina largamente dominante vota decididamente no sentido da aplicação *ex officio* do direito estrangeiro e da admissibilidade de um recurso de cassação ou revista para o supremo Tribunal com fundamento em violação, falsa interpretação ou incorreta aplicação de tal direito”¹⁷.

No Brasil, ocorre o mesmo que em Portugal, pelo que a lição do mestre de Coimbra vale para nós. Aliás, o direito a esse recurso é assegurado pelo artigo 412 do Código de Bustamante, e foi reconhecido em pelo menos uma decisão do STF¹⁸.

Entretanto, a regra do art. 23, 2, do Código Civil Português não tem equivalente em nosso direito. Dispõe essa norma que, “na impossibilidade de averiguar o conteúdo da lei estrangeira aplicável, recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente”.

No direito francês, o juiz, sem maior dificuldade, aplica, no lugar do direito estrangeiro desconhecido, o seu.

O problema das lacunas

Aí ocorre o problema clássico das lacunas do direito. Como vimos, o juiz brasileiro, obedecendo a norma de conflito (LICC – art. 14; RISTF – art. 115-I, c/c. 116; CPC – art. 337), não conhecendo a lei estrangeira, mandará que quem a invocou a prove – mas também, por dever de ofício, deverá determiná-la para fazer sua aplicação.

A lacuna eventual deve ser suprida segundo o artigo 4º da LICC¹⁹?

Pode-se admitir que sim, tendo em vista a coerência do sistema, pois a regra aparece com pequenas variações formais em outros textos – por exemplo, no CPC, art. 129, no C.Co., art. 291, na Lei dos Juizados Especiais,

art. 6º –, sendo então o preenchimento da lacuna de ser feito, segundo estabelecido pelo STJ:

“A interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos mas, sim, aplicar os princípios que informam a normas positivas”²⁰.

Preciosa essa decisão, que, aliás, reflete em nossos dias a sabedoria de Cícero, segundo o qual, na decisão, a *ratio prudentis* predomina sobre *aequitas* não a qualificando como apenas fruto da razão e do conhecimento humanos²¹.

Por isso mesmo já dizia Ruy Cyrne Lima que:

“Não é impossível pois que a remissão de Direito Internacional Privado depare, à relação jurídica ‘in hypotesi’ regra jurídica, revelada, no ordenamento jurídico estrangeiro, por analogia ou pelo recurso aos princípios gerais de direito”²².

2. *Obstáculos à aplicação do direito estrangeiro*

O propósito expresso das regras de conflito, como vimos, é a indicação do direito aplicável a determinada situação, nacional ou estrangeiro. A sua atuação, entretanto, vê-se tolhida em certos casos, quer por princípios implícitos ao sistema legislativo, quer por disposições explícitas.

É verdade que, no primeiro caso, esses princípios (e não a sua aplicação prática) podem estar enunciados em alguma regra – como é o caso do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil – de caráter geral, ou serem aplicados por analogia, como ocorria, em relação à Ordem Pública, no antigo Código Civil Português. De qualquer modo, eles estão integrados em cada sistema jurídico. Aí desempenham o papel dos “anticorpos”, são instrumentos do seu mecanismo imunológico de defesa, contra corpos estranhos ao sistema ou ao seu uso indevido. São as noções de fraude à lei e a ordem pública.

De outro lado, há manifestações expressas do legislador, em que este indica certas situações às quais não se aplicam as regras de conflito e, por consequência, este não manda aplicar o direito estrangeiro. E outras há em que, aplicada a regra de conflito, esta é expressamente afastada em favor do direito nacional; são exemplos o “interesse nacional lesado” ou aqueles decorrentes da reciprocidade.

Por último, há casos em que a regra de conflito é inaplicável – e por isso o recurso ao direito estrangeiro é impossível –, como ocorre com os institutos desconhecidos e naquelas situações em que há impossibilidade de determinar o elemento de conexão.

Seguindo esse roteiro, examinaremos, sumariamente, cada um dos aspectos apontados.

2.1. *As exceções implícitas na legislação*

Como se disse há pouco, há princípios inerentes a todo sistema jurídico que lhe permitem rejeitar os elementos que entram em choque com suas concepções.

Duas são as maneiras pelas quais se opera esse repúdio: por meio das exceções de ordem pública e da fraude à lei. Examinaremos sucessivamente, uma e outra.

Ordem pública

Historicamente, tem sido atribuído a Savigny, em 1845, ter enunciado o princípio da ordem pública, trazido à luz o mecanismo de sua atuação. Trata-se de equívoco, comum na doutrina brasileira, que foi desfeito pelo Prof. Jacob Dolinger, que deu a Story o lugar que lhe cabia como aquele que primeiro – em 1843 – enunciou a problemática da ordem pública. Bem se vê que é – em relação às regras de conflito – descoberta jurídica nova.

O mestre do Rio de Janeiro, em monografia clássica sobre a evolução desse conceito²³, com precisão afirma ser “princípio indefinível e de efeitos imprevisíveis”. A doutrina nacional, Strenger, Tenório, Batalha, Valladão, Amilcar de Castro, é concorde e uniforme em que não se pode

definir a ordem pública. No exterior, o mesmo ocorre. Battifol citava inúmeros autores que haviam-se recusado a definir esse fenômeno, ou que haviam naufragado nos recifes sem chegar ao bom porto da definição.

Mas nem por indefinível o conceito está fora de nossa compreensão. O que é importante é buscar suas características e finalidade, pois daí decorre sua compreensão.

Características

Caracteriza-se a ordem pública pela sua dinâmica histórico-geográfica: ela é uma em determinado momento, para no momento seguinte deixar de ser a mesma. Exemplo gritante é o divórcio, instituição que fornecia farta messe de jurisprudência da Suprema Corte, em matéria de sentenças estrangeiras a que se recusava o *exequatur* em nome do princípio da indissolubilidade do matrimônio, antes inscrito na Constituição. Hoje, desaparecida a proibição constitucional, não cabe mais a exceção de ordem pública nesse caso. Mas, se o divórcio era inadmissível à ordem pública brasileira, não o era na sistemática jurídica do Uruguai, nosso vizinho próximo, na do México, ou na dos EUA. Varia, assim, no espaço e no tempo.

Além dessas características de mutabilidade (no plano do tempo e do espaço), apresenta a ordem pública o princípio da sua gradualidade.

Ela é noção que se aplica gradualmente, medida pela sensibilidade do juiz diante da antinomia entre a lei ou a decisão estrangeira e o nosso sistema jurídico. Daí ser um conceito amplo, protegido quer pelo direito interno, quer pelas regras de Direito Internacional Público. Podemos lembrar a existência de certos princípios não-escritos de Direito Internacional Público que impedem, negam eficácia a tratados que colidem com eles.

Em seguida, a noção de ordem pública apresenta as características de operar em primeiro grau, quando se respeita a aplicação do direito estrangeiro no momento da operação da regra conflitual, e em segundo grau,

ao se negar a execução de atos estrangeiros que com ele choquem. E essas características se integram às suas finalidades.

Finalidade

Tal como no mecanismo imunológico dos organismos vivos, opera a ordem pública pela rejeição dos corpos estranhos que possam afetar o equilíbrio do sistema em causa.

Trata-se, à evidência, de um mecanismo defensivo, e é essa a sua finalidade. O que a ordem pública visa defender? É questão que só comporta uma resposta, de ordem geral: a coerência do sistema jurídico. Essa coerência decorre de uma situação social que o sistema incorpora e tenta reger, deve reger, operando, nas palavras do Prof. Dollinger, como “reserva mais aguerrida no sentido do isolamento jurídico de cada sistema nacional”.

Phillipe Mallaurie, o grande civilista francês, de quem também tive a ventura de ser aluno, entendia que a ordem pública era judiciária ou legislativa, segundo a forma como operava.

Mas essa distinção se apaga se encararmos a “finalidade da mesma, que explica o porquê de sua existência. Entretanto, a referência que fez é útil pela lembrança da confusão em que certos autores incidiram: a de crer que há algo em comum entre as leis imperativas e a ordem pública. Essa se desfaz com a consideração de qual a sua natureza.

Natureza da ordem pública

Há leis imperativas, a que certa terminologia de direito administrativo, e em geral do direito privado interno, chama de “leis de ordem pública”. Mas essas leis não são o mesmo. Na realidade, encontramos na presença de um princípio, o mesmo que inspirou o legislador a editar essas leis. Portanto, a ordem pública antecede às normas escritas: ela é fundamento da ordem jurídica.

Foi por ignorar esse aspecto fundamental de que há um princípio geral – o da ordem

pública – que integra o sistema que certos autores foram levados ao naufrágio na tentativa de sua definição ou ao fracasso, na enunciação do que seria “de ordem pública”. Ora, sendo um princípio, assente nas origens do sistema jurídico, confundindo-se com a concepção que o grupo social tem do direito e que o Estado tem de sua organização, é fácil ver que não se a pode definir. Nem se podem elencar regras de ordem pública, ou casos em que ela opera, de modo exaustivo ou permanente. Qualquer enunciação será falha: ou porque casos novos podem surgir, ou porque o conceito evoluiu. Ele é amebiano.

Examinada, embora de modo perfunctório, a ordem pública, cabe ver a noção de fraude à lei.

A fraude à lei

Intimamente aparentada à noção de ordem pública, não se confunde com ela. A fraude à lei é reconhecida e a exceção incide no momento da decisão judicial sobre o *exequatur* ou sobre o cumprimento de um ato emanado do exterior. Ela afasta a aplicabilidade da lei indicada pela regra de conflitos, porque o eloqüente de conexão ou a situação em que se acha são fraudulentos.

A noção de fraude vem do Direito Romano e suas raízes são remotas. No direito internacional privado, o caso clássico, exemplo de escola apontado por muitos, é o do divórcio da Princesa de Beaufremont, ainda hoje critério de decisão, precedente respeitado na Cassação Francesa.

É noção menos universal que a de ordem pública: desconhecerao-no, por exemplo, os direitos da *Common Law* nos EUA (com exceção da Louisiana) e na Grã-Bretanha, onde o problema é atacado por outros meios.

Há dois aspectos da exceção de fraude à lei que merecem nossa atenção mais próxima: o conceito e a sanção.

Conceito

Bernard Audit, em sua monografia sobre a matéria, lembrava “que, para que um ato seja sancionado como de fraude à lei, é preciso que a lei seja ignorada, isto é,

fraudada”. É justamente aí – na aplicação de uma lei que não cabia, incompetente, mercê de manobra dos interessados –, que reside a fraude.

A noção de violação da lei é que motiva o procedimento da rejeição.

Mas há confusões. Em um julgamento de *exequatur*, “no caso Weiller”, a Cassação Francesa incorreu numa delas. Mme. Weiller, casada com um francês, ela também francesa, obteve um divórcio em Reno, Nevada. Sabe-se que lá o divórcio por mútuo consentimento é admitido (ou o é com procedimento que resulta no mesmo efeito). Ao examinar o pedido, recusando-lhe a guarida, a Cassação negou-o, em razão das “condições artificialmente criadas pela Dame Weiller, tendo em vista substituir à lei francesa sobre o casamento, a aplicação por um tribunal incompetente, permitindo-lhe repudiar seu marido sem um debate sério”. O acórdão falava, nos seus consideranda, em *efeitos visados* por Mme. Weiller.

Com razão, a doutrina atacou esse fundamento, pela voz autorizada de Franciscakis, indagando: como saber qual o *efeito visado*?

Realmente, é impossível, ou haveria, desde logo, um pré-julgamento. Portanto, o efeito visado pelas partes não é a pedra de toque. Qual seria, então?

É na associação à intenção, da prova do efeito alcançado, que está a resposta. É na violação concreta da Lei (em decorrência do artifício usado) que deve repousar a certeza do juiz ao decidir.

E quando se viola a lei?

Não é, como já vimos, quando se almeja violá-la: é quando essa violação ocorre pela não-aplicação da lei, quando todos os elementos para essa estão reunidos, e são alterados e falseados.

Assim, a noção de fraude à lei exige certa simetria entre a solução dada pelo juiz ou autoridade estrangeira e a que seria aplicada nacionalmente. É fácil de compreender: porque, para que essa simetria ocorra, uma situação é criada artificialmente, e por meio de um falso conflito de leis provoca-se a

aplicação de uma lei que não seria a competente; e, além disso, o interessado procura exercer os direitos daí decorrentes. É como se alguém mudasse a sinalização numa estrada para levar o viajante até outro lugar, que lhe interesse.

Assim, conceituada a fraude à lei, é preciso ver quais suas conseqüências.

Conseqüências da fraude à lei

Assentado que a aplicação da exceção da fraude à lei passa pela determinação prévia de que a indicação da lei aplicável foi fraudada, resta saber a oportunidade da sanção e o modo como ela opera.

No tocante ao primeiro aspecto, cabe lembrar que nem toda fraude à lei é punível. É ao juiz que compete decidir se aplicará a sanção ou não.

Tal como ocorre com a Ordem Pública, o juiz tem certa latitude decisória nesta matéria.

Assim, debate-se na doutrina – e as respostas não são convincentes – se só a fraude à lei nacional do juiz deve ser reprimida, ou também a fraude à outra lei. A *vexata questio* aproxima-se, na sua solução, à da interposição da exceção de ordem pública no tocante às leis financeiras ou fiscais de outro país, para lembrar um exemplo.

A oportunidade da sanção então reside na vontade (informada pela formação) do juiz.

Já no que se refere ao modo, é preciso determinar antes que a fraude ocorreu, mediante a busca da lei aplicável (efetivamente) ao ato. Trata-se de procedimento indireto, e não imediato como ocorre no D.I. Público.

A sanção é a ineficácia do ato fraudulento, tal como ocorre com aquele que infringe a ordem pública. Ineficaz porque o juiz não pode anulá-lo sem investir sobre a competência alheia.

Isso relaciona-se com a problemática da fraude à lei estrangeira – e o caso “Mancini”, na Cassação Francesa, é um bom exemplo de como isso ocorre. Mancini, cidadão da Itália, que não admitia o divórcio; a esposa

naturalizou-o francês e requereu seu divórcio neste país. Após decisões contraditórias, em 1º grau e na apelação, a Cassation admitiu dar efeito ao divórcio francês – guardando-se, porém, de afirmar ou negar à fraude o direito italiano, porque entendeu que as condições para a naturalização da lei francesa foram preenchidas regularmente.

Assim, os efeitos da fraude à lei *não são bilaterais*, mas vinculam-se ao sistema jurídico do juiz.

Porém, como já se disse, não só a ordem pública e a fraude à lei afastam a aplicação do direito estrangeiro. Há outras hipóteses em que é determinado expresso, na lei, o afastamento.

2.2. As exceções explícitas na legislação

Há casos em que ocorre uma vocação subsidiária – porém inafastável, para a *lex fori* – da aplicação de suas regras. Elas decorrem da norma de conflito prever a reciprocidade ou da presença de disposições que protegem o chamado interesse nacional lesado.

Reciprocidade

O princípio da reciprocidade é muito conhecido, e tanto é combatido como defendido com ardor.

Os que combatem, como Haroldo Valadão, afirmam ser ele fator de atraso na evolução do direito, e os que o defendem afirmam justamente o contrário: que a reciprocidade força os demais países a conceder mais direitos aos estrangeiros, para que deles possam se beneficiar seus nacionais no exterior.

Há boas razões de ambos os lados, e pode-se crer que é o peso relativo do país que estabelece a realidade ou a eficácia do recurso à reciprocidade, e que fará com que ela atue positivamente num ou noutro sentido.

O mecanismo da reciprocidade é simples: a solução indicada pela regra de conflito só será aplicada se, no outro extremo, ela o fosse aos nacionais do outro país, o do julgador ou o do legislador.

É importante anotar aqui que, ao contrário dos institutos antes estudados, não ocorre uma negativa de vigência à solução apontada pela regra de conflitos. Aqui é esta que é afastada, pela condição de reciprocidade.

Interesse nacional lesado

A regra do interesse nacional lesado, ou melhor colocado, da proteção ao interesse nacional lesado, opera da mesma forma que a da reciprocidade: afasta a aplicação da regra de conflito, determinando a aplicação imediata da lei nacional.

Alguns exemplos a explicam: a norma do art. 5º, XXXI, da Constituição, ecoado pelo art. 10, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é um deles.

Outro, o do art. 42 do Decreto-Lei nº 2.044/1908, que em matéria cambial dispõe que:

“Tendo a capacidade pela lei brasileira, o estrangeiro fica obrigado pela declaração que firmar, sem embargo de sua incapacidade pela lei do Estado a que pertence”.

É interessante notar que, no mecanismo da primeira norma citada, avaliam-se, primeiro, as conseqüências advindas da aplicação dos direitos em conflito e, após, decide-se pela proteção ao direito nacional lesado. A mesma coisa ocorre com a norma relativa à responsabilidade civil – no tocante à indenização – do direito alemão.

Já no caso da Lei Cambial, não há sequer necessidade de exame da lei aplicável, que é afastada desde logo cedo pelo fato de o signatário da declaração ser capaz pela lei brasileira.

Há outros casos de afastamento da lei estrangeira, que não cabem nas categorias apresentadas; serão vistos na conclusão.

3. Conclusão

Não se aplica, também, a lei estrangeira, por razões paralelas à da ordem pública, quando o instituto não tiver correspondência no direito nacional. Muitos entendem ser este um caso de ordem pública, mas não é doutrina assentada. Na dúvida, é melhor colocá-los à parte, até porque os

fundamentos da ordem pública podem não estar presentes. Se no caso da poligamia estão, no caso de sociedade unipessoal podem não estar. Assim, os tribunais italianos sempre reconheceram a existência dos Anstaltlichsteinianos, mas o de Veneza não, por muito tempo.

Pode também ocorrer a impossibilidade de se empregar um ponto de localização, uma circunstância de conexão: é o caso de nacionalidade em relação aos apátridas, ou a pessoas cuja lei nacional seja indeterminável.

A impossibilidade de se estabelecer uma circunstância de conexão ou a inexistência da figura jurídica definida pela lei estrangeira tem conseqüências jurídicas diferentes dos casos de ordem pública e fraude à lei: não há a ineficácia, mas sim a impossibilidade jurídica de se abranger a situação da forma indicada pela regra de conflitos, a ensejar a aplicação da lei nacional.

Assim, a regra de conflitos, como toda a regra, comporta exceções: exceções à aplicação do direito por ela indicado, ou a sua própria aplicação. Essa é uma outra maneira pela qual o problema poderia ser abordado.

Essas exceções vêm, com desculpas pelo chavão, confirmar a regra de aplicabilidades do direito estrangeiro. Servem-lhe de elemento moderador, reforçando a validade do sistema multissecular que busca antes de tudo a justiça, a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas internacionais.

A balança da justiça aí coloca em seus pratos, de um lado, a autoridade, visando assegurar a justiça nas relações interpessoais, e, de outro, a vontade dos indivíduos, procurando tirar o melhor partido de sua liberdade. E é o equilíbrio dessa balança que todos nós buscamos.

Notas

¹ Lições de Direito Internacional Privado, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1985, p. 242-3.

² Halsbury's Laws of England, 2ª ed. V.6; Holland "Jurisprudence", 2ª ed., p. 317, Beale, Cases on the Conflicts of Laws, III, § 1º e R. 1937.2; Goodrich, Handbook on the Conflict of Laws, 1927, p.

10; v. Wigny, *Essai sur le droit international privé américain*, 1932, pp. 163 e s.; B. Hanotiau, *Le droit int. privé américain*, 1979, pp. 7 e s.; Audit, *Travaux du Com. Fr. de droit int. privé, 1977-79*, p. 29. A idéia, no entanto, sob a influência de Beale, tinha inspirado o primeiro “Restatement”. Ela tinha sido indicada, na França, por Vareilles-Sommières. *Syn-tèse du droit int. privé*, I, n. 40 e s.; V. contrariamente Müller, *Der Grundsatz des wohlervorbenen Rechts*, Hamburgo, 1935; os autores americanos são contrários desde a crítica de Cook, *The logical and legal bases of the conflict of laws*, 1942; sobre as ligações da doutrina com o caráter fechado da *common law*, v. H. Muir Watt, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, R. 1986, 425, 429.

³ cf. Cook e Lorenzen; id. Maury “Règles générales de conflit des lois”, n. 48; M. Wolff, “Private International Law”, 2ª ed. 217; R. De Nova, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi*, Valladolid, 1964.

⁴ Ele ensinava, então, numa postura positivista, ou quase, que, se as regras de DIP são substancialmente internacionais, elas seriam formalmente internas (“Studi critici di diritto internazionale privato”, 1898), mas sua posição é diferente no seu curso, 1925.

⁵ “Curso di diritto internazionale privato”, 1925.

⁶ R. Ago, *Curso da Academia de Direito Internacional da Haia*, 1936, IV, p. 302.

⁷ *Introduzione al diritto internazionale privato*, in *Comentari e studi*, IV, 1952, p. 484.

⁸ Essa é a posição de Fedozzi, *op. cit.* p. 157; Pacchioni, *Elementi di diritto int. privato*. 1931, p. 116-118, entre outros.

⁹ Cf. Loussouarn e Bourel, n. 239; Maury, *op. cit.*, n. 59.

¹⁰ V., principalmente, Maury *Trav. du Comité fr. de droit int. privé*, 1950.97 Döle, R. 1955.233; Zajtay, *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère en droit int. privé français*, 1958; *L'application du droit étranger: science et fictions*, *Rev. Int. dr. comp.*, 1971.49, Motulsky, *Mél. Savatier*, p. 681; Giuliano, *Rev. Int. du dr. comp.*, 1962.5; Yasseen, *Cours du l'Acad. de dr. int.*, 1962; Vitta, *Dir. int. privato*, I, 224; cf. Cyrille David, *La loi étrangère devant le judge du fond*, 1965, que, ao mesmo tempo em que evita a aproximação com um ponto de fato, constata um elemento específico no caráter estrangeiro da regra.

¹¹ *op. cit.* p. 243-4. O direito português, nesse aspecto, dá soluções idênticas ao nosso.

¹² Cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. “The Unidroit Principles – A Possible Model for the Harmonization of International Contract Law in the Context of the Regional Integration of the Americas, with Special Reference to Mercosur”, *Congreso Interamericano – Valência, Venezuela – 6-9 Nov. 1996*.

¹³ Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 35. Nesse mesmo sentido GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofia del derecho internacional privado*, 2ª ed. Buenos Ayres: EJE, 1952, v. 1, p. 368.

¹⁴ Da aplicação do direito estrangeiro pelo Juiz nacional – o direito internacional privado à luz da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60.

¹⁵ No caso do direito francês, por exemplo, a informação solicitada proviria da repartição do Ministério da Justiça denominada “Office de législation étrangère et de droit international”. No caso de outros países, há instituições privadas reconhecidas como fonte de informação; na Alemanha, o Max Plank Institut für ausländisches und internationales Privatrecht”, na Itália, o Istituto di diritto comparato e di studi legislativi, de Roma, na Holanda, o Institut Juridique International.

¹⁶ Promulgado pelo decreto 18.871 de 13 de agosto de 1929. O tratado foi firmado quando da 6ª Conferência Internacional Americana, reunida em 1928 em Havana, e resultou de esboço do Jurista Cubano Sanchez de Bustamante.

¹⁷ *Op. loc. cit.* p. 247.

¹⁸ Recurso extraordinário n. 93.131-MG. Relator: Min. Moreira Alves (RTJ 101:1149).

¹⁹ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os bons costumes e os princípios gerais de direito”.

²⁰ RSTJ 19/461, maioria.

²¹ De Legibus, I, 19: “nam ut illi aequitatis, sic nos delectus vim in lege ponimus” e 2, 8: “hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatum nec scitum aliquid esse populorum”.

²² Lacunas e conflitos de leis, Porto Alegre: Sulina, 1963, p. 17.

²³ A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado: Tese Cátedra, Faculdade de Direito UERJ – Rio de Janeiro: Ed. Universitária, 1979.

Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade

Anna Candida da Cunha Ferraz

Sumário

I- Introdução. II- O controle preventivo de constitucionalidade: 1. Conceituação. 2. Objeto do controle. 3. A presença constitucional do controle preventivo de constitucionalidade. 4. Notas características do controle preventivo. 4.1 Modalidades do controle preventivo. 4.2. Prazos. 4.3. O objeto do controle preventivo de constitucionalidade. 4.4. O processo do controle preventivo de constitucionalidade. 4.5 Os efeitos da decisão em sede de controle preventivo de constitucionalidade. 5. O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil. 5.1. O controle de constitucionalidade preventivo político. 5.2. O controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional. III- Considerações finais: as vantagens e as desvantagens do controle preventivo de constitucionalidade.

I - Introdução

A conveniência de prevenir ou reparar as violações à Constituição é defendida pelos tratadistas pátrios e estrangeiros¹. De um modo geral, os sistemas constitucionais modernos e contemporâneos, fundados numa Lei Fundamental Suprema, base de todo o ordenamento jurídico, centrados em constituições rígidas, admitem o controle de constitucionalidade.

É o controle de constitucionalidade um dos princípios do Estado Democrático de Direito, que se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia.

Anna Candida da Cunha Ferraz é Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Procuradora do ESP – Ex-Procuradora-Geral do ESP.

Certo é mencionar que, embora ainda se tenha presente a discussão sobre a compatibilização do controle de constitucionalidade com a teoria democrática, ou, mais precisamente, sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade exercido sobre as leis por órgão estranho ao Legislativo², o fato é que a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade permeia praticamente todos os estados constitucionais³.

Se não se questiona, portanto, a necessidade e a conveniência do controle de constitucionalidade, certo é que acesa polêmica se trava quando se busca organizar ou instrumentalizar o exercício do controle de constitucionalidade: que métodos de controle adotar, que método se mostra mais adequado ao Estado Democrático de Direito, qual deve ou pode ser o objeto do controle, que órgãos devem exercer o controle, que efeitos deve ou pode o controle de constitucionalidade produzir, qual o método mais eficaz, como se coloca, nesse contexto, a interpretação constitucional, quais os limites da jurisdição constitucional. Essas são algumas questões que o tema do controle suscita.

De outro lado, convém recordar que, hoje, mais do nunca, a preocupação de se buscar assegurar a efetividade e o cumprimento da Constituição coloca o “controle de constitucionalidade” como um dos pontos centrais no plano do Direito Constitucional. Preocupam-se os juristas com a eficácia jurídica e social do documento constitucional, sede normativa básica dos valores da sociedade. Como assegurar o efetivo cumprimento das normas constitucionais? Como “vigiar”, “fiscalizar” para que a norma constitucional, fruto da escolha (presume-se) consciente dos representantes do povo, seja observada? Nesse campo, portanto, situa-se a principal problemática do “controle da constitucionalidade”: a efetividade da Constituição e a eficiência do controle, eis os pólos de preocupação na temática.

II- O controle preventivo de constitucionalidade

1. Conceituação

Como se sabe, por controle de constitucionalidade entende-se a verificação da adequação de qualquer ato jurídico comissivo (ou omissivo) à Constituição. Consiste, pois, o controle de constitucionalidade em verificar a conformidade ou a desconformidade, a adequação ou a inadequação do ato jurídico ou da omissão do poder público ante a Constituição, com o objetivo de, se desconforme ou inadequado, sanar-se o vício e fazer prevalecer a Norma Fundamental⁴; ou, por outras palavras, busca-se, pelo controle de constitucionalidade, garantir que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe sejam conformes⁵, e, se desconformes, procura-se inutilizá-los.

Pressupõe, pois, o controle a existência de uma norma-parâmetro – a Constituição –, que funciona como o segundo termo da relação, sendo que o primeiro termo é representado por *atos normativos* (leis, leis delegadas, qualquer que seja o nome pelo qual são reconhecidas nos diferentes ordenamentos jurídicos, etc.) ou por *comportamentos* (uma obrigação de fazer, *verbi gratia* uma nomeação pelo Presidente da República) ditados diretamente pela Constituição.

É que o controle de constitucionalidade, qualquer que seja a modalidade por ele assumida, implica o exame do ato ou comportamento em confronto direto com a Constituição. Em tese, entre o ato em questão e a Constituição não existe norma interposta, ou, quando existe, tal norma não esgota ou não contém todo o fundamento do ato ou do comportamento que acaba por se fundar na própria Constituição.

Entre as modalidades de controle, aponta-se o controle preventivo de constitucionalidade.

Caracteriza essa modalidade de controle o *momento* em que atua. Contrapondo-se ao chamado controle sucessivo ou repressivo⁶, relaciona-se *ao momento da formação* dos

atos ou dos comportamentos sob controle. Assim, o controle prévio é aquele que se exerce antes de concluído o processo de formação do comportamento ou do ato, inclusive no que pertine à sua efetiva execução⁷.

Destarte, em regra, é o controle que opera antes que o comportamento ou o ato se aperfeiçoem⁸, tornem-se obrigatórios, existentes e válidos e eficazes.

2. *Objetivo do controle*

Ponto relevante a ressaltar, segundo generalizadamente aponta a doutrina⁹, é o objetivo do controle preventivo, que, em geral, significa interferência frontal no exercício da atividade normativa dos poderes políticos.

O objetivo do controle preventivo é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, especialmente uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. Assim, essa modalidade de controle constitui, em essência, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização *a priori*.

Trata-se, destarte, de controle que incide sobre a criação da norma, diferentemente do controle repressivo que incide para a destruição de uma norma já posta.

3. *A presença constitucional do controle preventivo de constitucionalidade*

O controle preventivo desponta como modalidade de controle particularmente nas constituições de pós Segunda Guerra Mundial (Itália, 1948; Alemanha, 1949; França, 1946 e 1958), mas assume espaço significativo nas constituições das décadas de 70, 80 e 90, afora outras constituições¹⁰. Apresenta-se tratado, de modo expresse, na Constituição de Portugal de 1976 (mantido, com algumas alterações nas reformas posteriores de 1982, 1989, 1992), num capítulo cujo rótulo por si é bastante elucidativo: “Da fiscalização preventiva de constitucionalidade” (art. 278). O modelo é seguido por algu-

mas constituições de Estados lusófonos, promulgadas nesta década¹¹; é assimilado pela Constituição da Espanha de 1978 e se encontra, também, estampado em algumas constituições de Estados, antigas colônias francesas, que seguem o modelo francês. Jorge Miranda, examinando o tema, cita ainda outros exemplos de constituições que estampam essa modalidade de controle¹².

Releva assinalar que, pelos exemplos citados, já se percebe que o controle preventivo de constitucionalidade convive mais diretamente com o sistema parlamentarista de governo, que, a seu turno, adota o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, em regra posto na competência das Cortes Constitucionais. É certo que vamos encontrar algum tipo de controle preventivo em constituições presidencialistas. Entre essas, merece menção expressa a Constituição de Costa Rica. Embora dentro de um sistema presidencialista de governo, o modelo de controle de constitucionalidade adotado é o modelo concentrado atribuído a uma Câmara Especializada da Corte Suprema de Justiça, composta de sete magistrados eleitos por maioria qualificada de 2/3 (dois terços) de parlamentares¹³. Nas demais, como veremos adiante, o controle prévio de constitucionalidade, além de estritamente limitado quanto ao seu objeto, apresenta-se, também, bastante diferenciado dos modelos adotados nos sistemas parlamentaristas.

4. *Notas características do controle preventivo*

4.1. *Modalidades de controle preventivo*

O controle preventivo apresenta-se em várias modalidades, conforme o critério adotado para examiná-lo. Assim, é possível distinguir o controle prévio externo e o interno; o controle preventivo político e o jurisdicional; o controle que incide diretamente durante o procedimento de formação dos atos ou comportamentos e o que incide após concluído tal procedimento, mas antes de o ato se aperfeiçoar e produzir os seus efeitos normais; o controle obrigatório e o facultativo e o controle prévio material ou formal; o con-

trole total ou parcial; o puro ou o misto; o colegiado ou o singular. Merecem exame particularizado algumas dessas modalidades de controle quando especialmente voltadas para o controle dos atos legislativos ou normativos:

a) Controle preventivo externo ou interno

O controle preventivo externo é o realizado por órgão estranho àquele que produz o ato ou o comportamento sindicado. No que respeita aos atos legislativos, é precipuamente o controle que incide sobre o projeto de lei, nas suas várias fases, e é realizado por órgão diferente do Poder Legislativo: exemplificando, é o controle atuado por um órgão jurisdicional propriamente dito, pela Corte Constitucional, pelo povo ou pelo Executivo.

O controle preventivo interno, que incide também sobre os atos legislativos, é o realizado por órgãos e comissões do próprio Poder Legislativo durante a tramitação de um projeto de lei.

A modalidade de controle prévio mais freqüentemente encontrada é o controle prévio externo, que incide sobre atos aprovados pelo Legislativo e em vias de promulgação. É o caso do veto do Poder Executivo a um projeto de lei (como ocorre em Costa Rica) ou do controle atuado pelo Conselho Constitucional na França, por força do que dispõe o artigo 61 da Constituição francesa de 1958.

b) O controle preventivo quanto ao órgão: controle político e controle jurisdicional

O controle preventivo tanto pode ser atuado por um órgão político, como por órgão jurisdicional. Via de regra, nos sistemas que adotam o modelo concentrado de controle atuado por um Tribunal Constitucional, cumpre a esse órgão exercê-lo. É o caso de Portugal, Itália, Angola¹⁴.

O controle preventivo atuado por órgão não-jurisdicional, ou seja, o chamado controle político de constitucionalidade, tal como indicado em Burdeau, é por exemplo o veto, que permeia os sistemas presidencialistas. Aliás, Burdeau usa exatamente a

Constituição brasileira de 1934 para exemplificar essa modalidade de controle.

A Constituição de Costa Rica, em seu artigo 125, habilita o Poder Executivo a apor veto a projetos de lei (com algumas ressalvas) fundado em motivos de inconstitucionalidade. Interessante observar que essa Constituição, diferentemente das demais que também adotam o veto executivo, determina que, quando a Assembléia Legislativa rejeita o veto, este deve ser remetido à Câmara Constitucional, que deverá resolver a questão em trinta dias. Não é, pois, o veto superável definitivamente pela Assembléia, como é usual nos demais sistemas, ficando, destarte, sob a dependência do pronunciamento do órgão constitucional. Pode-se identificar, nesse caso, a incidência do controle dito misto, que combina elementos do controle político com o exercido pelo órgão jurisdicional.

A Constituição de Angola, de 1992, que segue a de Portugal, admite a legislação delegada em que não existe reserva absoluta de legislação pelo Parlamento (art. 57), cabendo ao Tribunal Constitucional, à semelhança de Portugal, exercer a fiscalização preventiva (art. 154), mediante requerimento do Presidente da República ou de 1/5 de deputados.

Também a Constituição espanhola abriga o controle prévio a ser realizado pelo Tribunal Constitucional e que recai especialmente sobre a ratificação de certos tratados (art. 95.2). Estende-se, todavia, tal controle às leis em geral, por força da cláusula geral contida no art. 161.1 "d", que incorporou a modalidade na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Esse controle prévio incidente sobre as leis é rotulado de "forma excepcional de controle", conforme aponta Cruz Villalon¹⁵, que o admite "como um mal menor". "Um mal porquanto se trata da interferência no processo legislativo por parte de um órgão estranho ao mesmo, aparecendo como um "veto constitucional"¹⁶. Afora isso, em Espanha, o Tribunal Constitucional exerce controle prévio sobre o projeto

de Estatuto de Autonomia das comunidades autônomas, que pode ser provocado pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, cinquenta deputados, cinquenta senadores e pelos órgãos colegiados executivos e Assembléias das Comunidades Autônomas¹⁷.

c) Controle preventivo quanto ao momento

O controle preventivo pode incidir durante o procedimento de elaboração do ato ou após sua elaboração e antes de seu aperfeiçoamento.

Em Portugal, segundo Jorge Miranda¹⁸, não há sujeição automática de certos diplomas, nem uma pré-apreciação necessária de todos os diplomas. Para o exercício do controle, impõe-se a iniciativa do Presidente da República ou dos Ministros da República. A iniciativa exerce-se *antes da ratificação* quanto aos tratados; quanto às leis e aos decretos-leis, os diplomas referidos devem ser remetidos ao Tribunal Constitucional *antes* da promulgação das leis; e devem ser submetidos ao controle preventivo, *antes da assinatura*, os decretos de aprovação de acordos internacionais e os decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares regionais. Interessante observar que, no caso de o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade, tanto o Presidente da República como o Ministro da República podem exercer o poder de veto, solicitando nova apreciação do diploma pela Assembléia respectiva ou comunicando-o ao Governo (art. 139º, 1 e 4, e art. 235º, 4). Já, ao contrário, o exercício do “veto político” preclui a iniciativa de fiscalização preventiva, salvo se houver modificação do texto pela Assembléia, em segunda deliberação¹⁹.

d) Controle preventivo obrigatório e facultativo

Revelam as constituições vigentes que o controle preventivo pode ser obrigatório, exigível para certos diplomas, ou pode ser facultativo, isto é, provocado por iniciativa discricionária de certas autoridades públicas.

Em regra, o controle preventivo é facultativo, tal como ocorre em Portugal, onde pode ser suscitado por órgão ou autoridades políticas: o Presidente da República (quando a este cabe promulgar leis, decretos-leis – leis delegadas), os ministros de Estado, os Presidentes do Parlamento ou de suas Casas (art. 278º, 1 e 2).

Vale ainda observar que o Presidente da República, o Primeiro Ministro e um quinto de Deputados podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de qualquer norma constante de decreto enviado ao Presidente da República para promulgação como *lei orgânica*.

A Constituição francesa abriga os dois tipos de controle preventivo²⁰: o obrigatório e o facultativo²¹. De um lado, a Constituição francesa demanda, obrigatoriamente, o exercício do controle preventivo no caso das *leis orgânicas e dos regimentos parlamentares*. Devem esses diplomas ser remetidos ao Conselho Constitucional *antes* da promulgação ou publicação. Nesses casos, a promulgação fica suspensa pelo prazo em que o Conselho deve-se pronunciar (1 mês ou 8 dias). O requerimento pode ser formulado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembléia Nacional e do Senado e, mais recentemente, por 60 deputados. O controle preventivo é facultativo no caso dos Tratados Internacionais quando aprovados, mas não publicados. As mesmas autoridades retro-indicadas podem solicitar o pronunciamento do Conselho Constitucional. Cabe ao Conselho Constitucional examinar a compatibilidade entre o tratado e a constituição. No caso de negativa, a revisão da constituição deve preceder à ratificação do tratado²².

A Constituição de Costa Rica, como se viu, abriga também as duas modalidades de controle prévio: o obrigatório e o facultativo.

e) Controle preventivo material e formal

Tal como ocorre no controle repressivo, o controle preventivo pode incidir sobre o exame do conteúdo material do ato em refe-

rência à Constituição ou relativamente ao procedimento formal que deve ser observado na sua elaboração.

Jean Gicquel aponta tais modalidades de controle: o *controle interno ou material* da lei, que se opera por referência à Constituição, e o *controle externo ou formal* do texto, que se exerce tendo como parâmetro as regras procedimentais introduzidas pela Constituição, em prol da racionalização da atividade parlamentar²³.

Ruben Hernandez Valle, analisando a Constituição de Costa Rica, aponta o controle formal de constitucionalidade ali existente ao observar que, em Costa Rica, a “decisão da Câmara Constitucional somente se impõe na medida em que ela estabelece a existência de um procedimento inconstitucional no exame do projeto” considerado, quer se trate de reforma constitucional, quer de um projeto de lei qualquer²⁴.

4.2. Prazos

Essencial para o funcionamento adequado do controle preventivo é a fixação de prazos, seja para as autoridades requererem a apreciação do diploma pelo órgão competente (controle facultativo), seja para provocarem tal manifestação (controle obrigatório), seja para o órgão competente (Tribunal Constitucional ou Conselho Constitucional) se pronunciar.

A eficácia do controle preventivo está, assim, ligada à celeridade da apreciação da questão de constitucionalidade pelo órgão competente. A questão de prazo se torna tanto mais necessária quando se percebe que esse controle barra a ação legislativa, impedindo a elaboração de um ato normativo pelo poder competente, como se viu.

Releva notar que a fixação de prazos tanto incide sobre a iniciativa do controle como, e principalmente, para a tomada de decisão sobre o mesmo pelo órgão competente.

Em Portugal, a provocação deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da recepção do diploma pela autoridade competente (art. 278º, 3). A *vacatio* deve ser pre-

vista no diploma, vale dizer, este tem de estabelecer que, antes de sua promulgação, transcorrerá o prazo para a interposição do controle de constitucionalidade preventivo. O Tribunal Constitucional tem prazo de vinte e cinco dias (que pode ser encurtado por solicitação de urgência do Presidente da República – art. 278º, 8) para pronunciar-se.

A *vacatio* estabelecida pelo próprio diploma, salienta Jorge Miranda²⁵, não pode frustrar os poderes dos órgãos de iniciativa e do Tribunal Constitucional, nem reduzir o tempo para a fiscalização se exercer. Se isso ocorrer, a *vacatio* deverá ser considerada prejudicada ou automaticamente prolongada por efeito da norma constitucional.

De notar-se que a Constituição de Portugal prevê, de modo expreso (art. 278, 7), que o Presidente da República não pode promulgar os decretos de lei orgânica sem que decorram oito dias após a respectiva recepção, o que busca, exatamente, evitar a inviabilização do controle prévio por uma promulgação célere, no dia imediato da recepção, por exemplo; também o Presidente da República não pode promulgar o decreto referido antes do pronunciamento do Tribunal Constitucional, nos casos em que a intervenção deste órgão é requerida.

O artigo 61 da Constituição francesa de 1958 estabelece que o Conselho Constitucional deve-se pronunciar dentro de um mês a partir da provocação, sendo que, em caso de urgência, esse prazo, por solicitação do Governo, pode ser reduzido a oito dias. No caso do controle obrigatório das leis orgânicas, a provocação deve ser feita antes de sua promulgação, e a dos regulamentos parlamentares antes de sua entrada em vigor (art. 61). No caso das leis em geral, incluídas como objeto do controle pela Emenda Constitucional de 1974, presume-se que o prazo para a provocação do controle deve ser o mesmo que o prazo atribuído ao Presidente para a promulgação da lei (art. 10).

Em Costa Rica, a provocação do controle prévio deve ser posta antes de a matéria

receber votação definitiva, e a Câmara Constitucional tem um mês de prazo para resolver a questão.

4.3. *O objeto do controle preventivo de constitucionalidade*

Usualmente, essa modalidade de controle incide *sobre e no* processo de criação de normas e, apenas raramente, sobre atos ou comportamentos diretamente derivados da Constituição.

Revela o estudo comparado que o objeto principal do controle preventivo são: a.1) as normas ditas primárias, isto é, normas derivadas diretamente da Constituição²⁶. Nesse rol de normas primárias, incluem-se as leis em elaboração pelo Parlamento ou os atos normativos primários, originados, por reserva constitucional, do Governo; a.2) as leis delegadas, ou seja, sobre atos normativos elaborados pelo Governo mediante autorização do Parlamento; a.3) as normas constantes de tratados internacionais; a.4) os decretos regulamentares regionais (nos Estados que adotam o sistema administrativo de divisão regionalizada, como ocorre em Portugal²⁷; a.5) em alguns sistemas, tal controle incide também sobre a reforma constitucional.

Exemplificando:

A fiscalização preventiva em Portugal, disciplinada no artigo 278º, é bastante ampla quanto ao objeto de controle. Incide sobre qualquer norma constante de tratado internacional, sobre decretos enviados ao Presidente da República para promulgação como lei ou decreto-lei, sobre acordo internacional remetido para a assinatura do Presidente da República. Incide, ainda, sobre decretos regulamentares regionais e decretos legislativos regionais.

Em Espanha, o controle prévio incide sobre os tratados internacionais e sobre os projetos de Estatutos de Autonomia (que devem ser submetidos ao referendo popular) e sobre as Leis Orgânicas. O primeiro é previsto diretamente pela Constituição (art. 95), e o segundo foi incorporado pela

LOTC²⁸. Fernandes Segado, discorrendo sobre o “recurso prévio” para declarar a inconstitucionalidade dos Estatutos de Autonomia, defende a validade da medida, tendo em vista que seria irrazoável o gravíssimo problema que seria suscitado pela invalidação jurisdicional de uma norma em cuja elaboração participou o povo por intermédio do correspondente referendo²⁹.

Na França, o Conselho Constitucional exerce controle prévio sobre as leis orgânicas, antes de serem estas promulgadas; também exerce controle prévio sobre os regulamentos parlamentares e suas modificações. Em ambos os casos, o fundamento constitucional está no artigo 61 da Constituição, sendo que o Conselho Constitucional se recusa a examinar qualquer caso que envolva regulamentos parlamentares já em execução. Quando consultado com fundamento no mencionado artigo, o Conselho não pode-se recusar a examinar a questão³⁰. Em reforma introduzida em 1974, o alcance do artigo 61 foi ampliado para abranger também as leis em geral que, antes de sua promulgação, podem ser “deferidas” ao Conselho Constitucional mediante solicitação do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembléia Nacional, do Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores³¹.

Costa Rica, que adota um sistema concentrado de controle de constitucionalidade por meio de uma Câmara especializada na Suprema Corte de Justiça, conforme se mencionou, admite um controle prévio, como na França, porém em amplitude bem maior, segundo acentua Ruben Hernandez Valle³². O controle prévio obrigatório incide sobre projetos de reforma constitucional ou de reforma da lei relativa à jurisdição constitucional, além de alcançar os projetos relativos à aprovação de tratados ou acordos internacionais; o controle facultativo pode ser movimentado, mediante solicitação de dez deputados, relativamente a todos os demais projetos de lei e aos textos de aprovação de atos ou contratos administrativos ou a revi-

são do regulamento interno da Assembléia Legislativa; a Corte Suprema de Justiça, o Procurador-Geral da República, o Tribunal Eleitoral também podem provocar controle prévio sobre projetos de lei que afrontem as normas relativas à competência constitucional respectiva; finalmente, o Defensor do Povo também pode provocar o controle sobre projetos de leis que entenda afrontosos a direitos e liberdades fundamentais³³. Anota referido autor a particularidade do sistema que permite controlar a constitucionalidade das regras *interna corporis* do Legislativo, sendo que, conforme indica, esse controle prévio – tanto o dos regimentos internos da Assembléia como os relativos às revisões constitucionais - somente incide sobre os *vícios procedimentais*.

4.4. O processo do controle preventivo de constitucionalidade

Parece relevante mencionar que a disciplina do *processo* de controle prévio, que se desenvolve nos sistemas em que o controle é atribuído a um órgão constitucional específico (as Cortes ou Tribunais Constitucionais, ao Conselho Constitucional em França, à Câmara Constitucional em Costa Rica), assume especial relevo. De observar-se que a Constituição e as Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais e órgãos especiais buscam, acima de tudo, manter a celeridade do processo mediante a fixação de prazos estreitos e das restrições às delongas dilatórias do procedimento.

A iniciativa do controle preventivo é notadamente reservada a órgãos ou autoridades públicas (o Governo, o Presidente da República, o Procurador-Geral) ou a um grupo de parlamentares. Não se encontram exemplos de controle preventivo provocado por iniciativa popular (ressalvado o caso do referendo obrigatório que deve ser provocado antes de a lei entrar em vigor e que, indiretamente, poderia constituir manifestação de controle popular de constitucionalidade) ou por particulares interessados.

Em razão da fixação de prazos, acima mencionada, o processo de controle preventivo busca ser célere, ficando o contraditório reduzido ao mínimo. Na verdade, a fixação de prazos, como se viu, é extraordinariamente necessária nessa modalidade de controle, a fim de que esta não se constitua em mero instrumento político de retardamento do processo de elaboração legislativa.

Para exemplificar, veja-se o processo adotado em Costa Rica, muito bem relatado por Ruben Hernandez Valle.

Em Costa Rica, a solicitação de controle obrigatório deve ser formulada pela Mesa da Assembléia Legislativa; nos demais casos, pelos deputados ou órgãos habilitados para tanto.

Quando se trata de uma revisão constitucional, a solicitação de exame deve ser formulada após o voto da reforma em “primeira leitura”, no curso da primeira legislatura e antes da leitura definitiva do projeto. Relativamente aos outros projetos ou atos legislativos sujeitos ao controle, a solicitação deve ser feita após o voto em “primeira leitura” e antes do voto em “terceira e última leitura”. Todavia, quando a Assembléia tem prazo fixado pela Constituição ou pelo Regimento para votar o texto, a demanda à Câmara deve ser formulada em “prazo razoável”, diz Ruben Hernandez Valle, sendo que o projeto pode ser votado mesmo se a decisão da Câmara não é proferida. Esse caso ocorre principalmente com os projetos de lei orçamentária.

Inexistindo prazos fixados constitucionalmente ou regulamentarmente, a provocação do controle deve ser feita antes do voto definitivo, repita-se.

Salvo no caso do exame obrigatório, a demanda deve ser apresentada sob forma articulada, precisando os aspectos do projeto considerados inconstitucionais.

A Câmara Constitucional, depois de receber a demanda, comunica à Assembléia o recebimento e lhe solicita enviar os documentos relativos à questão, bem como os elementos de fato que possam instruir o

processo. O exame de constitucionalidade não interrompe o processo legislativo, salvo o voto do projeto em terceira e última “leitura”, ou, se esta já teve lugar, a assinatura ou a publicação do respectivo decreto (ressalva feita aos projetos que têm prazos fixados constitucionalmente ou regulamentarmente, como se viu).

Tem a Câmara um mês de prazo para examinar o projeto questionado, prazo esse contado da recepção do mesmo pela Câmara. Uma vez terminado o exame pela Câmara Constitucional, a discussão do projeto continua.

Fernandez Segado relata o procedimento a ser observado pelo Tribunal Constitucional em Espanha, acrescentando que o processo não apresenta a natureza de um conflito, porque, em realidade, formula-se ao Tribunal uma consulta que se resolve segundo formas processuais e, embora tenha efeitos vinculantes, parece aproximar-se mais da chamada jurisdição voluntária constitucional³⁴. A decisão do Tribunal não adota em sentido estrito a forma de *sentença*: a LOTC menciona o termo *pronunciamento*. Se esse *pronunciamento* é no sentido da inexistência da inconstitucionalidade alegada, o texto seguirá o curso do procedimento correspondente. Se o Tribunal entender existir a inconstitucionalidade alegada, deverá declarar qual o preceito ou os preceitos constitucionais infringidos. Nesse caso, a tramitação do texto não poderá continuar sem a prévia supressão ou modificação dos mesmos pelo órgão competente. Assim, o pronunciamento do Tribunal tem efeitos vinculantes, pois obriga a supressão ou reforma dos preceitos que contrariem a Constituição.

Assinale-se, ainda, que essa via de controle preventivo não cerra a possibilidade de um controle posterior, segundo determina, de modo expresse, o artigo 79,5 da LOTC. Destarte, ressalta o constitucionalista espanhol, o *pronunciamento* do Tribunal Constitucional, nesses casos, não produz efeitos de “coisa julgada material”. A decla-

ração do Tribunal tem efeitos vinculantes (embora tal não esteja expressamente previsto no texto constitucional, mas sim na LOTC, art. 78.2). Os órgãos legitimados para provocar o controle prévio estão previstos no artigo 95. e da Constituição espanhola e 78.1 da LOTC (o Governo, qualquer das Câmaras e, no caso dos Estatutos Autônomos, as autoridades interessadas, conforme mencionado acima). O Regulamento do Congresso estabelece, de modo expresse, como pode o órgão provocar o controle prévio (iniciativa do Pleno, dos Grupos Parlamentares, uma quinta parte dos deputados); o Regulamento do Senado também dispõe a respeito³⁵.

O Tribunal, como se viu, não se pronuncia sobre anteprojetos ou propostas prévias, mas somente sobre o texto definitivo pendente apenas do requisito do consentimento para tornar-se ato normativo aperfeiçoado.

Recebida a provocação, o Tribunal assinala prazo para que o solicitante ou demais órgãos legitimados, no período de um mês, manifestem sua opinião fundamentada sobre a questão. Salvo outros pedidos de esclarecimentos formulados pelo Tribunal, este emitirá sua declaração³⁶.

4.5. Os efeitos da decisão em sede de controle preventivo de constitucionalidade

Fixar, de modo preciso, os efeitos das decisões sobre controle de constitucionalidade é medida de grande importância na dinâmica constitucional, particularmente em se tratando de controle preventivo, uma vez que essa modalidade de controle incide sobre a atuação própria e independente dos poderes políticos, seja quando se trata de controle sobre a formação da lei, seja quando incide sobre decretos-lei ou decretos regulamentares, da lavra do Governo com a aprovação dos Parlamentos. Isso mesmo evidenciam as Constituições dos Estados que adotam o controle preventivo de constitucionalidade. Em sua maioria, tais constituições cuidam de disciplinar, de modo ex-

presso, os efeitos da decisão produzida em sede de controle preventivo.

Assim, se o órgão competente se pronuncia pela constitucionalidade das normas legislativas, das normas regulamentares, etc., a autoridade que provocou o incidente *deve promulgar o diploma*. É o que ocorre em Portugal, com ressalva ao tratado, porquanto, nesse caso, o poder do Presidente para assiná-lo ou não é discricionário.

Se a pronúncia é pela inconstitucionalidade, ainda no caso de Portugal (art. 279º), estabelece a Constituição que os efeitos são imediatos e comuns, isso significando que o Presidente da República ou o Ministro da República devem vetar a norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional. Assim, prevê a Constituição a impossibilidade de promulgação, assinatura ou ratificação do diploma, conforme o caso, se o órgão que o tiver aprovado não expurgar a norma julgada inconstitucional (art. 279º, 2). Refere-se Jorge Miranda a um tipo de *veto vinculado*, diferente do veto clássico. Por outro lado, a comunicação do pronunciamento somente é feita ao órgão que provocou o controle³⁷.

Em Portugal, admite-se que os decretos sejam reformulados e novamente examinados, se isso for solicitado. Canotilho refere-se, nesse caso, à *reabertura do processo legislativo*³⁸. Observe-se que somente o *órgão legislativo elimina o preceito inconstitucional ou pode reformulá-lo*. Mas se admite, também (art. 279º, 2), que o decreto seja confirmado por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. Assim, a Assembléia da República pode confirmar um decreto inconstitucional pelo voto de 2/3 de deputados, e o Presidente deve promulgá-lo, nesse caso. Vê Jorge Miranda, nessa medida, um meio de *equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional*.

No caso de norma constante de tratado, se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela sua inconstitucionalidade, este pode-

rá ser ratificado se a Assembléia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de suas funções (art. 279, 4).

Observa-se, portanto, que, em Portugal, a decisão do Tribunal Constitucional pode ser superada, não sendo definitiva, pois.

A Constituição de Cabo Verde, no tocante aos efeitos da decisão de constitucionalidade, segue, em linhas gerais, a de Portugal no que se refere à fiscalização preventiva da constitucionalidade, conforme dispõem os artigos 301º e 302º.

Na França, estabelece o artigo 62 da Constituição de 1958 que uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem ter aplicação. As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Na verdade, o Conselho Constitucional não anula leis, apenas admite que o governo revogue ou afaste a lei (no caso, por ex., do art. 34, que introduz a figura da chamada *deslegalização*). Em se tratando do controle previsto no artigo 61, o qual, conforme Gicquel, é o único controle de constitucionalidade existente em França, o Conselho Constitucional, segundo a lei orgânica que o organizou, deve motivar a declaração e fazê-la publicar no Jornal Oficial, *depois* de comunicar seu texto à Assembléia (art. 61)³⁹. Na verdade, o juiz constitucional dá uma *interpretação* à lei que resulta numa *reedição* da lei ou, conforme ressalta Gicquel, ocorre uma *censure constructive* que determina a não-conformidade da lei à Constituição e que o legislador deverá observar. Reformulada a lei, o texto definitivo, votado, deve ser promulgado pelo Chefe de Estado (art. 10 da Constituição), num prazo de quinze dias após o seu encaminhamento pelo Governo⁴⁰. Esse prazo fica suspenso quando ocorre a consulta ao Conselho Constitucional.

Também a Constituição de S. Tomé e Príncipe, que adota modalidade de controle polí-

tico prévio, estabelece, diretamente, os efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade: as decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela Assembléia Nacional terão força obrigatória geral e serão publicadas no *Diário da República* (art. 111º, 4).

Em Espanha, os efeitos do pronunciamento do Tribunal Constitucional foram relatados acima, englobadamente com o processo a que submete o controle prévio. Apenas para lembrar, demonstra Fernandez Segado que a decisão do Tribunal Constitucional, no caso de controle prévio, tem caráter vinculante, porquanto se trata de evitar a ratificação do tratado, a aprovação referendária de um Estatuto ou a promulgação de uma Lei orgânica que faria politicamente mais onerosa sua invalidação *ex post* por inconstitucionalidade, se o bloqueio prévio, anterior aos atos finais, não tivesse lugar⁴¹.

Nos sistemas que admitem o controle político prévio externo, por meio do veto ao projeto de lei, os efeitos do veto são, via de regra, superáveis. O veto pode ser derrubado pelo Legislativo, ressalvado o exemplo dantes citado de Costa Rica, onde o veto não aceito pelo Legislativo por motivo de inconstitucionalidade deve ser submetido à Câmara Constitucional. No tocante ao prazo para o exercício do veto, as Constituições sempre o definem de modo expresso.

5. O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil

As constituições brasileiras não abrigaram, de modo geral, o controle preventivo de constitucionalidade, nos moldes vistos nas constituições parlamentaristas contemporâneas. O sistema presidencialista de governo, adotado entre nós desde 1891, na linha do modelo americano introduzido pela famosa decisão de Marshall de 1803, inclinou-se pelo controle de constitucionalidade jurisdicional e, conseqüentemente, repressivo, inicialmente difuso, e presentemente, seja pelo método difuso, seja pelo concentrado⁴².

Não obstante, é possível identificar a existência, em nosso sistema, de institutos e práticas próprias ou exemplificativas do controle de constitucionalidade preventivo, quer político, quer jurisdicional.

5.1. O controle de constitucionalidade preventivo político

Até a Constituição de 1988, a título de controle preventivo de constitucionalidade, no plano federal, apontavam-se os usuais nos sistemas presidencialistas, vale dizer o chamado controle político de constitucionalidade, operado pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo, a saber: o veto presidencial, veto preventivo, modelo de controle externo, fundado em motivo de inconstitucionalidade, e o pronunciamento das Comissões de Justiça das Casas Legislativas contrário à constitucionalidade de qualquer projeto ou ato submetido à sua censura (controle preventivo interno).

Assim, previam as Constituições de 1891 (art. 37, § 1º), 1934 (art. 45, *caput*), 1937 (art. 66, § 1º), 1946 (art. 70, § 1º), 1967 (art. 62, § 1º) e 1969 (art. 59, § 1º) o veto presidencial fundado em motivo de inconstitucionalidade. Em todos os casos, o veto presidencial, modalidade de controle político externo, não era definitivo, mas superável pelo Congresso Nacional.

A Constituição de 1988 mantém o *veto presidencial* (art. 66, § 1º). Pode o Presidente da República vetar o projeto de lei, já aprovado no Congresso Nacional, fundando seu veto na inconstitucionalidade do projeto. O veto será sempre motivado e poderá colher o projeto no seu todo ou parcialmente. Como nas constituições anteriores, o veto não é absoluto, mas apenas relativo e superável. Será superado desde que, em sessão conjunta das Casas, tomada dentro de 30 dias de seu recebimento, for rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em votação secreta (§ 4º). Observe-se que, existindo no Brasil o controle jurisdicional de constitucionalidade, a lei porventura resultante de veto superado poderá ser objeto

desse controle jurisdicional que, este sim, é terminativo.

Mantido o veto, o projeto será promulgado pelo Presidente da República ou pelo Presidente do Senado (ou Vice-Presidente), no caso de os dois primeiros não assinarem a promulgação devida (§ 7º). Além de prazos para a apresentação do veto pelo Presidente, e para apreciação do veto pelo Congresso Nacional, institui a Constituição Federal de 1988 a figura do *sobreestamento*, que consiste em, esgotado o prazo sem deliberação pelo Congresso Nacional, colocar-se o veto na ordem do dia da sessão imediata, ficando as demais proposições sobreestadas até a votação final do veto, com algumas ressalvas (§ 6º); o silêncio do Presidente da República, no prazo de 15 dias fixado para o seu veto, importará sanção do projeto (§ 3º).

Ainda em matéria de controle preventivo externo, viabilizado por órgão político, a Constituição de 1988 inova ao introduzir nova modalidade de controle político de constitucionalidade, consoante decorre dos artigos 49, V, e 68, § 3º. Trata-se de controle de “sinal trocado”, todavia, porquanto se cogita de controle político de constitucionalidade a ser exercido pelo Congresso Nacional relativamente a atos do Presidente da República. Como se observa à leitura dos indicados textos, além de introduzir o controle político sucessivo, consubstanciado na *sustação*, pelo Congresso Nacional, de atos regulamentares e de legislação governamental delegada (art. 49, V), a Constituição em vigor cria a modalidade do controle político prévio. Tal controle prévio é exercido pelo Congresso Nacional, no caso previsto no artigo 68 (que disciplina a lei delegada) quando este estabelece que o Congresso Nacional pode determinar a remessa necessária do *projeto de lei delegada*, elaborado pelo Executivo, para apreciação do Poder Legislativo. Assim, o exame da legislação delegada se fará previamente à promulgação da lei delegada. A decisão do Congresso Nacional, rejeitando o projeto de lei delegada, aborta o nascimento da legislação delegada. Não

há recurso contra essa decisão do Poder Legislativo, de tal sorte que esse controle, que não está sujeito a prazo, é definitivo e insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade⁴³.

É certo que nem sempre configurará essa apreciação do Congresso Nacional controle de constitucionalidade, porquanto, em razão da amplitude do texto constitucional, tal controle poderá, também, incidir no mérito do projeto de lei delegada ou configurar simplesmente um controle de legalidade⁴⁴. Mas a inferência mais evidente que se retira da disciplina constitucional é que a rejeição do projeto de lei delegada se fará por “excesso de delegação” ou pelo abuso ou mau uso que o Presidente da República faz da delegação que recebe, o que resulta, em última análise, em infração das normas constitucionais de distribuição de competências entre poderes.

Observe-se que a sustação *a posteriori* dos atos normativos presidenciais, que também configura controle de constitucionalidade, é controle político sucessivo e, a meu ver, superável pelo pronunciamento do Poder Judiciário.

Por outro lado, é possível vislumbrar, no Brasil, controle de constitucionalidade preventivo, político, porquanto exercido pelo Congresso Nacional, de atos administrativos presidenciais, derivados diretamente da Constituição ou inerentes à função executiva própria do Presidente da República. Trata-se do controle do Poder Legislativo sobre atos do Poder Executivo que, ainda que possam ser vistos sobre outras óticas (freios e contrapesos, partilha de competências relevantes para o estado, etc.), resultam verdadeiro controle de constitucionalidade da atuação do Poder Executivo pelo Poder Legislativo.

Tal modalidade de controle preventivo pode configurar controle de constitucionalidade no caso do exercício de certas competências administrativas do Congresso Nacional, arroladas precipuamente nos arts. 49 e 52 da Constituição Federal. Sob a

ótica do controle, cogita-se, nesses casos, de o Poder Legislativo participar do exercício da função executiva, aprovando atos que, em decorrência do princípio da separação de poderes, seriam inerentes à função executiva. Essa participação, que pode ser vista como exercício do controle de freios e contrapesos, não deixa de ser interferência de um poder na competência de outro poder, daí por que, ao menos no que respeita à distribuição de competências, pode ser visto tal controle como controle de constitucionalidade. Veja-se, exemplificadamente, o artigo 52, quando cogita da aprovação de nomes para o exercício de certos cargos tipicamente administrativos, ou o artigo 49, quando cuida da aprovação de certos atos presidenciais ou da autorização de certas práticas presidenciais.

Também é mantido no sistema brasileiro em vigor, como modalidade de controle político preventivo interno, o pronunciamento das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso sobre a constitucionalidade dos projetos de leis e resoluções a serem apreciados pelo Parlamento. A disciplina dos efeitos do pronunciamento dessas comissões fica a cargo dos respectivos Regimentos Internos. Assim, exemplificando, o parecer da Câmara de Deputados opinando sobre a inconstitucionalidade da propositura implica arquivamento do projeto, salvo se 2/3 (dois terços) dos deputados solicitarem a votação em plenário. Com a ressalva apontada, tal parecer é terminativo. Nesses casos, considerando-se tratar-se de “questão de política interna”, não pode incidir controle jurisdicional.

5.2. O controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional

O controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, já se disse, é precipuamente repressivo e, ante o sistema constitucional vigente, desenvolve-se por dois métodos: o controle difuso de constitucionalidade e o controle dito concentrado. Pelo primeiro, todo e qualquer ato jurídico pode ser

apreciado em sua compatibilidade com a Constituição, e todo e qualquer juiz pode decidir a questão de constitucionalidade. A decisão definitiva e final fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, cuja missão, no sistema constitucional brasileiro, é a de guarda da Constituição (art. 102, *caput* e inciso III). Dessa forma, a decisão que envolve a constitucionalidade de atos jurídicos, particularmente das leis (federais, estaduais ou municipais), proferida em grau de jurisdição inferior, poderá ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão definitiva, proferida pela maioria absoluta de votos (art. 97), decidirá sobre a inconstitucionalidade questionada. A decisão, nesses casos, terá efeitos para as partes. O controle concentrado é atuado pelo Supremo Tribunal Federal pela ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e pela ação direta de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional 3/93 (e ainda pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Na primeira, a decisão tem efeitos *erga omnes*, e, na segunda, eficácia contra todos e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo (art. 102, I, “a”). Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos ditados pela Constituição resumem-se a dar ciência ao órgão competente para editar a norma ou a fixação de prazo para a adoção das providências administrativas cabíveis (art. 103, § 2º).

Destarte, ante o sistema vigente, não existe a previsão do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, nos moldes existentes no direito comparado. Não é prevista a possibilidade de o Judiciário, em tese, impedir a tramitação (frustrando a iniciativa, discussão ou aprovação) de projetos de lei em curso no Congresso Nacional⁴⁵ e a conseqüente conversão destes em lei, fundado em motivo de inconstitucionalidade.

Não obstante, o tema do controle preventivo jurisdicional vem aflorando as lides

jurídicas, tanto em sede de controle difuso como no de controle concentrado.

No caso do controle concentrado, a questão tem sido suscitada ante o Supremo Tribunal Federal particularmente a propósito de propostas de Emenda Constitucional que, de modo flagrante, violam as cláusulas intocáveis contidas no art. 60, §4º, da CF. Como se sabe, a Constituição de 1988, alargando o conteúdo das matérias intocáveis por Emendas Constitucionais, determina em seu artigo 60 que: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes, e os direitos e garantias individuais”. Ante a propositura de Emendas Constitucionais, tidas como afrontosas a tais cláusulas, é que se tem impenetrado a ação direta.

Desse teor a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466-DF, interposta pelo Partido Socialista Brasileiro contra a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que admitiu proposta de Emenda Constitucional instituindo a pena de morte no Brasil mediante consulta plebiscitária⁴⁶, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello. A súmula da decisão proferida nessa ação, ainda em sede de Medida Liminar, enfatiza inexistir “controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro” afora considerar a ausência, no caso, de ato normativo que possibilite o ajuizamento da ação direta, nos termos da Constituição.

Convém transcrever parte de referida Ementa:

“O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – *como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite* – o sistema de controle jurisdicional preventivo, *em abstrato*. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal.

Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional – e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão –, que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já *promulgados, editados e publicados*.

A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias – não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle *sucessivo ou repressivo* de constitucionalidade”.

De outro lado, no tocante ao controle jurisdicional difuso, pode-se perceber a incidência de um controle preventivo de constitucionalidade, ainda que “indireto”.

Via de regra, essa modalidade de controle vem sendo intentada sob a alegação de um direito subjetivo, líquido e certo, violado e cuja violação não pode ser afastada da proteção jurisdicional por força do que assegura o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Exemplificando, via mandado de segurança, parlamentares, titulares do direito de iniciativa e de voto no processo legislativo, impedidos de exercerem tais direitos no curso da tramitação de um projeto de lei, postulam o reconhecimento desse seu direito “líquido e certo” ante o Poder Judiciário. Logrando acolhimento de sua pretensão, conseguirão, conseqüentemente, abortar a tramitação do projeto de lei em causa. Ante o argumento de que existe lesão de direitos, afasta-se a questão do controle de atos *interna corporis* ou das chamadas “questões políticas” pelo Judiciário.

Nesse campo do controle difuso, parece significativo registrar o controle jurisdicional sobre propostas de Emendas Constitucionais intentadas via mandado de segurança.

É o caso do Mandado de Segurança nº 20.257-DF, impetrado contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a “deliberação de proposta tendente à abolição da república”⁴⁷, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves. Veja-se parte da Ementa do Acórdão:

“Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república.

Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e

isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato...”

Em conclusão, sob certos aspectos, é possível vislumbrar-se a incidência de um controle de constitucionalidade preventivo, ainda que indireto, ao menos no modelo do controle difuso de constitucionalidade⁴⁸.

III - Considerações finais: vantagens e desvantagens do controle preventivo de constitucionalidade

Não figura o controle preventivo entre os que a doutrina elege como ideal para a defesa da Constituição. Na verdade, não raro, sofre ele críticas. É o que mostra Ferreira Filho quando aduz:

“Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, 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 con-

cerne 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”⁴⁹.

Posição igual assume Fernandes Segado ao apontar tratar-se de forma excepcional de controle que se caracteriza como um “mal menor”, como retro mencionado.

Não se trata, pois, de modalidade de controle isenta de dificuldades e perplexidades.

Se o controle repressivo de constitucionalidade das leis suscitou e ainda suscita dúvidas quanto a sua compatibilidade com o regime democrático, como se apontou de início, por consistir, em última análise, na realização de um controle sobre a ação constitucional do órgão de representação popular, realizado por órgão estranho e, em regra, não-eleito diretamente pelo povo, o controle preventivo, a esse propósito, coloca polêmica particularmente mais acirrada. Isso porque o controle preventivo usual, inegavelmente eficaz, incide sobre o próprio exercício da competência constitucional do órgão legislativo, impedindo o nascimento da lei. O controle preventivo aborta o nascimento da lei, ata a ação parlamentar, claro em nome de uma grande causa. Mas fica a velha polêmica: como pode um punhado de juízes, não-eleitos, interpretar “melhor” a Constituição do que o órgão de representação da vontade popular? Assim, o fundamento democrático do exercício do controle preventivo parece ainda mais questionável.

Por outro lado, aponta a doutrina, o controle preventivo vai muito além da razão de ser da justiça constitucional que, no sentido que lhe empresta Georges Vedel, responde a exigências da democracia quando o juiz se limita a aplicar a vontade do povo expressa na Constituição. No controle preventivo, o juiz constitucional parece não encontrar suficientes limites à sua atuação, salvo nos sistemas em que esse controle se restringe aos aspectos formais ou procedimentais dos atos examinados. O Parlamento,

onde existe controle preventivo de fundo, parece depender, para fazer a lei, do livre-arbítrio de um colégio de composição política mais ou menos arbitrária ou sem respaldo popular.

Admitir-se, assim, a interposição de um poder estranho sobre a atuação de outro poder, quando este exerce competência própria, é certamente questão preocupante, particularmente onde se adota o sistema da separação ou divisão de poderes, tal como ocorre nos sistemas presidencialistas e parlamentaristas.

O exercício do controle preventivo retrata problemas graves, se não mais intrincados, certamente semelhantes àqueles suscitados pelo controle repressivo de constitucionalidade.

Bem por isso, vale a advertência de Jorge Miranda: o objetivo do controle preventivo (ou da fiscalização preventiva, rótulo adotado pela Constituição de Portugal) é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, fundamentalmente, uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. É, fundamentalmente, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização *a priori*. E, para tanto, deve ser extremamente bem definido e necessariamente muito limitado quanto ao seu objeto e alcance⁵⁰.

A intromissão de um órgão estranho significa clara interferência na função legislativa. Por igual, quando se trata de interferência nos comportamentos ditados diretamente pela Constituição (por ex., nomeação, exercício de certas competências administrativas, etc.). Se o Presidente da República tem certa competência, inerente ao Poder Executivo que exerce, fazer submetê-la a um controle preventivo de constitucionalidade pode significar anulá-la.

De outro lado, não há como negar-se: o controle preventivo impressiona pela eficácia. Impede o nascimento de um ato incons-

titucional, de um ato em desconformidade com a Constituição, e isso é bem significativo.

Todavia, em razão dos pontos negativos que apresenta, é preciso acentuar os cuidados com que se deve cercar o controle preventivo, nos casos em que é ele adotado e se porventura se cogitar de vir a adotá-lo no Brasil.

Notas

¹ Cf., por todos, Fernandez Segado, *Sistema Constitucional Español*, 1992, p. 1.041.

² Usualmente órgão composto por membros não-eleitos, como é o caso do controle exercido pelo Poder Judiciário nos sistemas presidencialistas de governo.

³ A questão da legitimidade do controle de constitucionalidade e sua compatibilidade com o regime democrático foi discutida em profundidade no Colóquio realizado em Uppsala pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas, em 1984. O tema abordado especificamente no Colóquio: "Le Controle Juridictionnel des Lois - Legitimité, effectivité e développements récents" mereceu um Relatório Geral lavrado por Mauro Cappelletti In *Le Controle Juridictionnel des Lois*, organizado por Louis Favoreu et J. A. Jolowicz, Econômica, Prêsses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 286 e segts.

⁴ Cf., Anna Candida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes*, Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

⁵ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed, 1983, II, p. 305.

⁶ Cf. Ferraz, Anna Candida da Cunha, *Conflito entre Poderes*, 1994, p. 194; tb. Clève, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, RT, 1995, p. 58.

⁷ Cf. Jorge Miranda, *Manual*, 1983, II, p. 312.

⁸ Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1995, p. 31.

⁹ Ver Jorge Miranda, cit. fls. 317.

¹⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 356.

¹¹ Cf. *As Constituições dos Estados Lusófonos*, compiladas por Jorge Bacelar, Aequitas, 1995.

¹² Cf. *Manual de Direito Constitucional*, II, 1983, p. 356.

¹³ Cf. Ruben Hernandez Valle, *La Justice constitutionnelle au Costa-Rica*, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, PUF, nº 18, 1994, p. 227 e segts.

¹⁴ Na Constituição do Estado de S. Tomé e Príncipe, de 20-9-1990, o controle é realizado pela própria Assembléia Nacional (art. 86), a quem cabe ratificar os decretos-leis (leis delegadas). Na verdade, em São Tomé e Príncipe, não existe Tribunal

Constitucional. Somente existe *controle político de constitucionalidade*, cabendo à Assembléia Nacional (art. 111) exercê-lo, inclusive em caráter de controle político repressivo. No referido Estado, apenas a Assembléia Nacional pode apreciar os atos do governo, apreciar, modificar ou anular diplomas legislativos ou quaisquer medidas de caráter normativo adotadas pelos órgãos do poder político que contrariem a Constituição. O controle de constitucionalidade é incidente em um processo, podendo ser suscitado de ofício pelos tribunais, pelo MP ou pelas partes (art. 111.4), tendo a decisão da Assembléia Nacional força obrigatória.

¹⁵ *Apud* Francisco Fernandez Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984, p. 187.

¹⁶ Fernandez Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, 1984, p. 187.

¹⁷ Cf. Fernandez Segado, *La Jurisdicción*, 1984, p. 192.

¹⁸ Cf. *Manual*, Tomo II, p. 358 e 359.

¹⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual*, 1983, p. 358.

²⁰ Jean Gicquel *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, 1995, p. 766) menciona o controle exercido pelo Conselho Constitucional em via de ação e o controle prévio, mas aduz a existência de um projeto de revisão da Constituição, sugerido por Robert Badinter, instituindo o controle por via de exceção na França.

²¹ Cf. Anna Candida da Cunha Ferraz, *Conflito*, p. 195, nota, 199 e 200.

²² Ver Gicquel, cit., p. 768. O Autor menciona a Lei Constitucional que disciplina a matéria.

²³ Cf. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 14ª ed., Montchrestien, 1995, p. 745-746.

²⁴ *La Justice Constitutionnelle au Costa-Rica*, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, PUF, nº 18, 1994, p. 237.

²⁵ Cf. *Manual*, 1983, p. 359.

²⁶ Cf., para ver o sentido de normas primárias, Ferreira Filho, *Curso*, 1995, p. 159-162.

²⁷ Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 357.

²⁸ Cf. Fernandez Segado, *La jurisdicción*, 1984, p. 190. Observa o autor que, nesse caso, a função do Tribunal Constitucional se aproxima mais da função legislativa do que da jurisdicional, porquanto se trata de um controle sobre projeto de normas. A decisão do Tribunal Constitucional não pode declarar a nulidade da norma, mas apenas ordenar a reabertura do processo de elaboração.

²⁹ Ob. cit., p. 191.

³⁰ Cf. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Favoreu e Philip, 3ème éditions, Sirey, 1984, p. 37-38.

³¹ Cf. *Constitutions et Documents Politiques*, org. de Maurice Duverger, PUF, 1985, p. 264.

³² *La Justice constitutionnelle au Costa-Rica*, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, PUF, nº 18, 1994, p. 227 e segts.

³³ Cf. Ruben Hernandez Valle, *La Justice constitutionnelle au Costa Rica*, p. 235.

³⁴ Ob. cit., p. 189.

³⁵ Cf. Fernandez Segado, ob. cit., p. 189.

³⁶ Cf. ob. cit., p. 190.

³⁷ Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 361.

³⁸ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 1996.

³⁹ Observe-se que a Assembléa Nacional pode modificar as disposições julgadas desconformes à Constituição pelo Conselho Nacional e reapresentar o texto ao mesmo, que, então, é submetido a um segundo exame. Essa praxe foi admitida pelo Conselho Constitucional, cujo rigor para examinar os regulamentos parlamentares sofre sempre questionamentos. Cf. Favoreu et Philip, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 1984, p. 40-41.

⁴⁰ Trata-se de competência vinculada, segundo observa Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1995, p. 748-749.

⁴¹ Cf. ob. cit., p. 187.

⁴² Cf. de minha autoria “Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade”, *RPGE*, v. 32.

⁴³ Idem supra, fls. 138.

⁴⁴ Cf. *Conflito entre Poderes*, 1994, p. 99 e seguintes.

⁴⁵ A mesma regra se projeta relativamente aos demais níveis de poder, Estadual e Municipal.

⁴⁶ Cf. RTJ 136, 25.

⁴⁷ Cf. RTJ 99, 1.031.

⁴⁸ Cf., a esse propósito, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 5ª edição, Atlas, 1999, p. 538-547. O Autor analisa o “controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo”, trazendo à colação decisões do STF e apontando as correntes formadas em torno da matéria.

⁴⁹ Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 1995, p. 31.

⁵⁰ Cf., também, Cappelletti, Mauro, “Necéssité et légitimité de la Justice Constitutionnelle” In *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentales*, sous la direction de Luis Favoreu, Economica, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 182, p. 479-481.

Crédito extraordinário: discussão sobre tramitação e forma de operacionalização

Luiz Fernando de Mello Perezino

Sumário

1. Introdução. 2. Modalidades de créditos adicionais. 3. Breve histórico. 4. Formalização dos créditos extraordinários. 4.1. Medidas provisórias ou decretos? 5. Tramitação no Poder Legislativo. 6. Conclusão.

1. Introdução

O desiderato deste trabalho é tecer algumas considerações sobre o crédito extraordinário, incluindo um panorama histórico de sua utilização no direito orçamentário pátrio. Essa modalidade de despesa pública excepcional tem merecido tratamento jurídico controverso, e não raro inadequado, tanto no âmbito do Poder Executivo, quanto do Legislativo.

No âmbito executivo, persistem controvérsias sobre a maneira mais adequada de legalizá-lo: ou por intermédio de decreto, que vigeu até a promulgação da atual Carta Constitucional, ou pela edição de medida provisória (MP). Além disso, os pressupostos para a abertura desses créditos contemplam causas diversas, muitas vezes distantes dos parâmetros constitucionais.

Já no legislativo, a tramitação leniente desses créditos tem proporcionado assimetrias fáticas no processo orçamentário. Existem medidas provisórias em vigor, abrindo crédito extraordinário à Lei Orçamentária de 1997. O problema é que o exercício financeiro findou em 31 de dezembro deste mesmo ano. Ou seja, o Congresso, quando

Luiz Fernando de Mello Perezino é Consultor de Orçamentos da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal.

ultimar a tramitação desses diplomas legais, aprovará uma autorização para um orçamento inexistente. *As argumentações que pretendemos ofertar à análise demonstrarão a necessidade de encaminhá-los à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, alterando a fórmula atual, em que para cada crédito extraordinário aberto é instalada uma Comissão Mista Temporária.*

2. Modalidades de créditos adicionais

A alocação dos recursos públicos é anualmente autorizada na lei orçamentária. Consoante o princípio constitucional da anualidade, o orçamento estima a receita e fixa a despesa para o período de um ano¹.

Durante a execução do orçamento, é comum a insuficiência de recursos em algumas dotações, inclusive não programadas. Visando dar solução de continuidade às ações administrativas, o Poder Legislativo autoriza novos acréscimos e cancelamentos atinentes à despesa pública utilizando os créditos adicionais².

Os créditos adicionais são, portanto, instrumentos retificadores do orçamento originariamente aprovado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Presidente da República. Visam promover a adequação do orçamento às necessidades de execução. O artigo 40 da Lei nº 4.320³, de 17 de março de 1964, define: “São créditos adicionais as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.” Essas autorizações são introduzidas no ordenamento jurídico por meio de legislação ordinária⁴. *A autorização legislativa prévia da despesa pública é o princípio constitucional que harmoniza todo ordenamento positivo atinente às finanças públicas*⁵.

O artigo art. 41 da Lei nº 4.320 classifica e conceitua os créditos adicionais, *verbis*:

“Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em:

I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária;

II – especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; e

III – *extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevisas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.*”(grifamos)

Deter-nos-emos somente com os créditos definidos no inciso III.

3. Breve histórico

A legislação atual, inserindo os casos de guerra ou calamidade pública como passíveis de solicitação de crédito extraordinário, ratifica um hábito antigo da legislação alicerçada na Constituição do Império e recepcionada pela República, conforme as disposições insertas nos seguintes diplomas legais⁶:

Lei n° 514, de 28 de outubro de 1848, art. 53; Lei n° 589/1850, art. 4°

Em casos extraordinários, como sejam os de epidemia ou qualquer outra calamidade pública, sedição, insurreição, rebelião e outros desta natureza, o Governo poderá autorizar previamente a despesa, abrindo créditos extraordinários e dando imediatamente conta ao Poder Legislativo.

Leis n° 3.229/1884, art. 20; Lei n° 266/1894 art. 8°

Conjuntamente com o decreto de abertura de qualquer crédito extraordinário ou suplementar, fará o Governo publicar a proposta e informações demonstrativas das necessidades dos mesmos créditos.

Lei n° 1.144/1903, art. 5°

Os diferentes ministérios, nos respectivos relatórios, darão conta ao Congresso dos motivos de necessidade e urgências, que determinaram a abertura de créditos suplementares e extraordinários, da aplicação que lhes deram, quanto por eles se gastou e o estado em que se acham.

Os excertos legais retromencionados permitem asseverar que os casos passíveis de

solução por crédito extraordinário são aqueles de natureza semelhante a um estado de calamidade pública, corroborando com o texto vigente estatuído no transcrito item III do art. 41 da Lei nº 4.320.

As revoluções e pacificações, tanto no Império, como no início do período republicano, exigiram inúmeras solicitações de verbas extraordinárias ao Parlamento.

Diversos documentos históricos asseveram que o expediente do crédito extraordinário foi utilizado inúmeras vezes como forma de burlar autorizações orçamentárias legislativas. Em 11-10-1892, durante discussão de uma comunicação que “autoriza o Poder Executivo a abrir um crédito extraordinário de 267 contos de réis, para pagamentos de despesas realizadas com Revoluções em Mato Grosso e com o desastre do couraçado Solimões”, o Deputado constituinte Epitácio Pessoa advertia para

“este sacrifício que se exige dos cofres do Tesouro, já esgotados, já exaustos de dezenas de milhares de contos que lhes têm sido subtraídos a título de créditos extraordinários;...vem pedir aos defensores do regime federativo que apliquem os dinheiros públicos em pagamentos de dispêndios exorbitantes que provieram do mais descomunal atentado ao regime federativo e à autonomia dos estados”.

Prosseguindo, em outros trechos, ele sintetiza a indignação com as despesas não executadas, preteridas em função dos diversos créditos extraordinários. Apesar de mais de um século, suas palavras continuam atuais:

“Pois então, não há dinheiro para aumentar o vencimento do funcionalismo público que se debate com a miséria; não há dinheiro para auxiliar, eficazmente, os estudos que, enfraquecidos e depauperados, não podem organizar-se; não há dinheiro para acudir a melhoramentos que se impõem, como urgente e inadiáveis...para a continuação de serviços já inicia-

dos...; mas há dinheiro para pagar ajudas de custo e vencimentos a emissários políticos encarregados de fazerem deposições nos estados; ajudas de custos e passagens a centenas de oficiais do Exército transferidos de todos e para todos os estados da República; mas há dinheiro para se dar de presente aos afilhados do Governo que quiserem passear pela Europa e pela América...”⁷⁷.

Comparando as solicitações antigas com as hodiernas, infere-se a pouca criatividade dos nossos atuais órgãos de planejamento. O problema climático, por exemplo, é antigo. Em 30-11-1915, nos anais do Senado, consta a solicitação de crédito extraordinário

“até a quantia de 50 mil contos, para ocorrer às despesas com os Estados flagelados pela seca. Desde a Bahia até os sertões do Norte estão inteiramente devastados; as colheitas perdidas, os rebanhos extintos e as populações famintas emigram, bradando por socorro”.

Não era somente o Poder Executivo que contribuía para as solicitações de créditos extraordinários. O Parlamento também fazia a sua parte, como registra Agenor de Roure⁸:

“Mas, o crédito suplementar não foi o principal causador do desequilíbrio orçamentário no Brasil. O crédito extraordinário, para execução de serviços novos, criados por leis do Parlamento, gravaram enormemente os orçamentos de todos os exercícios financeiros. Os legisladores devem refletir ao votarem leis, na repercussão que elas possam ter em orçamentos futuros. Não o fazem, nunca o fizeram...O mal só poderia ser corrigido, tão enraizado ele está, se o Parlamento adotasse como conduta irredutível a verdade e a sinceridade orçamentárias dentro de um programa de economias que não pudessem ser destruídas ainda dentro do exercício, pelos créditos suplementares.”

4. *Formalização dos créditos extraordinários*

Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto do Poder Executivo. Esse mandamento consubstancia o citado princípio da autorização legislativa prévia dos gastos públicos. Já os créditos extraordinários, autorizados por medidas provisórias, consoante alicerce constitucional estatuído nos arts. 167, § 3º, e 62:

“Art. 167- São vedados:

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, *como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública*, observado o disposto no art. 62.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar *medidas provisórias*, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.”(*grifamos*)

Infere-se, portanto, que o § 3º do art. 167 transfere excepcionalmente a titularidade de direito deferida aos membros do Poder Legislativo de previamente serem ouvidos para, à sua discricionariedade, autorizarem, ou não, qualquer alteração na lei orçamentária, nas hipóteses elencadas nos incisos do citado artigo.

À evidência, é incontroverso o direito em tela, que, de cunho político, é líquido e certo, eis que imediatamente derivado do texto constitucional, não sendo objeto de qualquer restrição ou limitação, além daquelas relacionadas no § 3º acima transcrito. Hely Lopes Meirelles conceituava o direito líquido e certo como: “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração”⁹.

É assente que a Carta Magna não delimitou explicitamente, no universo total da

competência legislativa da União, a área de que pudessem ou não tratar as medidas provisórias. Isso não obstante, no caso de despesas extraordinárias, as lindes estão ínsitas no transcrito art. 167, § 3º. Em Nota Técnica da Consultoria de Orçamentos do Senado Federal, sobre reformas no prédio do Tribunal de Justiça do DF, Luiz Gonçalves alerta sobre o caráter restritivo da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo em face do dispositivo constitucional em comento:

“De acordo com o § 3º do art. 167 da Constituição, ‘a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, *como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública*’ (g.n.). Mesmo fazendo-se um esforço incomum, seria muito difícil concordar com a assertiva de que a não-execução das obras objeto desta Medida Provisória poderia vir a causar uma calamidade pública. Falar em guerra ou comoção interna, então, poderia provocar uma exposição ao ridículo. Ainda que se considerasse a conotação exemplificativa do § 3º do art. 167 da Lei Maior, ao utilizar o termo *como*, teríamos que apresentar justificativas semelhantes à guerra, calamidade pública ou comoção interna, previstas na Carta Magna, para justificar a aprovação desta Medida Provisória.

Por outro lado, despesas imprevisíveis, em nosso entendimento, são aquelas que estão acima da capacidade humana de prever. Portanto, a ocorrência de danos em edifícios públicos de mais de 30 (trinta) anos é perfeitamente previsível, o que justifica a inclusão, na lei orçamentária anual, de dotação específica destinada à sua recuperação. O que se pode admitir é a eventual insuficiência da dotação orçamentária, e nunca a sua falta”¹⁰.

Nessa manifestação da Consultoria de Orçamentos, está consubstanciado o entendimento sobre os fundamentos legítimos atinentes ao crédito extraordinário. Diversos créditos são abertos sem a clareza dos pressupostos constitucionais. A expressão *como as*, grifada no mencionado § 3º do art. 167, muitas vezes é utilizada somente com sentido exemplificativo. No Congresso Nacional, as preocupações atinentes à matéria orçamentária preenchem reduzidos espaços na agenda dos congressistas, colimando poucos avanços no aprimoramento do processo orçamentário. Questões como essas já foram objeto de pronunciamento, conforme o seguinte trecho exarado no Parecer do Senador Pedro Simon à PEC 29/96¹¹:

“Outra importante questão que merece melhor disciplinamento constitucional é a que diz respeito aos tipos de despesas passíveis de serem atendidas através de créditos extraordinários, assim como ao emprego de medidas provisórias nesta modalidade de retificação orçamentária.

O direito orçamentário brasileiro, pelo menos desde a Constituição de 1934, estabelecia que a abertura de créditos orçamentários poderia se dar na hipótese de necessidade urgente ou imprevista, em caso de guerra, comoção interna ou calamidade pública. O Constituinte de 1988 manteve a redação tradicional do dispositivo, mas tornou essas três situações, antes consideradas as únicas justificativas para o crédito extraordinário, como meramente exemplificativas. Essa flexibilização no emprego do mecanismo é extremamente perigosa e tem-se prestado a abusos, como os recentes casos de edição de medidas provisórias abrindo créditos extraordinários para obras no setor rodoviário e aumento de capital do Banco do Brasil S/A.”

A discricionariedade dos predicados imprevisíveis e urgentes para as *despesas*

extraordinárias requer do Poder Legislativo manifestação tempestiva, pois uma das conseqüências da edição de uma medida provisória versando crédito extraordinário é a possibilidade de o administrador público empenhar despesas com inexigibilidade de licitação².

4.1. Medidas provisórias ou decretos?

Alguns autores não comungam com a necessidade de edição de medidas provisórias para a abertura de crédito extraordinário. Interpretam de maneira restritiva o art. 62 da Constituição, entendendo que a menção ao dispositivo seria apenas para comunicar ao Poder Legislativo a superveniência de uma despesa cuja vigência é imediata. O crédito extraordinário, segundo esse juízo, deveria ser aberto por decreto do Poder Executivo. Essa exegese pressupõe a recepção do art. 44 da Lei nº 4.320, que prescreve:

“Art. 44 – Os créditos extraordinários serão abertos por decreto do Poder Executivo, que deles dará imediato conhecimento ao Poder Legislativo.”

Schetinni defende essa tese argumentando que

“nesta hipótese surge uma dúvida de natureza formal: pode o Congresso alterar a programação de despesa constante de medida provisória? O crédito extraordinário, por definição constitucional e legal, é para atender despesa imprevisível e urgente. Por mais ágil que seja o Legislativo na apreciação da MP, é de se supor que a despesa já tenha sido realizada. Como poderá então o Congresso alterar a destinação dos recursos? Por este e outros motivos, que não nos cabe discutir neste trabalho, nos alinhamos dentre aqueles que defendem a segunda posição – créditos extraordinários devem ser abertos por decreto executivo”¹³.

Sanches também considera bastante questionável autorização de crédito por meio de medidas provisórias. O fundamento

básico é “não existirem razões de ordem prática, legal ou doutrinária para mudar o procedimento tradicional, utilizado sem problemas por mais de um século”¹⁴.

Mas restou tácita, após uma década sob a égide de novo Estatuto Político, a plausibilidade jurídica da medida provisória para as despesas extraordinárias. A leitura dos parâmetros constitucionais inclinam assentar a MP como a única alternativa para tais despesas. A jurisprudência não elucida as demandas aventadas ao tema devido às poucas ações impetradas na Corte Suprema. Em decisão ínsita no MS-22990/RJ, o Ministro Sepúlveda Pertence manifesta-se entre os

“que tendem a transpor para o regime das medidas provisórias as proibições de delegação legislativa enumeradas no art. 68, § 1º, da Constituição, o que bastaria para inibi-las em matéria orçamentária (art. 68, § 1º, III), com a única ressalva explícita no art. 167, § 3º, da abertura de créditos extraordinários.”

Portanto, se na Lei Maior está inserida uma prescrição cuja execução estorva o ordenamento positivo pátrio, a alternativa mais viável, conciliando a doutrina que alicerça a abertura de crédito extraordinário por decreto, é a modificação do multicitado art. 167, § 3º, *eliminando a referência ao art. 62* e a expressão *como as*, passando o texto a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 167- São vedados:

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.”

5. Tramitação no Poder Legislativo

As medidas provisórias configuram-se em exceção derogatória do postulado da divisão funcional dos Poderes. Inauguram o ordenamento positivo de imediato, pela somente manifestação *monocrática* do Chefe do Poder Executivo. Publicada a medida,

sua vigência é imediata, com força de lei. Esse instrumento legal caracteriza-se pela instabilidade. Perdem a vigência se não apreciadas pelo Congresso Nacional no prazo de 30 dias.

A edição de medidas provisórias gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei¹⁵.

O crédito extraordinário, ao submeter-se aos ritos previstos para a conversão em lei da MP, contribui de forma negativa com o recrudescimento do já conturbado ordenamento positivo brasileiro. A MP é uma das espécies de atos normativos primários emanados pelo Poder Executivo, mas robustecida com a força, eficácia e valor de lei. Esses predicados impregnam o crédito de eficácia nula, quando finda o exercício financeiro e, silente o Poder Legislativo em estabelecer o procedimento ritual de sua conversão em lei, induz o Poder Executivo a reedições sucessivas, inserindo cláusula de convalidação dos efeitos produzidos pela medida anterior.

A perda retroativa da eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional *de 30 (trinta) dias*¹⁶.

A reedição é a solução criativa para renovar a vigência desse ato quase-legislativo, de eficácia temporal limitada, pois é certo que a autorização extraordinária de despesa já tenha sido executada, devido aos pressupostos exigidos na *admissibilidade* da matéria – como as decorrentes de guerra, comoção interna e calamidade pública. *Estamos, assim, diante da possibilidade de legislar sobre algo inexistente, alterando uma coisa inexistente, que é justamente a lei orça-*

mentária do exercício financeiro já encerrado. Ora, a lei de orçamento é uma legislação ânuia. Com o encerramento do exercício financeiro, resulta írrito e nulo qualquer procedimento tendente a modificar as autorizações de despesas. Inclusive, findo o exercício financeiro, a contabilidade pública está apta a exercer os atos legais, visando à correta prestação de contas do Presidente da República. Como é possível legislar sobre algo fictício?

A análise ofertada até o momento visa expor esses efeitos perversos da tramitação *imperfeita* do crédito extraordinário no Congresso Nacional. À evidência, os questionamentos suscitados até o momento merecem a solução tempestiva deste Poder.

Parece-nos inequívoco alterar o *modus operandi* nas deliberações legislativas sobre o crédito extraordinário. A cada edição de uma medida provisória abrindo um crédito extraordinário é criada uma Comissão Mista Temporária para apreciá-lo. Esse procedimento está alicerçado nos arts. 1º e 2º da *Resolução nº 1, de 1989-CN*, que prescreve:

“*Art. 1º* O exame e a votação, pelo Congresso Nacional, de Medidas Provisórias adotadas pelo Presidente da República, com força de Lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, será feita com a observância das normas contidas na presente Resolução.

Art. 2º Nas quarenta e oito horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria, e designará comissão mista, para seu estudo e parecer.”

À nitidez, resta evidente a preocupação do legislador ordinário em normatizar os injuntivos constitucionais atinentes às medidas provisórias. No entanto, não foi observada a especificidade do crédito extraordinário. Este configura-se em matéria orçamentária de caráter excepcional, exigin-

do iniciativa administrativa imediata, devido aos pressupostos para sua abertura. Ora, constituindo-se matéria orçamentária – e o é sem nenhum esforço exegético, pois o crédito extraordinário altera a lei orçamentária –, o trâmite legislativo para esse tipo de despesa tem de ser examinado pela Comissão Mista aludida no art. 166 da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º Caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I – examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II – examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.” (*grifamos*)

No Congresso Nacional, a regulamentação desse artigo resultou na aprovação da *Resolução nº 2, de 1995-CN*. Os arts. 1º e 2º elucidam as matérias concernentes à sua competência:

“*Art. 1º* Esta Resolução é parte integrante do Regimento Comum e dispõe sobre a tramitação das matérias a que se refere o art. 166 da Constituição Federal e sobre a Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1º do mesmo artigo, que passa a denominar-se Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF.

Art. 2º A Comissão tem como finalidade:

I – examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei relativos ao plano

plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, assim como sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II – examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição Federal e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, inclusive no que se refere ao disposto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal.”

É fácil deduzir que a competência dessa Comissão abrange todas as matérias concernentes ao universo orçamentário. O *caput* do citado artigo 166 da Constituição não faz restrições às modalidades de créditos adicionais a serem apreciados pela Comissão Mista aludida no § 1º. Tampouco a Resolução nº 2 supra o fez, e nem o poderia. Como todas as matérias orçamentárias restaram inclusas nos trabalhos dessa Comissão de Orçamento, parece-nos um erro involuntário da burocracia legislativa criar uma outra Comissão Mista para apreciar os créditos extraordinários. A controvérsia subsiste devido às medidas provisórias observarem o disposto na Resolução nº 1, de 1989-CN (que trata de todas as medidas provisórias). No entanto, em se tratando de *crédito extraordinário – matéria orçamentária excepcional* –, o constituinte originário definiu sua apreciação pela Comissão Mista Permanente de Orçamento. Essa interpretação preserva a harmonia dos princípios constitucionais referentes à despesa pública.

Poder-se-ia argüir em contrário utilizando-se da interpretação literal do § 1º do art. 166 da Carta Magna ou do art. 2º, inciso I, da Resolução nº 2/95-CN, cujo texto contém a palavra projetos, não se inserindo em seu contexto matérias concernentes às medidas provisórias. A interpretação literal, nesse caso, macula novamente toda a harmonia do artigo 166, robustecido que está do

princípio da especialização legislativa em matéria orçamentária, por intermédio de uma *única Comissão Mista, de caráter permanente*, para examinar *tanto* o orçamento geral da União, *quanto* suas alterações.

Decorrida quase uma década da instalação daquela Comissão Permanente, resulta evidente a especialização alcançada nos estudos atinentes à matéria orçamentária. Inclusive, os episódios da CPI do Orçamento contribuíram para a democratização dos debates sobre a transparência na alocação dos recursos públicos. Corroboram os fundamentos esposados a grande quantidade de créditos especiais e suplementares anualmente apreciados no âmbito dessa Comissão. Ora, a quantidade de créditos extraordinários submetidos à apreciação do Congresso é infinitamente menor. Dessa sorte, não seriam eternizadas as reedições de medidas provisórias versando sobre crédito extraordinário, expondo ao *constrangimento* a inércia congressual dessas proposições legais. Resta um abismo entre a probabilidade de a Comissão de Orçamento ultimar a tramitação dessas matérias no exercício financeiro a que se referem e as inúmeras comissões mistas formalizadas para apreciar cada crédito extraordinário encaminhado ao Parlamento fazê-lo tempestivamente.

Portanto, é incontroverso que, se existe uma *Comissão Permanente especializada no controle social dos gastos públicos*, na apreciação ordinária do orçamento anual e dos créditos suplementares e especiais, a argumentação lógica seria que a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização detém alicerces sólidos de maior amplitude na apreciação de gastos extraordinários, exceção daquelas circunstâncias extremas do princípio constitucional da autorização legislativa prévia dos gastos públicos.

6. Conclusão

Dos argumentos expendidos, resulta inequívoco a adoção das seguintes providências concernentes aos créditos extraordinários:

1) modificar a tramitação atual dos créditos extraordinários, iniciando-a somente por intermédio da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização;

2) alterar o artigo 167, § 3º, da Constituição Federal, consoante proposto, visando eliminar a necessidade de edição de medidas provisórias para a abertura de créditos adicionais, perturbando o já tumultuado ordenamento jurídico pátrio.

Notas

¹A lei orçamentária anual (LOA) é também conhecida como OGU – Orçamento Geral da União, lei de meios e orçamento público, entre outros sinônimos. É uma lei de caráter anual, com vigência até 31 de dezembro.

²O § 8º do art. 167 da Constituição Federal (CF) contém as únicas exceções ao princípio da exclusividade:

“a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

³Lei que estabelece as normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos. Recepcionada como lei complementar (art. 165, § 9º, da CF), é a Lei de maior importância em matéria orçamentária.

⁴Tanto o orçamento da União, quanto suas retificações por meio dos créditos adicionais, são autorizados pelo Congresso Nacional por lei. Existe uma discussão secular sobre o caráter dessa legislação no sentido de ser formal ou material.

⁵Nas *vedações* do art. 167, esse princípio está insito no inciso V:

“V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;”

⁶BIOLCHINI, Alberto. *Índice Analytico da Consolidação das Disposições Orçamentárias de Caracter Permanente*; Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928. p. 90 e 91.

⁷PESSOA, Epietácio. *Perfis Parlamentares*, 7. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 280 a 284.

⁸ROURE, Agenor. *Formação do Direito Orçamentário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1916. p. 169.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Segurança – MS-22990 / RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*. Brasília, 5 de fevereiro de 1998.

¹⁰FILHO, Luiz Gonçalves de Lima. *Nota Técnica nº 21/99*. Consultoria de Orçamentos do Senado Federal. Brasília, 1999.

¹¹PEC – Sigla utilizada para as Propostas de Emendas à Constituição. Esta, a de nº 26, de 1996, propõe alterações em diversos artigos referentes às matérias orçamentárias.

¹²Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso IV.

¹³SCHETTINI, Francisco de Paula. Emendas a Projetos de Lei de Crédito Adicional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 135, p. 198, jul./set. 1997.

¹⁴SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins*. 1ª ed. Brasília: Prisma, 1997. p. 70.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília, v. 151, p. 13, jan. 1995.

¹⁶Idem, *ibidem*, p. 14.

Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade

Joaquim B. Barbosa Gomes

“A Constituição dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da ‘igualdade de condições’ para acesso e permanência na escola; no entanto, dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, dou meu testemunho de que nem cinco eram negros!” (Professor Antonio Junqueira de Azevedo, in Folha de S. Paulo de 15-11-96, pág. 3-2)

“Educação: passaporte seguro para a liberdade, arma indispensável na luta pela igualdade” (Jurista brasileiro anônimo)

“Education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms”.(Trecho extraído da decisão “Brown v. Board of Education of Topeka” da Suprema Corte dos EUA, 1954)

Joaquim B. Barbosa Gomes é Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas). Membro do Ministério Público Federal. Professor-Adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Saúde. *Visiting Scholar* da Columbia University School of Law, New York.

Sumário

1. A ruptura de 1985/1988: o reconhecimento dos direitos coletivos e de grupos e o advento das ações civis coletivas. 2. Legitimação para

defesa de interesses de grupos étnicos minoritários. 3. Facilitação do acesso à Justiça. 4. Os obstáculos à ação eficaz do MP. 5. As deficiências estruturais do MP.

A luta por transformações sociais e pela promoção da justiça social constitui tarefa a ser levada a cabo mediante esforço eminentemente coletivo.

No plano jurídico, essa singela constatação se traduz, na maioria dos países ocidentais, na possibilidade de utilização de instrumentos legais de promoção e defesa de direitos de natureza coletiva, seja por meio de entidades formadas por grupos específicos oriundos da sociedade civil (associações, ONG's etc.), seja por meio de órgãos governamentais concebidos e instituídos com o fim específico de promover a efetiva igualdade e de defender os direitos de determinadas categorias sociais vulneráveis.

O sistema jurídico brasileiro, que tem suas raízes mais antigas no Direito continental europeu¹, durante muito tempo ignorou por completo essa evidência. E o que é ainda mais grave, o *establishment* jurídico nacional² sempre foi majoritariamente individualista. É indissociável o desconforto sentido por muitos operadores do Direito em relação aos instrumentos de defesa coletiva da sociedade ou de alguns de seus segmentos mais necessitados.

Entretanto, cresce a cada dia a consciência acerca da maior eficácia dos instrumentos coletivos de aplicação do Direito e de busca da Justiça Social. Embora, ressalte-se, a tendência de se aplicar o direito por meio de iniciativas de caráter meramente individual ainda seja prevacente, vislumbram-se no horizonte, porém, claros sinais de mudança.

1. A ruptura de 1985/1988: o reconhecimento dos direitos coletivos e de grupos e o advento das ações civis coletivas

Com efeito, a aprovação pelo Congresso Nacional, em 1985, da Lei nº 7.347/85, complementada pela promulgação da nova

Constituição em 5 de outubro de 1988, anunciou uma mudança vital nesse campo. Pelo menos do ponto de vista jurídico-formal, trata-se de um divisor de águas, pois as inovações produzidas por esses dois atos normativos cuidam precisamente de instrumentos jurídicos de proteção e defesa de direitos de grupos sociais específicos, ou de direitos e interesses afetos à coletividade como um todo (*Public Interest Law*).

De fato, o Congresso Nacional, constatando a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, e também sabedor da necessidade de se incentivar a implementação de direitos que transcendam a esfera individual, buscou criar instrumentos de defesa e promoção dos chamados direitos “coletivos” e “difusos”, perante o Poder Judiciário.

Em 1985, portanto, foi editada a chamada Lei da Ação Civil Pública, que autoriza o Poder Executivo federal e estadual, as associações constituídas há mais de um ano e o Ministério Público a proporem ações civis perante o Poder Judiciário, em defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. A Constituição de 1988 veio reforçar essa lei, atribuindo enormes poderes ao Ministério Público para agir em defesa de tais direitos e interesses, inclusive o de conduzir investigações próprias por meio do chamado Inquérito Civil Público, novidade absoluta no Direito brasileiro.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, o Poder Legislativo, por meio das novas normas introduzidas em 1985 e 1988, fez “irromper o social na paisagem do processo”, com isso deixando em segundo plano a concepção individualista até então predominante. Ao fazê-lo, o Congresso ampliou a legitimação para postular em juízo das entidades jurídicas vocacionadas à defesa e à promoção dos interesses das massas³.

Essa foi, sem dúvida, uma mudança crucial no domínio da aplicação do Direito e terá certamente, num futuro próximo, profundas repercussões no campo da eficácia das normas jurídicas em nosso país.

Com efeito, a noção de interesse público ou interesse geral da coletividade passou nos últimos tempos por certas modificações conceituais, a ponto de se cogitar, com uma boa dose de precisão, da diferenciação entre a) direitos e interesses gerais de toda a coletividade; b) direitos e interesses de determinados grupos; e c) direitos individuais indisponíveis. Isso significa que, ao invés da tradicional dicotomia entre direitos do indivíduo e direito da coletividade, admite-se a existência de uma categoria intermediária de direitos, situada a meio caminho entre os direitos puramente individuais e os direitos e interesses gerais da sociedade como um todo⁴.

No Brasil, a partir de 1985 e com mais precisão a partir de 1988/90⁵, não há dúvida de que essa categoria intermediária de direitos admite uma outra diferenciação: a que separa os direitos pertencentes a uma categoria “determinada” ou “determinável” de pessoas e aquela pertinente a um grupo “indeterminado” de indivíduos. Por exemplo, podem seguramente ser catalogados como membros de uma categoria determinada ou determinável de pessoas: a) os moradores de um edifício; b) os empregados de uma empresa estatal ou de um conglomerado de empresas privadas; c) os membros dos corpos docente e/ou discente de uma Universidade; d) as pessoas pertencentes a uma determinada etnia; e) as adeptas de determinado culto ou religião. Os elementos-chave de caracterização em todos esses exemplos são, de um lado, o caráter transindividual do direito ou interesse tutelado; de outro lado, a noção de *appartenance ou membership* que anima os membros do grupo, vinculados uns aos outros em razão do interesse comum decorrente do fato de pertencerem a um universo de pessoas dotadas de certas características distintivas facilmente identificáveis; ou, no dizer da lei, do fato de existir, entre os titulares do referido direito, uma “relação jurídica-base” comum a todos os integrantes do grupo ou categoria. Nessa categoria jurídica determinada ou determinável, poderiam ser enquadrados,

por exemplo, todos os cidadãos brasileiros descendentes de africanos, as mulheres, os índios, os membros da minoria judaica, os adeptos desta ou daquela confissão religiosa, em suma, todos aqueles grupos que, no nosso sistema jurídico, têm legitimação para reivindicar direitos que lhes são próprios, seja por razões históricas ligadas à sua inserção na comunidade nacional, seja por peculiaridades que os distinguem daqueles que compõem o contingente majoritário no seio da nação brasileira.

Já o grupo social *indeterminado* ou *de difícil determinação* seria aquele cujos direitos e interesses trazem igualmente a marca da transindividualidade. Noutras palavras, trata-se de direitos e interesses que “depassam a esfera de atuações dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”⁶. Entretanto, em relação a esse grupo, haveria *indefinições* importantes: a que se refere à individualização das pessoas titulares dos direitos e interesses reivindicados e a concernente ao alcance das lesões eventualmente infligidas aos membros desse grupo. Isso porque, nesse caso, em se tratando de dano aos direitos e interesses do grupo, a lesão se dissemina “por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade, uma etnia ou mesmo toda a humanidade”⁷. Noutras palavras, para dar exemplos mais concretos, seriam titulares de direitos difusos a) os moradores *anônimos* de uma cidade ou de um Estado; b) os consumidores de determinado produto espalhados por todo o país; c) ou ainda, os contribuintes de determinado tributo de incidência geral e indiscriminada.

Vários autores, brasileiros e estrangeiros, tentaram traçar o conceito e a diferenciação entre essas categorias de direitos, que, como já dito, constituem novidade no sistema jurídico do Brasil. Albino Zavaski, por exemplo, assim se pronuncia sobre o tema:

“Do ponto de vista objetivo, assemelham-se os interesses difusos aos coletivos: *ambos são indivisíveis*, não podendo ser satisfeitos nem lesados

senão de forma que afete a todos os possíveis titulares, difusa ou coletivamente considerados. O que os diferencia são seus aspectos subjetivos: embora *ambos sejam transindividuais, a indeterminação dos sujeitos titulares é absoluta* quando se trata de *interesses difusos*, mas é *relativa* em se tratando de *interesses coletivos*. É que, nos difusos, a ligação entre os titulares decorre de mera circunstância de fato, enquanto os titulares dos interesses coletivos têm a ligá-los, entre si ou com o obrigado, uma relação jurídica-base”⁸.

Um autor que também enfrentou o tema foi o jurista italiano Mauro Cappelletti, e o fez na perspectiva de busca de uma solução para problemas sociais, isto é, aqueles problemas para cuja solução não basta a ação isolada de um único indivíduo, mas a iniciativa conjunta de Governo, de movimentos sociais e organizações não-governamentais nacionais e estrangeiras. Diz Cappelletti com muita propriedade:

“O que são os chamados direitos difusos? Para entender-se perfeitamente o tema, é preciso, antes de tudo, abandonar os esquemas dogmáticos e puristas. É necessário entender a questão social, primeiro. Pois a questão social está na base dos interesses difusos. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e a sua nova, mas já enorme e crescente, importância na sociedade contemporânea. Então, compreenderemos por que este tema tem sido negligenciado pelos juristas(....)”. “Quando surge o problema social, o direito logo deve intervir, deve tratar de resolvê-lo, ou de colaborar na resolução do mesmo. Esse é o direito realista, não um direito abstrato, dogmático, direito das nuvens. Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea? Não posso

dizer que, em outras épocas, não existissem exigências de intervenção do mesmo tipo, intervenções difusas. Mas o que desejo enfatizar é que hoje esse problema emerge com uma importância extraordinária, sem precedentes na história do homem. O problema jurídico é muito simples. Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio ambiente, etc?). Certo, uma primeira resposta é óbvia: o legislador pode aprovar leis de direito substancial que protejam *o consumidor, o ambiente, as minorias raciais, civil rights, direitos civis* etc. Aí está apenas um primeiro passo, não mais. Porque especificamente o interesse difuso necessita de uma proteção judiciária, processual, sempre que violado. Não basta que exista uma lei de direito material que exija lealdade, por exemplo, em matéria publicitária. Não basta isso. É preciso antes uma proteção adequada no caso de fraude publicitária”⁹.

São, portanto, muito próximas as noções de interesses “difusos” e “coletivos”. Enquanto os primeiros dizem respeito a direitos e interesses importantes para a coletividade como um todo, os últimos se destacam por serem pertinentes a um grupo suscetível de identificação.

A proximidade e a semelhança desses conceitos faz surgir um primeiro problema: o da legitimidade para a defesa de cada tipo de direito ou interesse, já que são múltiplos os atores autorizados pela Constituição e pelas leis brasileiras a agir em defesa de direitos metaindividuais.

2. Legitimação para defesa de interesses de grupos étnicos minoritários

De saída, uma reflexão se impõe: quem detém legitimidade para a promoção e a defesa dos interesses de determinado grupo étnico – apenas as entidades representativas desses grupos ou os órgãos que agem em nome de toda a coletividade?

À primeira vista, a questão parece de fácil solução, pelo menos no plano jurídico. Na prática, ela não o é, e as dificuldades inerentes ao seu deslinde só ainda não vieram à tona por força da ligeireza e do mal disfarçado desdém com que a situação social do negro e de outras minorias é tratada na sociedade brasileira.

Dada a avassaladora predominância de uma visão conservadora nos meios jurídicos brasileiros, não constituiria nenhuma surpresa o eventual surgimento de corrente de pensamento tendente a desqualificar o fator étnico-racial como elemento determinante de legitimação para efeito da ação civil pública. Aliás, uma tal corrente de pensamento não seria estranha às tradições jurídicas brasileiras, que tendem sempre a deixar de lado a discussão da essência das coisas para privilegiar a abordagem de aspectos secundários, periféricos, processuais...

Porém, no caso específico do objeto desse estudo, existem obstáculos de peso a essa possível tentação *diversionista*: de um lado, a própria Constituição Federal que, em seu artigo 129, III, declara o Ministério Público habilitado a propor ações civis públicas para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. Como já vimos, a promoção dos direitos constitucionais dos negros brasileiros pode ser enquadrada tanto como direito coletivo quanto como direito difuso. De outro, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, que acrescentou ao elenco de atribuições desse órgão a defesa dos direitos das “minorias étnicas” (L.C. 75/93, art. 6º, VII, b), atribuição essa exercitável justamente pela via da ação civil pública. Portanto, no plano puramente normativo, não existe qualquer obstáculo à atuação do MP na proteção aos direitos de grupos étnicos minoritários. Ao contrário, existe autorização expressa, como já visto. Isso significa que a propositura de ação civil pública com vistas à defesa de direitos e interesses de minorias étnico-raciais independe de autorização legislativa específica, ao contrário do que vêm decidindo algumas cortes brasileiras, quando convo-

cadas a decidir ações coletivas em outras áreas, como, por exemplo, na área de impostos...

Resta saber se tal atuação se faria a título de tutela de defesa dos direitos difusos ou coletivos. Em se tratando de atuação do Ministério Público, a questão me parece irrelevante, eis que a legitimação constitucional foi outorgada pelo legislador constituinte em termos deliberadamente irrestritos (“outros interesses difusos e coletivos”)¹⁰. Vale dizer, ainda que, nesse caso, os direitos e interesses protegidos tenham, em sua essência, uma indistigável natureza de classe ou de grupo, é plenamente viável a sua tutela por iniciativa do Ministério Público, como de resto pode ocorrer em outros domínios em que estejam em jogo direitos coletivos e não difusos. Já as associações só podem agir a título de defesa de direitos e interesses de grupo ou classe. Isto é, prevalece aqui o princípio da especialização: somente as associações que, de acordo com os seus estatutos, tenham como objetivo a defesa de direitos de certas minorias poderão ingressar em juízo com ação civil em nome delas.

De toda sorte, o que nos parece absolutamente relevante é o fato de que, efetivamente, o fator étnico constitui um critério inegável de classificação, para efeito de enquadramento do tipo de tutela a ser reivindicada perante o Poder Judiciário.

Por outro lado, vista sob o ângulo da Justiça Social, que constitui um dos pilares do sistema constitucional brasileiro¹¹, a busca de solução aos problemas de grupos étnicos minoritários interessa não só a esses grupos mas também à sociedade brasileira como um todo, ao Estado brasileiro e, cada vez mais, às forças econômicas hegemônicas no País, que têm todo o interesse em ver integradas à sociedade de consumo as grandes massas marginalizadas da nossa sociedade, compostas majoritariamente por pessoas de ascendência africana. Isso contribuiria, sem dúvida alguma, para a preservação da paz social, para a cessação do alijamento social e da marginalização de um grupo social de

importância vital na construção da nacionalidade brasileira. Sob esse ângulo, pois, o enquadramento jurídico dos direitos dos negros brasileiros se faria na categoria de direitos difusos, e não de direitos de uma classe de pessoas¹².

Como um dos detentores da legitimação para propor Ação Civil Pública, o Ministério Público é de longe a instituição que reúne as melhores condições para obter sucesso nessa empreitada, que é de interesse de toda a sociedade brasileira, como já dissemos. Com efeito, nos diversos domínios em que as ações civis públicas são taxativamente admitidas (meio ambiente, defesa do consumidor, mercado financeiro, defesa do patrimônio público), o MP é, sem dúvida alguma, entre os legitimados, a instituição mais atuante. Isso decorre de alguns fatores, entre os quais: a) a boa qualificação jurídica dos membros do Ministério Público e o prestígio profissional de que desfrutam na sociedade brasileira; b) a fragilidade financeira e organizacional das associações voltadas à defesa de interesses coletivos e de grupos, ainda bastante incipientes e rudimentares no Brasil; c) a notável ausência, entre os brasileiros em geral, daquilo que os povos anglo-saxões apropriadamente denominam espírito de *community*, deficiência agravada pela nossa secular tendência a acreditar que deve vir do Estado a solução para todos os problemas sociais.

Não resta dúvida de que a Constituição Federal elegeu o Ministério Público como um instrumento privilegiado de promoção e defesa dos direitos coletivos e difusos. A leitura de alguns de seus dispositivos nos conduz à conclusão de que essa Instituição foi alçada à condição de Promotor da Cidadania e dos direitos coletivos, como tem sido dito à exaustão. Rompeu, assim, a Constituição de 1988 com uma longa e já bem estabelecida tradição dessa Instituição, que, até então, dedicava-se preferencialmente ao desempenho do papel de mero fiscal da lei e de titular da ação penal, o que é muito pouco quando se sabe que o Brasil é um país em que a persecução penal constitui precisamente a

mais dramática prova da ineficiência e do caráter às vezes artificial, puramente mimético, de algumas peças do sistema jurídico.

De fato, em seu art. 129, a CF 1998 inclui entre as funções institucionais do MP a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*”.

Note-se que a Constituição não inclui expressamente a defesa dos direitos das minorias entre os interesses a serem tutelados por meio da ação civil pública. À primeira vista, esse suposto silêncio do texto constitucional poderia constituir um poderoso argumento para os segmentos conservadores e imobilistas do *establishment* jurídico brasileiro, que aí encontrariam a base jurídica formal para entrar toda e qualquer ação do Ministério Público em defesa das minorias marginalizadas¹³.

Contudo, é a própria Constituição, no mesmo artigo 129, inciso III, que outorga ao Ministério Público a atribuição de propor ação civil pública para defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. Vale dizer, a previsão constitucional é ampla, sem qualquer cláusula restritiva. Portanto, não há obstáculo jurídico sério à ação do Ministério em defesa dos direitos da minoria negra brasileira¹⁴.

Ainda no plano constitucional, guarda pertinência com o tema da afirmação dos direitos da comunidade negra a seção relativa à cultura (seção II do capítulo III do título VIII), artigos 215 e 216, assim concebidos:

“Art. 215. § 1º: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...);

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos for-

madores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: a) as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver;

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

Como se vê, a própria Constituição Federal (art. 215) singulariza os brasileiros de descendência africana, ao assegurar a proteção do Estado às suas manifestações culturais específicas. Reconhece-lhes, portanto, a condição de grupo social portador de certas características histórico-culturais, diferenciadoras dos demais elementos componentes da Nação. No plano estritamente jurídico, o art. 215 imprime de forma inequívoca aos direitos e interesses dos negros em geral, assim como dos índios e dos descendentes de europeus, a marca de direito coletivo, de classe. Em suma, reconhece-lhes o caráter de grupo dotado de direitos específicos em face da sociedade brasileira¹⁵.

Já o art. 216 vai mais longe: diz que o patrimônio cultural brasileiro se compõe dos bens de natureza material ou imaterial oriundos das três raças que compõem a nossa nação, e que qualquer dano causado a um ou a todos os elementos componentes desse patrimônio (“tomados individualmente ou em conjunto”) será reprimido na forma da lei. Aqui não se trata mais de direitos de grupo ou de classe, mas de direitos pertencentes a toda a coletividade (“patrimônio cultural brasileiro”). Poderá, assim, ser considerada violação de *direitos difusos* toda e qualquer ação (privada ou governamental) tendente a sufocar, a suprimir, a escamotear, a mitigar a importância da contribuição de cada uma das três raças na construção da nacionalidade brasileira. Nesse sentido, pois, o combate à opressão e à situação de quaseausência de direitos em que vive a maioria dos negros no Brasil constitui, sem dúvida alguma, um direito difuso a ser perseguido na via da ação civil pública.

Portanto, os artigos 215 e 216 da Carta de 1988 reforçam o entendimento de que o MP está constitucionalmente autorizado a propor

ações civis públicas em defesa das minorias oprimidas, a título de defesa de interesses difusos. Tais interesses, como já vimos, somados aos dos demais grupos étnicos que formam a identidade nacional, constituem, à luz do dispositivo constitucional acima transcrito, o chamado patrimônio cultural brasileiro. Ou seja, um típico interesse difuso.

Não bastasse isso, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) veio tornar ainda mais explícita essa atribuição do MP, ao dispor em seu artigo 6º:

“Art. 6º – Compete ao MPU:

VII – Promover o inquérito civil e ação civil pública para:

a) proteção dos direitos constitucionais;

b) proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos das comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às *minorias étnicas e ao consumidor*.”

Por fim, no plano da lei ordinária, a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) outorgou ao MP os instrumentos de ação necessários à defesa dos direitos de minorias. Com efeito, concebida inicialmente como instrumento de defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), na sua versão original essa lei teve amputado, por força de veto do Presidente José Sarney, o dispositivo que possibilitava o ajuizamento da ação para defesa de “outros interesses difusos”. O argumento jurídico usado para justificar o veto foi o de que a amplitude dessa expressão findaria por causar insegurança jurídica.

Foi necessário aguardar a promulgação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para que o quadro normativo da ação civil pública viesse a se completar, já que esse Código veio não apenas restaurar o dispositivo vetado cinco anos antes, mas também dar a definição precisa do que são direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos (art. 81)¹⁶.

Assim, a partir de 1990, como diz a Procuradora Thaís Graeff em sua dissertação de Mestrado¹⁷,

“a ação civil pública passou a ser instrumento de defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, transformando-se em poderoso instrumento de preservação do patrimônio público e dos direitos de minorias, bem como veículo de demandas sociais na busca da efetiva realização de direitos constitucionalmente assegurados”.

3. *Facilitação do acesso à justiça*

Também no plano da efetividade das normas constitucionais e legais pertinentes à tutela de interesses difusos e coletivos, a presença do Ministério Público se reveste de grande importância, na medida em que a atuação dessa Instituição pode ser vista como um utilíssimo instrumento de superação das dificuldades de acesso à Justiça.

Com efeito, é sabido que a Justiça no Brasil é cara, morosa e inacessível ao cidadão comum. “Imagine-se o cidadão comum litigando com uma grande multinacional em busca do seu direito a um meio ambiente saudável” (Thaís Graeff, ob. Cit., p. 44)¹⁸. Ou, diríamos nós: imagine-se um grupo de cidadãos negros em luta contra o Estado ou contra o poderoso cartel do ensino privado lucrativo brasileiro, a fim de fazer valer o seu direito, de cunho constitucional, de ver os filhos contemplados com o acesso à boa educação...

Em princípio, a ação civil pública seria um excelente meio de remover tais obstáculos, já que ela não expõe individualmente cada pessoa interessada, tampouco implica gastos por parte do cidadão beneficiário da tutela. Isso porque, proposta pelo Ministério Público ou por associações, a Ação Civil Pública não acarreta condenação em honorários de advogado nem despesas processuais.^{19,20} Por outro lado, evita-se o congestionamento do Poder Judiciário, eis que uma só ação é suficiente para dar solução a problemas de

interesses de milhares, e até mesmo de milhões, de pessoas ao mesmo tempo.

Some-se a isso o fato de que o inquérito civil público conduzido pelo Ministério Público, procedimento preparatório à ação civil pública, permite a celebração de ajustes entre as partes em confronto, visando à adequação aos desígnios da lei, os chamados Compromissos de Ajustamento de Conduta. Tais compromissos têm-se revelado mais eficazes do que o ajuizamento de ações, pois, muitas vezes, os direitos difusos envolvem questões estruturais, de larga repercussão social, que não podem ser resolvidas à base de uma simples e, em muitos casos, abrupta decisão judicial.

4. *Os obstáculos à ação eficaz do MP*

Resta saber, contudo, se esse complexo arcabouço constitucional e legal tem obtido repercussão na vida diária da instituição Ministério Público e, por via de consequência, do Poder Judiciário. Mais: é imperioso também indagar se esses poderosos instrumentos de intervenção do poder público na área social são sequer do conhecimento de alguns órgãos do Poder Executivo, que também têm legitimidade para utilizá-los.

Tome-se por exemplo a educação, que é um setor crucial e que tem um impacto desproporcional sobre os negros, pois eles constituem a maioria esmagadora dos pobres brasileiros. A educação é um tema que se enquadra perfeitamente no conceito de “direitos difusos”: a Constituição Federal diz expressamente que a “educação é um direito de todos e dever do Estado e da família”. Noutras palavras, um típico exemplo de direito que é ao mesmo tempo individual, isto é, suscetível de ser postulado pelo cidadão a título pessoal, e difuso, por ser um dever do Estado para com todos aqueles que vivem no território nacional.

Mas a educação é precisamente um exemplo perfeito do divórcio entre lei e realidade, entre meras proclamações jurídicas e direitos efetivamente assegurados. Às

vésperas da virada do milênio, até o nível de ensino médio, as escolas que oferecem boa qualidade de ensino no Brasil são, em geral, as escolas privadas. Apesar de privadas, essas escolas recebem diversos tipos de financiamento governamental, seja sob a forma de ajuda direta para construção e reforma de suas instalações, seja por meio de isenções fiscais de diversas naturezas²¹. Somente as famílias dotadas de consideráveis recursos financeiros têm meios de matricular seus filhos em escolas privadas. Negros, portanto, estão excluídos desse sistema, em razão de injustos artifícios criados pela própria lei.

A injustiça se torna ainda mais intolerável em se tratando de ensino universitário. Aqui a equação se inverte: as boas universidades são as públicas. Contrariamente ao que se passa nos EUA, em que há uma grande diversidade de instituições de ensino universitário, no Brasil boa qualidade de ensino universitário se confunde com universidade pública. Pouquíssimas universidades privadas oferecem ensino de razoável qualidade. Contudo, o acesso à Universidade pública é ultralimitado: a seleção dos alunos se faz mediante o exame “vestibular”, no qual são aprovados, em sua maioria esmagadora, pelo menos para os cursos de maior prestígio, apenas os alunos egressos das escolas privadas, que, além de terem tido o privilégio de freqüentar boas escolas, indiretamente financiadas com recursos públicos (que deveriam imperativamente ser usados para financiar o ensino público universal, e não o ensino canalizado para uma pequena minoria), ainda dispõem de recursos financeiros para freqüentar cursos específicos de preparação para tal exame de admissão ao curso superior.²²

Em resumo: o dinheiro dos impostos pagos por toda a sociedade é canalizado, primeiro para subsidiar a escola privada de ensino fundamental e médio à qual apenas os ricos têm acesso; em segundo, para financiar integralmente a universidade pública a que somente esses mesmos privile-

giados terão acesso²³. Ou seja, a perfeita perpetuação do ciclo vicioso da miséria e da exclusão.

Esse nosso sofisticado (chancelado pelas leis²⁴) sistema de opressão social e racial, se confrontado com o de outros países, traria à tona a intolerável incivilidade das nossas relações sociais. À guisa de comparação, tome-se mais uma vez como exemplo os Estados Unidos, país que, como o Brasil, teve longa história de escravidão, mas que as elites conservadoras brasileiras têm especial horror em ver comparado ao Brasil. Esquecem-se de que lá, como aqui, negros foram durante séculos considerados como objeto e, mesmo após a emancipação legal, continuaram aliados dos mecanismos suscetíveis de conduzir ao aprimoramento pessoal e humano. Lá, o alijamento se operou por meio de leis e de decisões judiciais aplicáveis em todo o território do país (v. *Plessy v. Ferguson*, 1896). Aqui, por meio do “jeitinho” brasileiro de fazer as coisas.²⁵ Lá, o problema vem sendo corajosamente enfrentado por todas as forças atuantes no espectro político. A mobilização da sociedade em favor dos direitos civis nos anos 60 resultou na aprovação pelo Congresso do Programa de Direitos Civis, um complexo, minucioso e vasto conjunto de atos normativos que apregoam várias medidas de promoção no campo cível, mas que no Brasil já começa a ser deturpado como se se tratasse meramente de um “sistema de quotas”. Os resultados desse programa, passados pouco mais de trinta anos de aplicação, são simplesmente espetaculares²⁶.

Na área da educação, insista-se mais uma vez, o combate aos efeitos da discriminação racial nos EUA se faz por diversos métodos, uns aparentemente heterodoxos (*affirmative action programs*), porém concebidos com prazo certo de duração como único meio de extirpar a mentalidade escravocrata, responsável por aquele tipo de discriminação disseminada, estrutural, não necessariamente ancorada em leis; outros por meio de mecanismos jurídicos revestidos de indvidiosa sofisticação, como é o caso do capítulo das *Civil Rights Laws* de 1964, que, ao invés

de se limitar a condenar a discriminação racial por meio de normas proibitivas vagas, como se faz no Brasil, optou por uma postura mais afirmativa, pró-ativa, de promoção, impondo o dever de promoção da “diversidade” em todo e qualquer estabelecimento de ensino ou programa educacional que se beneficie de qualquer tipo de ajuda governamental federal (*Discrimination in federally assisted programs*). Como se vê, é o Estado, usando de suas prerrogativas de supremacia para impor não apenas às instituições de ensino públicas, mas também às privadas beneficiárias de qualquer tipo de apoio governamental, a *obrigatoriedade de inclusão*, em percentuais compatíveis com a respectiva presença de cada grupo em uma dada comunidade, de representantes de grupos sociais historicamente marginalizados, que de outra maneira não teriam acesso à educação de boa qualidade, já que esta normalmente é reservada ao atendimento dos interesses das classes sociais dominantes, em caso de inércia do Estado.²⁷

Em suma, embora não seja a única, a educação é uma das áreas em que o conceito de “direitos difusos” se adapta perfeitamente. Nela se encontra entrelaçada a questão racial e os mecanismos legais por meio dos quais o Direito brasileiro exclui os negros e os pobres em geral do processo de aprimoramento social.

É certo que um empreendimento dessa envergadura incumbe prioritariamente ao poder público e às lideranças políticas nacionais mais expressivas, cujo poder de impulsão não deve ser menosprezado. Seria um equívoco imaginar que a segregação de fato do negro no Brasil se resolveria com base apenas em ações judiciais. O exemplo dos EUA está aí para nos mostrar o contrário: sem a firme determinação do Governo federal sob Kennedy, Johnson, Carter, Clinton e até mesmo de alguns republicanos²⁸, os negros norte-americanos não teriam obtido o que já conseguiram, que é muito se comparado com a triste situação dos negros brasileiros, que vivem num país que ironicamente se auto-proclama uma “democracia racial”!

A ação civil pública, portanto, conduzida por ONG’s e pelo Ministério Público, seria um ótimo instrumento de combate a esse sistema viciado de criação de “injustiças legitimadas pelo Direito”. E isso não apenas no campo da educação, mas também no das relações de emprego²⁹ e muitos outros, em que o Brasil se notabiliza por uma insuportável injustiça.

Resta saber se esse formidável instrumento de combate jurídico vem sendo utilizado adequadamente.

5. As deficiências estruturais do MP

No âmbito federal, não obstante a boa receptividade que o assunto tem em alguns setores do Ministério Público Federal, especialmente da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e das suas Procuradorias Regionais dos Direitos do Cidadão, é forçoso reconhecer que muito pouco foi feito até hoje. É bem verdade que somente agora, passados quatorze anos desde a sua instituição, as ações civis públicas começam a ter um impulso positivo na vida institucional brasileira. Até há bem pouco tempo, militava contra a sua evolução o *effet de blocage* do Judiciário, consistente ora em abortar abruptamente, ainda no nascedouro, certas ações mais indigestas, invariavelmente por meio de *technicalities* ou *mumbo jumbo*, isto é, medidas judiciais estapafúrdias de conteúdo meramente processual, ora por intermédio de liminares altamente contestáveis, impostas de cima para baixo pelos órgãos jurisdicionais de revisão e de cúpula do Judiciário Federal. Noutras palavras, no seu período de amadurecimento inicial, as ações civis públicas têm servido para expor às escâncaras os vícios e as chagas perpétuas do sistema jurídico brasileiro como um todo: o individualismo exacerbado, o formalismo *outrancier*, a falta de racionalidade e de praticidade da grande maioria dos instrumentos de ação etc. Diante desse quadro, não surpreende que o balanço geral das ações civis públicas seja tão esquálido, e que na coluna referente à

proteção dos direitos das minorias, por parte do Ministério Público, nada haja para se analisar!

Tal estado de coisas reflete, não é ocioso frisar, o conhecido drama institucional de muitas nações, o qual é particularmente agudo no Brasil: o da profunda dissociação entre direito positivo e direito efetivamente aplicado, entre norma formal e realidade institucional concreta. Tal clivagem, a bem da verdade, vem inteiramente ao encontro da acurada reflexão de Norberto Bobbio, para quem, em se tratando de direitos do homem, “deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais”. Pensamento esse também compartilhado pela ilustre autora da dissertação já mencionada, que constata o “abismo verificado entre direitos reconhecidos e direitos assegurados efetivamente no Brasil”, isto é, a enorme distância existente entre os instrumentos legais de que se dispõe para tentar interferir com essa realidade no âmbito do Judiciário e do Ministério Público, e a realidade cruel da vida cotidiana dessas instituições.

Como já dito, a Constituição de 1988 transformou o Ministério Público em verdadeiro “promotor da cidadania”. Colocou-o como ponte entre a sociedade e o Estado, dando-lhe poderes para muitas vezes contrariar e impedir a realização de ações pelo próprio Estado, quando ilegais ou lesivas ao interesse da coletividade. Para isso, dotou-o de autonomia administrativa e financeira, concedeu aos seus membros garantias funcionais idênticas às da Magistratura. Em suma, retirou-o da esfera de influência do Poder Executivo.

Mas os problemas organizacionais, estruturais e até ideológicos da Instituição não têm permitido que ela exerça plenamente a sua missão.

Com efeito, o Ministério Público Federal, passados mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988,³⁰ continua funcionando como se, na prática, o sistema jurisdicional ainda estivesse sob a égide do

regime constitucional anterior a 1988: muitos membros da Instituição ainda agem (ou são forçados a agir por força da estrutura organizacional traçada pela L.C. 75/93) como se a sua missão mais importante ainda fosse a de defender a União em Juízo; não poucos se dedicam quase exclusivamente a atuar em litígios de cunho individual, cumprindo o papel de *custos legis*. Ou seja, existe atualmente no MPF um grande número de profissionais experimentados que se dedicam a atividades que são seguramente subalternas se comparadas ao papel ativo reservado à Instituição pela Constituição e pelas Leis de regência da chamada “tutela coletiva”. Poucos Procuradores são afetados a este setor de Promoção de Direitos e Interesses Difusos, quase todos eles jovens recém-ingressados na Instituição, não raro movidos por um edificante entusiasmo pela causa da regeneração da nossa triste e vexaminosa *praxis* social e institucional, mas, em realidade, desprovidos do indispensável apoio das esferas dirigentes da Instituição, ainda muito impregnadas do *esprit d’antan*³¹. Um contingente expressivo de procuradores experientes – profissionais com cerca de 10-15 anos de exercício – está inteiramente alijado da atuação ativa no campo dos direitos difusos ou coletivos, seja por razões de ordem legal e estrutural concernentes à organização e ao funcionamento do Órgão, seja porque esta é uma matéria ainda de raríssima aparição no âmbito da jurisdição de segundo e terceiro grau em que atuam esses Procuradores. Noutras palavras, o Ministério Público Federal, por força de uma certa inércia institucional e de uma *pésanteur* típicas das instituições estatais, vem de certa forma ignorando o seu novo papel constitucional, privilegiando a tarefa de emissão de pareceres em casos de natureza eminentemente privada e relegando a um plano secundário a missão que a Constituição lhe outorgou – de defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, inclusive os direitos das grandes massas, das minorias humilhadas e sem voz na vida pública do país.

Diante desse quadro de omissão e comprometimento do Estado brasileiro, só resta às organizações não-governamentais que se dedicam ao combate à discriminação racial:

a) exercer pressão constante junto aos órgãos competentes do Poder Executivo (especialmente o Ministério da Justiça), a fim de despertá-los para a necessidade de assumir o papel ativo de promoção e execução que a Constituição e as leis lhes atribuem e que, infelizmente, vem sendo, de certa forma, negligenciado em prol de uma atuação meramente protocolar;

b) provocar, com frequência e por todos os meios possíveis, o Ministério Público, subtraindo essa Instituição do estado de letargia institucional em que ela se encontra, no que concerne ao tema da discriminação racial;

c) buscar estabelecer canais de contato frequentes e institucionalizados com o MP, de modo a criar parcerias para atuação na área de defesa de direitos coletivos e difusos;

d) promover gestões junto aos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de que sejam feitas alterações na Lei de Ação Civil Pública, de modo a adaptá-la ao atendimento dos interesses específicos das minorias raciais. Por exemplo: a criação de um Fundo específico para depósito de quantias oriundas de condenações judiciais cíveis ou criminais motivadas por ofensas de cunho racial, com a conseqüente utilização desses recursos na promoção de cursos de formação destinados a formar lideranças e a chamar a atenção de importantes *decision-makers* para a situação crítica em que se encontram os negros no Brasil;

e) abandonar a ação militante fechada, *de gueto*, pela qual vêm pautando suas condutas; é fundamental que a luta pelos direitos dos negros seja levada a cabo também por pessoas pertencentes aos segmentos não-negros da sociedade brasileira;

f) solicitar ajuda a organismos internacionais e ONG's voltados à defesa de direitos humanos, para que pressionem o Governo brasileiro, no sentido de forçá-lo a assumir a sua responsabilidade na promoção dos direitos dos negros.

¹ É importante salientar, porém, que a partir de 1891, quando o Brasil deixou de ser a única Monarquia do continente americano e adotou o federalismo e o regime presidencial ao estilo dos EUA, as instituições político-jurídicas norte-americanas passaram a ter grande influência no país. V. Jacob Dolinger, "The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system", in *American Journal of Comparative Law*, Fall 1990 38 nr 4 p. 803/837.

² A expressão "establishment jurídico nacional" tem aqui uma significação pouco precisa, reconhece o autor: trata-se de um pequeno grupo de profissionais do Direito, composto essencialmente por autores de obras jurídicas de impacto no plano nacional e por advogados de prestígio e clientela afluyente, quase todos estreitamente vinculados à estrutura de mando do País. Esses profissionais exercem sobre o sistema jurídico brasileiro uma influência maior que a exercida, por exemplo, por *scholars* e advogados europeus em seus respectivos países. Seguramente, têm prestígio e poder inalcançáveis por profissionais com perfil semelhante em países de *common law*, como os EUA. Essa forma de poder é, em muitos casos, excessiva e injustificada, e só se explica pelo isolamento cultural em que vivemos, cujo efeito mais devastador reside na falta de referências, de parâmetros de comparação. Ilustra à perfeição o poder de certos causídicos brasileiros a seguinte comparação, feita, reconheça-se, assim meio *à la sauvette*: o Doyen Georges Vedel, o mais prestigiado e influente jurista francês das três últimas décadas, mundialmente conhecido, não tem em seu país uma influência sobre as instituições comparável à que desfruta, entre nós, alguém como, digamos, o advogado e ex-ministro Saulo Ramos... Numa palavra, a compreensão do Direito brasileiro, dos seus avanços e recuos, passa necessariamente pela análise dessas nuanças sócio-culturais.

³ V. sobre Ação civil pública, entre outros: José Carlos Barbosa Moreira – *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos* – in "Temas de Direito Processual", 3ª série, Saraiva, 1984, p. 193-197; Ada Pellegrini Grinover – *A problemática dos interesses difusos* – in "A Tutela dos Interesses Difusos", Coord. Ada Pellegrini Grinover, ed. Max Limonad, SP, 1984, p. 29-45; Rodolfo de Camargo Mancuso – 1) *Interesses Difusos*, ed. RT, 1988; 2) *Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses*, in Revista de Processo, nº 55, 1989, p. 165-179; 3) *Ação Civil Pública* – ed. RT, 1994; Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior – *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, ed. Saraiva, 1984, p. 54-59; Hugo Nigro Mazzilli – *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, ed. Saraiva, 1997; Hely Lopes Meirelles – *Mandado de Segurança, Ação popular e Ação Civil*

Pública – Ed. RT, São Paulo, 1989; Roy R. Friede – *Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular* – Rio de Janeiro, ed. Forense Universitária, 1993; José Carlos Barbosa Moreira – *Ação Civil Pública* – Separata da Revista Trimestral de Direito Público, SP, p. 1-18, 1992; Paulo Afonso L. Machado – *Ação Civil Pública: meio-ambiente, consumidor, patrimônio cultural, tombamento* – Ed. RT, 2ª edição, SP, 1987; José dos Santos Carvalho Filho – *Ação Civil Pública: Comentários por artigo* – ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995; Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari – *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, ed. Forense Universitária, RJ, 1998.

⁴ Os direitos individuais homogêneos, segundo o STF, são subespécie dos direitos coletivos (RE nº 163231-SP, Rel. Min. Mauricio Correia).

⁵ É importante salientar que, embora essas importantes modificações tenham sido introduzidas no Direito brasileiro desde 1985, a definição mais ou menos exata das novas categorias de direitos só veio a ser feita em 1990, quando o Congresso aprovou o Código de Defesa do Consumidor, o qual, em seus artigos 81 e seguintes, dá a definição legal de Direitos Difusos, Direitos Coletivos e Direitos Individuais Homogêneos.

⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, ed. Saraiva, 1991, p. 274/275.

⁷ Mancuso, op. cit., p. 275.

⁸ Albino Zavascki – *Ministério Público e Ação Civil Pública*, in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 32, p. 117/124.

⁹ Mauro Cappelletti, “A Tutela dos Interesses Difusos” in *AJURIS*, 1985, nº 33/174.

¹⁰ Confira-se, nessa mesma linha de entendimento, importante acórdão do STJ: “Processual Civil. Ministério Público. Ação Civil Pública. Dano ao Erário. Legitimidade. 1. Impossível, com base nos preceitos informadores do nosso ordenamento jurídico, deixar de se reconhecer ao MP legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de proteger patrimônio público, especialmente, quando baseia o seu pedido em prejuízos financeiros causados a ele por má gestão (culposa ou dolosa) das verbas orçamentárias. 2. Com efeito, não poderia a Ação Civil Pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do MP promover ‘Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos’ (art. 129, III), *tout court* (e não os ‘interesses coletivos e difusos indicados em lei’) (Milton Flaks, in Revista Forense v. 32, pp. 33 a 42). 3. Nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a

própria lei admite expressamente a concomitância de ambas (art. 1º) Hely Lopes Meirelles, p. 120, Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, RT – 12ª edição). 4. Procedentes jurisprudenciais entre tantos outros: RESP 98.648/MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJU de 28-4-97; RESP 31.547-9/SP, rel. Min. Américo Luz, DJU de 8-11-93, pg. 23-5-46. 5. Não cabe exame, em sede de recurso especial, a existência ou não da conexão, continência, litispendência ou coisa julgada se, primeiramente, o acórdão hostilizado não tratou de nenhuma dessas entidades processuais e, em segundo, quando inexistente prova absoluta da caracterização de qualquer uma delas. 6. Recursos especiais improvidos. (RESP nº 167783-MG, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado; julgado em 2-6-98; in DJU de 17-8-98, p. 00038”).

¹¹ A Constituição Federal brasileira, em seu art. 3º, IV estabelece como um dos “objetivos fundamentais” da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹² Nesse ponto, nosso entendimento coincide com o de Hugo Nigro Mazzilli, que assim se manifesta: “Às vezes, a defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isto geralmente ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas; ocorre, também, quando haja extraordinária dispersão dos interessados, a tornar necessária ou, pelo menos, conveniente a sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público(...) ocorre, ainda, quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo de um sistema econômico, social ou jurídico”.

¹³ O temor de que isso venha realmente a acontecer é plenamente justificável à luz da curta mas significativa experiência já acumulada em matéria de ação civil pública. Por falta de conhecimento, ou simplesmente por má-fé, têm-se tornado rotineiras, especialmente na esfera da Justiça Federal, decisões de juízes que extinguem liminarmente ações civis públicas propostas pelo MPF em defesa do patrimônio público. Invariavelmente, a alegação nesses casos é de que seria preciso uma lei específica dando legitimação ao MP para atuar em cada caso! Se tais absurdos ocorrem em domínios taxativamente previstos na Constituição como objeto da chamada tutela coletiva, da alçada do MP, é de se imaginar quantos disparates virão à tona quando o MP finalmente se dispuser a tomar iniciativas efetivas em defesa de certas minorias, especialmente a negra!

¹⁴ É importante salientar que os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público do Trabalho teriam nesse domínio um papel muito mais ativo do que o Ministério Público Federal, cujas atribuições são fixadas à luz de critérios orgânicos,

rationi personae, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde a violação da legislação federal de direitos civis, por si só, é suficiente para determinar a competência do Judiciário federal, *et partant*, dos chamados *US Attorneys*.

¹⁵ Numa perspectiva de direito comparado, v. Judith Baker (ed.), “Group Rights”, University of Toronto Press, 1992; Charles Taylor, “Multiculturalism and The Politics of Recognition”, Princeton University Press, 1992; s/direito do consumidor, v. Samuel Issacharoff – *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the American Experience* – Revista AJURIS, edição especial, vol. I, Porto Alegre, março de 1998.

¹⁶ “Art. 81 (...) Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

¹⁷ Thais GRAEFF – “Cidadania e Tutela dos Direitos Difusos – Uma análise do Papel do Ministério Público.” Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito – PUC-RJ, 1996.

¹⁸ Cappelletti, no estudo aqui já citado, faz uso da imagem Davi *versus* Golias, para demonstrar a ineficácia das soluções individualistas para os problemas envolvendo lesão de interesses jurídicos de massa. Diz ele: “Pensemos, ainda uma vez, no fenômeno do consumidor. Quando uma lesão é produzida em forma massiva, de massa, não apenas eu sendo consumidor, mas muitos, muitos outros sendo consumidores também, o meu direito, minha lesão, não passa de um fragmento do dano total. Eis o ponto, jurídico, de partida. Interesses difusos, interesses fragmentários, não são totalmente privados, nem inteiramente públicos. Aquilo que denominei, parafraseando Pirandello, interesses em busca de autor (*interessi in cerca di autore*), porque não têm um proprietário, um titular, são difusos(...)” “Suponhamos a emissão ilegal de fumaça, ou a poluição das águas de um rio, lago, onde vamos passar as férias. Se somente o indivíduo pode agir, o que poderá obter? Lembre-se que a solução tradicional diz caber ação ao vizinho, ao proprietário, e não a quem se vê perturbado, por exemplo, no gozo de férias. No caso em tela, é lógico que apenas um herói terá coragem, resistência, e mesmo fundos para intentar uma ação contra um grande poluidor. Sem falar que este terá normalmente uma força econômica muito superior à do indivíduo singular prejudicado”.(p. 174-5)

¹⁹ Aqui se impõe mais um esclarecimento endereçado àqueles não familiarizados com a *praxis* jurisdicional brasileira (os que lerem este *paper* na sua versão em inglês). No sistema jurídico do Brasil, salvo raríssimas exceções, a parte perdedora em um processo de natureza civil é sempre condenada pelo juiz a pagar ao ganhador o correspondente às despesas processuais por este adiantadas e uma soma relativa aos honorários do Advogado do vencedor, independentemente da natureza do ajuste financeiro entre este e o seu advogado. Na Ação Civil Pública, porém, essa regra de compensação financeira do advogado da parte contrária não tem aplicação quando o autor da ação civil pública sucumbe. Essa exceção constitui um incentivo importante à atuação das entidades voltadas à defesa de direitos de minorias pobres e marginalizadas, que não dispõem de recursos suficientes para contratar bons advogados. Nos EUA, o Congresso se deu conta da importância dessa questão, ao instituir, não faz muito tempo, sistema parecido com o brasileiro, permitindo que nos processos judiciais envolvendo *civil rights* o vencedor possa se reembolsar dos gastos com *attorney's fees*. Eis aí, portanto, uma boa e rara coincidência entre os dois sistemas! V. *Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976*.

²⁰ Tanto no Brasil quanto nos EUA, a exclusão da condenação do perdedor ao pagamento de certas despesas processuais em demandas de cunho coletivo funda-se na própria natureza do litígio, na sua importância para a sociedade como um todo. Nos EUA, porém, onde as despesas com advogado são estratosféricas, a alteração apontada na nota anterior foi motivada por um fator adicional: incentivar a advocacia individual *pro bono*, em defesa de causas nobres, que promovam a coesão social, a igualdade efetiva entre os cidadãos. Note-se, contudo, que as Cortes controlam com rigor o exercício desse tipo de advocacia. Não é permitida, em nenhuma hipótese, a advocacia temerária (*frivolous suits*).

²¹ Um grande número de escolas se autodenominam instituições sem fins lucrativos. Com isso, são isentas de tributos. Trata-se em realidade de uma fraude jurídica legitimada pelo Congresso. No ano de 1998, a imprensa anunciou com estupefação e indignação o caso de um senhor proprietário de escolas privadas consideradas instituições sem fins lucrativos. O ilustre senhor se desloca pelo país com um meio de transporte bem especial: um jato privado de última geração, formalmente registrado como propriedade da escola!

²² Nos EUA, um sistema de educação como o brasileiro seria fulminado na via judicial por inconstitucionalidade à luz de múltiplos fundamentos jurídicos. O principal entre esses seria a doutrina do *disparate impact*, que pretendemos abordar com maior profundidade em outro estudo. Ao aplicar tal

doutrina, as Cortes de Justiça não se limitam a verificar a compatibilidade vertical, aparente, semântica, das normas infraconstitucionais com dispositivos específicos da Constituição, mas, ao contrário, escrutinizam os seus “resultados” à luz do objetivo constitucional que se quer atingir, que é a igualdade efetiva. Assim, uma norma ou medida governamental que tenha toda a aparência de ser plenamente compatível com a Constituição (*facially neutral provision*), quando examinada sob a ótica dos resultados que ela produz ou poderá vir a produzir, pode ser considerada inconstitucional em função do impacto desproporcional (*Disparate impact*) que produzirá em certos segmentos vulneráveis da sociedade. E isso será o bastante para a respectiva invalidação. No Brasil, a utilização de técnicas de interpretação jurídica revestidas de tamanha sofisticação conduziria inexoravelmente à constatação que as elites dirigentes brasileiras procuram a todo custo escamotear: a de que inúmeras políticas públicas adotadas entre nós, ainda que não concebidas com a intenção clara de promover a exclusão dos negros, têm nestes a sua clientela predileta, pois qualquer medida governamental tomada em detrimento dos pobres em geral atinge de forma “desproporcional” os negros, que compõem o grupo social numericamente mais expressivo entre os pobres. O mais desatento observador estrangeiro percebe isso no primeiro contato com a realidade brasileira; mas, entre nós, até mesmo pessoas integrantes do segmentos mais refinados da *intelligentsia* nacional fogem a esse debate. No meio jurídico, então, a discussão desse tipo de questão seria considerada anátema! Nessa esfera, prefere-se, candidamente, enfrentar os problemas decorrentes do racismo pela via do Direito penal, a qual, se é certo que deve continuar a ser explorada, não pode de forma alguma ser a única, tampouco ser aquela na qual o Estado e as organizações anti-racistas dependem a maior parte das suas energias, como ocorre atualmente.

²³ É importante assinalar que os alunos das universidades públicas não pagam um único centavo pelo ensino que recebem. Tudo é gratuito, até mesmo as instalações esportivas, os estacionamento onde os alunos deixam os seus carros! E todos acham isso perfeitamente legítimo!

²⁴ V. Michael Mitchell – *Racism and Brazilian Legal Culture: Nineteenth Century Antecedents*, 1999, ainda inédito.

²⁵ Eis a arguta observação feita por um atento participante de seminário co-organizado por nós na Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, NY, em março de 1999, acerca do que todos no Brasil sabem mas evitam discutir abertamente, isto é, que entre nós a discriminação racial prescinde de leis explicitamente racistas: “So, Professor, you mean that in Brazil racist laws aren’t needed to discriminate blacks?”).

²⁶ De acordo com os dados apresentados no magnífico estudo conduzido por um ex-Presidente da Universidade Harvard e ex-Diretor da Faculdade de Direito daquela mesma Universidade, Derek Bok, em colaboração com um ex-Presidente da Universidade de Princeton, William Bowen, os avanços obtidos pelos negros norte-americanos na área da educação, em consequência do programa de direitos civis, são impressionantes, sobretudo se levarmos em conta o fato de que, até o início dos anos 60, negros eram proibidos de frequentar os mesmos locais públicos, as mesmas escolas, os mesmos locais de diversão frequentados pelos brancos. O mencionado estudo revela, por exemplo, que o percentual de negros formados em Universidades e escolas profissionais pulou, entre 1960 e 1995, de 5.4% para 15.5% do total de graduandos; nas faculdades de Direito, o progresso foi de 1% para 7.55%, ou seja, mais de 700%; em Medicina, de 2.2%, em 1964, para 8.1% em 1995; as empresas americanas em geral, que, no início dos anos 60, não tinham negros em cargos executivos (como no Brasil de hoje!), atualmente abrigam 8% de negros nas posições de executivos e administradores; o número total de agentes públicos eleitos negros (governadores, prefeitos, delegados, juízes, promotores, xerifes etc.) passou, entre 1965 e 1995, de 280 para 7.984! V. “*The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*”, de Derek Bok e William Bowen, ed. Princeton University Press, 1998.

²⁷ O caso *Bob Jones University*, julgado pela Corte Suprema dos EUA em 1982, apesar de conter particularidades específicas da sociedade americana, em que o ódio racial é bastante disseminado, traz não obstante lições jurídicas úteis a todos aqueles que pensam seriamente em meios eficazes de combate ao racismo, especialmente essa forma de racismo estrutural, entranhada nas instituições e em todos os quadrantes da vida social, embora não imposto por normas jurídicas explícitas. Em *Bob Jones*, a Corte Suprema considerou legítima a decisão da Receita Federal Americana (*Internal Revenue Service-IRS*) de cancelar a isenção de tributos de que era beneficiária uma instituição privada de ensino que, a par de não praticar a saudável recomendação do Governo no sentido de se instituir classes escolares multi-étnicas, mantinha uma política de admissão francamente racista, além de normas internas que, sob o pretexto de convicção religiosa, proibiam relacionamentos afetivos entre pessoas de raças diferentes.

²⁸ Nos EUA, tem sido decisiva a ação do Estado na busca de soluções para o problema da opressão de minorias raciais, sexuais, religiosas e de origem nacional. Várias instituições governamentais atuam nesse setor. Destaque-se, em primeiro lugar, o importantíssimo papel desempenhado pelo *Solicitor*

General (a segunda maior autoridade do Ministério da Justiça americano, equivalente ao nosso Advogado-Geral da União), cuja principal atribuição é defender os interesses do Governo dos Estados Unidos perante a Corte Suprema. Foi graças à intervenção decisiva do *Solicitor General* que os negros, as mulheres e os cidadãos de origem latina ganharam muitas das batalhas judiciais travadas perante a Corte Suprema nas últimas décadas, em busca de igualdade efetiva no acesso à educação, ao mercado de trabalho e a outros setores da vida coletiva em que são discriminados. A intervenção do *Solicitor General* se dá não apenas nos casos judiciais em que o Governo seja parte no litígio, mas também naqueles envolvendo entidades e pessoas privadas. Neste último caso, em que atua como *Amicus Curiae* (“Amigo da Corte”), sua intervenção se opera por meio da chamada *Amicus Brief*, peça jurídica por meio da qual ele influencia as decisões da Corte, transmitindo-lhe as posições da Administração Federal nos litígios que são submetidos à decisão desta (V. Lincoln Caplan, “The Tenth Justice: The Solicitor General and the rule of Law” – ed. Alfred Knopf, NY, 1987). Ainda no âmbito do *Justice Department*, cujas atribuições correspondem *grosso modo* às que atualmente no Brasil se distribuem entre o Ministério da Justiça, Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, existe um outro órgão com importantes competências na área de defesa dos direitos de minorias, podendo agir tanto na esfera administrativa quanto na Judicial: é a *Civil Rights Division* (v. Brian K. Landsberg, “Enforcing civil rights: race discrimination and the Department of Justice”, University Press of Kansas, 1997); outro órgão de vital importância nessa área é a chamada *Equal Employment Opportunity Commission-EEOC*, uma agência reguladora independente, colegiada, com membros nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado, dotada de poderes investigatórios e capacidade postulatória, incumbida de promover a “diversidade”, isto é, a real presença de minorias e de mulheres em todos os setores do mercado de trabalho, inclusive no setor público. Para um país, como o Brasil, cujo Direito público a cada dia mais se aproxima do Direito norte-americano, a EEOC apresenta peculiaridades importantes: a) as reclamações por discriminação no acesso ao emprego ou nas relações de trabalho perante ela formuladas submetem-se à regra da obrigatoriedade da exaustão da instância administrativa, isto é, o ajuizamento de qualquer ação judicial por discriminação só é possível após a EEOC emitir o chamado *Right to sue*; b) ela tem poderes quase-judiciais, podendo aplicar pesadas multas às empresas ou a entidades governamentais que deixem eventualmente de promover a diversidade nas suas relações de trabalho, e até mesmo estipular indenizações em favor de pessoas que tenham sido vítimas de

discriminação; c) um número significativo de conquistas das minorias raciais, das mulheres e de deficientes físicos nas últimas três décadas ocorreu graças à ação dessa agência governamental, cuja missão institucional se desenrola tanto na esfera judicial, mediante ações visando a compelir as empresas e o Governo a promover a igualdade e a diversidade, quanto na esfera administrativa, por meio de variados procedimentos administrativos de natureza investigatória, que podem desembocar em acordos que em muito se assemelham aos “Compromissos de Ajustamento de Conduta”, próprios da nossa ação civil pública. Como se vê, ao contrário do que pensam alguns influentes juristas brasileiros, paladinos de um ultrapassado *individualisme à outrance*, mesmo na pátria do liberalismo econômico a busca pela igualdade efetiva não se faz sem a intervenção decisiva, afirmativa, quase militante, do Estado. Entre os representantes da elite brasileira, quem tem-se declarado favoravelmente à ação do Estado para promover o acesso dos negros à educação e ao mercado de trabalho é o embaixador e ex-Ministro da Fazenda Rubens Ricúpero. Confirase, a esse respeito, trecho de artigo no qual, com o brilhantismo e a lucidez habituais, ele analisa as posturas de Brasil e EUA sobre a questão: “Os americanos abominam a intervenção do Estado na esfera econômica e, salvo em crises como a da Depressão, preservam no domínio privado tudo o que, direta ou indiretamente, tem a ver com a produção. Em compensação, são ativistas e militantes para exigir a ação do governo, às vezes intrusiva e dura, a fim de corrigir injustiças raciais e promover a mudança social. Nós, em contraste, herdeiros dos monopólios e companhias de comércio da colônia, nos comprazemos com empresas estatais a vender gasolina, exportar minério de ferro, prestar serviço telefônico e até administrar hotéis. Reagimos, porém, indignados cada vez que se sugere que o governo faça algo para promover o ingresso de negros nas universidades e carreiras de prestígio do serviço público ou intervir para reduzir a incomensurável taxa de injustiça social. Se em economia estamos entre os campeões mundiais de um estatismo quase sem qualificações, em matéria social o nosso *laissez-faire* é de dar inveja aos puristas do liberalismo do século 19”.(Folha de S. Paulo, 31-8-96, p. 2-2)

²⁹ Na área do emprego, citem-se alguns números que envergonhariam qualquer pessoa medianamente civilizada, mas que no Brasil não causam o menor impacto. Tomemos por exemplo alguns setores de prestígio na vida pública brasileira: o Brasil tem cerca de 800 juizes federais. Desses, os negros mal chegam a uma dezena; o Ministério Público Federal tem cerca de 600 Procuradores, entre os quais apenas 6 negros; a Diplomacia, a mais racista das instituições brasileiras, não conta com mais do que 3 diplomatas negros num quadro em que há cerca de 1000

diplomatas!; as Universidades públicas brasileiras, sobretudo nos seus cursos de maior prestígio, não têm sequer 3% de alunos negros, o que é um absurdo num país em que a população negra é superior a 40% do total; nas universidades, são pouquíssimos os professores negros, não sendo incomum encontrar Departamentos desprovidos de um único representante dos afro-descendentes; nem mesmo em Estados com forte presença negra na população a representação dos negros é mais significativa. No Rio de Janeiro, por exemplo, havia, em 1995, apenas 4 negros entre os cerca de 400 Juízes Estaduais (v. “Veja Rio”, de 17-5-95, p. 13); a televisão brasileira é avassaladoramente branca...Essas cifras, chocantes, causam a cada dia mais perplexidade e embaraços às autoridades brasileiras em suas relações no Exterior. Internamente, porém, a indiferença é geral...

³⁰ Antes da Constituição de 1988, o Ministério Público Federal brasileiro, à semelhança do *Justice Department* dos EUA, exercia basicamente duas funções constitucionais importantes: a) persecução penal dos crimes de natureza federal; b) defesa da União em juízo. No segundo e terceiro graus de jurisdição, os Procuradores se limitavam, em sua grande maioria, a emitir pareceres nos processos em curso nos Tribunais, quase sempre em questões de pouco ou nenhum interesse público. Por outro lado, não havia uma distinção nítida entre os Procuradores afetados a uma ou outra dessas funções. Esse sistema caótico marcou indelevelmente essa Instituição centenária e contribui enormemente para sua relativa ineficiência na nova ordem constitucional.

³¹ Nesse passo, faz-se imperativa uma observação, endereçada sobretudo aos militantes em prol das causas de minorias, quanto a um aspecto relacionado ao que denominaremos pretensiosamente “a dimensão sociológica do MP do novo milênio”. Sob essa ótica, com efeito, as perspectivas não são das mais encorajadoras. Isso porque o MP, como de resto todas as demais instituições brasileiras de prestígio, singulariza-se por um impressionante desconhecimento a respeito das questões atinentes a esse vasto contingente humano a que comumente se

dá o nome de “comunidade negra”. Não por culpa ou deficiência pessoal dos membros da Instituição, mas como resultado do tipo de política governamental posta em prática em nosso país nas últimas três décadas, sem falar nos efeitos perversos do mito da “democracia racial”. Egresso majoritariamente da classe média e da classe média alta, o novo continente de promotores e procuradores da República, que atualmente formam maioria no seio do MP, teve a sua mentalidade formada no excludente sistema educacional vigente no país no período acima mencionado. São todos oriundos de escolas privadas, onde quase não há negros. Perderam, em razão disso, a oportunidade de freqüentar escolas verdadeiramente multi-étnicas na tenra idade, período que marca de maneira indelével a formação das pessoas, que faz despertar nelas os sentimentos de fraternidade e igualdade, pouco importando as origens e as classes sociais a que cada um pertença. Numa palavra, salvo as raríssimas exceções de praxe, ajusta-se como uma luva a esses *jovens guerreiros* do MP, que a sociedade brasileira começa justificadamente a apreciar, com um misto de admiração e estupefação, a observação aguda feita pelo também jovem escritor Diogo Mainardi, em artigo publicado na revista “Veja” de 28-4-99 sob o título “Onde Estão os Negros?”, no qual comentava o livro *America in Black and White*, de Stephan e Abigail Thernstrom. Disse Mainardi: “...Ao ler o livro, fui estabelecendo alguns paralelos com a minha própria vida no Brasil. Estudei numas catorze escolas. Vergonhosamente, nunca tive um colega negro. Nunca tive um chefe negro. Nunca votei num negro. Nunca vi um sócio negro no meu clube. Nunca convidei um negro para jantar. E assim por diante. O Brasil é um regime de *apartheid* disfarçado.....Eu sou de São Paulo. É provável que em outras cidades brasileiras o negro seja menos discriminado. Que o preconceito seja menos evidente. Pouco importa. O fato é que, nos anos 60, os americanos eram muito mais racistas do que nós. Eles melhoraram. Enquanto nós pioramos”.

O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas

Mônica Jacqueline Sifuentes

Sumário

1. Introdução: apresentação do tema e delimitação do objeto. 2. Notas históricas e organização atual. 2.1. O Poder Judiciário no Brasil. 2.2. Os Tribunais em Portugal. 3. As questões que se colocam atualmente nos dois países. 3.1. Controle (externo) do Poder Judiciário. 3.2. A legitimidade democrática. 3.3. Recrutamento e formação dos juízes. 3.4. Acesso à Justiça. 3.5. Poder judicial e sociedade. 4. Situação do Judiciário no Brasil e em Portugal – uma generalizada sensação de crise. 5. Perspectivas.

1. Introdução: apresentação do tema e delimitação do objeto.

Em nenhum tempo na história, como o atual, o Poder Judiciário assumiu tamanho protagonismo, o que nos leva a conjecturar que, seguramente, será o Poder que estará em evidência no próximo século.

Vindo de um período anterior, resultado da própria estrutura social e política do País, em que estava praticamente envolvido na sua função tradicional de solução de conflitos individuais, passou o Judiciário rapidamente ao centro dos impasses institucionais entre os Poderes Legislativo e Executivo. O seu campo de atuação foi alargado, principalmente após a Constituição de 1988, para abarcar o julgamento de questões que envolvem, não raro, complexas e delicadas relações políticas.

Tentaremos, com o presente estudo, traçar um paralelo sobre a evolução e os problemas que hoje se colocam com relação

Mônica Jacqueline Sifuentes é Juíza Federal em Minas Gerais. Professora universitária.

ao Poder Judiciário em dois países que estão a completar 500 anos de relações históricas – Brasil e Portugal. As experiências comuns, em especial a imediatamente anterior e posterior aos governos autoritários (no Brasil, com a Revolução de 1964 e, em Portugal, com o Governo de Salazar/Marcello Caetano), permitem-nos compará-las e inferir que os problemas que hoje se colocam, no tocante à Justiça, são praticamente os mesmos.

Nosso objetivo é, à partida, bastante simples: sem pretender esgotar o assunto, dar um primeiro passo para uma análise que se impõe, sobre um sistema judicial em evolução, num espaço e num tempo, eles próprios, de contornos difusos, de valores a serem consolidados, mas seguramente de mudança.

2. *Notas históricas e organização atual*

A história do Direito, em Portugal e no Brasil, como decorrência do processo de colonização, conheceu longa fase substancialmente comum¹.

Essa “convivência”, de certo modo, estendeu-se para além da fase de separação e independência da Colônia – mesmo após 1822, o Brasil ainda conservaria, por muito tempo, o ordenamento lusitano. Não é despidendo lembrar que o Brasil somente teria o seu Código Civil na segunda década deste século. Até então, subsistia basicamente o velho arcabouço das Ordenações do Reino, se bem que com muitas modificações, provocadas por legislação esparsa.

Assim é que também a orgânica do modo de se distribuir ou “administrar” a Justiça será transportada da Metrópole, numa simbiose que marcará definitivamente, pelo nascimento, o Poder Judiciário na Colônia.

2.1. *O Poder Judiciário no Brasil*

A administração da Justiça implantada nas capitanias hereditárias, na primeira fase do período colonial brasileiro, tinha características feudais: fazia-se por intermédio de funcionários nomeados pelo donatário,

competindo à autoridade pessoal deste o reexame das decisões em grau de recurso.

Somente na segunda fase do período colonial, a dos governadores-gerais, a organização judiciária brasileira passará a ser regulada pelas Ordenações Filipinas. De modo que a “primeira instância” da Justiça era formada por ouvidores gerais, corregedores, ouvidores de comarca, provedores, juízes de fora, juízes ordinários, juízes de vintena (correspondentes ao juiz de paz), juízes de órfãos, almotacés, alcaides e vereadores. Foram instalados dois órgãos de segunda instância – os Tribunais de Relação do Rio de Janeiro e da Bahia–, sendo que das causas superiores a duzentos mil réis admitiam-se recursos para o Desembargo do Paço, de Lisboa².

Com a mudança da Corte portuguesa para o Brasil em 1808, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro passou a se chamar Supremo Tribunal de Justiça, sendo equiparado à Casa de Suplicação de Lisboa³.

Essa situação permaneceu até a independência, quando, sob o impulso da Constituição Federal norte-americana de 1787 (que elevou, “pela primeira vez no mundo, o Poder Judiciário à alta categoria de instituição constitucional, a que chamou *Judicial Power*”), também a nossa Constituição de 25 de março 1824 adotou a terminologia – “Poder Judicial” (Título VI).

Declarou-o independente e composto de juízes e jurados, cabendo a estes pronunciar-se sobre o fato e àqueles aplicar a lei (art. 151 e 152). Aos juízes de direito, de todas as instâncias, era assegurada a vitaliciedade, porque “perpétuos”, mas removíveis (art. 153). Podiam perder o seu cargo em virtude de sentença, cabendo aos tribunais processá-los e julgá-los (art. 101, 7, c/c art. 154), muito embora pudessem ser suspensos dos seus cargos pelo Imperador em virtude de queixas contra eles apresentadas (art. 154 e 155). A organização judiciária era composta pelo Supremo Tribunal de Justiça, na capital do Império, composto de juízes togados e letrados, bem como das Relações, nas

capitais das Províncias (art. 158 e 163). Havia ainda juízes de paz eleitos pelo povo, com atribuições não contenciosas (art. 162).

Mas a “modernidade” haveria ainda de conviver com as tradições monárquicas (a tal “marca” da Metrópole?), de modo que a Constituição de 1824 também consagraria uma *novidade*, na esfera dos Poderes estatais, acrescentando o Poder Moderador, deferido ao Monarca e considerado a “chave de toda a organização política”. Esse Poder, pinçado da teia em que se achava envolto com o Poder Executivo, noutras Constituições,

“muito se aproximava da prerrogativa do soberano inglês, ou seja, na expressão de *Dicey*, da autoridade discricionária ou arbitrária que permanecia, juridicamente, na dimensão relativa à Coroa”⁵.

Desse modo, na Constituição de 1824, o Poder Judiciário convivia numa atípica repartição dos Poderes, em que ao Poder Moderador, e não àquele, é que era sublinhada, num plano ideal, a neutralidade...

No entanto, como observa Paulino Jacques,

“era com o Judiciário que o Moderador mantinha relacionamento mais cerimonioso, precisamente porque os magistrados não exerciam atividade político-partidária, qual ocorria com os agentes do Executivo e do Legislativo, cuja ação, por vezes, devia ser moderada para o bem do Estado”⁶.

A Constituição Republicana de 1891, inspirada pelas idéias liberais da América do Norte, instituiu o regime federativo, bipartindo a Justiça em federal e estadual, num sistema de dualidade que permanece até hoje. O Judiciário passou a ser um Poder soberano da República, ao lado do Executivo e do Legislativo. O Judiciário da União tinha como órgãos o Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República, e juízes e Tribunais Federais (art. 55). A Constituição assegurava aos Estados-membros a competência para organizar a sua Justiça e, portanto, o seu Tribunal de Apelação.

Não obstante a forte influência liberal na Constituição escrita, a prática ainda denotava uma relação de *continuidade*, e não de rompimento, com as estruturas anteriores à República. Prova disso é a própria composição do Supremo Tribunal Federal, que nasceu, segundo o Ministro Aliomar Baleeiro,

“com 15 juízes de ‘notável saber e reputação, e elegíveis para o Senado’, isto é, com 35 anos de idade mínima. Foram nomeados 48 horas depois de promulgada a Constituição e instalados quatro dias depois dela no edifício da Relação, à Rua do Lavradio. Aproveitou-se a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia, inclusive quatro conselheiros septuagenários, sete sexagenários e quatro, apenas, de menos de 60 anos”⁷.

A Constituição de 1934 manteve a dualidade de Justiça (art. 104), inserindo no Poder Judiciário, ainda, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral, como Justiças especializadas. Instituiu a Justiça do Trabalho, mas como órgão administrativo, não-integrante do Poder Judicial (art. 122).

A Constituição de 1937, manifestação do caráter autoritário de que era porta-voz, extinguiu a Justiça Federal e a Eleitoral. Como era de se supor, foi um período da história brasileira caracterizado por forte ingerência política do Executivo no Judiciário, inclusive mediante a nomeação, pelo Chefe do Executivo, do Presidente do Supremo Tribunal Federal. É ainda Aliomar Baleeiro quem dirá, a respeito dessa fase, ter o Supremo experimentado “o colete de aço do Estado Novo”, voltando “a respirar amplamente com a Carta de 1946”⁸.

Com a restauração democrática, veiculada pela Constituição de 1946, o Poder Judiciário foi estruturado (art. 94) com os seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais, Juízes e Tribunais do Trabalho. Conquanto tenha previsto o TFR, não dispôs a respeito da Justiça Federal de 1ª Instância

(que somente viria a ser restaurada pelo Ato Institucional nº 2, de 27-10-65). A novidade ficou por conta da elevação da Justiça trabalhista ao patamar constitucional.

A Constituição de 1967, a não ser quanto ao ressurgimento da Justiça Federal, manteve, quanto ao mais, inalterada a organização judiciária anterior.

O Ato Institucional nº 5 de 13-12-68 trouxe profundas alterações no Poder Judiciário, retirando-lhe várias prerrogativas e diminuindo o seu poder: foram suspensas as garantias constitucionais de vitaliciedade e inamovibilidade dos magistrados, podendo o Presidente da República, por decreto, demitir, remover, aposentar ou colocar os juízes em disponibilidade. Excluiu da apreciação judicial qualquer medida praticada com base em seus dispositivos, além de suspender a garantia do *habeas corpus*.

Dentro do mesmo espírito autoritário, a Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-77, alterou o art. 112 da Constituição, criando o Conselho Nacional da Magistratura como órgão integrante do Poder Judiciário. Esse órgão seria composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 120, *caput*, da CF/67), competindo-lhe conhecer de reclamações contra membros de tribunais e podendo, inclusive, avocar processos disciplinares contra juízes de primeiro grau. Esse Conselho desapareceu com a atual Constituição.

Foi nessa época editada a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (Lei Complementar nº 35, de 14-3-79), que regulamentou o Conselho nos seus artigos 50 a 60 e 133 a 135. Trouxe ainda normas relativas à organização, funcionamento, disciplina, vantagens, direitos e deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas na Constituição, matérias que lhe foram reservadas pelo parágrafo único do art. 112.

Recuperada a democracia, promulgou-se a Constituição de 5-10-1988, a qual estruturou o Poder Judiciário no título da “Organização dos Poderes” (Título IV) e

dentro da perspectiva da *dualidade de jurisdições* – federal e estadual. Considerou como órgãos dele integrantes: I – o Supremo Tribunal Federal; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A Constituição brasileira de 1988 foi quase exaustiva, ao contrário, como veremos, da atual Constituição Portuguesa, em estabelecer normas gerais quanto à estrutura e organização do Poder Judiciário, dando enfoque especial ao próprio “Estatuto” dos juízes. Remeteu a pormenorização dos princípios nela consagrados à lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, na qual deverá ser observado o seguinte (art. 93):

1. ingresso na magistratura por concurso de provas e títulos, onde se assegura a participação da Ordem dos Advogados;

2. a promoção dos magistrados se fará por critérios alternados de antigüidade e merecimento, assegurada a promoção obrigatória daquele que figurar por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadas em lista de merecimento elaborada pelos seus respectivos tribunais;

3. na avaliação por merecimento (o que até o presente momento não passa de previsão), será observado o critério de presteza e segurança na prestação jurisdicional, além de se considerar a freqüência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento;

4. previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, como requisito de ingresso e promoção na carreira.

Infelizmente, até o presente momento – passados mais de dez anos –, ainda não se encontra aprovado o projeto de lei relativo à nova Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que, não obstante seja mais avançado do que a lei atual, ainda assim é alvo de muitas críticas, especialmente por parte dos juízes.

Além desses princípios, a Constituição consagra outros, que denotam a importância atribuída ao Judiciário. Podemos citar, por exemplo:

1. garantias atribuídas aos juízes – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Por outro lado a Constituição estabelece determinadas proibições que são consideradas “garantias de imparcialidade”, quais sejam: proíbe-se aos magistrados o exercício de outro cargo ou função, ainda que em disponibilidade, salvo um de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação no processo; e exercer atividade político-partidária (art. 95 e parágrafo único);

2. os tribunais gozam, na atual Constituição, de uma boa dose de *independência*: podem eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos; organizar suas secretarias e juízos, bem como zelar pela atividade correicional das mesmas; prover, por concurso público, os cargos necessários à administração da Justiça e, inclusive, como novidade, prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (art. 96).

Manteve a Constituição atual o chamado “quinto constitucional”: em cada um dos tribunais, um quinto dos lugares deverá ser preenchido por membros do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados, conforme lista remetida para nomeação pelo Chefe do Executivo (art. 94).

Importante conquista do Judiciário foi a assegurada *autonomia financeira*, ao lado da administrativa. Significa isso que os tribunais poderão elaborar as suas propostas orçamentárias, em conjunto com os outros Poderes, encaminhando-as para aprovação na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99).

Como na Constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1/69, permaneceu o princípio de que o Poder Judiciário é *nacional*, tanto que, entre os seus órgãos, estão alinhadas a Justiça dos Estados e Territórios. Considera-se, assim, como tribunais nacionais o Supremo Tribunal

Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por examinarem questões relativas às duas ordens jurisdicionais.

Ainda como inovação, a Constituição atual instituiu o Superior Tribunal de Justiça, que absorveu parte da competência do Supremo Tribunal Federal (guarda da legislação federal infraconstitucional), bem como os Juizados Especiais de Pequenas Causas e Justiça de Paz remunerada, no âmbito das Justças dos Estados, Territórios e Distrito Federal.

2.2. Os Tribunais em Portugal⁹

Sob a vigência do regime anterior ao 25 de abril de 1974, a Constituição de 1933, muito embora definisse os tribunais como órgãos de soberania (art. 71), não era expressa quanto à sua independência. Apenas dizia serem os juízes dos “tribunais ordinários” vitalícios e inamovíveis (art. 119) e assegurava, “ressalvadas as exceções que a lei consignasse”, que os juízes eram “irresponsáveis” nos seus julgamentos (art. 120).

Maior detalhamento do Poder era fornecido pelo Estatuto Judiciário de 1962 (Decreto-Lei nº 44.278/62, de 14 de abril), que dizia, no seu art. 111, ser a magistratura independente, irresponsável e inamovível. Consistia a independência, segundo esse diploma,

“no fato de o magistrado exercer a função de julgar segundo a lei, sem sujeição a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento dos tribunais inferiores em relação às decisões dos tribunais superiores, proferidas por via de recurso”.

Mas a prática era diferente. Havia uma indistinta intromissão do Poder Executivo na esfera do Poder Judicial, designadamente por meio do Ministro da Justiça, que era quem nomeava, por indicação do Governo, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o qual era também o Presidente do Conselho Superior Judiciário. Preenchia ainda o referido Ministro, por escolha,

metade das vagas ocorridas no Supremo Tribunal de Justiça e nomeava o seu Vice-Presidente, o secretário do Conselho Superior Judiciário, bem como, por despacho, efetuava as nomeações, promoções e “quaisquer colocações” dos magistrados judiciais¹⁰.

A necessidade de se reforçar os tribunais com garantias de independência foi uma preocupação do movimento revolucionário de 1974, que tratou de priorizar a estruturação do Poder Judiciário de modo a fortalecê-lo. Tanto que, no “Programa de Governo Provisório”, consubstanciado no Decreto-Lei nº 203/74, de 15 de maio, emanado da Junta de Salvação Nacional, definiu-se como princípio básico da Organização do Estado a “reforma do sistema judicial, conducente à independência e dignificação do seu poder”. Foi a mesma Junta que decretou como constitucional a Lei nº 3/74, estabelecendo, no seu art. 18, que “as funções jurisdicionais serão exercidas exclusivamente por tribunais integrados no Poder Judicial”¹¹.

A atual Constituição da República Portuguesa não utilizou a denominação *Poder Judiciário*. Preferiu o legislador constituinte elencar, na parte relativa à “Organização do Poder Político”, ao lado do Presidente, da Assembléia da República e do Governo, os *Tribunais* como “*órgãos de soberania* com competência para administrar a Justiça em nome do povo”¹².

Para o Professor Jorge Miranda, a opção das duas últimas Constituições portuguesas pela concepção “mais realista da separação de órgãos (poderes – competências)”, ao invés da clássica “separação mecânica de poderes (poderes – função)”, é reveladora do seu avanço em relação às anteriores, vez que “expressamente proclama a separação e interdependência dos órgãos de soberania como princípio geral de organização do Poder político” (atual art. 111, nº 1, da CRP)¹³.

Essa qualificação dos tribunais como *órgãos de soberania* não é novidade da Constituição de 1976 e suas Reformas. A primeira Constituição da República, de 1911, já assim se referia ao “Poder Judicial” (art. 6º),

denominação que seria ainda adotada pela Constituição de 1822 (art. 176). A Carta Constitucional de 1826 também reconheceria o Poder Judiciário como um dos poderes políticos, emanados da Nação, na qual “reside essencialmente” a soberania (art. 11).

A independência dos Tribunais é expressamente garantida (art. 203º), sendo da essência da sua função *assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados*. Também o Estatuto dos Magistrados Judiciais consagra o princípio da independência, ao estabelecer que “os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções” (art. 4º, 1)¹⁴.

A organização judiciária portuguesa compreende, para além do Tribunal Constitucional, as seguintes *categorias* de Tribunais: a) o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância (Relações); b) o Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) o Tribunal de Contas; d) Tribunais marítimos e; e) Tribunais arbitrais e julgados de paz (art. 209, 1 e 2, CRP). A Constituição proíbe a existência de tribunais *especiais ou de exceção*, salvo os militares, para o julgamento de certas categorias de crimes (art. 209, 4).

Considerando a adoção do sistema de dualidade de jurisdição (administrativa e judicial), muito embora a completa jurisdicionalização dos tribunais administrativos, principalmente a partir da reforma constitucional de 1989, é prevista a existência de uma categoria especial de “Tribunais de Conflitos”, exatamente para dirimir as controvérsias de competências entre as jurisdições, remetendo a Constituição para a lei a determinação dos casos e das formas em que estes tribunais podem-se constituir.

O princípio da independência é válido também em relação aos juizes integrantes das outras categorias que não a judicial. Desse modo, são magistrados independen-

tes não só os juízes do Tribunal Constitucional (Lei nº 85/89, art. 22), como os dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei nº 129/84, art. 77) e do Tribunal de Contas (Lei nº 86/89, art. 4º).

A organização judiciária constitucional portuguesa prevê a existência do Conselho Superior da Magistratura¹⁵, de composição mista: dois *vogais* designados pelo Presidente da República, sete eleitos pela Assembleia da República e sete juízes eleitos pelos seus pares, em harmonia com o princípio da representação proporcional (art. 218). Ao Conselho Superior da Magistratura judicial, que é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, compete não somente o exercício da ação disciplinar, como também a nomeação, colocação, transferência e a promoção dos juízes.

Da leitura dos dispositivos da Constituição da República Portuguesa, embora não expressamente designado como tal, pode-se constatar a organização do Judiciário como verdadeiro Poder, atribuindo-se aos juízes garantias para o exercício da sua função e zelando pela sua imparcialidade, vedando o exercício de outras funções, a não ser a docente ou de investigação científica, *sem remuneração*, bem como a prática de atividades político-partidárias. Tais normas vêm inscritas no capítulo III da Constituição, que é muito propriamente denominado de *Estatuto dos Juízes*.

3. As questões que se colocam atualmente nos dois países

O crescimento, projeção e protagonismo do Poder Judiciário, tanto em Portugal como no Brasil, são sem dúvida o reflexo do processo de democratização de ambos os países, fenômeno que, aliás, tem-se verificado em praticamente todos os países ocidentais.

Em consequência, os problemas e questionamentos são basicamente os mesmos: a necessidade ou não de controle por meio de um órgão externo; a legitimação democrática de um Poder que cada vez mais se imiscui

não só na vida social, como também nas questões políticas e econômicas; o sistema de recrutamento e formação dos juízes. Questiona-se, ainda, a participação popular na administração da Justiça e o próprio relacionamento entre o Poder Judicial e a sociedade.

Os argumentos levantados são, principalmente, que o Judiciário é um Poder não-renovável, não-designado por eleição popular e não-responsável politicamente, embora tenha a última palavra em importantes decisões políticas, sobrepondo-se a todos os órgãos, como o Presidente e o Congresso, diretamente eleitos pelo povo.

Com o pretexto de lhes assegurar representatividade e democraticidade, de estabelecer formas de controle sobre o que se tem chamado de “super-Poder”, projetam-se idéias sobre a constituição, no Brasil, ou a reforma, em Portugal, dos órgãos de gestão e disciplina da magistratura. Coloca-se em foco ainda, principalmente em Portugal, a questão do recrutamento dos juízes e, estabelecendo confronto com a legitimação conferida pelo voto popular aos outros órgãos de soberania, avança-se na idéia de que só a eleição pode assegurar-lhes “legitimidade democrática”¹⁶.

Tentaremos fracionar esses temas, embora estejam umbilicalmente ligados, para uma pequena reflexão.

Vejamos primeiramente a questão do controle.

3.1. Controle (externo) do Poder Judiciário

A existência de um órgão superior, com objetivos disciplinares em relação à magistratura, remonta, em Portugal, há mais de um século. Assim é que já em 1892 criava-se um “Conselho Disciplinar da Magistratura” e, em 1901, um outro organismo denominado “Conselho Superior Judiciário”, este último com atribuições consultivas, ambos ligados ao Ministério da Justiça. Em 1921, as funções de consulta e disciplina foram reunidas em um único órgão, o “Conselho Superior da Magistratura Judicial”, ao qual foi ainda confiada a promoção dos juízes¹⁷.

Atualmente, existem em Portugal três Conselhos Superiores: da magistratura judicial, da magistratura dos tribunais administrativos e do Ministério Público. Tem-se defendido a criação de um “Conselho Superior de Justiça”¹⁸, que substituiria os atuais Conselhos, objetivando garantir a legitimidade e democraticidade desse órgão, além de ser uma forma de permeabilizar as magistraturas.

Mas a idéia ainda é polêmica, e os seus opositores argumentam que o sistema de separação das duas magistraturas tem-se revelado positivo, não merecendo reformas¹⁹. O Professor Canotilho também considera que, “faltando uma estrutura unitária integrativa de todos os tribunais”, seria manifesta a inadmissibilidade de uma representação unitária dos mesmos, o que do mesmo modo sucederia quanto aos juízes²⁰.

Críticas também têm sido dirigidas à atual composição do Conselho Superior da Magistratura Judicial, ao qual já se referiu linhas acima. Pela redação anterior à Revisão Constitucional de 1997, *pelo menos um dos vogais* indicados pelo Presidente da República deveria ser juiz. A alteração foi sutil, “de grande significado político e de efeitos práticos imprevisíveis”: com a nova redação, que não prevê essa exigência, o equilíbrio “duramente conseguido” na revisão de 1989 “fica nas mãos do Presidente da República”²¹.

No Brasil, ante a inexistência de um “Conselho Superior”²², como ocorre em Portugal, o que atualmente se discute é a criação de um órgão de controle externo da magistratura.

A idéia tem sido alvo de acirrados debates, com enorme repercussão na mídia, principalmente no tocante à composição desse órgão com elementos externos à magistratura e suas conseqüências quanto ao alijamento da independência judicial. Mas mesmo os que repudiam a idéia do controle externo concordam com a criação de um órgão superior, com atribuições administrativas e disciplinares, ou mesmo de gestão e planejamento do Judiciário²³.

No anteprojeto do Estatuto da Magistratura Nacional, ainda em trâmite no Senado, prevê-se a criação de um Conselho Nacional de Administração da Justiça, mas como órgão disciplinar e composto apenas por membros dos Tribunais superiores.

3.2. A legitimidade democrática

A Constituição Portuguesa avançou mais do que a brasileira no tocante à legitimidade democrática do Poder Judiciário ao consignar expressamente serem os Tribunais “órgãos de soberania com competência para administrar a Justiça em nome do povo” (art. 202, 1). Outros princípios poderiam também ser invocados, como a sujeição apenas à lei (art. 203); a publicidade das audiências nos tribunais (art. 206); a obrigatoriedade da fundamentação das decisões dos tribunais “na forma prevista na lei” (art. 205, 1); a natureza obrigatória das decisões dos tribunais para todas as entidades públicas e privadas e a prevalência dessas decisões sobre as de quaisquer outras autoridades (art. 205, 2).

A legitimidade jurídico-política dos juízes emana, desse modo, como para os demais órgãos de soberania, da Constituição, da sua definição da República Portuguesa como “um Estado de direito democrático baseado na soberania popular” (art. 2º).

Da Constituição brasileira, embora não expressa quanto à soberania, também tem origem a legitimidade do Poder judicial. Basta verificar ser o Poder Judiciário, dentro da clássica tripartição dos poderes, um dos Poderes da República (art. 2º), constituindo essa separação *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º), insuscetível de modificação por emenda constitucional. Entre os princípios estruturantes do Poder estão, do mesmo modo que na Constituição Portuguesa, disposições relativas à carreira dos magistrados, publicidade e motivação das decisões, entre outros (art. 93).

A questão maior colocada pelos críticos é, não obstante, a relativa ao princípio do *fundamento democrático da soberania*. Com efeito, enquanto nos outros Poderes os seus

titulares são ou eleitos, ou designados e exonerados por quem o é, nenhuma dessas soluções é adotada genericamente em relação aos juízes, em ambas as Constituições.

A designação dos tribunais como órgãos de soberania no direito português levanta, no entanto, alguns problemas delicados de teoria constitucional, como advertem os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira.

“Na verdade, pertencendo a soberania e o poder político ao povo (art. 3º e 111), não existe contudo qualquer relação orgânica, nem directa, nem indirecta, entre o titular da soberania e os titulares deste órgão de soberania”.

Os juízes, ressalvados os do Tribunal Constitucional, não são eleitos, “nem directa nem indirectamente”, mas nomeados. Talvez por isso – ponderam aqueles autores – “a Constituição acentua que os tribunais administram a Justiça ‘em nome do povo’. O que, na circunstância – concluem – é apenas uma *fictio juris*”²⁴.

Esse não é, no entanto, o pensamento do Professor Rebelo de Sousa, que, além da emanção constitucional, defende tratar-se, no caso português, de uma *legitimidade política representativa indirecta*,

“porque se funda na forma de designação dos titulares de órgãos que, por seu turno, designam a maioria dos membros do Conselho Superior da Magistratura, a quem compete a nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos juízes dos tribunais judiciais e o exercício da acção disciplinar”²⁵.

Creemos que a solução do problema da legitimidade há que se buscar ainda em outros argumentos.

Uma instituição não pode ser considerada antidemocrática unicamente porque não provenha de eleição popular. Como já afirmou Zaffaroni, em percuciente estudo sobre o Poder Judiciário, uma instituição é democrática “quando seja *funcional para o sistema democrático*, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o Judiciário”²⁶.

É a mesma perspectiva que, aliás, coloca-se quanto à questão da legitimidade no próprio Estado democrático e social de direito, focalizada por Parejo Alfonso, em primeira linha, pela

“sua capacidade para resolver os problemas e conflitos sociais sob a perspectiva da Justiça social inspirada pela dignidade da pessoa, ou seja, sua capacidade de cumprir o seu fim de instância de ordenação social, de efetivo serviço à sociedade (da qual o Estado não é mais do que uma manifestação em regime de auto-organização institucionalizada)”²⁷.

O sistema da eleição é inadequado à atividade judiciária e por certo colidiria com a independência e imparcialidade dos juízes. Sem dúvida, o terreno seria propício à parcialidade, consciente ou não, das decisões de quem sentisse que a sua permanência no cargo dependesse da boa imagem que conseguisse transmitir ao seu “eleitorado”.

3.3. Recrutamento e formação dos juízes

Ao se afirmar como “Poder” político, torna-se imperioso ao Judiciário o recrutamento de elementos preparados para o exercício das suas funções, o que supõe necessariamente formação científica e técnica de nível universitário – licenciatura em Direito e bom domínio da prática judiciária.

Tanto Portugal como o Brasil adotam o sistema de recrutamento por meio de concurso público, constante de testes de aptidão escritos e orais, sendo que, quanto ao primeiro país, dispensa-se destes testes os doutores em Direito, o que não ocorre no segundo.

As dúvidas quanto ao sistema de seleção que se deva adotar são basicamente as seguintes: deve-se exigir um período de experiência do bacharel nas áreas de advocacia, ou no exercício de cargos privativos de bacharel? Qual seria o tempo exigível de prática, antes do ingresso? Poder-se-ia

admitir os doutorados em direito, sem nenhuma outra exigência, ou dispensar os advogados com determinado tempo de experiência do concurso público? Estabelecer um regime de eleição direta, como os demais cargos políticos? Estabelecer um limite temporal para o exercício da judicatura? Tornar dependente de preparação em escola da magistratura (com o necessário complemento de estágios) o exercício da função de julgar?

No entanto, quanto à *formação*, mesmo aqueles que defendem o sistema eletivo para os juízes são unânimes em considerar a necessidade da implantação – onde ainda não exista – e o fortalecimento das “escolas judiciais” como organismos destinados a formar profissionais que possam contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça.

Nesse sentido, em Portugal há uma única escola – o CEJ – Centro de Estudos Judiciários, criado e estruturado, em 1979, seguindo muito de perto o modelo da Ecole Nationale de la Magistrature, na França²⁸. Atualmente o CEJ goza de autonomia administrativa e financeira, embora continue sob a *tutela* do Ministério da Justiça. Esse ponto tem sido objeto de críticas dos magistrados, sob o argumento de que essa dependência deveria se dar em relação aos Conselhos Superiores de ambas as magistraturas²⁹.

No Brasil, em razão da sua dimensão e forma federativa, hoje há várias escolas de magistratura, espalhadas por quase todos os Estados, com modelos diversos de atuação. No âmbito da Justiça Federal, essa constituição ainda está em passos lentos, encontrando-se mais avançada na Justiça do Trabalho. Como órgão nacional, ligada à Associação dos Magistrados Brasileiros, constituiu-se a Escola Nacional da Magistratura³⁰, com objetivos amplos de atuar positivamente, seja na elaboração de propostas de reforma legislativa, seja no aperfeiçoamento da magistratura nacional, por meio da realização, em parceria com as demais escolas, de cursos de extensão, pós-graduação e aperfeiçoamento.

3.4. O acesso à Justiça

A expressão “acesso à Justiça”, embora difícil de ser definida, serve para delimitar duas finalidades básicas do sistema jurídico, segundo os professores Cappelletti e Garth: “*primeiro*, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; *segundo*, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”³¹.

Considerado hoje como o “mais básico dos direitos humanos”, em qualquer sistema jurídico que pretenda “garantir e não apenas proclamar o direito de todos”³², já se pode ver, no Brasil e em Portugal, a antiga tendência à burocratização das formas processuais ser substituída, rapidamente, por meios mais eficazes de acesso da população ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, aumenta-se o número de juizados de conciliação e pequenas causas. Desburocratizam-se os ritos, reduzem-se fórmulas. As recentes modificações na legislação processual, em ambos os países³³, principalmente na parte relativa aos recursos³⁴, refletem essa preocupação do legislador, como espelho do pensamento de toda a sociedade.

3.5. Poder judicial e sociedade

O relacionamento entre o Poder judicial e a sociedade pode ser centrado em dois aspectos: a participação popular na administração da Justiça e o conhecimento, pela população, da sua estrutura e funcionamento.

A participação popular na Justiça, tanto em Portugal como no Brasil, apresenta-se primeiramente na manutenção do *júri*, que, no Brasil, tem competência absoluta para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, da CF/88) e, em Portugal, intervém no julgamento dos crimes graves, embora apenas convocado quando a pedido da acusação ou da defesa (art. 201, 1, CRP).

Outros exemplos de participação popular são previstos na Constituição Portuguesa, como a intervenção dos “juízes sociais” no julgamento de questões de trabalho, infrações contra a saúde pública,

pequenos delitos ou “outras em que se justifique uma especial ponderação dos valores sociais ofendidos” (art. 207, 2). Prevê-se ainda a participação de assessores técnicos “qualificados para o julgamento de determinadas matérias” (art. 207, 3).

Na Constituição brasileira, pode-se citar a participação de “juízes leigos” nos julgados especiais de conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial lesivo, além da “Justiça de paz”, composta por cidadãos eleitos, a quem se atribui a atividade conciliatória, embora sem caráter jurisdicional (art. 98, I e II).

Quanto ao segundo ponto, deve-se ressaltar o importante papel assumido pela mídia na divulgação de decisões e julgamentos. Infelizmente, esse poderoso instrumento, que poderia ser colocado a serviço do esclarecimento da população, ainda não alcançou tal objetivo: o que se vê é um lamentável desconhecimento, por parte dos seus operadores, salvo raras exceções, dos mecanismos da Justiça, transmitindo informações distorcidas e muitas vezes direcionando a opinião pública, sendo de se temer a sua influência nos julgamentos.

O “diálogo” do Poder judicial com a sociedade, pelos meios de comunicação de massa, é um fato que está a merecer uma séria reflexão, por parte dos juristas de ambos os países, exigindo a ponderação entre valores aparentemente de difícil conciliação: a liberdade de informação e imprensa, o esclarecimento do povo e a tranquilidade e imparcialidade necessárias ao julgamento.

Poder-se-á invocar ainda a questão da motivação das decisões judiciais, como instrumento de legitimação democrática, esclarecimento e prestação de contas à sociedade.

De fato, a motivação, a par de seu fundamento endoprocessual, de controle do fundamento da decisão, tem o efeito de extrapolar os limites do processo, tornando a sentença judicial compreensível para o cidadão, em nome do qual é administrada a

Justiça. Este, então, pode transformar-se de sujeito passivo em sujeito ativo de um controle generalizado e difuso sobre o próprio sistema judiciário: para isso, deve a sentença não só ser pública, como redigida de forma a possibilitar que qualquer pessoa, embora não tenha formação jurídica, esteja em condições de verificar se as justificações de fato e de direito enunciadas são coerentes com a decisão.

A motivação das decisões judiciais implica, nessa perspectiva, segundo Taruffo, “uma profunda transformação no sentido democrático da relação entre o povo e a administração da Justiça, e do papel do juiz no Estado moderno”³⁵.

A sentença deixa, desse modo, de ser algo místico ou esotérico, cuja revelação só se apresenta aos “iniciados”, para se tornar um instrumento de democratização do próprio Poder Judiciário.

4. Situação do Judiciário no Brasil e em Portugal – uma generalizada sensação de crise

Os problemas e questões que se projetam em relação ao Poder Judiciário têm suscitado uma generalizada sensação de crise da instituição, que, na realidade, insere-se no panorama maior de crise do próprio Estado social de direito. A crescente complexidade e multiplicidade das relações jurídicas e sociais (individualismo e solidarismo social, grupos de pressão, movimentos como o feminismo, ecologismo, pacifismo, contraposição entre patrões e trabalhadores, pessoas com trabalho e sem trabalho, com terra ou sem-terra, integradas ou marginalizadas, dentro e fora do sistema, etc.) acaba por repercutir na percepção que os cidadãos passam a ter do aparelho estatal e, desse modo, nas expectativas e novas exigências em relação a ele.

Também a normatividade se tornou complexa. O alargamento da intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade é fruto, por sua vez, não só do processo de tomada de consciência dos cidadãos, dos

seus direitos e meios de defesa, o que se tem denominado de “explosão de litigiosidade”³⁶, como, por outro lado, do próprio estrangulamento do Poder Legislativo, dominado por blocos de pressão e interesses, que resultam em uma “inflação normativa”, imprecisa e contraditória.

Assim é que, por um desses movimentos contraditórios da história, o aumento dos poderes do legislador, na passagem do Estado liberal ao Estado social, determinou um aumento dos poderes do juiz. O fenômeno foi acelerado, paradoxalmente, por uma “patologia” de uma legislação oscilante entre a inflação de alguns setores e o esvaziamento em outros. As várias formas de inatividade do legislador ou, por outro lado, de sua super-atividade representam, desse modo, uma das principais causas que estão na origem do alargamento dos poderes do Judiciário³⁷.

A atividade jurisprudencial vem, desse modo, ocupar um espaço importante na tarefa de criação do Direito, mas o seu exercício só é possível em um Estado que assegure a independência e a imparcialidade dos seus Tribunais.

Num Estado de Direito, essa independência e imparcialidade não é um favor concedido aos juízes, mas uma garantia *ao cidadão*, para que possa exercer plenamente o seu direito à Justiça. Nesse enfoque, insere-se, portanto, a efetividade do acesso aos tribunais, o qual todo cidadão deve ter, como prerrogativa cívica de obter uma decisão judicial que lhe assegure o respeito e a segurança da sua pessoa, dos seus bens e dos seus direitos.

Vivemos um momento histórico extremamente interessante, ainda que contraditório e presidido pela incerteza. Esta se deve, sem dúvida, à mudança, complexidade e rapidez do presente. Não que as transformações não tivessem sempre ocorrido. Mas o que vai caracterizar essa época é a justificação da mudança pela mudança em si mesma, uma espécie de “veneração” da mudança, o que acentua a sensação de crise.

Desse modo, a atual “crise”, instalada dentro do Poder Judiciário, nada mais é do que o reflexo desse impasse maior, não só entre o Estado e a sociedade, como do próprio Estado e da sociedade, em si mesmos. É preciso, pois, “desdramatizar” a crise, como já disse Zaffaroni, inseri-la no contexto de transformação, analisá-la prospectivamente, no aspecto positivo de que a crise, na realidade, é um indicativo de evolução e renovação.

5. *Perspectivas*

Nas palavras dos futurólogos americanos, está a emergir das nossas vidas uma nova civilização. A humanidade está a dar um salto e enfrenta a mais profunda convulsão social e a mais criativa reestruturação de todos os tempos, o que terá profundas conseqüências no modo como dirigiremos as nossas instituições e como será a nossa participação política. A *terceira onda*³⁸ é exatamente a da síntese, e na vida, como no Direito, a tendência é sempre a da universalização, a de englobação de valores novos.

Assim também o Judiciário.

Nesse mundo de mudanças, o Poder Judiciário se revela como o Poder do futuro, apto a resgatar o cidadão, efetivar-lhe os direitos e dar-lhe garantias, acentuando, em suma, o seu papel ativo no seio de uma sociedade que se pretende democrática.

Dentro desse quadro, é possível pensar-se em perspectivas que se delineiam para o futuro, em ambos os países. Vejamos algumas delas:

1) já se tem sentido a necessidade, principalmente no Brasil, da instituição de um órgão superior, de planejamento e gestão do Poder Judiciário, dotando-lhe de estruturas e meios para proporcionar ao cidadão uma Justiça verdadeiramente ágil e célere. Seria salutar que participassem da sua composição membros dos demais Poderes, o que lhe daria a feição de um verdadeiro Conselho de Estado. Esse órgão superior poderia, inclusive, ser responsável pela estrutura e

planejamento dos mecanismos extrajudiciais de composição de litígios, como os juizados especiais de conciliação e arbitragem e a Justiça de Paz;

2) a proposta da criação de um Conselho Superior da Magistratura, no Brasil, encontra hoje vários defensores. Seria um órgão principalmente de administração do aparelho judiciário, responsabilização e ação disciplinar dos seus juízes. Em Portugal, já se vislumbra a necessidade de reestruturação dos órgãos existentes e a reunião, se não do Conselho Superior do Ministério Público, pelo menos dos Conselhos Superiores da magistratura judicial e administrativa, que não tem sentido continuem separados;

3) o aperfeiçoamento dos critérios de seleção e formação da magistratura judicial, do Ministério Público e mesmo dos “juízes leigos”, por meio do incremento de cursos, em uma perspectiva de interdisciplinariedade, sendo imprescindível pensar-se em formas de parceria com as Universidades;

4) o fortalecimento do papel do Judiciário na criação normativa do Direito, diante não só da “febre legislativa”, que tem ocasionado uma avassaladora e caótica proliferação de textos legais, com o objetivo de assegurar um valor tão indispensável à liberdade, que é a da segurança jurídica;

5) o crescimento da participação popular na administração da Justiça, por meio do implemento de júzós arbitrais e de conciliação, o que tem reflexo na própria concepção do julgador: segundo o jurista italiano Giuliano, na verdade, a experiência – do processo civil ou do processo penal – mostra hoje um juiz que decide cada vez menos, medeia e contrata cada vez mais, assume um papel “promocional” e chega a desempenhar uma função de orientação política e econômica³⁹;

6) a inserção de Portugal e do Brasil, respectivamente, em espaços jurídicos maiores, como a União Européia e o Mercosul, levará a uma necessária reformulação das estruturas do Poder Judiciário, em nível supranacional. No primeiro caso, o crescimento da criação jurisprudencial já é bastante

visível no âmbito do direito comunitário, suprimindo a jurisprudência emanada do Tribunal Europeu de Justiça a incompleta normatização, a divergência de conceitos ou de institutos dos diversos sistemas jurídicos abarcados pela sua área de jurisdição. No segundo caso, torna-se imperiosa a necessidade de criação de um Tribunal de Justiça para atender aos conflitos que já estão surgindo no círculo dos países componentes do Mercosul.

Todas essas possibilidades nos levam a concluir pelo inevitável fortalecimento do Judiciário e o importante papel que se lhe reserva o Terceiro Milênio.

E, a respeito do Poder Judiciário que nós – brasileiros e lusitanos – queremos, pedimos licença para *ouvir a voz do coração* e transcrever o belo trecho do discurso proferido em setembro de 1997 pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“Neste momento de justificadas apreensões, de inquietações e incoerências, não bastam a retórica e o discurso, impondo-se a compreensão de que inadiável a melhoria da prestação jurisdicional, a começar pela modernização do Judiciário, com planejamento permanente e efetivo, para responder aos desafios dos novos tempos, que chegam como o novo século no dorso de uma evolução científica e tecnológica que está a exigir novas concepções e novas posturas. Só assim teremos o Judiciário que a sociedade merece e com o qual todos nós sonhamos: confiável, eficiente, eficaz, ágil, transparente, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade da alma humana”⁴⁰.

Bibliografia

AFONSO, Orlando. O Poder judicial, a magistratura e o conselho superior da magistratura no Estado de Direito. In: Associação Sindical

- dos Juízes Portugueses. *Poder judicial na viragem do século: realidade ou ficção?* Viseu, 1997, p. 107-120.
- AUXILIAR JURÍDICO. *Apêndice às Ordenações Filipinas*. v. I. Lisboa: Gulbenkian, 1985. "Fac-símile" da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1869.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais, nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 19-53.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè Editore, 1984.
- _____, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.
- COSTA, José Gonçalves. O Poder judicial numa sociedade democrática. In: Associação Sindical dos Juízes Portugueses. *Poder judicial na viragem do século: realidade ou ficção?* Viseu, 1997, p. 51-94.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais, nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 54-69.
- FIGUEIREDO, Joaquim Roseira, FERREIRA, Flávio Pinto. *O Poder judicial e a sua independência*. Lisboa: Morais Editora, 1974.
- GIULIANI, Alessandro, PICARDI, Nicola. Professionalità e responsabilità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLII (2ª série), n. 2, abril/jun 1987.
- JACQUES, Paulino. Do relacionamento dos poderes políticos na Constituição do Império. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano XI, n. 141, p. 5-16, jan/mar 1974.
- MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.
- MIRANDA, Jorge (org.). Art. 113º (órgãos de soberania). In: *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1977, p. 380-384.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública – los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983.
- RUSSOMANO, Rosah. Facetas da Constituição de 1824. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano XI, n. 141, p. 17-26, jan/mar 1974.
- SOUSA, Marcelo Rebelo. *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1992.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1996.
- TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LV, p. 29-38, 1979.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações. www.teiajuridica.com.
- _____. A voz do coração. *Revista da escola paulista da magistratura*, ano 2, n. 4, p. 185-190, nov./jun. 1998.
- _____. *O JUIZ: seleção e formação de magistrados no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck e outros. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- VIDAL, Armando Lúcio. Conselho Superior Judiciário. In: *Dicionário jurídico da Administração Pública*, 2ª ed., Lisboa, p. 631-645.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Notas

¹ Sobre a trajetória comum do constitucionalismo brasileiro e português, ver, notadamente: BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas...* p. 19 a 69.

² Cf. SAHID MALUF, *Direito Constitucional*, 9ª ed., p. 283/4.

³ O Alvará de 10 de maio de 1808 criou no Brasil uma Casa de Suplicação, "com predicados iguaes à de Lisboa", sendo considerada como Superior Tribunal de Justiça, com sede no Rio de Janeiro. O Alvará de 16 de maio de 1809 sujeitou novamente à Casa de Suplicação de Lisboa os distritos do Pará, Maranhão, Açores e Madeira, que estavam pelo Alvará de 1808 submetidos à Casa de Suplicação do Brasil. Cfr. *Auxiliar Jurídico... Apêndice às Ordenações Filipinas*. v. I. Lisboa: Gulbenkian, 1985. op. cit., p. 4.

⁴ JACQUES, Paulino. O relacionamento dos poderes políticos..., p 5-16.

⁵ RUSSOMANO, Rosah. Facetas da Constituição de 1824, p. 25.

⁶ Idem, idem.

⁷ *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. p. 22.

⁸ Op. cit., p. 12.

⁹ A não-menção, neste subtítulo, do Poder Judiciário em Portugal é proposital: a atual Constituição da República Portuguesa, alterada pela Lei Constitucional nº 01/97, de 20 de setembro, apenas utilizou a palavra *tribunais*, como órgãos de soberania, para designar todo o poder judicial.

¹⁰ FIGUEIREDO, Roseira de, FERREIRA, Flávio Pinto, *O Poder judicial e a sua independência*, p. 21.

¹¹ Em *Portugal e o Futuro*, o General António Spínola fala da “probabilidade de reforçar a coesão num quadro federal através de um Poder Judicial fortalecido e isento”. Adiante acrescenta que “um Poder judicial funcionalmente estruturado para julgar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos executivos e legislativos, federais e estaduais; e uma forte capacidade de intervenção no sentido de poderem ser impostas as decisões do Poder judicial”. Cfr. FIGUEIREDO, Joaquim R., ob. cit.

¹² Art. 110, c/c art. 202º, 1, da CRP.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Estudos sobre a Constituição*, p. 380/4. Vale observar, no entanto, que também na Constituição francesa, de 25 de dezembro de 1799, a expressão “Poder Judiciário” foi substituída por “tribunais”. Para ZAFFARONI, isso deveu-se às reformas napoleônicas – “o resultado do diretório, do consulado e do império foi um Poder Judiciário com juiz profissional, nomeado pelo executivo, hierarquizado como um exército e que perdeu o próprio nome de ‘Poder’”. “Poder Judiciário”, p. 53.

¹⁴ Art. 202, 2, da CRP – É a mesma definição utilizada pela Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei nº 38/87, art. 2º., atualmente Lei nº 3/99, de 13 de janeiro, ainda não em vigor) e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei nº 129/84, arts. 1º e 3º).

¹⁵ Embora a Constituição apenas se refira a que, no tocante aos juizes dos tribunais administrativos e fiscais, a ação disciplinar, nomeações, promoções e transferências sejam da competência do “respectivo conselho superior, nos termos da lei”(art. 217, 2), o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (DL 129/84) regula a composição, competências e funcionamento do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 98 a 102).

¹⁶ COSTA, José Gonçalves. O Poder judicial numa sociedade democrática, p. 66.

¹⁷ Cfr. VIDAL, Armando Lúcio. Conselho Superior Judiciário. In: *Dicionário jurídico da Administração Pública*, p. 631-645.

¹⁸ Cfr. COSTA, José Gonçalves. O Poder judicial numa sociedade democrática, p. 81/2.

¹⁹ COSTA, José Gonçalves. O Poder judicial numa sociedade democrática, p. 81/2.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 805/806.

²¹ AFONSO, Orlando. O Poder judicial., p. 118.

²² Registre-se o antecedente da criação, em 1977, do Conselho Nacional da Magistratura, pela Emenda Constitucional nº 7/77, sem resultados práticos.

²³ Cfr. matéria da *Revista Consulex*, ano I, nº 3, mar/97, p. 17.

²⁴ CANOTILHO... *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3º ed., p. 791, nota 13.

²⁵ *Orgânica judicial e responsabilidade dos juizes...*, p. 17.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*, p. 43.

²⁷ PAREJO ALFONSO. *Estado Social...*, p. 94.

²⁸ Lei nº 16/98, de 8 de abril de 1998. Ver, a propósito: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. A seleção e formação de magistrados em Portugal. SIFUENTES, Mônica Jacqueline. Seleção e formação de magistrados em Portugal: novo sistema. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O JUIZ: seleção e formação de magistrados no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999. p. 239-244 e 245-252, respectivamente.

²⁹ Nesse sentido, a proposta da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, aprovada no V Congresso, realizado em Viseu, novembro de 1997.

³⁰ Cfr. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O futuro das escolas judiciais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O JUIZ: seleção e formação de magistrados no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1999. p. 117-133.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 8.

³² Idem, idem, p. 12.

³³ No Brasil, Lei nº 9.756/98. Segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, coordenador das propostas de reformas ocorridas no CPC brasileiro, “tais iniciativas, longe de afirmar a má estrutura do referido Código, se devem 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 do seu projeto submeter-se ao debate democrático quando de sua elaboração e aprovação, em face do autoritarismo político em que vivia o País”. A Lei 9.756/98 e suas inovações.

³⁴ O Professor Miguel Teixeira de Sousa, a respeito das reformas ocorridas no CPC português (Decreto-Lei nº 329-A/95), com profundas alterações, principalmente na parte recursal, diz que as “linhas mestras” foram: “a distinção entre os princípios que se referem aos valores fundamentais do processo civil e as regras, de natureza mais instrumental, que definem o funcionamento do sistema processual, a garantia da prevalência do fundo sobre a forma e, portanto, a orientação pela

verdade material, que se procura alcançar através da concessão ao juiz de um papel mais interventor e da submissão da atuação das partes a um princípio de cooperação e de participação mais ativa no processo de formação da decisão”. *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 22.

³⁵ TARUFFO, Michele. Note sulla garanzia costituzionale della motivazione, p. 29 e 33.

³⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Giudice legislatori?*, p. 8.

³⁷ GIULIANO, Alessandro, PICARDI, Nicola. Professionalità e responsabilità del giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 256 ss.

³⁸ TOFFLER, Alvim e Heidi. *Criando uma nova*

civilização... p. 205: “A necessidade de novas instituições políticas acompanha exatamente a nossa necessidade de novas instituições familiares, educacionais e corporativas. Está profundamente ligada à nossa procura de uma nova base de energia, novas tecnologias e novas indústrias. Reflete a revolução das comunicações e a necessidade de reestruturar o relacionamento com o mundo não industrial. É, em suma, o reflexo político das mudanças em aceleração em todas essas diferentes esferas”.

³⁹ GIULIANO, Alessandro, PICARDI, Nicola. op. cit.

⁴⁰ A voz do coração. *Revista da escola da magistratura...*, p. 189.

A impossibilidade da terceirização da cobrança da dívida ativa

Angela Cristina Pelicioli

Sumário

1. Introdução. 2. A cobrança da dívida ativa mediante atividade administrativa vinculada. 3. Impossibilidade da terceirização da cobrança dos tributos. 4. Conclusão.

1. Introdução

A matéria aqui tratada talvez pareça redundância, já que toda a legislação nacional define ser impossível a terceirização da cobrança da dívida ativa. Ocorre que, por várias vezes, os administradores públicos tendem a se apegar nesse argumento, sob a alegação de resolução da “caótica” situação da cobrança da dívida ativa.

Ora, a terceirização, ou qualquer outra denominação que se dê à tentativa de passar a cobrança da dívida ativa para advogados não Procuradores dos Estados, Distrito Federal e União, não irá resolver essa situação, muito antes pelo contrário, irá tão-somente contrariar o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal.

2. A cobrança da dívida ativa mediante atividade administrativa vinculada

Os tributos são todas as imposições coercitivas que o Estado arrecada, em dinheiro, por força e na forma da lei, para cobrir despesas orçamentárias¹.

O Código Tributário Nacional dispõe acerca da definição e determina as características do tributo em seu art. 3º *in verbis*:

Angela Cristina Pelicioli é Procuradora do Estado de Santa Catarina, Presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Santa Catarina, Presidente da Comissão de Advocacia Pública – OAB/SC.

“Art. 3º – Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade plenamente vinculada”.

As características do tributo foram muito bem arroladas por Rogério Vidal Gandra da Silva Martins e José Ruben Marone², *ipsis litteris*:

- a) tem a natureza jurídica de ‘prestação’, a qual o contribuinte dá ao Estado;
- b) obrigatoriedade da prestação;
- c) prestação que deve possuir caráter monetário;
- d) prestação que não pode ser punição do Estado por ato ilícito do contribuinte;
- e) prestação que deve ser instituída por lei;
- f) cobrança de prestação feita pela Administração Pública, que deve seguir apenas os procedimentos que a lei determinar.”

No que se refere à última característica, e a que nos interessa no presente momento, temos que o tributo *será cobrado mediante atividade plenamente vinculada*, o que determina que o tributo somente será cobrado por ato da Administração Pública, sendo que o Poder Público só poderá cobrar por meio de procedimentos previstos em norma legal (Lei nº 6.830/80).

3. Impossibilidade da terceirização da cobrança dos tributos.

A cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública é tarefa de prestação de serviço público colocada à disposição da coletividade. E como tal é função vinculada à lei e não ao administrador público, aliás, independe da vontade do administrador. É dever que se impõe em decorrência do princípio da imprescritibilidade dos bens e interesses públicos.

Hely Lopes Meirelles³ define a imprescritibilidade dos bens públicos como aquela que:

“... decorre como conseqüência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. *É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra Direito ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito.*” (grifei)

Poder-se-ia alegar que, como a cobrança da dívida ativa é prestação de serviços, esta poderia ser terceirizada, como ocorre com outros tipos de mão-de-obra, por meio de licitação.

Isso não pode ser levado em consideração, posto que o Decreto nº 2.271, de 7-7-97, aplicável à Administração Pública Federal, define quais os tipos de atividades não-essenciais que poderão ser contratadas por meio de licitação. Vejamos:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal, direta, autárquica, e fundacional, poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º *As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta*”. (grifei)

Dessa forma, em nenhum momento foi citado, no presente Decreto, que a cobrança da dívida ativa poderá ser licitada, isso porque tal prestação de serviço é essencial à Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴ acerca do assunto preleciona:

“No âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, *como contrato de fornecimento de mão-de-obra*, à semelhança dos que eram celebrados no Estado de São Paulo..., não

tem guarida, nem mesmo com base na Lei nº 6.019, que disciplina o trabalho temporário, porque a Constituição, no art. 37, inc. II, exige que a investidura em cargos, empregos, ou funções se dê sempre por concurso público. (...) Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de *prestação de serviços técnicos especializados*, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nestes casos, ... mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxa de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público. (...)

Além disso, o real objeto do contrato não é a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra. (...)

Tais contratos são manifestamente *ilegais e inconstitucionais*. Eles cor-

respondem a uma *falsa terceirização* e não escondem a intenção de burla à Constituição.“

Na esfera federal, quem detém a representação do Poder Público, nas execuções fiscais da União é a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, como dispõe o art. 131, § 3º, da Constituição Federal:

“Art. 131.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

Igualmente, na órbita estadual, quem detém essa representação judicial são os Procuradores do Estado, conforme preceitua o disposto no art. 132, da Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”.

O Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – Medida liminar – nºs 881-1-ES, DJ de 25-4-1997⁵, e 1.679-2-GO⁶, decidiu que os Procuradores detêm a atribuição da representação judicial dos Estados, respectivamente:

ADIN nº 881-1-ES

(...) O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante, cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros – senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em con-

curso público de provas e títulos – o exercício intransferível e indisponível das funções da representação estatal e de consultoria jurídica do Poder Executivo.

José Afonso da Silva, após vincular as funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado aos domínios da Advocacia Pública, expende magistério irrepreensível sobre o tema: “Representação das unidades federadas. Remissão.

A representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas (Estados e Distrito Federal) competem aos seus Procuradores, organizados em carreira, em que ingressarão por concurso público de provas e provas e títulos. Com isso se institucionalizam os serviços jurídicos estaduais (...).” (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 509, 5ª ed., 1989, RT)

E, ao concluir pela inalterabilidade e indisponibilidade das funções institucionais deferidas aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, assevera, *verbis*:

“(...) Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal não de ser organizados em carreira em que ingressarão por concurso público de provas e títulos (art. 132), *estando, pois, vedada a admissão ou contratação de advogados para o exercício das funções de representação judicial* (salvo, evidentemente, impedimento de todos os Procuradores) *e de consultoria daquelas unidades federadas, porque não se deram essas funções aos órgãos, mas foram diretamente imputadas aos Procuradores.*” (op. cit., p. 533 – grifei)

ADIN nº 1679-2-GO

O Tribunal deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc*, a execução e a aplicabilidade dos §§ 2º e 3º e respectivos incisos I, II, III e IV do art. 118 da Constituição do Estado de Goiás, na redação dada pela EC nº 17, de 30-6-97.

O dispositivo legal questionado:

Parágrafos 2º e 3º, inciso I, II, III, IV do art. 118 da Constituição do Estado de Goiás, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 17, de 30 de junho de 1997.

Art. 1º – O art. 118 da Constituição do Estado de Goiás passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o seu parágrafo único para § 1º:

Art. 118 – (...)

§ 2º – Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação do Estado cabe à Procuradoria da Fazenda.

§ 3º – O órgão previsto no parágrafo anterior:

I – será integrado por quadro próprio de Procuradores da Fazenda Estadual, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos;

II – será dirigido por um Procurador-Chefe, de livre nomeação do Governador do Estado, dentre brasileiros e bacharéis em Direito, maiores de 21 anos, de notável saber jurídico-tributário;

III – subordina-se ao titular da Secretaria da Fazenda integrando a estrutura desta;

IV – será instituído e terá a sua competência fixada em lei que, também, regulará a sua organização e funcionamento, bem como as atribuições, direito e deveres de seus Procuradores.”

Como a cobrança da dívida ativa é serviço essencial, não será possível a concessão ou permissão desse serviço, mesmo porque o art. 175 da Carta Magna determina que:

“*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*”

No caso em tela, a essencialidade do serviço determina que a Administração Públi-

ca deva, por meio de seus Procuradores, cobrar a dívida ativa de seus Estados e do Distrito Federal.

Impossível a concessão, pois não se trata de hipótese em que se possa contratar com pessoa física; e, em segundo lugar, a cobrança da dívida ativa não poderia ser objeto destes trespasses do exercício do serviço público, vez que, obviamente, não poderiam ensejar a cobrança de tarifas, a serem suportadas pelos administrados⁷.

4. Conclusão

O Estado tem a finalidade essencial da realização do bem comum de seu povo ou da realização do interesse público, o atendimento das necessidades gerais da população ou a manutenção segura e ordenada da vida social⁸ e, como tal, deverá sempre obedecer aos princípios constitucionais ordenadores da legalidade dos seus atos.

Dessa forma, não poderá ser terceirizada a cobrança da dívida ativa, pois esta é competência exclusiva, na esfera federal, estadual e do Distrito Federal, de seus

Procuradores, isso em conformidade com os arts. 37, inc. I; 132; 175 da Constituição Federal e art. 3º do Código Tributário Nacional.

Notas

¹ Célio Loureiro e Miguel Lins, Teoria e Prática de Direito tributário, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1961, p. 367.

² Carlos Valder do Nascimento, Comentários ao Código Tributário Nacional, Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 34.

³ Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, p. 450.

⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro, Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas, Atlas, São Paulo, 1996, p. 102/103.

⁵ ADIN nº 881-1-ES, rel. Min. Celso de Mello - Lex 227/54.

⁶ ADIN nº 1.679-2-GO, rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 1º-10-97.

⁷ Affonso de Aragão Peixoto Fortuna, Advocacia Pública em debate n. 3 - IBAP - 1998.

⁸ Bernardo Ribeiro de Moraes, Compêndio de Direito Tributário, 1º vol., Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1993, p. 290.

Civilização e barbárie (ou ensaio sobre a nova ordem mundial)

Roberto Amaral

“Os Estados Unidos de hoje são o Michael Jordan da geopolítica – o sistema esmagadoramente dominante”. Thomas L. Friedman, *The New York Times Magazine*

“Boas idéias e boas tecnologias precisam de uma forte potência que promova essas idéias pelo próprio exemplo e que proteja essas idéias ao sair vencedora do campo de batalha”.
Robert Kagan, historiador, citado por Friedman

Sumário

1. A nova ordem mundial. 1.1. A *pax americana*. 1.2. A ‘globalização’ da nova ordem mundial. 1.3. Os Estados Unidos e a globalização: um caso de sucesso econômico. 1.4. De novo (e sempre) o velho complexo industrial-militar. 2. A ‘guerra’ da OTAN. 2.1. A economia da guerra. 2.2. A guerra como ‘valor’. 3. E a América Latina?

1. A nova ordem mundial

O atormentado final de século consolida a crise do Estado moderno: de um lado, o Estado-nação ameaçado em sua soberania; de outro, o Estado-social esvaziado pelo neoliberalismo. Ambos sofrem, por igual, a crise da política, com todos os seus desdobramentos possíveis, inclusive a supremacia da guerra sobre a *détente* e a negociação, o esvaziamento da ONU e a virtual falência

Roberto Amaral é Escritor, professor da PUC-Rio, membro titular do Instituto dos Advogados Brasileiros, IAB e Presidente do Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos – CEBELA. Editor da revista Comunicação & política. Vice-presidente nacional do Partido Socialista Brasileiro, PSB.

do direito internacional, reduzidos a meros arcaísmos pela nova ordem mundial, presidida pelo regime da potência única.

Nesse quadro, as crises do Golfo Pérsico (relembre-se: o Iraque continua vítima diária dos bombardeios norte-americanos e ingleses, levados a cabo sem mandato da ONU¹) e dos Balcãs são episódios paradigmáticos, mas não encerram a história toda.

De fato, ao lado da ‘globalização’ econômica (essencialmente um projeto político), este final de século assinala a vigência de uma nova ordem mundial – caracterizada pela unipolaridade política, econômica, militar, tecnológica e cultural (que implica, também, o monopólio da informação) –, fenômeno desconhecido pela comunidade das nações nos últimos dois séculos, e bem mais significativo que o imperialismo/colonialismo inglês, talvez só comparável à *pax romana*, mas, sem dúvida alguma, mais profundo do que essa. Na verdade, ‘globalização’ e nova ordem mundial se fundem como fenômenos intercomunicantes, cada um causa e consequência do outro. Trata-se de um domínio político, planetário, construído como desdobramento do império norte-americano sobre a economia de mercado, donde a balcanização/libanização dos demais Estados – que não mais podem aspirar à soberania –, cujas prerrogativas são crescentemente limitadas, reduzidas e condicionadas, do ponto-de-vista político, do ponto-de-vista econômico e do ponto-de-vista militar. O Estado tradicional entra em decadência e a humanidade volta a conviver com protetorados de fato.

Essa falência da soberania (donde a crise dos Estados-nação e dos organismos internacionais) é uma das consequências da transição do mundo do polipoder (e da bipolaridade e da ‘guerra fria’) para a unipolaridade, o período que vem do momento histórico identificado como ‘queda do muro de Berlim’ (1989) até nossos dias, cujo marco é a autonomia da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) em face da ONU, autoproclamando-se e agindo como uma força erga-Estado, erga-direito.

Como fase de polipoder denominamos aqueles anos que medeiam a primeira e segunda guerras mundiais, assinalados pela construção de vários pólos de poder econômico, político e militar, tanto na Europa (Alemanha, Itália, França, Inglaterra, URSS), quanto na Ásia (Japão), quanto na América (Estados Unidos). A bipolaridade é o período que se segue à derrota do nazifascismo, com seus desdobramentos, a saber, o controle político-militar sobre a Alemanha dividida e partilhada, a desmilitarização do Japão sob controle norte-americano, a construção do império soviético, a liderança ideológica, cultural e militar do ‘sistema ocidental’ pelos Estados Unidos e, finalmente, a ‘guerra fria’.

A derrocada do ‘socialismo real’ e o conseqüente (e articulado) desmantelamento da União Soviética ensejam a unipolaridade, isto é, o império isolado, autônomo e incontestável dos Estados Unidos. Da condição de unipotência econômica, militar e política resulta o monopólio de intervenção nos negócios e interesses de outras soberanias, posto que a política internacional, para esse país, e em face dessa nova geopolítica, é apenas o prolongamento de sua política nacional, a saber, uma projeção de seus interesses. De outra parte, e como desdobramento inevitável dessa compreensão de mundo, o que quer que seja que não sirva aos interesses norte-americanos é entendido como desservindo aos interesses norte-americanos, e, nessas condições, hostilizado.

A unipolaridade – ou esta era de unipotência – determina a falência dos organismos internacionais (e do direito internacional público) — com destaque para o desvanecimento da ONU – e, *pari passu* –, a destruição do Estado, dos Estados nacionais, do Estado-nação e, inevitavelmente, da política. Dito de outra forma, queremos assinalar que a chamada ‘crise do Estado’ é mais propriamente a crise da soberania, posto que, se é impossível a sobrevivência do Estado carente de soberania, é de igual modo inconcebível a sobrevivência da soberania em face do regime da unipotência. E, assim,

os Estados são reduzidos a simples territórios, e as nações a um anacronismo.

Daí, o fim da política.

É essa a nova ordem mundial.

No plano das relações internacionais, a falência da soberania (ou o fim da autoterminação, acentuado pela militarização dos conflitos políticos) é a matéria-prima da interdependência global; no âmbito interno das nações, seu correspondente é o esvaziamento da política.

Porque o fim da política é também o reino da política única, espinha dorsal ideológica da 'globalização'.

A política, esvaziada, deixa de ser instrumento de realização dos fins sociais; abastardada, é a arte da mentira, do engodo, da farsa, da fraude, do subterfúgio. Da coisa sempre menor, dos projetos individuais, da traição aos interesses coletivos. A política é reduzida a um inócuo exercício institucional, organizando eleições defraudadas e corrompidas das quais emergem governos fraudulentos e corruptos, em eleições que não valem nada porque nada mudam. Assim, o povo vai sendo expulso da ágora e cada vez menos se identifica com seus mandatários ou com as instituições de governo. E como se identificar com a corrupção, com a traição do interesse público, a privatização do público pelos interesses do capital? As administrações controladas pelos interesses do empresariado, o tráfico de informações privilegiadas proporcionado por funcionários públicos em funções estratégicas que transitam do serviço público para o empresariado privado e vice-versa? O desvio, para fins privados, dos bens, benefícios e serviços públicos? O nepotismo, o favorecimento, o clientelismo e a desmoralização do interesse público e do interesse nacional, anatematizados como arcaísmos? Com o fim das conquistas republicanas – o fim do serviço público, o fim da igualdade dos direitos, o fim do direito à educação, do direito à saúde, à cultura, à arte e, finalmente, o fim do direito ao trabalho – instala-se na população a crise de desconfiança no Estado e na prioridade do bem público.

Poucos se dão conta do 'novo' autoritarismo porque são preservados os marcos da democracia formal: o povo – o grande desenganado – ainda vota, e os meios de comunicação circulam sem censura estatal.

Organizando essa fraude, a ação concertada dos meios de comunicação e da intelectualidade, inclusive acadêmica, construindo o discurso único, dogmático, o monopólio da informação abundante e insignificante, desintegrada e desintegradora, dispersa e desestruturada e desestruturante, uma visão cada vez mais despolitizada, incolor e inodora, desistoricizada e desistoricizante, instantaneísta e descontínua, atomizada e atomizante do mundo, o mundo mediático, que, virtual, sobrepõe-se ao mundo real, expulso da televisão. Daí a videopolítica e a videodemocracia. A opinião pública é a opinião dos que controlam os grandes meios de comunicação, verdadeiros partidos, ou o partido-único, portador do discurso ideológico homogeneizado: a inevitabilidade da 'globalização', o 'fim do Estado', o 'fim da história', a privatização e a desnacionalização como imperativos, donde o fim do debate e do contraditório. Há uma unanimidade planetária dos grandes meios de comunicação – impressos e tecnológicos – em torno dos primados ideológicos da nova ordem internacional. A mesmice da imprensa brasileira² é a reprodução colonizada das matrizes do pensamento internacional, de onde copiamos idéias, hábitos, costumes, visão de mundo, política, regime, amor e ódio. A política, assim, é o simulacro da política, a democracia (sem diálogo e sem representação) nega a democracia, a comunicação não informa: a ampla liberdade de imprensa é o manto que encobre a ausência de debate, o contraditório e o confronto das idéias. A cidadania é um puro engodo, quando mais direitos os cidadãos poderiam aspirar.

Daí, a ideologia única, o discurso único, a economia única, o mercado (globalizado) como religião. O monopólio da ortodoxia tecnocrática, exercido pelos novos evan-

gelistas do novo mundo: a tecnoburocracia, os altos funcionários das grandes empresas, os executivos dos organismos internacionais empunhando as bíblias e os alco- rões do fundamentalismo neoliberal. A 'globalização' torna-se uma fatalidade, o fim do Estado, inevitável, a dependência, uma necessidade. Apesar do fracasso do modelo neoliberal. É, uma vez mais, a vitória do dis- curso sobre a realidade.

O fundamento dessa nova ordem eco- nômica é a liberdade dos indivíduos. Mas o que se vê é sua destruição: a violência do desemprego, a precariedade da sobrevivên- cia física, o medo da insegurança: o homem passou a temer o futuro. O reinado do mercado implica o reinado do consumidor, o substituto comercial (despolitizado) do ci- dadão: o bem público é o bem privado, a coisa pública é a coisa privada³. Dizem que as fronteiras entre Estados já não funcionam, mas os trabalhadores não têm livre-trânsi- to. Ao livre fluxo de mercadorias (no senti- do Norte-Sul) e do capital não corresponde o livre trânsito de homens; a mão-de-obra farta das antigas colônias e os conflitos reli- giosos, estimulados, alimentam, na Europa e em todo o mundo, políticas migratórias racistas e discriminatórias. Importam-se empresas e mercadorias; exportam-se em- pregos e territórios:

“Importam-se empresas e expor- tam-se lugares. Impõe-se de fora do país o que deve ser a produção, a cir- culação e a distribuição dentro do país, anarquizando a divisão interna do trabalho com o reforço de uma di- visão internacional do trabalho que determina como e o que produzir e exportar, de modo a manter desigual- mente repartidos, na escala planetária, a produção, o emprego, a mais-valia, o poder econômico e político”⁴.

E, em nome do mercado e da liberda- de, do livre-câmbio e do neoliberalismo, temos o monopólio absoluto ou mais per- feito (e não estamos em face de uma con-

tradição em termos): o monopólio estatal pelo Estado único.

O monopólio da economia.

O monopólio do mercado.

O monopólio dos valores.

O monopólio da informação e, final- mente, o monopólio da violência e da guerra.

Os Estados cedem poder e competência em proveito de organismos que não pertencem a qualquer categoria da soberania po- pular ou da democracia representativa⁵. São o FMI, o BID, o Banco Mundial, o BIRD, a *Microsoft*, as *General Motors*, as IBM, as CNN, a banca internacional e o capital especula- tivo que ditam as regras do comércio e da economia no planeta, o novo Leviatan do mundo neoliberalizado⁶.

Uma só rede de televisão decide o que podemos ver e ouvir, transformando o mun- do num espetáculo, num *video game*, redu- zido o mundo a uma visão ideológica uni- lateral, e os fatos, aos fatos que interessam a essa visão. Em nossos países, onde reina o monopólio da audiência⁷, as redes locais re- produzem a grande rede mundial. A aldeia global macluhaniana funde-se com a pre- monição orwelliana.

Finalmente, depois do mercado único⁸, estabeleceu-se o exército único, mais pode- roso e mais impudico do que as legiões de César, mais impiedoso com seus adversá- rios do que qualquer outro.

Mas o desmantelamento das Federações (o fim da União Soviética foi um só começo), no que desfaz grandes Estados e enseja a multiplicação de pequenos entes polítics, sem capacidade de autonomia econômico- política e segurança militar, também alimen- ta as reivindicações de nacionalidades e reacende conflitos territoriais, religiosos e étnicos de difícil controle⁹. Assim, provoca- da, a desconstituição da Iugoslávia está na raiz dos conflitos entre sérvios e kosovares¹⁰, estimulando aqueles nacionalismos étnicos que Tito havia posto sob o controle de uma federação (República Socialista Federativa da Iugoslávia).

Como ignorar a história, descontextualizando os fatos, como se cada fato ou episódio fosse uma totalidade, uma realidade histórica despartada do passado que a engendrou, como fazem os Estados Unidos e seus aliados, com a complacência de uma imprensa mundial comprometida com a ideologia da guerra?

É preciso lembrar que os sérvios chegaram à região hoje identificada como Kosovo no ano VI d.C.

É preciso lembrar a Batalha de Kosovo em 1389, com a derrota do expansionismo sérvio.

É preciso lembrar a primeira grande guerra.

É preciso lembrar a invasão da Iugoslávia por tropas alemãs, italianas, húngaras, romenas e búlgaras em abril de 1941, quando a diplomacia de guerra de Hitler e Mussolini cunhou a expressão 'Nova ordem mundial', reatualizada pela OTAN.

É preciso lembrar a guerra da Bósnia.

Como ignorar as seqüelas da guerra civil da Bósnia (1992-1995), e o artificialismo do compromisso de paz firmado em Daytonna (EUA) em 1995 por iniciativa dos Estados Unidos?¹¹

É preciso lembrar o acordo de Daytonna e a expulsão, pelos croatas do Presidente Franjo Tudjman, de milhares de sérvios da região de Krijina, que já estava sob a proteção da ONU, e que não esboçou qualquer sorte de reação, reação que também não se conheceu, de qualquer organismo internacional, quando o deslocamento de civis sérvios da Croácia e da Bósnia criou um contingente de cerca de 700 mil refugiados.

“Os sérvios não esqueceram a sua história, como também não a esqueceram os outros povos da região”¹².

A política de negar a guerra sem construir a paz era o germe inevitável da segunda fase da tragédia¹³.

Mas, se não é o primeiro confronto étnico-religioso com desdobramentos político-militares (católicos e protestantes na Irlanda, o Irã dos aiatolás, os curdos no Iraque e na Turquia, os conflitos no Paquistão, no

Afeganistão e na Argélia), não será o último. Outros virão, como desdobramento de um processo já desencadeado, ou, se necessário, virão estimulados de fora para dentro. Como foi estimulada a guerra Iraque-Irã, como foi estimulada a guerrilha talibã quando esta servia para desestabilizar o governo do Afeganistão, quando pró-soviético.

Pergunta-se: a OTAN continuará intervindo nos conflitos étnicos e religiosos que se multiplicarão pelo mundo, nas próximas décadas? Só nos Balcãs os estrategistas da guerra podem anotar as rivalidades entre cristãos (ortodoxos e católicos romanos) e muçulmanos, divididos entre povos e etnias os mais diversos como sérvios, croatas, eslovenos, macedônios, búlgaros, romenos, húngaros, gregos, albaneses e turcos. Na região do Cáucaso, os atritos entre a Armênia e o Azerbaijão parecem incontornáveis, tanto quanto os confrontos com a guerrilha fundamentalista no Daguestão. Na Geórgia, eclodem os movimentos separatistas dos Eslavos da Ossétia do Sul e da Abkhazia. A instabilidade e o conflito são as características dos Estados muçulmanos: Turquia, Irã, Afeganistão e Paquistão. Há conflitos com os curdos principalmente na Turquia e no Iraque. Na Europa, não foram resolvidas as questões autonomistas no interior da Espanha, nem o conflito religioso-político na Irlanda do Norte. Estão presentes as disputas entre a Grécia, o Chipre e a Turquia. No Líbano, no Marrocos, em todo o Oriente, para além das disputas entre árabes e judeus. Os conflitos são inumeráveis na Ásia (Índia, Paquistão, Afeganistão, Bangladesh, Coreias, Taiwan...) e na África, mas este continente não conta...

Ora, certamente um dos objetivos da estratégia da OTAN (isto é, dos Estados Unidos) nos Balcãs é a pulverização dos Estados, mediante o estímulo à vontade autonomista de minorias e unidades federativas que agora podem ter a esperança de que contarão com o maior exército do mundo para avalizar seus pleitos diante dos Estados a que pertencem. Essa política, que começa a

dilacerar o Leste europeu, não deverá ficar, necessariamente, contida no sub-Continente. Ao contrário, a expectativa a mais razoável é que o mundo venha a assistir a uma multiplicação de movimentos separatistas laicos, o que implica a multiplicação de focos de conflito e guerra e o enfraquecimento dos Estados, criando condições favoráveis para a estratégia da potência hegemônica¹⁴. O episódio de Kosovo é, na essência, uma tomada de posição da OTAN em face de uma guerra civil autonomista, no seio da Iugoslávia. E de aspirações como essa está pontilhado o mundo de hoje, seja na Europa (atingindo, além do Leste, países como a França e a Espanha), seja na Ásia, seja na África. E onde esses movimentos não atendam a motivações históricas, culturais ou étnicas, elas bem que podem ser provocadas, estimuladas, organizadas, financiadas, pois essa é a lógica da guerra.

Não será exagero indicar, já como fruto desse autonomismo despertado pela intervenção da OTAN, a inesperada iniciativa de Taipé reivindicando do Governo de Pequim um tratamento de Estado-Estado entre a China e Taiwan. Ou os novos conflitos no Cáucaso, onde o grupo rebelde fundamentalista Wahhabi Islâmico ocupou, no início de agosto de 1999, três cidades da República russa do Daguestão. Seu objetivo é forçar a criação de um Estado islâmico ao norte do Cáucaso, ao lado da Chechênia.

1.1. A pax americana

Essas são as características essenciais de uma nova ordem internacional presidida pelo que todos estão chamando de *pax americana*, estabelecendo, de um lado, a melancólica agonia da ONU e do direito internacional e, de outro, o império dos interesses norte-americanos sobre o mundo, daí o conflito com o Irã, os bombardeios punitivos sobre o Iraque, o Sudão e a Iugoslávia, a lei Helms-Burton de pretendida aplicação extraterritorial, os bloqueios econômicos e políticos e o direito que se atribuem os Estados Unidos de aplicar sanções políti-

cas e econômicas severíssimas (embargos, sobretaxações e outras práticas protecionistas e retaliatórias) contra nações soberanas. Mais da metade dos países do planeta estão submetidos, foram vítimas ou estão ameaçados por sanções econômicas ou comerciais decretadas por Washington. Estados como o Iraque, a Coreia do Norte, o Sudão, Cuba ou a Líbia, condenados unilateralmente como 'párias' por Washington, pagaram ou pagam alto por insistirem, cada um ao seu modo, em sobreviver com um mínimo de autodeterminação. Um deles, o Iraque, está submetido a uma liquidação de caráter genocida em consequência de um embargo cujos objetivos não obedecem mais a qualquer lógica razoável, salvo a auto-satisfação da implacável cólera norte-americana¹⁵.

A discriminação comercial e o comércio administrado de forma bilateral são postos em prática tendo como pano de fundo um discurso que proclama o livre-comércio e o multilateralismo. As vítimas não têm a quem recorrer, emparedadas entre a unipotência e a inutilidade de uma Organização Mundial de Comércio (OMC) justamente esvaziada e impotente, ademais de manipulada. Nem a diplomacia brasileira ousa ignorar:

“As potências econômicas e comerciais são responsáveis pela maior parte das distorções no multilateralismo pela razão simples de que têm influência determinante sobre as trocas internacionais. A Rodada Uruguai foi pródiga em exemplos, que envolveram notadamente a questão dos subsídios agrícolas (aplicados em larga escala pela UE e, setorialmente, por americanos e japoneses) e das barreiras protecionistas informais (caso flagrante dos sistemas de distribuição de mercadorias no Japão).

“Os Estados Unidos, principal defensor das teses multilateralistas e liberalizantes, revelam-se acentuadamente protecionistas no que concerne a ramais vitais da sua indústria (me-

diante, por exemplo, os subsídios indiretos à microeletrônica por meio das encomendas de material bélico). A administração Clinton, que desde a campanha eleitoral definiu prioridades de política externa condicionadas ao incremento da *performance* comercial dos produtos nacionais, atenta permanentemente contra o multilateralismo ao promover o comércio administrado com o Japão e ao multiplicar as ameaças de aplicação da legislação comercial retaliatória de que dispõe (Super 301), ignorando as instâncias multilaterais de recurso.

“A combinação dessas duas características da ordem comercial internacional – multilateralismo regulado por consensos negociados e práticas comerciais discriminatórias utilizadas unilateralmente – parece configurar o cenário mais provável no horizonte próximo”¹⁶.

O déficit comercial recorde dos EUA deverá fortalecer esse protecionismo e prejudicar ainda mais as exportações dos países emergentes (v.g. Brasil, Argentina, México, ‘tigres asiáticos’) às voltas com os rescaldos nacionais da crise econômica mundial¹⁷.

A condição de único país com interesse global desparta os Estados Unidos das limitações legais: seus interesses, onde quer que estejam, são interesses ‘nacionais’ e seu direito não pode confinar-se a limitações geográficas, até porque suas fronteiras se confundem com a extensão de seus interesses; são do tamanho do mundo. Os Estados Unidos, assim, não compreendem por que teriam de partilhar sua soberania ou limitá-la em face da soberania de outros países, quando podem exercer essa soberania de forma absoluta e sem que ninguém, nenhum país e nem mesmo as Nações Unidas, possa contestá-los. Eis como se desfaz um dos pressupostos do direito: sua universalidade. Essa, a conseqüência fática do regime de unipotência militar.

Essa *pax americana* só semanticamente remonta à *pax romana* imposta ao mundo

depois da vitória de Cipião sobre as tropas de Aníbal decretando a queda de Cartago e o fim das guerras púnicas (264-146 a.C.). Porque o império norte-americano é mais extenso e mais profundo, político, ideológica e militarmente, muito mais planetário e muito mais poderoso do ponto de vista bélico, concentrando em suas mãos poderes de destruição inimagináveis por outros impérios em qualquer época da humanidade. Poderes que jamais foram empregados como hoje.

Ora, por inevitável, a ‘globalização’ econômica estaria a exigir um projeto também globalizado de estratégia militar (mais precisamente: econômico-militar) de segurança, ditado, evidentemente, pelos interesses da unipotência. Assim, não é mais insólito que a primeira ‘guerra’ da OTAN seja travada após o fim do Pacto de Varsóvia e a *débâcle* da União Soviética e o fim do ‘fantasma’ comunista; que, ao invés de repelir uma agressão comunista, promova o bombardeio de um país que até há pouco se considerava europeu e ocidental... e que não havia invadido ou ameaçado a integridade territorial de nenhum outro país europeu.

Mero desdobramento dessa lógica, a OTAN, a partir de Kosovo e da reunião de Washington¹⁸, atribui-se o direito de intervir onde quer que seja e, ademais de intervir e bombardear o território que lhe parecer de seu direito bombardear, outorga-se também o poder de estabelecer embargos econômicos, para obediência de todas as nações do mundo. Nessa reunião, a cúpula da Aliança praticamente revogou o ‘Conceito estratégico’, aprovado em 1991, em Roma, quando ainda existia a União Soviética, e construiu uma linha de ação da chamada *nova* OTAN. Se, pelo estatuto original, os objetivos estratégicos da organização se limitavam à defesa diante de agressões de outros países, pela nova ordem a OTAN pode intervir fora de seu território, independentemente de agressão e sem autorização prévia do Conselho da ONU, exigência do Presidente norte-americano. Seu desafio, agora,

“é combater novas ameaças, como o terrorismo, as armas de destruição em massa e os conflitos regionais provocados por rivalidades étnicas ou religiosas”¹⁹.

Tudo, como se vê.

Um colegiado de exércitos, assim auto-transformado em instrumento de intervenção militar, sob o comando dos Estados Unidos age como se fora um organismo internacional de direito, decretando a obsolescência da Carta das Nações. O fim do Estado se dá num processo *moloch*: construindo o Estado erga-Estado.

1.2. A ‘globalização’ da nova ordem mundial

Começemos pelo óbvio: a nova ordem internacional (de que a autonomia dos exércitos norte-americanos é um só indicador) e a ‘globalização’ constituem fenômenos interdependentes e complementares, um circuito de vasos comunicantes. Sistema internacional de poder que substitui a guerra-fria, a ‘globalização’ é a disseminação do capitalismo financeiro sobre o capitalismo de produção, a onipotência do mercado livre (sendo livre, tão-só, o fluxo Norte-Sul), com todos os seus ingredientes, não só econômicos quanto políticos, não só ideológicos quanto militares, interligando mercado, ideologia e guerra. É perfeita a síntese de Thomas Friedman:

“Nós, americanos, somos os apóstolos do mundo veloz, os profetas do livre-mercado e os sumos sacerdotes da alta tecnologia. Queremos a ‘ampliação’ tanto dos nossos valores como de nossas Pizza Huts.

“Queremos que o mundo siga a nossa liderança e se torne democrático e capitalista, com um *web site* em cada atividade, uma Pepsi nos lábios, o Windows da Microsoft em cada computador e com todos, em toda parte, colocando a própria gasolina”²⁰.

Nunca a guerra foi tão exemplarmente a continuação da política por outros meios. É o mesmo Friedman:

“A mão oculta do mercado jamais funcionará sem um punho oculto – o *McDonald’s* não pode prosperar sem a *Mc Donnell Douglas*, que projetou o F-15. E o punho oculto que mantém o mundo seguro para as tecnologias do Vale do Silício chama-se Forças Armadas, Força Aérea, Marinha e Fuzileiros Navais dos Estados Unidos”²¹.

A ‘globalização’, assim, precisa ser vista como um sistema articulado de poder planetário (que abarca todas as esferas da expressão humana) e que atinge forçosamente a todos os países e povos, como engrenagem que, para funcionar, não admite ponto-morto. Os recalcitrantes serão punidos. A ‘globalização’ é a homogeneização do pensamento e dos exércitos, o fim das nações e dos projetos regionais (e, se desaparecem as nações, devem desaparecer a cultura nacional e os exércitos nacionais), donde a redução do mundo a um mercado a um só tempo universal e único, com ideologia única, com projeto único, com vontade única, presidido por uma unipotência, senhora do bem e do mal, portadora do ‘bem’ e inimiga do ‘mal’. E mal é tudo o que por ela for designado como tal. Para esse efeito, o império militar precisa de uma causa, de um inimigo a perseguir e a punir; se ele não existe, pode ser criado. Daí as satanizações sucessivas: o comunismo em geral e Cuba em particular, o Irã dos aiatolás, o Iraque de Saddam, a Jugoslávia de Milosevic. Até Granada²² e a República Dominicana²³ já foram alvos de intervenção.

O objeto da satanização pode ser um regime, um país, um dirigente político ou uma causa, como o combate ao narcotráfico, que pode amanhã justificar a *balcanização* da Colômbia, ou a defesa de recursos naturais indispensáveis à sobrevivência da humanidade...

Nesse sentido é mesmo o fim da história...

A crise dos Bálcãs é, pois, uma das exigências da ‘globalização’ (via potência única) vista como a sucessora da guerra fria.

1.3. Os Estados Unidos e a globalização: um caso de sucesso econômico.

A ‘globalização’ se confunde com os Estados Unidos e os Estados Unidos são os maiores beneficiários da ‘globalização’.

Os Estados Unidos são o único grande mercado consumidor que cresceu durante todo o período da crise global, iniciada em julho de 1997, na Tailândia. São inumeráveis, e incontroversas, as análises de observadores norte-americanos. Em recente comentário, o *New York Times* escreve:

“O grande afluxo de capitais impulsionou Wall Street: a soma do valor de todas as *Access* negociadas na Bolsa de Nova Iorque subiu de US\$ 8,92 trilhões em junho de 1997, quando começou a etapa asiática da crise, para US\$ 11,72 trilhões em dezembro do ano passado. Uma alta de 31%, no período em que outras Bolsas ditas emergentes, como a de Moscou, acumulavam perdas de até 86%. Simultaneamente, o desemprego americano caiu aos níveis mais baixos das últimas três décadas e a economia cresceu em ritmo acelerado. No ano passado, o Produto Interno Bruto (PIB) expandiu-se a uma taxa de 6,1%, a melhor dos anos 90”²⁴.

O Brasil, depois das ‘duas décadas perdidas’, deve ter, em 1999/2000, crescimento negativo em torno de -1% a -1,5%.

O déficit comercial norte-americano de US\$ 21,3 bilhões, revela, a um tempo, a riqueza dos Estados Unidos e a pobreza do mundo. Revela mais, que sua riqueza resulta da pobreza do mundo, cuja capacidade de compra vem caindo. Esse outro lado da ‘globalização’ põe a nu a fragilidade da economia mundial, dependente do poder de compra, isto é, da vitalidade de uma só economia cujo permanente *boom* pode levar a uma inflação (ameaça admitida pelo *Federal Reserve Board*) que, associada ao déficit, será tratada pelos remédios clássicos do capitalismo norte-americano: mais protecio-

nismo. Ou seja, mais restrições ao desenvolvimento da economia mundial, de particular dos países chamados ‘emergentes’, Brasil entre eles.

1.4. De novo (e sempre) o velho complexo industrial – militar

A expressão *military-industrial complex* foi insuspeitadamente grafada pelo Presidente General Dwight Eisenhower, no célebre discurso de transmissão do cargo de Presidente dos Estados Unidos a John Kennedy (1961). Peça premonitória, guarda dramática atualidade quase 40 anos passados e muito pode-nos ajudar a compreender a política militarista americana:

(...) “fomos compelidos a criar uma indústria de armamentos permanente de vastas proporções. Além disso, três milhões e meio de homens e mulheres estão diretamente engajados no sistema de defesa. Gastamos anualmente, com segurança militar, mais que a renda líquida de todas as corporações dos Estados Unidos. Esta conjunção de um imenso *establishment* militar com uma grande indústria de armas é nova na experiência americana. A influência total, econômica, política e até espiritual se faz sentir em cada cidade, em cada Assembléia, em cada repartição do governo federal. Reconhecemos a necessidade imperativa desse desenvolvimento. Não podemos, porém, deixar de compreender suas graves implicações. Nossas atividades, recursos e subsistência estão todos envolvidos, bem como a própria estrutura de nossa sociedade. Nos conselhos de governo, devemos nos prevenir contra a influência injustificada, buscada ou não, do complexo militar-industrial (*military-industrial complex*). O potencial para uma desastrosa emergência ou extravio de poder existe e persistirá. Não devemos jamais permitir que o peso dessa combinação ameace nossas liberdades e

ossos processos democráticos. Não devemos dar nada como pronto e garantido. Somente uma cidadania alerta e bem informada pode exigir a harmonização adequada do imenso aparato industrial e militar de defesa com nossos métodos e objetivos pacíficos, para que segurança e liberdade caminhem juntas. A revolução tecnológica das últimas décadas tem sido similar e em grande parte responsável pelas dramáticas transformações em nossa postura militar-industrial. Nessa revolução, a pesquisa tornou-se central; também tornou-se mais formal, complexa e cara. Uma parte cada vez maior é realizada, para, pela ou sob a direção do governo federal. Hoje, o inventor solitário, trabalhando em sua oficina, foi substituído por forças-tarefas de cientistas em laboratórios e campos de prova. Do mesmo modo, a universidade gratuita – historicamente o berço das idéias livres e das descobertas científicas – experimentou uma revolução na política de pesquisa. Em parte devido aos altos custos envolvidos, o que passa a orientar a pesquisa não é a curiosidade intelectual, mas a possibilidade de um contrato com o Governo. Para cada velho quadro-negro existem agora centenas de novos computadores eletrônicos. A perspectiva de dominação dos nossos *scholars* pelo emprego federal, pela distribuição de projetos e pelo poder do dinheiro está sempre presente e deve ser considerada em sua gravidade. Mas, levando em consideração, como é de nosso dever, a pesquisa científica e as invenções, precisamos estar igualmente alertas para o perigo de as políticas públicas se tornarem cativas de uma elite científica e tecnológica”²⁵.

Eis, na palavra de um velho cabo de guerra, comandante da maior potência do mundo, o reconhecimento da autonomia econô-

mica das guerras e do círculo vicioso do desenvolvimento industrial capitalista: a economia de guerra gerando o desenvolvimento industrial que exige a guerra para poder continuar crescendo.

Não é, pois, destituído de lógica o fato de os Estados Unidos, hoje, finda a guerra fria e desmantelada a União Soviética e desativado o Pacto de Varsóvia, gastarem com armamento mais que todos os países ocidentais juntos. O orçamento militar para 1999 é 30% maior que o orçamento conjunto de todos os demais países da OTAN. Tanta despesa deve ser justificada, esta já é uma boa razão. Uma pequena guerra é sempre bem vinda para os negócios. Para isso, é necessário ter bons inimigos. Não tendo, é só inventá-los: Coreia do Norte, Cuba de Fidel, Vietname, a República Dominicana de Bosch, Granada, a Nicarágua dos sandinistas, Noriega, o Irã dos aiatolás, a Líbia de Kadafhi, o Iraque de Saddam, Ben Laden, Milosevic, a guerrilha colombiana...

Nos anos da pós-industrialização, nos anos dessa nova ordem mundial, a tecnologia da guerra – que se sofisticava a cada dia – associa aos interesses industriais até mesmo o desenvolvimento científico tecnológico:

“Grande parte da prosperidade americana decorre dos investimentos diretos e do comércio das megaempresas americanas no mundo. São eles que colocam os Estados Unidos no centro da economia e da política internacional. Essa situação hegemônica depende de sua liderança científica e tecnológica. Na sociedade americana, a intervenção do Estado na economia é vigorosamente rejeitada. Assim, a estratégia para poder investir em ciência e tecnologia, dínamo da economia, utiliza o argumento da segurança nacional. Esse argumento, para ser crível, necessita de inimigos e estes têm de ser eventualmente enfrentados e punidos, o que serve de teste para novos armamentos e novas estratégias. A definição de novos al-

vos desafia a racionalidade e a previsão, como os exemplos de Granada, do próprio Iraque e do Kosovo indicam”²⁶.

Como, de outra forma, explicar o esforço de guerra norte-americano, os altos investimentos em pesquisa e tecnologia, as inversões vultosíssimas na pesquisa e produção de novos armamentos, a manutenção de um caríssimo exército que quase cobre toda a extensão do planeta, quando não há mais inimigo a enfrentar?

E, hoje, é de tal ordem a distância tecnológico-bélico-econômica que separa os Estados Unidos dos demais países que se revela uma farsa qualquer tentativa de justificar a guerra – guerras, guerrinhas, invasões etc. — com o argumento de sua defesa preventiva em face de uma ameaça presumível ou real. Não há ameaça ou quem quer que possa constituir-se em ameaça ao grande Império. Tudo o mais é retórica de guerra que o complexo industrial-militar-tecnológico-científico explica.

2. A ‘guerra’ da OTAN

“E a ironia da história é que, ao contrário da fé marxista de que a história não se repete a não ser como uma farsa, nos Bálcãs ela parece se repetir: as forças internacionais provocaram lá, e agora de novo, o apressamento da limpeza étnica, catalizaram a violência. Seria necessária uma forte dose de autocensura ou de ingenuidade para não perguntar: será que a OTAN não queria exatamente provocar a limpeza étnica para organizar áreas homogêneas e impor assim uma paz mais duradoura após a matança?” (Leão Serva. ‘Bálcãs: onde as tragédias da História se repetem’. Política Externa vol. 8. N. 1)

Primeiro de tudo, não se pode chamar de guerra um conflito sem combate, uma intervenção sem resistência, quando as baixas só se dão de um lado e o desnível de

poderio militar, econômico e tecnológico entre as partes é simplesmente abissal.

A propósito dessa nova doutrina de guerra norte-americana, de guerra ‘segura’ e ‘limpa’, na qual o pessoal e os equipamentos militares são praticamente inatingíveis e invulneráveis aos ataques, à defesa e às represálias dos inimigos, Edward W. Saïd, professor de literatura comparada na Universidade de Colúmbia (Nova York), observa, com Richard Falk, autor de direito internacional por ele citado, que a estrutura desse tipo de guerra (v.g. Iraque e Iugoslávia) assemelha-se às técnicas da tortura: enquanto o interrogador-algoz dispõe de todos os poderes, podendo escolher e utilizar os métodos que desejar, sua vítima, à disposição da vontade de seu perseguidor, não dispõe de qualquer recurso²⁷.

Em nome de uma ingerência humanitária – caracterização de resto insustentável –, a OTAN violou três princípios fundamentais da convivência internacional, conquista que nossa civilização supunha haver consolidado em Yalta, ao preço de tantos sacrifícios: a soberania dos Estados —que remonta às revoluções americana (1776) e francesa (1789)²⁸ –, a autodeterminação dos povos e a Carta da ONU²⁹, da qual seus países sócios são signatários, a grande maioria fundadores e alguns são membros do Conselho de Segurança.

Os bombardeios da OTAN contra a Iugoslávia – matando civis³⁰, atingindo alvos civis, destruindo a infraestrutura do país— foram desfechados sem o amparo em qualquer deliberação da ONU. E, assinada a rendição, é ainda a OTAN quem decide a composição da força internacional de paz. Que papel resta à ONU? Fazer apelos à caridade internacional para que socorra os refugiados. Aliás, é da tradição norte-americana o unilateralismo de suas ações, sempre ao largo das Nações Unidas, seja a pura e simples intervenção militar (e a militarização dos conflitos políticos), tanto em sua extensão geográfica latina (Panamá, Cuba, Granada) quanto no Oriente, assim suas

incursões no Irã, seus bombardeios punitivos no Iraque, no Sudão (destruindo metade da indústria farmacêutica desse paupérrimo país africano) e no Afeganistão; seja a assunção, pela sua diplomacia, das negociações internacionais (os acordos de Daytona sobre a Bósnia e os diversos acordos Israel-países árabes-palestinos), condenando a plano secundário a função mediadora e arbitral da ONU, aquele papel que justificou sua criação.

Dir-se-á que, no caso da ação da OTAN nos Bálcãs, tratava-se de salvar o povo kosovar da fúria luciferina de um ditador sanguinário. Isso justificaria a destruição da soberania iugoslava? Justificaria o assassinato de tantos civis (22 mil, segundo as autoridades de Belgrado)? A argüição de pretensas motivações humanitárias pode justificar o uso indiscriminado da força contra adversários? Pode-se falar em intervenção moral quando a desproporção militar e tecnológica entre os supostos adversários é tão colossal? Quando a morte – o bombardeio de áreas civis, áreas residenciais, hospitais, embaixadas, escolas, pontes, ônibus, trens, sanatórios, comboios de refugiados etc. – é reduzida à sua mais miserável insignificância ética: ‘acidente tecnológico’? Pode a proteção do povo kosovar justificar a ameaça à sobrevivência dos sérvios? Afinal, pode a barbárie justificar a barbárie?³¹

Se a vida humana é sagrada – e ela o é, e a função dos Estados, isto é, das nações civilizadas é garanti-la –, ela não pode ser sacrificada, mesmo quando a vítima não seja nem branca nem européia.

Ademais da demanda ética, que não pode ser superada, a pergunta não é, tão-só, se é lícita a intervenção em defesa de direitos humanos violados; mas: que Tribunal – fora do direito internacional – é competente para julgar a violação e determinar a ação militar, e o caráter dessa ação?

Uma das exigências da regra moral é sua universalidade. Se era – e é! – crime a limpeza étnica levada a cabo na Iugoslávia, também foram e são crimes as limpezas étnicas

levadas a cabo na Turquia, na Palestina e na África.

Poder-se-á perguntar – pergunta que não se fez a imprensa brasileira, reflexa, reativa – onde estavam os sentimentos humanitaristas de norte-americanos e ingleses (deixamos de fazer referências ao humanitarismo alemão para não lembrar o holocausto e a segunda-guerra mundial...) quando a violência se abatia sobre povos de outras etnias (não-brancos) e de outros continentes que não o europeu? A começar por uma das primeiras limpezas étnicas do após-guerra, aquela de 1948, da qual a Palestina foi vítima e testemunha, e que por outros meios prossegue até hoje. Assim, é preciso lembrar que, em Angola, diante da insensibilidade de norte-americanos e ingleses, já morreram, só este ano, vítimas da guerra (financiada de fora por grandes potências), 780 mil negros, e outros 650 deixam, diariamente, suas casas. Cerca de 70 mil angolanos perderam braços e pernas nas explosões de minas terrestres. Aliás, esse povo é vítima dos ataques da UNITA, um exército de facínoras armado pela África do Sul racista e pelos Estados Unidos e até recentemente mantido com recursos norte-americanos. Justificativa ‘humanitária’: os governos angolanos pós-descolonização eram apoiados por Cuba e pela URSS. No Sudão, há pouco punido pelos Estados Unidos, contam-se quatro milhões de vítimas da guerra. Em todo o continente africano, são 2,7 milhões de refugiados, quase 9 milhões de desabrigados. Na Ásia, no Afeganistão, contam-se 2,6 milhões. Na Indonésia, durante seu mandato, garantido pelos Estados Unidos, e em nome da guerra fria, Suharto³² matou, em 1965, cerca de 500.000 adversários políticos, que não contavam para o humanitarismo do Pentágono e o *Foreign Office*: eram todos, dizia o ditador sanguinário, comunistas. Também não se conheceu o humanitarismo nem norte-americano nem inglês no Zaire (ex-República Democrática do Congo e ex-Congo Belga), onde o general Mobutu, corrupto e genocida, a par-

tir de um golpe-de-Estado instrumentalizado pela C.I.A., que anteriormente já havia obtido a queda e assassinato (1961) do primeiro Ministro Patrice Lumumba, governou até 1998, deixando o poder pouco antes de falecer, e quando, esgotada a guerra fria, não tinha mais serventia. A ideologia do combate aos ditadores, defesa dos direitos humanos e defesa das minorias, pretexto para intervenções de toda ordem, também não se viu no Chile, onde os ‘especialistas’ norte-americanos e sua diplomacia – Kissinger (Departamento de Estado) e Bush (CIA) à frente – colaboraram com Pinochet no golpe contra o governo constitucional de Salvador Allende e no apoio à ditadura em todos os anos de brutal repressão; também não se viu nem na Argentina dos militares e dos civis ‘desaparecidos’, nem no Brasil da tortura.

A ‘teoria de valores’ da política externa norte-americana, para a qual os *marines* são seus melhores embaixadores e a guerra a melhor diplomacia, conhece apenas dois postulados: seus interesses e o argumento da força bruta. Assim, jamais teve apreço, de princípio, seja pela democracia, seja pelas ditaduras. Combateu essas quando os titulares eram adversários de seus interesses e as defendeu quando postas a serviço da guerra fria (v.g. Indonésia, Brasil, Chile...). Jamais hesitou em golpear aqueles regimes democráticos – v.g. República Dominicana de Bosch, Brasil de Goulart e Chile de Allende – que pudessem contrariar, ainda que minimamente, seus interesses. Assim também em face dos movimentos guerrilheiros. Para ela, é insuportável a guerrilha na Colômbia, desestabilizando uma democracia (vá lá o termo), ou em São Salvador: esses guerrilheiros, esquerdistas, têm sempre objetivos totalitários... Mas essa mesma política jamais deixou de apoiar os movimentos guerrilheiros, de direita, que ameaçavam a consolidação de regimes que podiam ser considerados adversários: os ‘contras’ da Nicarágua desestruturando a democracia sandinista; as tropas criminosas da UNITA destruindo o futuro de Angola. Sem

falar no seu apoio à guerrilha talibã, ao seu apoio inicial aos aiatolás, e no seu incitamento e apoio ao Iraque (sempre uma ditadura sob Saddam) na sua guerra contra o Irã, o financiamento dos cubanos anti-castrietas...

Em que recesso repousava o humanitarismo anglo-americano enquanto hutus e tutsis se matavam (e se matam desde 1966) na África central (só no último massacre, em 1998, morreram mais de 500 mil homens, mas... negros), conflito que prossegue, percorrendo essas etnias, em Ruanda, onde começou, em Burundi, no Congo, no Zaire, nada obstante o silêncio da imprensa internacional, que, silenciando, tenta negar sua existência?

A repressão turca contra os curdos, segundo os cálculos mais moderados, nada fica a dever às atrocidades de Milosevic. No início dos anos 90, cerca de um milhão de curdos abandonaram o campo, enquanto o exército turco arrasava as zonas rurais. Nessa época, denuncia Jonathan Randal,

“a Turquia se transformou no maior importador individual de material militar americano e, por conseguinte, no maior comprador de armas do mundo. Quando os grupos de direitos humanos denunciaram que a Turquia havia utilizado aviões americanos para bombardear povoações, o governo Clinton encontrou formas de se esquivar às leis que exigiam a suspensão da entrega de armamentos”³³.

A Turquia é uma base militar americana, de extraordinária importância estratégica...

E a morte de 560 mil iraquianos?

Não foi diferente no Camboja. Não se sabe quantos milhares (ou milhão?) de cambojanos foram mortos pelo Kmer Vermelho, a serviço do regime de Pol Pot. Sabe-se que os Estados Unidos, após a invasão do Vietname, reconheceu o governo banido da Kampuchea Democrática como representante oficial do Camboja, por sua ‘continuidade’ com o regime de Pol Pot. O governo americano apoiou o criminoso Kmer Verme-

lho em suas carnificinas contra o povo do Camboja e puniu o Vietname com severíssimas sanções, por havê-lo combatido.

Anualmente, pelo menos 20 mil pessoas, civis e camponeses, principalmente crianças, morrem ao pisarem em miniminas que estão espalhadas por todo o território do Norte do Laos,

“que, nos anos 60 e 70, foi alvo do que provavelmente terão sido os maiores e, seguramente, os mais cruéis bombardeios da história contra uma população civil. As mortes foram causadas pelas minibombas, diminutas armas antipessoais muito piores do que as minas: são projetadas especificamente para matar e mutilar, e não têm qualquer efeito sobre caminhões, edifícios ou outros objetos. A planície ficou juncada de centenas de milhões desses projéteis. (...) O Grupo Consultivo sobre minas, com sede na Grã-Bretanha, está tentando limpar os campos dessas armas letais; mas, segundo a imprensa britânica, os Estados Unidos se negam a emprestar seus especialistas e seus ‘procedimentos’ que fariam o trabalho ‘com muito mais rapidez e segurança’. Esses procedimentos constituem segredo de Estado, como tudo que se relaciona com este assunto nos EUA”³⁴.

Como é sabido, os Estados Unidos se opõem ao tratado de Ottawa de prescrição das minas.

Que humanitarismo resiste à catástrofe ecológica que se abateu sobre a Iugoslávia? O bombardeio de usinas químicas que poluem rios e matam fauna e flora; o uso de bombas com grafite que contêm componentes cancerígenos; bombas de urânio provocando radioatividade; bombas/minas de fragmentação e seus estilhaços não detonados que ficarão no solo agindo como minas, atingindo civis, as mesmas bombas que, depositadas no Adriático, ameaçam a população civil que o utiliza?³⁵

Todos esses são armamentos proscritos pelo direito internacional e cujo emprego

constitui crime de guerra, diga-se de passagem.

O humanitarismo estaria a exigir, se a intervenção tivesse realmente motivações éticas, a ingerência militar em outros países onde povos igualmente com direito à vida estão sujeitos a toda sorte de expiação, no Sudão (Sul), em Serra Leoa, no Timor-Leste, em Timor-Leste. A miséria de Biafra também a ninguém comove e não é porque não comova as lentes da CNN que deixou de existir.

A mesma ética que se irritou com a invasão do Kuwait (tão rico em petróleo – fornecedor do Japão e da Alemanha – e tão estrategicamente localizado em face do Golfo Pérsico) silenciou em face da invasão e anexação do Timor-Leste, pela Indonésia, e do Tibet, pela China. Nada a falar sobre o Líbano, invadido de um lado por Israel, de outro pela Síria, e bombardeado quase diariamente, sem estar em guerra com quem quer que seja. Nada a dizer sobre a guerra de Moscou contra os separatistas da Chechênia.

Na verdade, o humanitarismo de Washington, determinando o belicismo da OTAN, é uma pura manobra geopolítica, que visa a assegurar um caminho europeu para o Oriente, afastar a influência russa³⁶ (que sempre teve interesses militares nos Bálcãs e no Adriático), colocar uma cunha entre a Alemanha e a Rússia, enfim, a balcanização do Leste europeu, e, por meio do exército coletivo consolidado, impedir a emergência, na Europa, de qualquer sorte de formação militar independente.

A questão fundamental está em que o bombardeio do povo iugoslavo – sejam quais forem as conseqüências para os kosovares de origem albanesa, que permanecem em guerra contra os sérvios – assegura o fortalecimento da OTAN, quando o lógico seria, após o fim da guerra fria, sua dissolução substituída por uma organização de defesa europeia específica. Esse fortalecimento da OTAN é peça preciosa na estratégia militar norte-americana, que, assim, bloqueia o surgimento, na Europa, de um sistema estratégico rival³⁷.

Ela também lembra aos europeus quem é o chefe da firma.

2. 1. A economia da guerra

Não podem ser descartadas as razões puramente econômicas da economia de guerra, que envolve tantos bilhões de dólares em armamentos crescentemente sofisticados, e razões puramente tecnológicas, pois, de fato, desde o experimento das Malvinas, as grandes potências vêm investindo maciçamente na sofisticada tecnologia de guerra e episódios como esse servem de campo para teste dos novos inventos³⁸; principalmente considerando-se seu alto custo financeiro – o que não é nada desagradável para o complexo industrial-militar –, e o baixíssimo – na verdade nulo – custo ou risco em vidas humanas, o que atende a uma das exigências da opinião pública norte-americana³⁹. De fato, em 78 dias de bombardeios intensíssimos, não há o registro de um só militar a serviço da OTAN morto em ação. Mesmo a perda de material é irrelevante. Após mais de 25 mil incursões aéreas, apenas dois aviões foram declarados perdidos (mas seus tripulantes salvos, resgatados em território inimigo) e um helicóptero tombou, em treinamento.

O que poderia – por via política e diplomática – ser obtido como encaminhamento, ainda gradual, de uma solução para uma crise que tem raízes históricas vai demandar mais algumas décadas de guerra e frustração.

Terminada a ação punitiva dos Estados Unidos-OTAN contra os sérvios, verifica-se que ela não impediu a limpeza étnica de Milošević contra os kosovares albaneses. Nem destruiu o ditador. Ao contrário, os *raids* aéreos ilegais aceleraram a limpeza étnica contra os povos de origem albanesa e o êxodo da população de Kosovo, e seu saldo, assinada a rendição incondicional, é simplesmente macabro: milhares de iugoslavos, sérvios e descendentes de albaneses mortos, o exacerbamento do ódio, a impossibilidade de qualquer solução política, o

aprofundamento dos conflitos entre as diversas etnias, nações e regiões. Terminados os bombardeios, os kosovares – que permanecerão na Iugoslávia, ao contrário dos pilotos americanos e ingleses – não podem contar com qualquer vitória. Ao contrário, a expectativa é que ficou ainda mais difícil uma alternativa de paz com os sérvios, que terminaram virtualmente expulsos do Kosovo, que consideraram o berço de sua nação, e onde estão seus templos mais sagrados⁴⁰.

Nesse episódio, perderam quase todos: perderam os kosovares que não alcançaram a paz e retornam a um Kosovo destruído; perderam os iugoslavos que quase perderam seu país, arrasado pelos bombardeios; perderam os sérvios que, num êxodo estimado em 100 mil, estão nas estradas em busca de novas terras e território onde possam encontrar um mínimo de segurança; perdeu a minoria sérvia de Kosovo, ameaçada de ser chacinada pela maioria de origem albanesa, que busca vingança para seus mortos (e quem vai agora assegurar o lar para os sérvios expulsos de Kosovo?); perderam a Macedônia e Montenegro, cujas economias, de si já frágeis, foram destroçadas; perderam os países balcânicos; perdeu a ONU; perdeu o direito internacional; perdeu a paz; perdeu o princípio da negociação e da arbitragem sobre a militarização dos conflitos. E perderam os que lutam pela eliminação das armas nucleares.

Ganhou a indústria da guerra.

Perderam os defensores dos direitos humanos.

Terminados (ou suspensos?) os bombardeios, arrasada a Iugoslávia, destruído Kosovo, partilhada a antiga província sérvia entre as potências agressoras e invasoras, os Balcãs terminam o século mais explosivos do que nunca. O ódio religioso-étnico foi agravado, Turquia, Grécia e Chipre, membros da OTAN e aliados de Washington, mantêm suas rivalidades históricas e disputas de territórios e os conseqüentes conflitos sobre os respectivos espaços aéreos. A ‘guerra’

contra os sérvios – população agredida pelos turcos, pelos austríacos, pelos nazistas e por seus aliados croatas – tornou iminentes os conflitos entre a Iugoslávia e a Albânia e aqueles países que serviram de base aos aviões aliados.

Terminados (ou suspensos?) os bombardeios, milhares e milhares de iugoslavos, sérvios e croatas, retornam uns às suas casas perdidas, outros delas são expulsos. Ninguém pode avaliar seu próprio futuro. Autodeterminação? Autonomia sob a soberania sérvia? Ocupação permanente pelas tropas da OTAN? Partilha? Soberania partilhada? Quem protegerá os ‘sérvios de Kosovo? Nenhuma dessas interrogações passou pela cabeça dos dirigentes da guerra.

A sorte do povo de Kosovo, massacrado por um governante imoral, parece um por menor em tudo isso, até porque o conflito étnico não foi resolvido, senão agravado, e Milosevic continua no poder e nele ou fora dele deve permanecer impune, como impunes permanecerão genocidas pró-Occidente como Suharto, entre tantos outros.

Uma alternativa poderia ser a criação de um Tribunal penal internacional com poderes para julgar os autores de crimes contra a humanidade, imprescritíveis independentemente do *status* do agente, e independentemente mesmo de eventual decisão legal tomada por um Estado soberano. Mas os Estados Unidos são contra esse Tribunal e impedem sua constituição...

Além de haver votado contra a criação do Tribunal Penal Internacional, na reunião de Roma, os Estados Unidos vêm-se opondo à competência de um Tribunal internacional para processar acusados de crimes de guerra. Desde então o Ministério da Defesa vem advertindo a comunidade internacional de que os Estados Unidos não poderão aprovar a criação de um Tribunal que tenha o poder de julgar militares americanos. Precatadamente, estão tentando obrigar alguns governos – África do Sul, Polônia, Hungria e República Tcheca são citados nominalmente – a firmar acordos

segundo os quais norte-americanos não seriam entregues ao Tribunal se fossem acusados de crimes contra a humanidade, de guerra ou genocídio. A afirmação é de Pierre Sane, secretário-geral da Anistia Internacional⁴¹. Mas Washington não está preocupada apenas com seus militares:

“(...) o governo americano procura também garantir que os funcionários da Agência Central de Inteligência (CIA) fiquem protegidos de ser extraditados por solicitação do TPI. A preocupação de Washington é que operações como o atual bombardeio da OTAN contra a Iugoslávia façam com que dezenas de funcionários militares, civis e da inteligência sejam processados pelo TPI”⁴².

Mas, se o Sr. Milosevic foi, e justamente, indiciado pelo Tribunal de Haia como criminoso de guerra, qual deve ser a acusação a ser formulada contra os responsáveis pelas agressões ao território e às populações civis do Líbano, do Iraque, do Irã, do Afeganistão, do Panamá, de Granada, do Sudão e da Iugoslávia, violando as constituições de seus próprios países, realizando guerras não declaradas nem autorizadas, violando a Carta das Nações Unidas.

2. 2. *A guerra como ‘valor’*

Subsiste, por fim, a questão da guerra justa. Mas haverá guerra justa? Quem decide o que é uma guerra justa? O vencedor? Ora qualquer argüição desse conceito, para validar-se, terá, primeiro, de reabilitar o nazifascismo (e suas autoproclamadas razões), absolver os tiranos de todos os tempos e abrir um precedente moral de tal ordem que pode significar o suicídio da humanidade.

É fácil de demonstrar.

As atrocidades do governo turco procuram justificativa no argumento de que está defendendo o país da ameaça de guerrilheiros e terroristas. Na América Latina, esse argumento foi utilizado, à saciedade, pelos governos militares para justificar o assassinato de seus adversários, na Argentina,

no Brasil, no Chile, no Uruguai, no Peru, no Paraguai, na Nicarágua. Foi repetido no Laos e no Camboja pelos assassinos do Kmer Vermelho. Na Argélia, o argumento do Ocidente (França à frente) para impedir a posse do governo legalmente eleito foi a ameaça islâmica. Essa violência está na raiz de todos os massacres que ali se repetem quase diariamente, prometendo transbordar para a Europa. O ataque do Japão à Mandchúria, a invasão da Etiópia por Mussolini e a ocupação da Tchecoslováquia pelas tropas de Hitler foram acompanhadas de elevada retórica humanitária, ou simplesmente do que Noam Chomsky prefere chamar: ‘justificativas obscenas’.

“O Japão ia construir um ‘paraíso’ terrestre enquanto defendia os habitantes da Mandchúria contra os ‘bandidos chineses’. Mussolini estava libertando milhares de escravos enquanto realizava a ‘missão civilizadora’ do Ocidente. Hitler anunciou a intenção alemã de aliviar as tensões étnicas e a violência, além de ‘salvaguardar a individualidade dos povos alemão e tcheco’. O presidente da Eslováquia pediu a Hitler que transformasse seu país num protetorado”⁴³.

A categoria determinante da moral é a universalidade, ou, dito pelo averso, tudo aquilo que não pode ser generalizado é imoral, é anético. A legitimidade do direito deriva da universalidade de sua vigência: só constitui direito aquela norma que se aplica a todos ou que por todos pode ser acionada⁴⁴.

Se a OTAN tem o direito de bombardear os sérvios para garantir a autonomia de Kosovo – legalmente e historicamente uma dependência da Sérvia, que, ao lado de Montenegro forma a Iugoslávia⁴⁵ –, por que outros povos, os curdos, os palestinos, os tibetanos, os chechenos, os muçulmanos da Caxemira, não têm o mesmo direito? Ou, têm os tibetanos o direito de bombardear Pequim para se livrarem da opressão chinesa? Ou Pequim pode bombardear Taiwan para retomar sua ilha, roubada pelas tropas de

Chang-Kai-Chek, apoiadas pelo Ocidente? Que tal Brasil e Portugal bombardearem a Indonésia para libertar os povos irmãos do Timor-Leste, ou os libaneses bombardearem a Síria e Israel para recuperar seu território e punir Tel-Aviv pelos *raids* criminosos que assassinam a população civil sob o pretexto de perseguir guerrilheiros? O argumento, dos sérvios, para justificar sua posse de Kosovo – a antigüidade – poderia justificar uma reivindicação mexicana sobre o Novo México e tantas outras terras suas perdidas para os Estados Unidos; por outro lado, o argumento (croata) da maioria, sancionado pelos bombardeios, poderia justificar uma reivindicação autonomista cubana sobre Miami, ou a expulsão, pelo Paraguai, dos ‘brasilguaios’ que estão ocupando suas terras e seus negócios. Evidentemente, a aplicação dessas teorias aos Estados Unidos parece mera excentricidade, até porque o colosso militar está acima também das doutrinas e das teorias. Mas, observa Leão Serva, “nos Balcãs elas se mostraram tão reais quanto recentemente se revelaram reais na Palestina e em Chipre”⁴⁶.

Se a ação da OTAN fosse legítima, se estivesse amparada no direito, estaríamos condenando a humanidade à barbárie. Se fosse possível fazer valer como direito, isto é, em regra universal, o direito a que se auto-atribuem os Estados Unidos, a humanidade sucumbiria, devorada numa chacina autofágica.

Os bombardeios contra a Iugoslávia, pela OTAN, constituem, de todos os modos, uma guerra inaugural, no sentido de sua justificativa, pois a OTAN não pode alegar a defesa de nenhum dos territórios de seus Estados-membros, objeto de sua criação, no fragor da ‘guerra fria’. As alegadas razões humanitárias de hoje, puramente ideológicas, podem amanhã ser substituídas por outras, como a defesa de determinado soberano ou de um regime, ou de uma tese. A salvação da humanidade, por exemplo, pode amanhã justificar, *manu militari*, a ‘proteção’ de santuários ecológicos como a

Amazônia, ‘ameaçada de destruição’ por isso ou por aquilo. O combate ao narcotráfico pode amanhã ser a justificativa do muito provável desembarque das tropas norte-americanas na Colômbia. A ‘ameaça’ que à sua segurança pode representar a consolidação de um regime nacional-popular na Venezuela, pode justificar a intervenção dos Estados Unidos na Venezuela... Ninguém se iluda: o regime da unipotência arrogante atualiza La Fontaine e a lógica do lobo.

A intervenção da OTAN, finalmente, representa um salto no escuro para todas as nações do mundo que agora estão sabendo que não há mais soberania absoluta, nem direito internacional inquestionável, e que Estado nenhum pode entrar em conflito com o Estado hegemônico.

Ontem Panamá, Vietname, Iraque. Hoje Iugoslávia. Amanhã...

(A propósito, a invasão do Panamá e seqüestro de seu Presidente custaram a morte de mais de 2 mil pessoas, duas vezes mais que na derrubada de Ceausescu, na sua maior parte civis. Mas ninguém fala aí nem em genocídio nem em carnificina)⁴⁷.

Da convicção da comunidade internacional de que ninguém está a salvo da esmagadora superioridade militar dos Estados Unidos e seus sócios da OTAN resultam consequências estratégicas e ideológicas. No plano militar, a constituição de um eixo atômico anti-hegemônico, reunindo Rússia, China e Índia⁴⁸, que não tem mais qualquer razão para cumprir a promessa de assinar o tratado de não-realização de testes nucleares. A humanidade pode estar à beira de uma nova e catastrófica corrida atômica, enquanto a ação da OTAN está oferecendo a dirigentes irresponsáveis um irresponsável alibi ideológico para a retomada do armamentismo, criando emulações regionais de desdobramento imprevisível⁴⁹. E no plano político, os Estados Unidos deverão reforçar a segurança de suas embaixadas em todo o mundo e assumir a responsabilidade de se-

rem vistos por grande parte da humanidade (chineses, russos, indianos, árabes, latino-americanos e africanos) como inimigos de suas sociedades.

É claro que a ONU sai do episódio perigosamente sem função. Há que repensá-la no regime da unipotência.

Não há dúvida de que os bombardeios acabam por destruir o que restava da frágil ordem internacional, que já não pode oferecer aos fracos qualquer grau de proteção ante os Estados predadores.

Os Estados Unidos – a superpotência que não respeita a lei – estão assumindo, perante a humanidade, com o apoio de seus peões europeus, o papel de principal ameaça externa contra nossas sociedades e nossa civilização.

Não é de admirar, portanto, que o ressentimento com relação aos Estados Unidos esteja crescendo globalmente⁵⁰.

Depois de relembrar uma antiga sentença do general De Gaulle (“Podem ter certeza de que os americanos cometerão todas as idiotices que puderem imaginar, mais algumas que estão além do imaginável”), o jornalista brasileiro Márcio Moreira Alves⁵¹ comenta o estrago que os bombardeios fizeram à ONU e às negociações para eliminação das armas nucleares. A professora Mary Wynne-Ashford, vice-presidente da organização Físicos Internacionais pela Prevenção da Guerra Nuclear (FIPGN), por ele citada, revela o desalento de dois recentes seminários a que compareceu em Moscou e Estocolmo, e põe em destaque que “a opinião pública antiamericana na Rússia é mais profunda e ampla do que nunca. ‘Hoje a Sérvia, amanhã a Rússia’ é uma opinião que se enraizou profundamente na consciência das pessoas”. Por fim, conclui o articulista de *O Globo*:

“Nós, no Brasil, não temos de repetir, por enquanto, o temor de Moscou: ‘Hoje a Sérvia; amanhã a Rússia’. Mas não custa pensar no assunto”.

Pensem.

3. E a América Latina?

A experiência nos Bálcãs, no que depender dos Estados Unidos, deve ser levada para o resto do mundo. O primeiro alvo pode ser o nosso Continente.

Senão, vejamos.

Na 29ª Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), encerrada a 9 de junho de 1999, o delegado norte-americano propôs “que um grupo de países, vizinhos ou simplesmente relacionados política e economicamente, pudesse intervir em conflitos internos de outra nação”⁵², sem a necessidade de apelo à Assembléia. Teve o apoio do Brasil.

No mês seguinte, o presidente Clinton, em entrevista coletiva, declarou que a crise colombiana é assunto “de interesse da segurança nacional” dos Estados Unidos⁵³. Todos sabemos quais podem ser as consequências desse entendimento.

A Colômbia está às voltas, há pelo menos três décadas, com uma verdadeira guerra civil – que já produziu mais de um milhão de refugiados (mais que em Kosovo) e só nos últimos dez anos matou cerca de 35 mil pessoas (cerca da metade do seu território encontra-se sob o controle das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia-FARC) – e com a guerra do narcotráfico, o qual, diga-se de passagem, é alimentado pela demanda dos usuários norte-americanos e pela incompetência dos Estados Unidos de controlarem suas próprias fronteiras. Esse complexo de crises já fez com que aquele país se transformasse no terceiro do mundo em ajuda militar norte-americana (logo após Israel e Egito):

“Neste ano, a Colômbia receberá US\$ 289 milhões em ajuda militar dos EUA, e, no ano que vem, a quantia pode subir para US\$ 1 bilhão. Embora o dinheiro só possa ser usado para treinamento e missões de apoio, como vôos de observação, foi assim que os EUA começaram seu envolvimento no Vietname”⁵⁴.

Os colombianos vêm com espanto – mas a opinião pública internacional latino-americana com indiferença – o interesse de Washington em fornecer armas e recursos destinados ao combate à guerrilha, em vez de ajudar a resolver a crise social mais aguda de sua história⁵⁵.

Mas não é tudo. O exército americano tem presença física e ativa em território colombiano, sob o pretexto de ajudar as forças armadas no combate à guerrilha e ao tráfico. Há mais de 300 americanos na Colômbia, entre soldados (200) e agentes do DEA (órgão de combate às drogas) e da CIA. São ‘assessores’ treinando mil colombianos de um batalhão que deve entrar em operação em dezembro, para enfrentar os guerrilheiros. Em setembro, o governo de Pastrana receberá mais seis helicópteros de combate para proteger os aviões que jogam desfolhantes. O avião norte-americano que caiu na selva estava equipado para vigiar a guerrilha⁵⁶. Também foi assim que tudo começou no Vietname. Aliás, por razões fáceis de compreender, os Estados Unidos unem, no mesmo processo, a guerrilha esquerdista das FARC e o narcotráfico, identificado como financiador daquela⁵⁷. Ninguém fala em combater os paramilitares de direita e extrema direita.

E a imprensa faz a sua parte. A brasileira *Veja*, ainda presa à retórica da guerra fria, diz que a situação da Colômbia é de ‘emergência’ em face do ‘agravamento da guerra civil e do envolvimento da guerrilha comunista (*sic*) com o narcotráfico’⁵⁸. O boletim do Pentágono não escreveria melhor. Segundo o jornal argentino *La Nación*, o sempre dócil governo Méнем (que acaba de ver recusada sua ridícula autocracia por Washington) teria sido instado por Washington a assumir a iniciativa de propor a criação de uma força conjunta de intervenção, à qual os EUA depois se juntariam⁵⁹. Argumentos não faltariam para essa nova ‘intervenção humanitária’: a guerra civil, o narcotráfico e a ameaça de incursões da guerrilha nos territórios de fronteira, o que, aliás, já vem

sendo preventivamente manipulado pelas imprensas locais. Ressalvada a gravidade colombiana, que a transforma em um caso especial, também estão em crise, seja por força do narcotráfico, seja pela sobrevivência da guerrilha, o Peru e a Bolívia. O Equador, há anos, transita de uma crise econômica para outra. Essa conjunção de fatores constitui o pano de fundo daquele que pode ser o cenário de maior apreensão: uma *nova* Venezuela de futuro imperscrutável, governada por um líder populista de raízes militares que mantém o apoio quase consensual de sua população, com um discurso nacionalista, desenvolvimentista e até aqui em nada comprometido com os interesses políticos, econômicos e ideológicos da nova ordem mundial.

Não precisamos falar de Cuba.

Mas esse é só um dos ingredientes que podem transformar nosso Continente num explosivo caldeirão social.

Nem mesmo os néscios ignoram o preço social que nossos países estão pagando à 'globalização'. O fundamentalismo dos que acreditam na magia do mercado tem sido a causa da derrocada de nossos mercados, do aumento da concentração de renda, da queda do PIB, e do aumento da recessão, do desemprego e da exclusão e da queda geral da qualidade de vida. O PIB da América Latina deverá cair, em 1999, entre -0,5% e -1,5%. Na Argentina, essa queda será de -3%, no Equador de -5%, no Chile de -2,3%, no Uruguai de -0,5%, na Colômbia de -1%, no Brasil de -1% a -1,5% e na Venezuela de -6%⁶⁰. Alguns países apresentarão taxas de desemprego de 15%. Em compensação, o comércio internacional dos Estados Unidos só é superavitário com a América Latina. Há 10 anos, vendiam-nos 25 bilhões de dólares por ano; hoje, essa cifra saltou para 90 bilhões, informa a CEPAL. Com isso os Estados Unidos ganharam 650 mil empregos.

A crise econômica aumenta as desigualdades sociais, colocadas hoje em patamares obscenos. Nesse campeonato, o Brasil mantém a liderança: o país registrou uma queda

no percentual de renda total em mãos dos 40% mais pobres de 11,5% em 1993 para 10,5% em 1996, enquanto os 10% mais ricos da população viram sua fatia de renda aumentar de 43% para 44,3%⁶¹. Numa população estimada de 160 milhões de seres, somos 15% de analfabetos, 35% com menos de quatro anos de educação, 36% de infectados por parasitas. Em compensação, os bancos privados brasileiros tiveram, no primeiro semestre de 1999, a melhor rentabilidade da história: 35,35%, duas vezes mais que a média do setor (15%), que já se destaca como uma das maiores do mundo. Com base no estudo de 15 bancos, a consultoria Austin Assis conclui que a rentabilidade dessas instituições saltou de R\$ 194,5 milhões no primeiro semestre de 1998 para R\$ 2,560 bilhões neste ano, o que equivale a um crescimento de 1.216% no intervalo de um ano! O que representa, principalmente, uma brutal transferência de renda da população para os bancos, que, aliás, não pagam imposto, segundo declarou à Câmara dos Deputados (CPI do Sistema Financeiro) o Secretário da Receita Federal. O outro lado dessa moeda perversa é inevitável: aumento das ocupações de propriedades, bloqueio de estradas, greves e *lock-outs*, desabastecimento, aumento da violência urbana, conflito social, que pode-se manifestar por meio do ressurgimento de ações guerrilheiras e revolucionárias, e na retomada do tradicional autoritarismo latino-americano. Em qualquer hipótese, requer muita ingenuidade apostar, nesse quadro, na segurança das instituições políticas democráticas.

As informações disponíveis indicam que a diplomacia brasileira não estaria disposta a aprovar a idéia da intervenção militar, conjunta ou não, na Colômbia. Nosso governo teria consciência de que essa operação seria uma porta aberta para outras intervenções, notadamente nas regiões limítrofes da Amazônia, por onde o Brasil tem fronteiras com o Peru, a Colômbia, a Venezuela e também com a Bolívia.

Sabe-se que nossas Forças Armadas, justificadamente preocupadas com a integridade da Amazônia brasileira, jamais veriam com bons olhos a presença de tropas estrangeiras na região, mesmo tratando-se do exército norte-americano.

Sabe-se, igualmente – dá conta o noticiário da imprensa –, que Brasil e Estados Unidos já discutem uma ação conjunta de ‘cerco a guerrilheiros’ e uma ação militar brasileira. Foi esse o tema da conversa entre o general Charles Whilhelm, chefe do Comando Sul das Forças Armadas, e o Ministro da Defesa do Brasil, Elcio Alvares⁶² em agosto de 1999. Enquanto espera a data certa para a ‘operação militar’, a Polícia Federal brasileira foi acionada para desencadear uma “operação destinada a fechar as rotas de abastecimento de alimentos para as regiões da Colômbia controladas pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc). A operação faz parte da estratégia americana de cerco à área controlada pelos guerrilheiros que foi desmilitarizada pelo governo colombiano em novembro de 1998 para viabilizar as negociações de paz”. A ‘operação’ coincidiu com a presença, em Brasília, do Chefe do Escritório de Controle de Drogas da Casa Branca, Barry MacCaffrey, que se encontrou com o Chefe da Casa Militar da Presidência da República, general Alberto Cardoso⁶³...

Não se sabe, porém, qual é a política do maior país da América do Sul e da América Latina para a América do Sul e a América Latina. Não se sabe, mesmo, se existe uma tal política. Como não se sabe qual é sua política para a África e a lusofonia. Em matéria de política exterior, sabe-se, apenas, que o Brasil pleiteia um assento (talvez rotativo) no Conselho de Segurança da ONU. Para fazer o que, não se sabe. Para defender que programa, que idéias, que política, não se sabe.

Até aqui, temos sido incapazes de produzir uma política externa que não seja puramente reativa. Fora o curto período das administrações Jânio Quadros/João

Goulart (ministros Afonso Arinos e San Thiago Dantas) e Geisel (ministro Azeredo da Silveira), nossa política internacional tem-se caracterizado, principalmente a partir da II Guerra Mundial, pelo alinhamento automático aos interesses norte-americanos, nada obstante o notável contencioso econômico resultante das barreiras americanas às exportações brasileiras. Em abono à renúncia à vida independente, nem mesmo difusos interesses de uma geopolítica comum podem hoje ser alegados, em face do fim da guerra fria e da total irrisão da ‘ameaça’ comunista. Nesses termos, portanto, nada impediria o país de procurar uma agenda própria, consolidando sua liderança no Continente, ocupando na África o espaço que sua história nos oferece e procurando novos parceiros internacionais, como, por exemplo, a Índia, a China⁶⁴ e a Rússia.

Enfim, ocupar um espaço próprio, adequando à sua importância territorial, à sua economia, à sua história, e contribuir – por exemplo ao lado da China, da Índia, do Japão e de uma Rússia livre de seus atuais dirigentes – para a recuperação da multipolaridade, fundamental para nosso desenvolvimento e mesmo para a sobrevivência da humanidade.

Mas isso seria querer demais de nossas elites, pois significaria a busca de caminhos próprios. E a história das elites brasileiras é a permanente traição aos interesses nacionais, o total descompromisso com a construção da nacionalidade, ou com a defesa dos interesses de seu povo.

Não se trata de propor para nossos povos um quixotesco enfrentamento da ‘globalização’ em condições de absoluta desigualdade de forças, mas, tão-só, de fortalecer o país e a nacionalidade para fazer face aos desafios dessa forma moderna de imperialismo.

A resistência passa pela liderança de nossos povos, da unificação da América Latina em torno de seus interesses, da associação com outros continentes e povos.

Separados e isolados até por imposição da geopolítica colonizadora, precisamos encetar o processo do mútuo conhecimento, assim descobrindo que temos mais unidade do que diversidade, mais aproximações do que divergência e que, respeitando nossas culturas e nossos projetos, de cada povo e de cada país, podemos construir o projeto do desenvolvimento comum.

Mas tudo isso passa, antes de mais nada, por alterações na correlação de forças políticas no interior de nossos países.

Com vistas à nossa integração, o MERCOSUL pode ser um primeiro passo, aglutinando, de princípio, os interesses dos países do cone-Sul. Nesse sentido, trata-se de projeto que precisa ser estimulado e preservado, nada obstante suas limitações. Não podemos nos iludir quanto à sua fragilidade, reflexo das limitações dos países-membros. Simples acordo de mercado ou aduaneiro, o MERCOSUL pode-se transformar num grande instrumento tanto de integração econômica quanto de integração cultural e política, fortalecendo nossos países no diálogo com outros blocos e com o Norte, sobretudo com a União Européia e mesmo na resistência à ALCA (Área de Livre Comércio das Américas). Uma das últimas e mais graves ameaças à sobrevivência de nossos países, ela representará, na prática, a absorção, pela economia e pela política dos Estados Unidos, da política, da economia, da autonomia e da soberania de nossos países. A ALCA, uma vez efetivada, incorporará os territórios dos 33 países das Américas⁶⁵ (12% do PIB da região) ao território dos Estados Unidos (88% do PIB), absorvendo, com os territórios, a economia, a política, a autonomia, a independência e a cultura dos nossos países, que também terão renunciado ao direito à soberania e à história própria, como observa Samuel Pinheiro Guimarães:

“As decisões de política econômica tomadas por autoridades americanas nos Estados Unidos passariam a ter influência decisiva sobre o pro-

gresso e o bem-estar dos brasileiros e sobre a possibilidade de ter o Brasil políticas econômicas próprias, voltadas para seus interesses”⁶⁶.

A adesão brasileira à ALCA – que deve começar a funcionar a partir de 2005, segundo compromissos do atual governo brasileiro⁶⁷ – pode representar nosso suicídio coletivo. Seria a modernidade ‘pós’-Kosovo.

A nova ordem mundial derivada do fim da guerra fria coloca para os nossos povos uma questão irrecusável: os Estados Unidos e sua política econômico-militar (onde começa uma e termina a outra?) dirigida pelo interesse e pelo oportunismo – jamais por uma teoria de valores –, sem mesmo atender a questões concretas de segurança, interesse nacional ou fins estratégicos claramente definidos, e levada a cabo com truculência e arrogância, continuarão a dirigir o mundo? Ou, é possível enxergar no horizonte de nossas existências qualquer sorte de resistência, pelo menos intelectual e moral?

A utopia é a recuperação do direito de construir nosso próprio destino, em que pese a nova ordem mundial.

Notas

¹ Em 2 de agosto de 1990, o exército iraquiano invadiu o Kuwait, de onde, semanas seguintes, foi expulso por tropas de 26 países lideradas pelos Estados Unidos. Um cessar-fogo foi firmado em 1991, e a ONU decidiu ditar uma série de embargos, com o objetivo de assegurar-se do desarmamento do Iraque; os Estados Unidos estabeleceram, dentro do País, para proteção das minorias curdas, uma zona de exclusão (sobre a qual o Iraque deixa de ter soberania) e outros embargos, econômicos e políticos. A ‘violação’, pela força aérea iraquiana, do espaço aéreo correspondente a esse território tem justificado os bombardeios norte-americanos e ingleses. Passados dez anos, o conflito perdura. Os embargos políticos e econômicos estão destruindo o país e levando seu povo à miséria, mas o ditador Saddam Hussein permanece no poder, aparentemente inabalável; nada obstante os esforços norte-americanos visando à sua destruição, seja por meio dos bombardeios e de sabotagens, via CIA, seja mesmo mediante o apoio à oposição iraquiana.

Assim, mediante o 'Iraq Liberation Act', de 31 de outubro de 1998, Washington abriu um crédito de 97 milhões de dólares para apoiar a oposição a Saddam. Até aqui os efeitos não se fizeram visíveis. Sobre o tema, *Le Monde Diplomatique* elaborou um dossiê ('Cahier Iraq'), que está disponível em seu sítio <http://www.monde-diplomatique.fr/cahier/irak>.

² O papel da imprensa, instrumento da guerra – a guerra mediática em que objetivos militares se confundem com seus efeitos nos meios de comunicação de massa, na qual a imprensa é um instrumento de ação com objetivos em nada diversos dos bombardeiros e das bombas –, está a exigir um ensaio à parte, o que extrapolaria os limites deste texto. Da imprensa brasileira – em face do distanciamento geográfico e da inexistência de interesses envolvendo as economias brasileira e iugoslava – poder-se-ia esperar um mínimo de não-passionalismo. Mas não foi o que se viu. Ao leitor brasileiro foi transmitido um noticiário de segunda mão e unilateral, fornecido por uma das partes em conflito. Jamais a imprensa brasileira procurou conhecer um eventual outro lado da história. Quando enviou seus próprios repórteres, foi para reforçar a visão unilateral da guerra. Que Hollywood sirva ao Pentágono e a CNN atenda ao Departamento de Estado norte-americano, até que se entende. Mas o que a imprensa brasileira tem com isso? Sua subserviência chega a pô-la em distonia com Brasília, cuja posição foi sempre, ainda que exageradamente tímida, de condenação da guerra como meio de solução dos conflitos políticos.

³ BURDIEU, Pierre. *Contre-feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*. Libération-Raisons d'Agir. Paris. 1998.

⁴ SANTOS, Milton. Geógrafo, professor emérito da USP. In 'Guerra dos lugares'. FSP. 8.8.1999.

⁵ A crítica de Gore Vidal à 'democracia representativa' norte-americana pode ser aplicada a todas as democracias ocidentais. Depois de assinalar, como fato triste, que em seu país não exista mais política (o que seria uma das fontes da 'política' de guerra), observa: "(...) Nós não possuímos uma democracia representativa. Quem foi eleito para o Congresso não representa a Califórnia ou a Virgínia Ocidental, senão a General Motors ou a Boing. Todo mundo sabe disso, e as pessoas se acostumaram com essa situação. (...) Nós, americanos, temos de defender o nosso Bill of Rights ou já quase o perdemos. Um homem que durante vinte anos fez comerciais para a *General Electric* se tornou um dia presidente dos Estados Unidos e fez no seu novo emprego aquilo que melhor podia – comerciais para a *General Motors*. Estou-me referindo a Ronald Reagan. Os apresentadores talvez sejam trocados, mas o comercial para a empresa permanece o mesmo. Richard Nixon não foi imbecil quando disse que os EUA não precisavam de

nenhum governo para a política interna. Naturalmente precisariam urgente de uma, mesmo quando não sob o seu ponto de vista. O país se auto gera. Nixon queria dizer com isso que as empresas do país conduziam os negócios do país. E neste negócio não se trata de outra coisa que não de dinheiro. O presidente só é necessário para a política externa. Um demagogo experto poderia demonstrar essa *cosa nostra* das empresas. (...) Ele (Clinton) é apenas um empregado. Os presidentes não interessam. Eles podem fazer algumas besteiras na política externa, como agora em Kosovo, mas não na política interna. O presidente americano pode ser porventura importante para os sérvios, mas não o é para os americanos. A América dos conglomerados emprega seus advogados, que tratam de seus interesses no Congresso e no governo. Para isso eles são bem pagos; os donativos para as campanhas eleitorais fazem mais do que o necessário". VIDAL, Gore. Em entrevista a WINKLER, no *Sueddeutsche Zeitung*, edição de 2-3 de junho de 1999 (Tradução de Susana de Castro Amaral).

⁶ Escreve FRIEDMAN, Thomas, articulista do *The New York Times Magazine*, no artigo 'Manifesto para o mundo veloz' traduzido pelo *O Estado de São Paulo* e publicado na edição de 29-5-99: "O sistema da 'globalização' encontra-se erguido em torno de três elementos de equilíbrio que se sobrepõem e exercem influência entre si. É o tradicional equilíbrio entre Estados e Estados. O seguinte é o equilíbrio entre Estados e supermercados – os gigantes mercados globais de títulos e ações. Os Estados Unidos podem destruir você jogando bombas e os supermercados podem destruir você desvalorizando os seus títulos".

⁷ Cf. *O Globo* de 5-9-99: "67 das 70 maiores audiências do Brasil são da (TV) Globo".

⁸ Os mercados nacionais cedem lugar aos blocos regionais (CEE, NAFTA, MERCOSUL, ALCA etc.), que, por seu turno, tendem à unificação; em nosso Continente, a última pá de cal será a absorção do MERCOSUL pela ALCA, projeto ostensivo da 'diplomacia' norte-americana. Retomamos essa temática em nossas considerações finais: 3. E a América Latina?

⁹ "A desapareição da URSS originou 15 novos Estados, com graus variados de soberania efetiva mas dotados de representação internacional própria, forças armadas e sistemas de leis particulares. A criação da CEI não foi capaz de evitar a deflagração de guerras abertas em repúblicas ex-soviéticas. Os conflitos latentes entre povos, etnias e nacionalidades que compunham o Estado soviético degeneraram em conflitos militares e uma instabilidade estrutural se instalou na periferia da Comunidade e na região báltica". MAGNOLI, Demétrio. *Questões internacionais*

contemporâneas. Fundação Alexandre Gusmão. Brasília. 1995. P. 84.

¹⁰ Escreve FARAH, Paulo Daniel 'Os Bálcãs – Qual será a próxima guerra?' in *Folha de São Paulo*, 20-6-99: 'O Ocidente viu o desmantelo da ex-Iugoslávia como uma vitória sobre o comunismo' (mas) 'a ofensiva neoliberal contra os antigos Estados comunistas produziu desordens na Europa que causaram o ressurgimento de comportamentos semelhantes aos dos nazistas'.

¹¹ O acordo de Dayton, "ao mesmo tempo que impôs uma paz armada, coroou a lógica da limpeza étnica e a separação entre os povos criando três entidades nacionais (de um lado, com metade do território, as entidades croata e muçulmana reunidas em uma federação; com a outra metade, uma entidade sérvia). Em cada um dos territórios, os membros das demais etnias foram deslocados, impondo assim a lógica da separação, que era atribuída aos sérvios e cuja negação, supostamente, justificava toda ação dos aliados dos Estados Unidos. Os acordos implicaram a renúncia sérvia a certos territórios. Eles, que tinham chegado a dominar 70% da Bósnia, ficaram com cerca de 50%. Os sérvios perderam terras, mas o acordo tornou vencedora a lógica da imposição de uma separação entre os povos". SERVA, Leão. In 'Bálcãs: onde as tragédias da História se repetem (Nesta guerra, a primeira vítima é o leitor)'. *Política Externa*. Vol. 8. N.1- junho- 1999. p-14.

¹² Idem. P 3-15. Recomendamos sua leitura principalmente para aquele leitor que desejar uma indispensável contextualização da crise e do conflito dos Bálcãs.

¹³ "Como se poderia ter evitado a tragédia, já que se tratava de fragmentar a Iugoslávia? Como os 600 mil sérvios que viviam na Croácia poderiam viver a divisão senão como uma tragédia que levaria à guerra e aos massacres?". Peter Handke, em entrevista ao *Libération*, FSP, 4 de abril de 1997, isto é, dois anos antes da invasão 'humanitária'.

¹⁴ Cf. MARTINS, José Miguel Q., in 'Nem a guerra nem a paz', *apud Conjuntura política*, Boletim de análise do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG, n. 7-maio/1999, p. 33-36.

¹⁵ SAID, Edward W., 'La trahision de los intelectuales'. In *Le Monde Diplomatique*, août, 1999. P. 6-7.

¹⁶ MAGNOLI, Demétrio. Ob. cit. . p-122-3.

¹⁷ Cf. FSP, 26-6-1999.

¹⁸ Trata-se da Cimeira de 23 de abril pp. realizada em comemoração dos 50 anos do Tratado. Nessa reunião, a cúpula da OTAN decidiu, além de manter os ataques à Iugoslávia, adotar medidas complementares como 'aplicação intensificada de sanções econômicas e um embargo de produtos petrolíferos'. *Jornal do Brasil*, 24 de abril de 1999.

¹⁹ "Intervenção é a nova estratégia", Oppenheimer, W., in *Jornal do Brasil*, *idem*.

²⁰ FRIEDMAN. *Idem*.

²¹ *Idem Idem*.

²² Só para lembrar: trata-se de uma das Antilhas, um Estado independente com 344 km² e 110 mil habitantes. Foi invadido pelos Estados Unidos (administração Reagan) em 1983 porque tinha um governo sob forte influencia cubana, evidenciada pela construção, em sua capital (São Jorge), de uma pista de aviões, que, podendo servir a um aeroporto internacional, também poderia servir de base para uma agressão ao território norte-americano... A pista ou o aeroporto eram construídos por engenheiros ou técnicos cubanos.

²³ Só para lembrar: Estado independente da América Central, situado na parte oriental da ilha do Haiti, com 48.400 km² e 7.500.000 de habitantes; em 1983, foi invadido por tropas norte-americanas e de outros países da OEA, inclusive o Brasil (sob ditadura militar), para impedir a posse do Presidente eleito, J. Bosch, de esquerda.

²⁴ Citado pelo *Jornal do Brasil* de 1º- 3- 99.

²⁵ A íntegra do discurso pode ser encontrada na *Internet*, no seguinte endereço: CNN.com/Custom-News. O autor agradece a colaboração de Pedro Amaral.

²⁶ Samuel Pinheiro Guimarães, diretor do Instituto de Pesquisas em Relações Internacionais do Itamarati, em entrevista ao *Jornal do Brasil*, 25-07-99. Este texto já estava concluído quando nos chegou às mãos seu livro *Quinhentos anos de periferia*. A Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Contraponto. 1999. O livro em si, ademais de seus extraordinários méritos, tem duas características bem brasileiras: editado por uma Universidade, sofre uma comercialização amadora, não se encontra nas livrarias; de outra parte, vem merecendo significativo silêncio dos diplomatas brasileiros que, no entanto, e justificadamente, não se cansam nas loas a livro de antigo chefe do Departamento de Estado Norte-Americano; a edição brasileira conta, até, com declarações ('comerciais') do Ministro do Exterior brasileiro em anúncios de página inteira no *Jornal do Brasil* de 22-08-99.

²⁷ Cit. *Idem*.

²⁸ Diz o artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*".

²⁹ A Carta da ONU proíbe a ameaça ou uso da força, a não ser que o Conselho de Segurança o tenha autorizado expressamente, depois de concluir que os meios pacíficos fracassaram, ou em defesa própria contra "agressão armada", até que o Conselho de Segurança atue.

³⁰ *Jornal do Brasil*, 19-6-99. "Nossos soberanos atacam do ar pessoas inocentes. Isto é tão ruim quanto tudo o que Milosevic faz. Milosevic, ao

menos, menosprezava as pessoas que mata, enquanto nós nem ao menos as conhecemos”. VIDAL, Gore. Cit. Idem.

³¹ A dúvida se coloca mesmo para as autoridades americanas, como revela recente artigo do ex-presidente Jimmy Carter (*New York Times*, 27.5.99), no qual o antigo líder do Partido Democrata, de Clinton, após afirmar que a decisão de atacar toda a Iugoslávia tornara-se contraproducente, e a destruição da vida civil ‘sem sentido e brutal’, escreve: “Não estou certo de que nosso país concorde em destruir vidas civis de um país inteiro para tentar forçar um líder recalcitrante, que é um criminoso de guerra, a obedecer aos nossos desejos”.

³² Defenestrado do poder quando não mais servia ao regime da unipotência, o ditador encontra-se intocado e conduz um governo fantoche formado por ex-auxiliares por ele mesmo indicados.

³³ CHOMSKY, Noam. “Lei, direitos humanos e as lições da história”. *Jornal do Brasil*, 25-4-99.

³⁴ Idem.

³⁵ Cf. RAMONET, Ignacio. ‘Nouvel ordre global’. *Le Monde Diplomatique*, juin 1999 p. 4.

³⁶ A Rússia tem laços históricos, culturais e cristãos ortodoxos com a Sérvia, à qual vende armas e petróleo desde o fim da Segunda Guerra. Foi sua aliada na Primeira e Segunda guerras mundiais.

³⁷ Cf. William Pfaf. ‘What Good is NATO if America Intends to Go Alone?’. In *International Herald Tribune*. 20-1-1999.

³⁸ José Meireles Passos, ‘A caminho da guerra do futuro’ (*O Globo*), fazendo um resumo dos avanços do Pentágono na direção da guerra tecnológica, observa que “A tendência é que os combates se tornem mais parecidos com um *video game*, uma espécie de guerra virtual, só que, na prática, devastadora. Em vez de produzir munição sólida, pesada, convencional, biológica, química ou nuclear, opta-se pelo cultivo de vírus de computador, da fabricação das chamadas bombas lógicas e das bombas eletromagnéticas”. Acrescenta: “Já na Guerra do Golfo Pérsico, em janeiro de 1991, os EUA utilizaram uma dessas novas armas, na época ainda em estágio inicial: em vez de explosivos, os mísseis cruzadores Tomahawk levavam ogivas eletromagnéticas para destruir os sistemas eletrônicos do Iraque”.

³⁹ “Entre as coisas mais espertas que a direita norte-americana poderia fazer está a revogação, depois da guerra do Vietname, da obrigatoriedade do serviço militar. Com a obrigatoriedade do serviço militar não seria possível uma tal campanha (Kosovo). Eles possuem mãos e pais ricos e poderosos que diriam: meu filho não irá voar sobre Kosovo para vocês, seus idiotas! Por isso, o exército americano recruta soldados entre os pobres, negros e brancos na mesma medida. Esse exército assalariado é bem pago. Uma cláusula importante no

contrato de serviço, entretanto, diz: não queremos nenhum ferido e morto”. VIDAL, Gore. idem.

⁴⁰ “A região que hoje chamamos Kosovo é chamada de Velha Sérvia pelos sérvios, que a reivindicam por ser a terra de seus ancestrais, porque ali eles estavam no começo de sua história conhecida (antes, ágrafos, migraram para a região em torno do século VI d.C. expulsando outros moradores) e ali perderam a batalha para os turcos otomanos e foram expulsos, tornando-se os que ficaram uma minoria em sua terra natal. A seu modo de ver, ‘vencer os turcos’ é retomar Kosovo, desfazer o que os otomanos fizeram. A mesma região é reivindicada pelos albaneses porque há muito são eles que fazem a maioria de seus habitantes, pelo menos desde que a derrota dos sérvios forçou a migração para o Norte e a hegemonia turca permitiu a chegada dos albaneses. Para um leitor brasileiro, cuja totalidade da história escrita se mede em meio milênio, essas histórias podem parecer sem sentido. Para povos cujas árvores genealógicas muitas vezes remontam a mil anos, a memória do passado está escrita na história pessoal de cada um”. SERVA, Leão. Idem. p-7.

⁴¹ HAQ, Farhab., “EUA agem contra tribunal internacional”. *Jornal do Brasil*. 9-6-99.

⁴² Idem.

⁴³ CHOMSKY, Noam. Ob. Cit.

⁴⁴ O preceito ‘não matarás’ não deriva de um critério gravado por natureza no coração dos homens, como pretendiam os jusnaturalistas, mas do imperativo categórico (Kant), pois, se eu matar e quiser, para me absolver a mim mesmo, transformar essa máxima em princípio, convertendo o assassinato em princípio universal, todos matariam, e, portanto, todos morreriam. Ouso sugerir duas leituras: ‘Guerra santa ou guerra justa?’ e ‘Segundas considerações éticas (ou: Cada história tem o Ricardo que merece)’, in HOUAISS, Antônio & AMARAL, Roberto. *Socialismo, vida morte, ressurreição* (2ª ed.) Editora Vozes. Petrópolis, 1993.

⁴⁵ Relembre-se: a Iugoslávia, até o fim da guerra fria, isto é, antes de ser despedaçada, como a maioria dos Estados do antigo Leste-europeu (como a URSS e a Tchecoslováquia), era uma República Socialista Federativa, formada por seis repúblicas: Bósnia-Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Sérvia (que incluía as províncias de Voivodina e Kosovo-Metohija) e Eslovênia. Compreendia um território de 255.805 km² e uma população de 23.239.000 habitantes. Após a *débâcle*, a Iugoslávia, o mais aberto dos países do Leste, passou a reunir apenas a Sérvia (com as províncias de Voivodina e Kosovo) e Montenegro, reduzida a um território de 102.200 km² e a uma população de 10.500.000 habitantes. As guerras que se seguiram à partição da antiga Federação (Eslovênia, Croácia e Bósnia) mataram 250 mil pessoas e provocaram a fuga de um milhão de refugiados.

⁴⁶ SERVA, Leão... p-8.

⁴⁷ Cf. RAMONET, Ignácio. *La Tyrannie de la communication*. Galilée. Paris. 1999. p. 148.

⁴⁸ A idéia desse eixo (ao qual se somariam, inevitavelmente, o mundo islâmico e outras potências) teria sido lançada por Primakov, ex-primeiro-ministro russo, em dezembro p.p. A proposta foi retomada a 11 de maio p.p., pelo embaixador da China na Índia, anunciando haver chegado a hora de os “três gigantes asiáticos se juntarem para velar por sua segurança mútua num universo unipolar”. Cf. CARLOS, Newton. “Choque de civilizações?” in *Jornal do Brasil*, 24-5-99.

⁴⁹ Notícia o *Jornal do Brasil*, edição de 9-6-99: “A importância da criação de um sistema de defesa da América do Sul foi levantada no seminário ‘Diálogo para o Milênio’, promovido ontem no Rio pelo Itamarati”.

⁵⁰ “Desde o colapso econômico da Rússia, em agosto, pesquisas mostram que uma parcela considerável da população culpa os EUA pelas falhas do país (...). Muitos russos acham que os EUA – apesar de sua ajuda econômica e assessoria, ou talvez por causa disso – têm uma política determinada de rebaixá-los e enfraquecê-los”. HOLMES, Charles W. ‘Jogo russo movido por patriotismo e mágoa’, in *O Globo*, 20-6-99.

⁵¹ ‘Além de Kosovo’ in *O Globo*. 11-6-99.

⁵² Cf. *Jornal do Brasil*, ed. 11-6-99.

⁵³ Cf. CASTRO, Moacir Werneck de. ‘A porta aberta’, in *Jornal do Brasil*, 27 de julho de 1999.

⁵⁴ SEKLES, Flávia. ‘A guerra americana na Colômbia’. *Jornal do Brasil*, 1º de agosto de 1999.

⁵⁵ Cf. GARZÓN, Luis. Presidente da Central Unitária dos Trabalhadores, CUT (Social-democrata). ‘Intervenção dos EUA pode oficializar guerra civil’. *Diário de Pernambuco*. 7-8-99.

⁵⁶ *Veja*. Ano 32, edição 1.610, 11 de agosto de 1999. ‘A sombra do Vietnã’. p. 52-53.

⁵⁷ “Antes de partir para a Colômbia, o gal. Barry McCaffrey, chefe da luta contra o narcotráfico nos EUA, disse, em Milão, que os EUA não diferenciam mais o combate ao narcotráfico do combate à guerrilha. Na visão americana, as FARC são financiadas por uma extensa rede de narcotráfico”. *O GLOBO*, 27 de julho de 1999. V., igualmente, SEKLES, Flávia. *Idem*.

⁵⁸ *Veja*. *Idem*.

⁵⁹ SEKLES, Flávia. *Idem*.

⁶⁰ “Instabilidade mostra sua cara. América Latina revive tensão social com protestos e ameaças de estado de exceção”. *O Globo*, 1º de agosto de 1999.

⁶¹ *Idem*.

⁶² ‘EUA e Brasil discutem cerco a guerrilheiros’. *O Globo*. 18-08-99.

⁶³ ‘Brasil cortará rotas para a Colômbia’. *Jornal do Brasil*. 20-08-99.

⁶⁴ Observa Samuel Pinheiro Guimarães que “A China tem experimentado extraordinário crescimento de produção e das exportações de uma maneira independente, sem se submeter à política das agências internacionais. A China, após resolver a questão da unidade de seu território, com a reintegração de Taiwan, deverá desempenhar, em conjunto com o Japão, outra economia heterodoxa, papel extraordinário internacional, o qual poderá recuperar sua multipolaridade, o que é fundamental para o Brasil”. *Idem*.

⁶⁵ Todos, menos Cuba.

⁶⁶ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *id. Idem*.

⁶⁷ Cf. ROSSI, Celso. ‘EUA cobram ‘plena atenção’ à Alca’. *FSP*, 21 de julho de 1999.