

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO/DEZEMBRO 2000 • BRASÍLIA • ANO 37 • Nº 148



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

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 148

outubro/dezembro – 2000

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@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Anderson de Figueiredo Matias, Renata  
Filgueira Costa

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Valmir Fernando Batista

REVISÃO DE PROVAS: Daniela Pereira Rodrigues, Maria de Jesus Pimentel, Rejane Ribeiro  
de Oliveira, Teliana Maria L. Bezerra

EDITORACÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida Silva

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 37 · nº 148 · outubro/dezembro · 2000

- André Eduardo da Silva Fernandes e Nélio Lacerda Wanderlei A questão da guerra fiscal: uma breve resenha 5
- Marli Aparecida da Silva Siqueira e Bruno Luiz Weiler Siqueira Tabeliães e oficiais de registros: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal 21
- Meiriane Nunes Amaro O processo de reformulação da Previdência Social brasileira 49
- Jorge Miranda O sistema judiciário português 77
- Cláudio Brandão Teorias da conduta no direito penal 89
- Sálvio de Figueiredo Teixeira Lopes da Costa e o processo civil brasileiro 97
- Dilvanir José da Costa O sistema da locação predial no Brasil 113
- Ana Maria D'Ávila Lopes Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo 127
- Edilson Pereira Nobre Júnior O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores 141
- Carlos Roberto M. Pellegrino Concepção jurídica de *povo* (Estado do *povo* ou o *povo* do Estado?) 167
- Carlos Alberto Bittar Filho A apropriação do solo no Brasil colonial e monárquico: uma perspectiva histórico-jurídica 177
- Vladimir da Rocha França Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke 183
- Roberto Amaral Imprensa e controle da opinião pública (informação e representação popular no mundo globalizado) 197
- Alexandre de Moraes Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural 219
- Valerio de Oliveira Mazzuoli Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro 231

Guilherme Wagner Ribeiro	Os paradigmas constitucionais, o princípio da igualdade e o direito à educação 251
Plínio Lacerda Martins	Cobrança de honorários advocatícios extrajudicial – cláusula abusiva – Código do Consumidor 259
Fabíola Santos Albuquerque	O meio ambiente como objeto de direito no Mercosul 265
Alexandre Santos de Aragão	O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito 275

### *Resenha Legislativa*

*(artigos de contribuição do corpo de Consultores do Senado Federal)*

Luiz Carlos Romero	A regulamentação da publicidade de produtos de tabaco pelo Legislativo Federal 303
--------------------	--

OS CONCEITOS EMITIDOS EM ARTIGOS DE COLABORAÇÃO SÃO DE RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.

#### ERRATA:

Na Revista de Informação Legislativa n. 147, página 283, artigo “Código de Trânsito Brasileiro: alterações, normas complementares e matéria legislativa em tramitação”, pedimos corrigir a autoria do texto para ROBERT QUINTÃO DE OLIVEIRA e WILSON PEREIRA RAMOS, da equipe do Serviço de Apoio Técnico da Consultoria Legislativa. A autoria do referido artigo também deve ser alterada no sumário da Revista. Esclarecemos que a Sra. Lília M. de Alcântara e França foi responsável pela apresentação do artigo.

# A questão da guerra fiscal: uma breve resenha

André Eduardo da Silva Fernandes e  
Nélio Lacerda Wanderlei

## Sumário

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Dinâmica da guerra fiscal. 4. Histórico. 4.1. Primeiro período: 1965-1975 – convênios regionais. 4.2. Segundo período: 1975-1988 – convênios nacionais. 4.3. Terceiro período: 1988-2000 – descentralização tributária e enfraquecimento do Governo Central. 5. Conseqüências. 5.1. Queda de receita. 5.1.1. A evolução do ICM/ICMS no período 1980-1996. 5.2. A evolução do ICMS nas regiões Sudeste e Sul. 5.3. Conclusões a respeito do desempenho da arrecadação dos estados das regiões Sul e Sudeste. 5.4. Perdas resultantes da guerra fiscal. 6. Propostas.

## *1. Introdução*

A imprensa brasileira registra atualmente uma infinidade de exemplos de ações tomadas por governantes no sentido de atraírem empresas para seus estados. As recentes notícias a respeito de uma montadora de veículos saindo de São Paulo para se instalar na Bahia, bem como indústrias de calçados transferindo-se do Rio Grande do Sul para se instalarem no Ceará são apenas dois exemplos atuais da assim chamada “Guerra Fiscal”.

Entretanto, para se analisar essas ações, deve-se ver o problema sob uma perspectiva mais ampla, verificando-se os resultados, não só de curto prazo, mas tentando-se antever as conseqüências de longo prazo. É importante, também, verificar os efeitos do problema, não só sob a ótica dos estados envolvidos, mas também sob a perspectiva

André Eduardo da Silva Fernandes é Mestre em Economia e Consultor Legislativo no Senado Federal.

Nélio Lacerda Wanderlei é MBA na University of Strathclyde/Glasgow e Auditor Tributário do Distrito Federal.

de toda a Federação brasileira, entendida esta em todo o seu significado político, ou seja, como um grupamento coordenado de entes jurídicos.

É nesse contexto mais amplo que este artigo procura sumariar as principais abordagens sobre a “Guerra Fiscal” no Brasil durante os últimos 30 anos. Inicialmente, faz-se a conceitualização do fenômeno, seguindo-se sua descrição dinâmica, bem como um relato cronológico da “Guerra Fiscal”, uma avaliação dos seus principais efeitos e, por último, uma síntese das principais propostas de solução. Como anexo ao texto, apresenta-se a análise de um caso específico e paradigmático sobre os efeitos da “Guerra Fiscal”, qual seja a recente instalação da Renault Automóveis no Estado do Paraná.

## 2. Conceito

O fenômeno da “Guerra Fiscal” trata-se, em termos econômicos, da disputa fiscal no contexto federativo, ou seja, refere-se à intensificação de práticas concorrenciais extremas e não-cooperativas entre os entes da Federação, no que diz respeito à gestão de suas políticas industriais. Assim, manipular as alíquotas de determinados tributos torna-se o elemento fundamental das políticas relacionadas à atração de empresas.

É nesse contexto que a maioria dos autores procura definir o problema, em que são realçados, por um lado, as características conflituosas e desordenadas do fenômeno (ação unilateral, desrespeito à ordem jurídica, etc.) e, por outro lado, o viés perverso e negativo dos seus resultados para toda a sociedade (diminuição de receita, déficit fiscal, etc.).

Simonsen (1994, p. 571) refere-se a “Guerra das Isenções” como os conflitos de natureza tributária existentes entre os estados, objetivando a atração de indústrias, a partir da concessão de isenções no imposto interestadual sobre o consumo, ICM. Já Varsano (1996, p. 2) define “Guerra Fiscal” como uma situação de conflito na Federação em

que, ao arrepio da Lei Complementar nº 24, de 1975, os estados utilizam-se de isenções e outros incentivos relacionados ao ICMS (seu principal tributo e atualmente o maior tributo consolidado do Brasil) como instrumentos ativos de suas políticas de atração de indústrias.

Dessa forma, o estado que ganha impõe, na maioria dos casos, uma perda a algum ou alguns dos demais, na medida em que a “guerra” não se trata de um jogo de soma positiva (isto é, a transferência de investimento resulta necessariamente em perda de receita e empregos para alguém) e, assim, a Federação, que é uma relação de cooperação entre as unidades de governo, é enfraquecida.

Entretanto, Cavalcanti & Prado (1998, p. 7) apresentam uma definição mais ampla em que é realçado o papel regulador do Governo Central. Dentro dessa perspectiva,

“a ‘Guerra Fiscal’ é um caso de uma classe geral de fenômenos que emergem quando iniciativas políticas dos Governos subnacionais adquirem conotações negativas e geram efeitos econômicos perversos em decorrência do caráter insuficiente ou conjunturalmente inoperante do quadro político-institucional que regula os conflitos federativos, o qual se revela incapaz de garantir um equilíbrio mínimo entre interesses locais de forma a evitar efeitos macroeconômicos e sociais perversos”.

## 3. Dinâmica da Guerra Fiscal

Varsano (1998, p. 12) apresenta uma descrição bastante ilustrativa dos incentivos econômicos vinculados ao processo de “Guerra Fiscal”. Estendendo-se tal processo ao seu limite, com a generalização dos benefícios fiscais, todos os estados tenderiam a conceder incentivos semelhantes e, destarte, estes perderiam seu poder de estímulo e transformar-se-iam em meras renúncias de arrecadação.

De um lado, em face da redução generalizada do peso da tributação, as empresas passariam a escolher sua localização somente em função das condições de mercado e de produção, que incluiriam a qualidade da infra-estrutura e dos serviços públicos oferecidos. De outro, com o aumento das renúncias fiscais, os estados de menor poder financeiro perderiam a capacidade de prover os serviços e a infra-estrutura de que as empresas necessitam para produzir e escoar a produção.

No longo prazo, portanto, as batalhas da “Guerra Fiscal” passam a ser vencidas somente pelos estados mais desenvolvidos, que têm maior poder financeiro, sendo, por isso, capazes de suportar o ônus das renúncias e, ainda assim, assegurar razoável qualidade dos serviços públicos.

Do ponto de vista de um estado – a despeito de a “Guerra Fiscal” do ICMS ser prejudicial à nação e ainda que seu desfecho seja o relatado acima –, há ganhos a serem obtidos *enquanto a situação limite não for atingida*, pois a atração de uma empresa, mesmo que não gere receita tributária adicional, aumenta o número de empregos e assim aumenta a renda agregada do estado em particular, o que gera um efeito tipo círculo virtuoso, o qual poder-se-á reverter em aumento futuro conjuntural de receita para o estado.

Assim, sob a ótica estadual, é justificável que um governo se dedique a atrair empresas a partir da chamada “Guerra Fiscal”. Depreende-se, portanto, que, no processo de “Guerra Fiscal”, os estímulos econômicos que pautam o comportamento de cada um dos governos estaduais provocam ações cujo resultado é indesejável para o País. Se todos os estados parassem de conceder incentivos, todos ganhariam; mas se um estado se abstivesse de tal política e os demais continuassem a praticá-la, esse perderia. Isso equivaleria a uma situação que na Teoria dos Jogos é classificada como “dilema do prisioneiro” (Varian, p. 261).

#### 4. Histórico

Os conflitos tributários entre os estados datam de desde a instalação da República, no começo do século passado. De fato, são inerentes a formas federativas em que não se definem claramente os direitos e os deveres dos diversos entes da federação.

Tendo em vista esses antecedentes, e objetivando centrar a discussão somente na análise histórica da “Guerra Fiscal” no contexto do ICM/ICMS, é que Cavalcanti & Prado (1998, p. 74) propuseram a seguinte divisão de períodos: o primeiro, de 1965 até 1975, que abrange a criação do ICM, após a reforma tributária de 1965/66, até a instituição do CONFAZ em 1975; o segundo, que se estende até a ampliação da competência tributária dos estados com a criação do ICMS, com a edição da Constituição de 1988; e o terceiro, que compreende o recente período de acirramento da “Guerra Fiscal”, a partir da concessão desordenada e predatória de incentivos entre os estados.

##### 4.1. Primeiro período: 1965-1975 – convênios regionais

Esse período inicia-se com o Governo Central promovendo a reforma tributária de 1965/1966, a qual tinha como principais objetivos: a centralização das receitas, a promoção de uma melhor distribuição equitativa da renda inter-regional e o fim do elevado nível de conflitos fiscais entre os estados.

Assim, juntamente com a criação do Imposto estadual sobre a Comercialização de Mercadorias – ICM, o Governo Central acabou com a competência dos estados de instituir e aumentar as alíquotas dos impostos, estabelecendo que caberia somente ao Senado Federal a incumbência de estabelecer as alíquotas internas e interestaduais do imposto estadual.

No biênio 1966-1967, com a edição do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 1966) e do Ato Complementar nº 34, de 1967, tem início uma certa liberalização da restrição imposta aos estados de estabelecerem



benefícios ligados ao ICM. Esse novo padrão de regulação consistia na flexibilização da proibição dos estados de estabelecerem as alíquotas internas do imposto, pois permitia que os estados de uma mesma região geoeconômica, a partir da celebração de convênios regionais, estabelecessem alíquotas regionais uniformes, lista de bens de “primeira necessidade” isentos do ICM e políticas comuns de benefícios fiscais.

Nos anos de 1968 a 1974, conforme observou Oliveira (1997, p. 4), a edição sucessiva e desordenada de convênios regionais, instituindo medidas de protecionismo tributário, acabou gerando um efeito cascata, pois essas medidas, ao afetarem os interesses econômicos dos outros estados não-abrangidos, acabaram provocando o surgimento de medidas idênticas em outras regiões do país.

Assim, analisando esse período inicial que marcou a criação do ICM, Cavalcanti & Prado (1998, p. 80) concluem que os esforços do Governo Central de reduzir a liberdade tributária dos estados foram infrutíferos, já que desde os primeiros momentos de criação do novo imposto foram observadas diversas ações dos estados, coligados por meio de regiões, utilizando-se da concessão de incentivos fiscais com o objetivo de atrair investimentos privados para suas regiões.

#### *4.2. Segundo período: 1975-1988 – convênios nacionais*

Pressionado pelas disputas inter-regionais, o Governo Federal decide intervir nesse mecanismo incipiente de concessão de incentivos. Em primeiro lugar, a partir da Lei Complementar nº 24, de 1975, foi criado o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que alterou a forma da reunião entre os estados, instituindo uma reunião nacional, em que todos os estados têm voto igualitário e direito a veto em qualquer matéria, cabendo à União o papel de mediador entre as disputas estaduais.

Cabia, assim, ao CONFAZ a celebração de convênios para a concessão ou revoga-

ção de benefícios fiscais do ICM em todo o território nacional. Simultaneamente, foi aumentado o poder impositivo dos convênios, na medida em que foram criadas sanções para os estados que descumprissem as decisões do CONFAZ. Em segundo lugar, o Governo Central passou a usar a sua competência constitucional, cumulativa com os estados, de instituir benefícios fiscais em relação ao ICM, objetivando direcionar as políticas de incentivos fiscais no sentido de reduzir os desequilíbrios regionais, tudo isso compatível com a lógica macroeconômica do II PND (período Geisel).

Dessa forma, com a criação do CONFAZ, o Governo Central consegue reduzir a liberdade em matéria tributária dos estados e, em consequência, reduzir a competição desordenada para atração de investimentos privados.

Por outro lado, durante os anos seguintes, os estados premidos pela necessidade de elevar suas receitas próprias decidem, no âmbito do CONFAZ, eliminar desonerações setoriais de interesse da política macroeconômica da União e, com isso, forçam o Governo Central a assumir o ônus de alguns dos benefícios concedidos. Além disso, o Governo Federal se vê obrigado a flexibilizar a restrição tributária imposta aos estados, garantindo-lhes algum ganho de receita.

Posteriormente, a explosão inflacionária, provocada pela crise econômica dos anos 80, fez com que fossem reduzidos drasticamente os investimentos do setor privado, juntamente com os benefícios fiscais concedidos. A estagnação econômica e as incertezas quanto aos rumos do País inibiram, por si, o crescimento desenfreado dos incentivos fiscais.

#### *4.3. Terceiro período: 1988-2000 – descentralização tributária e enfraquecimento do Governo Central*

De acordo com Piancastelli & Perobelli (1996, p. 8), a reforma constitucional de 1988 veio consolidar o processo de descentralização em curso desde o final da década de

70 e ampliar a autonomia financeira e tributária dos governos subnacionais.

Essas mudanças promoveram significativa alteração na ordem federativa brasileira. No caso do ICM, a sua base de incidência foi ampliada com a incorporação dos impostos únicos sobre combustíveis e minerais e com a incidência sobre determinados serviços como energia elétrica, transportes aéreos/terrestres e telecomunicações, passando o imposto a denominar-se ICMS.

Desse modo, os estados conquistaram o direito de fixar as alíquotas internas e o Senado Federal, por sua vez, conservou a atribuição de determinar os valores máximos e mínimos das alíquotas interestaduais do ICMS. Em termos gerais, a estrutura de alíquotas do ICMS pode ser resumida da seguinte forma esquemática:

- 17% para transações internas, no nível do estado, para bens de consumo final;
- 12% para transações interestaduais, excetuando-se as realizadas do Sul e Sudeste (excluindo o Espírito Santo) para o Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo, as quais são tributadas com a alíquota de 7%;
- 13% nas exportações;
- alíquota zero para as importações de insumos agrícolas tais como fertilizantes, inseticidas e sementes;
- isenções para vegetais, frutas, implementos agrícolas para o Nordeste e alguns estados da região Norte e para produtos agrícolas de exportação (sucos de frutas, frutas frescas, carnes não-congeladas, etc.);
- regime especial de tributação para a Zona Franca de Manaus, o que inclui a isenção do ICMS na compra dos insumos, provenientes de outras unidades da federação e destinados a industrialização em Manaus;
- isenção parcial ou total do ICMS para as micro e pequenas empresas, dependendo do nível de faturamento anual;

- alíquota de 7% nas operações de comercialização interna dos produtos da cesta básica.

Piancastelli & Perobelli (1996, p. 9) destacam ainda que a reforma constitucional de 1988 estabeleceu mudanças no pacto federativo, as quais acarretaram maior autonomia tributária acompanhada de significativo aumento nas receitas dos estados, seja pela ampliação da base tributável do ICMS, seja pelo aumento na participação da receita tributária da União (via Fundo de Participação dos Estados).

Tal fato induziu o processo de indisciplina fiscal dos estados e incrementou as iniciativas de disputas entre os mesmos para atração de investimentos e geração de empregos.

O fim do período hiperinflacionário, com o advento do Plano Real, trouxe duas características básicas:

1<sup>a</sup>) reduziu-se fortemente a receita financeira, explicitando a necessidade de recursos reais por parte dos estados;

2<sup>a</sup>) a retomada do investimento privado vislumbrou a possibilidade de se atrair determinadas empresas.

Essas duas características determinaram a inauguração de um forte período de concorrência entre os estados.

Com o acirramento das disputas, gerando perdas tanto para os estados como para as empresas não-contempladas com benefícios fiscais, o Governo Federal, em meados de 1996, edita a Lei Complementar nº 87 (“Lei Kandir”), introduzindo importantes alterações nas características econômicas do ICMS. De acordo com Varsano (1997, p. 1), foram três as principais alterações: primeira, foi a de aproximar o ICMS de um imposto sobre o valor adicionado (IVA) ao estabelecer, para os contribuintes industriais, que todas as aquisições de insumos geraram crédito do imposto na operação de saída do produto; segunda, aproximou o ICMS, que era um IVA tipo produto bruto, a um IVA tipo consumo, ao permitir que as empresas se creditem do imposto pago sobre a aquisição

ção de bens de capital; terceira e mais importante, ao desonerar as exportações de produtos primários e industrializados semi-elaborados, assegurando, também, o aproveitamento do crédito relativo a compra de insumos, que o exportador vier acumular, o Governo Federal adotou o princípio do destino no comércio exterior.

Segundo Varsano (1997, p. 1), o referido Projeto de Lei também pretendia acabar com a “Guerra Fiscal”, aprimorando os ineficazes mecanismos de sanção constantes da Lei complementar nº 24, de 1975. Entretanto, devido a resistência de alguns estados, que não queriam abrir mão da utilização de incentivos e benefícios fiscais ligados ao ICMS (como instrumento de suas políticas industriais de desenvolvimento e para poder viabilizar a aprovação das importantes mudanças citadas acima, que seriam introduzidas com a “Lei Kandir”), o Presidente da República vetou os artigos da lei que proibiriam a “Guerra Fiscal”.

Nos últimos anos, com a vigência da “Lei Kandir” sem os dispositivos que proibiram a “Guerra Fiscal”, o que se observa, segundo diversas matérias publicadas na mídia do país (*Folha de São Paulo, O Estado de São Paulo, Gazeta Mercantil*), é o recrudescimento das disputas entre os estados, imperando o protecionismo e o *dumping*, com as disputas envolvendo inclusive contramedidas judiciais, que acabam gerando pleitos no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, essa exacerbação das disputas projeta ao menos um efeito positivo, qual seja o de envolver a sociedade organizada e os políticos num novo processo de reforma tributária, cujas principais propostas já se encontram em discussão no Congresso Nacional desde 1995.

## 5. Conseqüências

Segundo Serra & Afonso (1999, p. 17), a conseqüência da “Guerra Fiscal” entre os estados, mediante a manipulação do ICMS e a concessão de benefícios disfarçados na

forma de empréstimos subsidiados e até participações acionárias, dá-se em duas áreas.

A primeira está relacionada ao aumento do déficit público da Federação, pois, ao diminuir a receita estadual como um todo (esse raciocínio parte do princípio que a “Guerra Fiscal” é um jogo em que o ganho de um estado se dá necessariamente por meio da perda dos demais), isso faz com que o déficit estadual consolidado seja incrementado, o que, por sua vez, devido ao grande peso relativo dos déficits estaduais em relação ao déficit global da Federação, faz com que o déficit público no total aumente.

A segunda conseqüência dá-se na concentração regional da economia, na medida em que os estados mais desenvolvidos, do ponto de vista econômico, têm óbvias vantagens, como na localização do mercado consumidor e a melhor infra-estrutura econômica e social, em relação aos menos desenvolvidos.

### 5.1. Queda de receita

#### 5.1.1. A evolução do ICM/ICMS no período 1980-1996

Como ressaltam Cavalcanti & Prado (1998, p. 62 a 64), os efeitos da “Guerra Fiscal” sobre a arrecadação do ICM/ICMS ocorrem em dois momentos. O primeiro, no curto prazo (que é melhor observado a partir dos anos 90), é a perda de arrecadação sofrida pelos estados, cujas empresas vêm migrando em busca de maiores benefícios fiscais. Esse seria o caso apenas do Estado de São Paulo, já que os outros estados, de uma maneira geral, sempre concederam algum tipo de benefício ou não possuíam parque industrial importante.

O segundo é o efeito de médio prazo que a concessão ampliada de incentivos pode ter no sentido de deprimir a elasticidade da renda tributária dos estados que os concedem, ou seja, o aumento da atividade econômica gerada pela vinda das novas indústrias não é acompanhado, devido aos incentivos fiscais, proporcionalmente pelo aumento na receita tributária.

Passando-se à análise dos Quadros I, II e III (ICMS – Evolução Real, Taxa de Crescimento e Relação c/ PIB 1980-96), podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- A partir de 1988, devido ao alargamento da base tributária do ICM para o ICMS, a arrecadação total do ICM-ICMS teria sido ampliada em 15-25% da receita total (Carga Fiscal Brasileira).

- ICM/ICMS teve um crescimento, no período de 1980-1996, positivo, passando de 5% do PIB, início dos anos 80, para o patamar de 7,5% do PIB a partir de 1995.

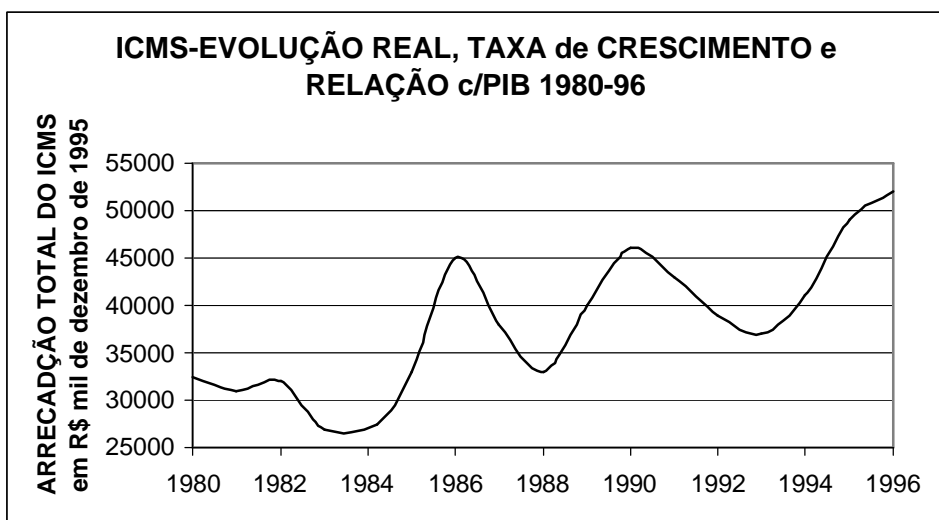
- No período 1980-1985, a receita dos estados tem um desempenho medíocre, ou seja, sobe muito pouco, acumulando em 5 anos apenas 15% de crescimento, o que deixa sua participação em relação ao PIB constante.

- No triênio 1984-86, a receita do ICM/ICMS tem um crescimento explosivo de 49,7%, já que o PIB cresceu 20,7% e o PIB industrial 26,3%, sobretudo no ano de 1986.

- No período 1987-1993, ocorreu o efeito da ampliação da base tributária do imposto, que, conforme estimam De Paula & Bonini (1992), foi da ordem de 20%. Se retirarmos esse efeito dos resultados de arrecadação do período, chega-se a conclusão que ocorreria um estagnação na arrecadação do período 1987-1992, sugerindo que, se não fosse a reforma tributária de 1988, a *performance* do ICMS nesse período teria sido sofrível. A culminância desse processo de queda parece ser o ano de 1993, em que, mesmo com o PIB crescendo à taxa de 7%, a receita sofre uma contração.

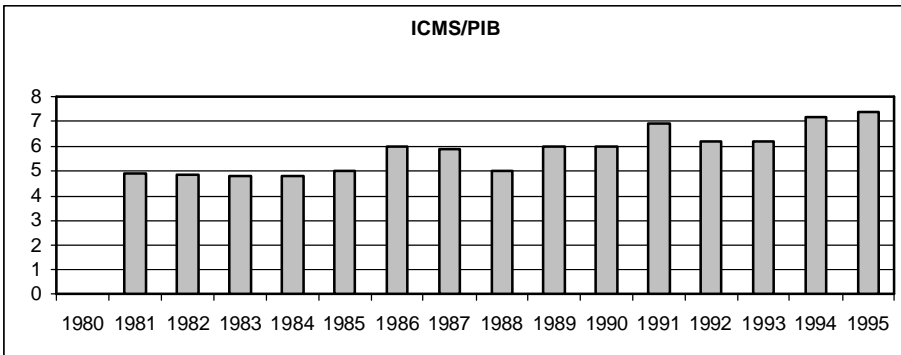
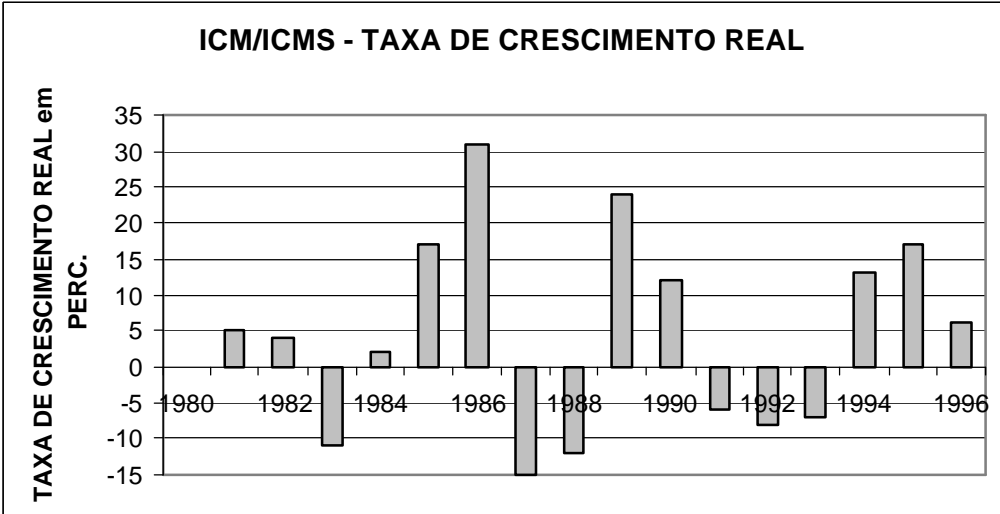
- A partir de 1994, com a estabilização da economia, que diminui a perda devida ao “efeito” OLIVERA-TANZI, conforme descrito em Agénor & Montiel (1996, p. 116), conjugada com a base tributária elevada pela Constituição de 1988, consolidam-se as taxas de crescimento positivas, com a arrecadação total do ICMS atingindo o patamar de 7% do PIB.

Quadro I



## Quadros II e III

FONTES: BANCO CENTRAL – *Boletim Mensal*, vários números. Deflacionado pelo IGP-DI, apud CAVALCANTI & PRADO (1998, p.64).



### 5.2. A evolução do ICMS nas regiões Sudeste e Sul

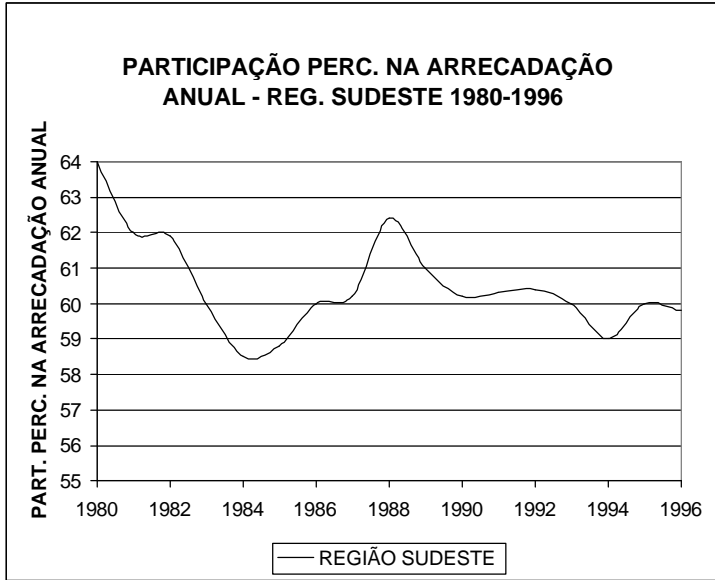
Tendo em vista a constatação de fatores ligados à participação relativa das regiões na receita global, em que as regiões Sul e Sudeste representam 62,5% do total, e, também, da dependência das regiões menos desenvolvidas das transferências federais (regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste chegam a receber de 35 a 40% de suas receitas na forma de transferências compulsórias da

União), Cavalcanti & Prado (1998, p. 67 e 68) propuseram limitar a análise dos efeitos da “Guerra Fiscal” sobre a evolução do ICMS somente para as regiões Sul e Sudeste.

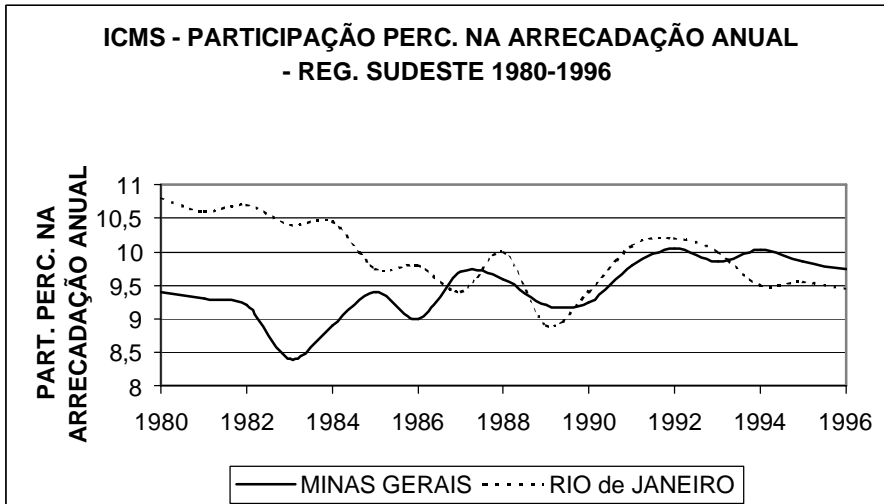
Pela análise dos Quadros IV e V (ICMS – Participação Perc. na Arrecadação Anual – Região Sudeste 1980 – 1996) podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- Entre 1980 e 1983, devido ao período recessivo, os três principais estados da região Sudeste reduzem suas participações na arrecadação total.

Quadro IV



Quadro V



• Entre 1983 e 1988, o Estado do Rio, devido à desindustrialização de sua economia, experimenta um processo de declínio em sua arrecadação, atingindo seu pior nível de participação em 1988; no entanto, essa tendência não

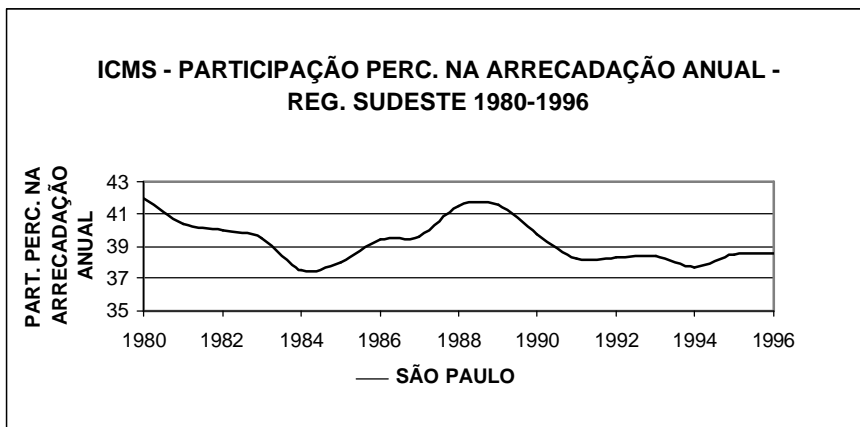
ocorreu com os outros principais estados da região, pois o Estado de Minas, com sua política baseada em programas de desenvolvimento regional, iniciados na década de 70, apresenta uma recuperação lenta mas contínua do nível de

participação, fazendo com que sua arrecadação se equipare à do Rio no final da década. Já São Paulo, ajudado pela criação do ICMS, recupera plenamente os níveis de participação na arrecadação observados no início da década.

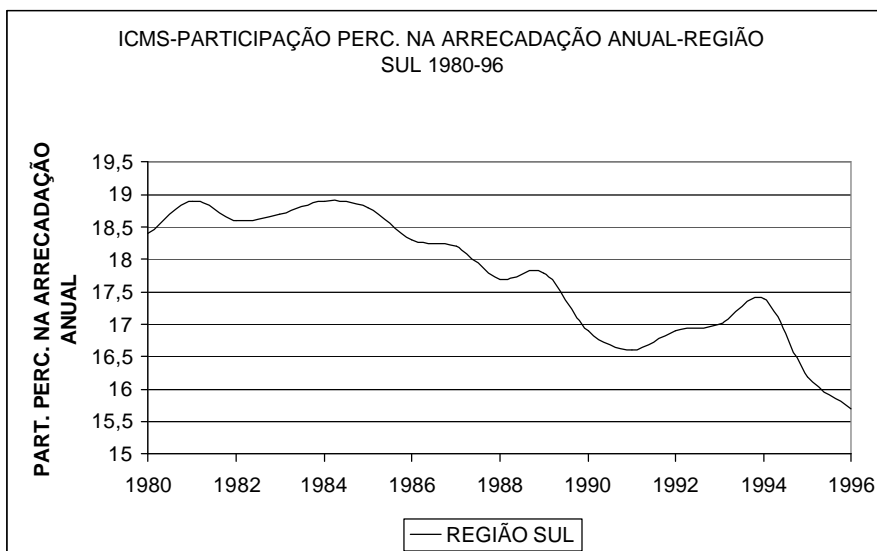
- Entre 1988 e 1996, define-se uma queda muito clara da participação de São Paulo na receita total, que cai de

42,5% em 1988 para 37,5% em 1993; essa queda foi impulsionada pela forte retração do PIB industrial, que caiu 14% entre 1990/92, o que parece comprovar a saída de empresas para os estados vizinhos. Em direção oposta, Minas e Rio mostram uma pequena tendência de crescimento marginal de 1 a 2%, respectivamente.

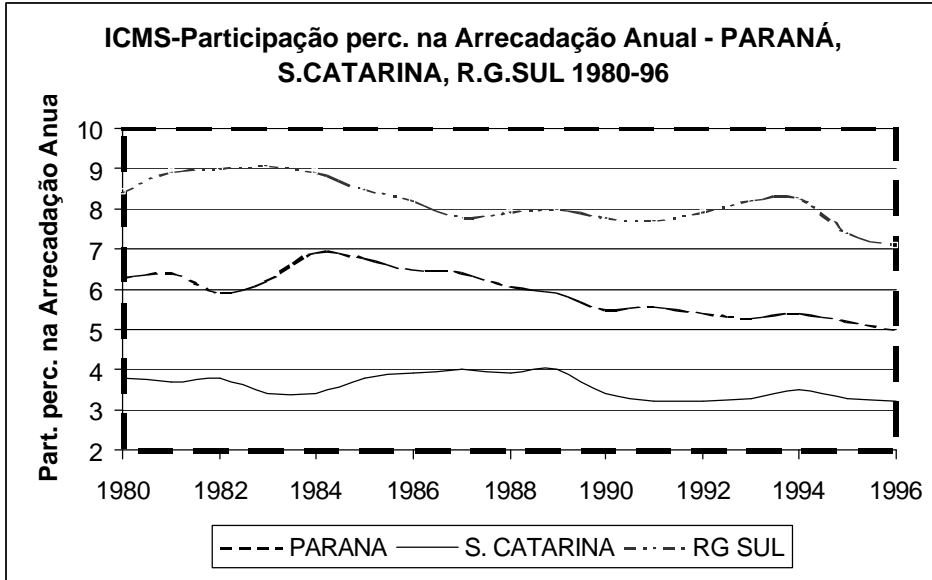
Quadro VI



Quadro VII



### Quadro VIII



FONTE: BANCO CENTRAL – *Boletim Mensal*, vários números. Deflacionado pelo IGP-DI, apud CAVALCANTI & PRADO (1998, p.72).

A tendência declinante da participação da região Sul na arrecadação do ICMS é apresentada nos Quadros VII e VIII (ICMS – Participação Perc. na Arrecadação Anual – Região Sul 1980 – 1996), donde pode-se observar o que segue:

- O Estado de Santa Catarina, por ser o menos industrializado da região, preservou sua arrecadação, enquanto os Estados do Rio Grande do Sul e Paraná sofreram com a queda de 3% a 1,5%, respectivamente. Mais uma vez, a queda pode ser explicada pela desconcentração industrial, ocorrida principalmente no triênio 1993/96.

#### *5.3. Conclusões a respeito do desempenho da arrecadação dos estados das regiões Sul e Sudeste*

Cavalcanti & Prado (1998, p. 72) correlacionam a evolução da receita dos estados das regiões Sul e Sudeste, propondo dois

tipos de impactos da “Guerra Fiscal” sobre a arrecadação estadual: o de curto prazo – cujo impacto é sempre negativo –, conforme observado, principalmente, pela queda da receita dos Estados do Rio Grande do Sul e Paraná durante o triênio de 1993-1996, e Rio de Janeiro nos anos de 83/88. E o de longo prazo, que pode ser positivo, como no caso de Minas Gerais, que experimentou crescimento de sua receita nos anos de 1983 a 1996, devido a concessão de benefícios ocorridos na década de 70 (instalação da FIAT em Betim), ou negativos, dependendo do sucesso obtido na expansão da produção, promovida pelos projetos incentivados.

Esse parece ser o caso dos estados da região Sul, pois além de terem de enfrentar o impacto de curto prazo da concentração dos benefícios, na continuidade dessas políticas de concessão de incentivos, podem acarretar maiores necessidades de financiamento pelo Governo Central.



De uma maneira geral, enfatizam os autores, para o conjunto dos estados, a redução, ainda que temporária, da elasticidade de renda do ICMS contrai a base principal de financiamento agregado dos encargos financeiros que esses Governos vêm assumindo crescentemente.

### 5.5. Perdas resultantes da guerra fiscal

Segundo Varsano (1998, p. 11 e 12), além da perda de receita mencionada acima, existem alguns outros efeitos prejudiciais, conforme discriminados a seguir:

- aumenta o nível de conflitos intra-Federação, prejudicando as políticas nacionais e legítimas de desenvolvimento industrial e desconcentração de produção;
- em direção oposta, a realocação de empresas a partir de incentivo fiscal local e desordenado produz ineficiência alocativa, acarretando maiores custos para a produção, tais como transporte, treinamento de mão-de-obra, etc.;
- esse procedimento resulta, de maneira geral, na troca de arrecadação dos impostos, que em última instância é um bem público, por lucro adicional para as empresas.

Segundo Piancastelli & Perobelli (1996, p. 28), *uma das conseqüências mais importantes da “Guerra Fiscal” foi a de transmutar o objetivo do ICMS, que passou de tributo encarregado de prover os estados da receita necessária a sua política de gastos públicos, para tornar-se instrumento viesado de política de desenvolvimento industrial e geração de emprego, com seus efeitos negativos sobre as finanças estaduais.*

## 6. Propostas

De uma maneira geral, todos os autores sugerem que a “Guerra Fiscal” é a causadora de conflitos dentro da Federação, devendo ser combatida. Ademais, é enfatizado o caráter ilegal dos benefícios concedidos, na medida em que a grande maioria dessas ações de incentivo são concedidas por meio

de leis ou decretos estaduais e não a partir de convênios nacionais, como determina a Lei Complementar nº 24, de 1975. Contudo, na proposta de soluções os autores adotam duas linhas de ação distintas, a “conservadora” e a “revolucionária”.

Dentro da linha “conservadora”, destacam-se como principais defensores Varsano, Afonso, Rezende e Perobelli. Esses autores defendem que a Federação deva ser fortalecida como agente indutor do desenvolvimento e como corretor dos desequilíbrios regionais. Assim, propõem uma reforma tributária em que os estados percam seu poder de conceder incentivos a partir do imposto sobre o consumo estadual. Isso inclui a transformação do ICMS em um IVA “destino puro” (os produtos serão tributados somente nos estados onde serão consumidos, sendo tributadas a alíquota “zero” as operações interestaduais) e não “híbrido” (como é hoje), o que eliminaria grande parte dos incentivos econômicos que os estados têm para prosseguir com a “Guerra Fiscal”.

Outras medidas sugeridas passam pela criação de dispositivos constitucionais que aumentem o poder de *enforcement* do Governo Central, no caso de algum estado insistir na adoção de medidas ilegais.

Já na linha “revolucionária”, cujos principais defensores são Cavalcanti & Prado (1998, p. 142), os autores afirmam que são restritas as possibilidades de sucesso de qualquer controle que não incorpore, de alguma forma, a cooperação e a adesão de uma parcela significativa dos governos subnacionais.

A recente tentativa frustrada de encerrar com a “Guerra Fiscal”, a partir da “Lei Kandir”, mostrou que, na ausência de um arranjo melhor e diante da possibilidade de perder graus de liberdade nesse tipo de política, os governos estaduais reagirão de forma radical a qualquer tentativa de controle.

Por outro lado, os autores salientam o recente processo de rediscussão institucional pelo qual passa a Federação brasileira, especialmente no tocante à substituição do

Governo Central pelos governos estaduais, no papel de implementador de políticas regionais de desenvolvimento. Da mesma forma, devido aos efeitos da “globalização”, crescem as evidências da fragilização dos estados nacionais, cada vez mais incapazes de operar políticas macroeconômicas com um mínimo de autonomia e, na sua maioria, presos a situações de deterioração fiscal altamente restritivas.

Dentro dessa perspectiva, os autores da linha “revolucionária” sugerem a consolidação de um novo relacionamento entre governos e sociedade, no qual os agentes dinâmicos desse modelo de intervenção estatal seriam provavelmente os poderes políticos regionais. Contudo, os autores reconhecem que os problemas e as especificidades da economia brasileira impõem grandes obstáculos à implementação de um processo de mudanças tão profundas.

Do nosso ponto de vista, *a superação dessas posições somente ocorrerá com a participação do Senado Federal, como instituição representante da Federação, assumindo as funções hoje delegadas ao CONFAZ.*

Assim, vislumbramos uma saída que denominamos de “reformista”, qual seja a de criar uma comissão especial permanente no Senado Federal para tratar somente da concessão ou revogação de benefícios fiscais do ICMS, dessa forma dando maior poder de *enforcement* e legitimidade para as decisões relacionadas à concessão de incentivos regionais no Brasil.

### Bibliografia

- AGÉNOR, Pierre-Richard, MONTIEL, Peter J. *Development Macroeconomics-Princeton University Press*. New Jersey, [s.n.], 1996.
- CAVALCANTI, C.E.G., PRADO, S. *Aspectos da guerra fiscal no Brasil*. Brasília : IPEA/ São Paulo : FUNDAP, 1998.
- DE PAULA, T. B., BONINI, M. R. *Reforma Fiscal: coletânea de estudos técnicos*. [S.l. : s.n.], 1992.
- OLIVEIRA, Fabrício A., DUARTE FILHO, Francisco C. *A política de incentivos fiscais em Minas Gerais*. Belo Horizonte : [s.n.], 1997. 75 p. mi-

meo. Trabalho realizado para o *Projeto Aspectos da Guerra Fiscal no Brasil*. (em Cavalcanti & Prado, 1998, p. 78).

- PIANCATELLI, Marcelo, PEROBELLI, Fernando. *ICMS: evolução recente e guerra fiscal*. Brasília : IPEA, fev. 1996. 53 p. ( Texto para Discussão, n. 402).

REZENDE, Fernando. *O processo de reforma tributária*. Brasília : Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, jan. 1996. 18 p. (Texto para discussão, n. 396).

SERRA, José, AFONSO, José R. R. *Federalismo fiscal à brasileira: Algumas Reflexões*. *Revista do BNDES*. Rio de Janeiro : [s.n.], p. 3-29. v. 12, dez. 1999.

SIMONSEN, M. H. *Reforma fiscal: coletânea de estudos técnicos*. [S.l. : s.n.], 1992. p. 569-573.

VARSAÑO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Brasília : IPEA, jan. 1996. 34 p. ( Texto para discussão, n. 405).

VARSAÑO, Ricardo. *A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde*. Rio de Janeiro : IPEA, jul. 1997. 13 p. ( Texto para discussão, n. 500).

VARIAN, Hal R. *Microeconomic analysis*. 3. ed. New York, W.W. Norton & Company, Inc., 1992.

### Anexo

O presente anexo tem por objetivo apresentar as implicações econômicas e jurídicas do protocolo original firmado entre o Governo do Estado do Paraná e a montadora de automóveis francesa Renault, visando à implantação de fábrica na cidade paranaense de São José dos Pinhais, servindo, destarte, como exemplo das práticas relacionadas à “Guerra Fiscal”.

O protocolo ora em análise constitui-se exemplo de como os governos estaduais têm-se utilizado dos instrumentos de política econômica à sua disposição tendo em vista a atração de investimentos privados, mesmo que para tanto tenham de exaurir as finanças públicas de suas referidas unidades da Federação.

O Protocolo foi formalizado oficialmente em março de 1996 entre o Governo do Estado do Paraná e a montadora Renault, com a participação da Prefeitura de São José dos Pinhais.

A Renault do Brasil realizaria um investimento inicial, correspondente ao seu capital social, no valor de US\$ 700.000 (setecentos mil) dólares. Para tanto, comprometer-se-ia a transferir sua sede no país do Estado de São Paulo para o Estado do Paraná, a fim de implementar a fabricação e a montagem de veículos automotores da marca Renault, a partir de peças fabricadas localmente e/ou importadas; bem como a comercialização, direta ou indireta, dos veículos fabricados localmente e importados, garantindo a prestação de serviços pós-venda, a eles relativos.

Trata-se portanto de um acordo entre o poder público estadual e a iniciativa privada, logo devendo-se submeter aos princípios constitucionais e jurídicos do Brasil.

O Estado do Paraná comprometer-se-ia a dar seu apoio e conceder benefícios financeiros e tributários à Renault do Brasil e às suas subsidiárias. Os benefícios financeiros seriam divididos em benefícios às atividades comerciais e ao investimento.

#### *Benefícios às atividades comerciais*

O órgão implementador para a concessão dos benefícios relativos às atividades comerciais seria o Fundo de Desenvolvimento Econômico (FDE), nos termos da Lei estadual nº 5.515/ 67.

A base para a determinação monetária dos referidos benefícios passa a ser o faturamento, sendo que o financiamento para atividades comerciais constituir-se-á de parcelas mensais a serem creditadas no 25º dia útil de cada mês seguinte àquelas durante o qual as vendas de peças e de veículos tenham sido faturadas à rede Renault do Brasil.

O prazo de financiamento de cada uma das parcelas será de 10 (dez) anos a contar da data da liberação do primeiro empréstimo (ou seja, 10 anos de carência), sendo que cada parcela mensal assim liberada tomará a forma de um empréstimo em reais, pelo prazo de dez anos (ou seja, 10 anos para efetivar o pagamento de cada uma das parcelas), a ser reembolsado em uma única par-

cela, no prazo de 120 meses a contar da data de sua liberação.

Supondo-se que a inflação brasileira nos próximos 10 anos situe-se na faixa de 5% a.a. (permanecendo constante também por todo o período), podemos constatar que cada uma das parcelas de financiamento direto será ressarcida com no máximo 38% do valor original. Assim, em termos reais, para cada R\$ 1.000.000 emprestados, o pagamento a ser feito, nas condições ideais acima supostas, será de R\$ 380.000. Tudo isso sem considerar que, se o Estado investisse em algum outro ativo, a operação com a Renault passaria a ter um custo de oportunidade muito maior.

#### *Benefícios aos investimentos*

Serão concedidos em parcelas mensais no 25º dia útil de cada mês seguinte àquelas da entrega dos respectivos equipamentos e ferramentais à Renault do Brasil, tendo como prazo de 10 (dez) anos a contar da data da liberação do primeiro empréstimo. Cada parcela mensal assim liberada tomará a forma de um empréstimo em reais, pelo prazo de dez anos, a ser reembolsado em uma única parcela, no prazo de 120 meses a contar da data de sua liberação.

#### *Benefícios tributários*

No que tange aos benefícios tributários, observam-se grande número de vantagens relativas à desoneração do diferencial de alíquotas do ICMS devido pela aquisição, nos outros estados da Federação, de bens de capital e ferramentais destinados a integrar o ativo fixo da Renault do Brasil e de quaisquer outras entidades ou estabelecimentos do Grupo Renault com domicílio fiscal no Estado do Paraná.

Compromete-se também o Paraná a examinar conveniência da Renault no CONFAZ, visando tanto a manter os convênios CONFAZ de interesse da montadora, assim como tornar-se parte ativa naquele Conselho de outros benefícios passíveis de serem oferecidos.

Concedeu-se também o diferimento do ICMS devido na aquisição de matérias-primas, peças e/ou componentes importados e/ou adquiridos e utilizados na fabricação e manutenção dos veículos.

Permitiu-se a utilização de 100% dos créditos do ICMS calculados por todos os estabelecimentos da Renault.

#### *Benefícios relativos ao desembaraço aduaneiro e benefícios logísticos*

O Paraná compromete-se a buscar estabelecer o regime de entreposto, bem como criar condições nos portos para facilitar a ação da Renault do Brasil. Além disso, buscará mecanismos de reduzir as formalidades que dificultem a ação da montadora no que diz respeito a importações.

#### *Responsabilidades da Renault*

O Protocolo, ao referir-se às responsabilidades da Renault, estabelece as seguintes obrigações:

- a) transferir a sede social da empresa para o Estado do Paraná;
- b) cumprir o projeto e o plano de desenvolvimento;
- c) respeitar a legislação em vigor ou que vier aplicável em matéria de proteção ambiental;
- d) transferir tecnologia para a filial brasileira;
- e) instituir programas de treinamento de mão-de-obra especializada.

#### *Participação do Estado do Paraná no capital da Renault*

Em se efetivando o aumento de capital da Renault, esta deverá fazer aporte de capital no montante de US\$ 4,05 milhões, sendo que o Governo do Paraná deverá entrar com o aporte de US\$ 2,7 milhões.

Contudo, o aporte de capital a ser realizado pelo Governo do Paraná, além de ser obrigatoriamente em dinheiro, será subscrito na forma de ações preferenciais sem direito a voto.

Além do mais, estabelece-se o compro-

misso do Governo do Estado do Paraná a subscrever todo aumento de capital na razão de 40% até 300 milhões de dólares no prazo limite de sete anos, sendo que, se não adquiridos, pode a Renault adquirir ou designar terceiros de sua escolha.

Compromete-se também o Estado a não utilizar sua participação para constituir qualquer garantia, o que se caracteriza como cláusula altamente restritiva ao poder público, contrariando a tradição do direito nacional.

Fica bem claro no ato que referenda o Protocolo que quaisquer descumprimentos podem vir a causar o descompromisso da Renault do Brasil quanto ao acordo, sem que se preveja nenhum ressarcimento por recursos previamente despendidos com a montadora.

Além do mais, a suspensão de benefícios fiscais ou tributários deverá ser necessariamente compensada financeiramente, ou seja, mesmo que a legislação sofra alterações que porventura independam da ação do Governo do Paraná, será este obrigado a garantir financeiramente a manutenção das condições iniciais.

Compromete-se o Estado a proceder aos ajustes legais necessários para implementar o referido Protocolo, como alteração do RICMS.

Na parte dos incentivos, deve-se destacar também os subsídios a serem concedidos no que diz respeito à redução da tarifa elétrica, um dos principais insumos da produção de veículos.

#### *Custos estimados para o Governo (municipal e estadual)*

- 1) Beneficiamento financeiro a partir de empréstimos: US\$ 1,5 bi\*.
- 2) Renúncia fiscal no comércio: R\$ 400 milhões.
- 3) Impostos outros (ISS, IPTU, impostos de transmissão): R\$ 20 milhões.
- 4) Investimentos em logística e outros (fundamentalmente infra-estrutura): R\$ 50 milhões.

\* Ambiguidade no texto.

- 5) Aporte de capital: R\$ 2,07 milhões.
- 6) Outros (subsídios de energia elétrica e outros): R\$ 20 milhões.
- 7) Possível subscrição de aumento de capital: até R\$ 300 milhões.

# Tabeliães e oficiais de registros: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal

Marli Aparecida da Silva Siqueira e  
Bruno Luiz Weiler Siqueira

## Sumário

Introdução. 1. Evolução histórica dos tabeliães e registradores públicos. 2. Registro Público e a publicidade de ato e fato. 3. Responsabilidade. 3.1. Responsabilidade contratual e extracontratual. 3.2. Responsabilidade civil e penal. 3.3. Responsabilidade subjetiva e objetiva. 4. Serviços públicos delegados. 4.1. Serviços concedidos. 4.2. Serviços permitidos. 4.3. Serviços autorizados. 4.4. Agentes delegados. 5. Serviços notariais e registros em geral: características e princípios. 5.1. A natureza jurídica da responsabilidade dos serviços notariais e de registros. 5.2. Características quanto à obrigação. 5.3. Responsabilidade dos executores dos serviços notariais e de registros. 6. Responsabilidade Civil dos tabeliães e registradores e prepostos. 6.1. Os executores dos serviços delegados. 6.2. Direito do usuário. 6.3. Estatuto notarial e registral. 7. Conclusão.

## Introdução

Registrar expressa o lançamento em livro especial de determinadas ocorrências públicas ou particulares, com o objetivo de atingir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia nos atos jurídicos.

Este estudo sobre *Tabeliães e oficiais de registros*: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal resgata a evolução histórica dos registradores de serviços públicos brasileiros. Define responsabilidade, diferenciando responsabilidade contratual, extracontratual, civil e criminal. Trata dos serviços delegados a particulares pelo Po-

Marli Aparecida da Silva Siqueira é Professora, Advogada e Mestranda em Direito pela UNIC/ENESP.

Bruno Luiz Weiler Siqueira é Juiz do Trabalho da Segunda Vara do Trabalho de Cuiabá/MT – Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, Pós-graduado e Mestrando em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, conveniada à UNESP/SP.

der Público, distinguindo os serviços concedidos, permitidos e autorizados, especificando agentes delegados em face dos seus direitos e deveres.

Analisa os serviços notariais e registrais em geral, em suas características e princípios. Destaca a natureza jurídica dos citados serviços públicos, o liame da causalidade e a responsabilidade dos tabeliães, dos oficiais de registros e seus prepostos.

### *1. Evolução histórica dos tabeliães e registradores públicos*

Desde a Pré-História, tida como fase dos documentos não-escritos, arqueólogos e outros cientistas descobriram registros nas paredes das cavernas (pintura rupestre), onde, numa representação da vida real, misturada com a arte e a religiosidade, os homens expressavam sua vontade, atos e desejo nas atividades realizadas e principalmente nas atividades a serem realizadas como caça, pesca, coleta e defesa.

Para delimitar território, utilizavam-se de marcos naturais como rios, montanhas, depressão e outros, entretanto, deve-se ter em mente o número reduzido e muitas vezes escasso de habitantes em certas localidades.

Com o aparecimento da escrita, dá-se a fase dos documentos denominados escritos, embora permaneçam também os não-escritos. A princípio, a escrita, diferenciada em cada nação, era restrita apenas às pessoas das classes dominantes.

As primeiras sociedades tidas como civilizadas foram os egípcios, mesopotâmicos, fenícios, cretenses, hebreus e outros, os quais utilizavam-se da escrita para registrar sua história e atos jurídicos, sejam nos pergaminhos ou nas paredes dos palácios reais; entretanto, como afirma Gordon Child, um arqueólogo e historiador australiano (1892-1957), “a História escrita constitui um registro irregular e incompleto do que a humanidade realizou, em certas partes do mundo, nos últimos cinco mil anos”. Verifica-se no Brasil, nesse sentido, que quem

consegue registrar a História são os vencedores, em sua maioria, como foi o caso da escravidão. Nenhum escravo, considerado vencido, registrou sua História.

Na hipótese das primeiras sociedades humanas, por exemplo, no Egito as terras pertenciam ao Faraó, tido como Deus vivo, chefe militar, juiz supremo e comandante único do Estado. O Estado egípcio controlava todas as atividades econômicas: regulamentava o comércio, recolhia impostos e taxas, organizava as obras públicas e o trabalho coletivo.

Os escribas egípcios eram os verdadeiros representantes do poder central, pois possuíam o conhecimento da escrita e da contabilidade, registrando as arrecadações, os impostos e as determinações centrais. Eram pessoas de confiança ou parentes do Faraó, vivendo nos palácios reais, registrando todos atos de conquistas, derrotas, colheitas, déficits públicos, número de escravos, compras e vendas externas ou acordos políticos com povos vizinhos.

Na Mesopotâmia, o controle político era desempenhado pelo chefe religioso denominado *Patesi*, o qual mantinha grupos de sacerdotes para auxiliá-lo na administração da cidade. A propriedade da maioria das terras era dos templos e do Estado, que as aluga aos reideiros, os quais pagavam em moedas; aos colonos, em mercadorias, e aos funcionários públicos, que pagavam em serviços.

Surge posteriormente o Código de Hamurabi, o primeiro código escrito para regular as relações sociais, econômicas e políticas de acordo com as classes sociais. Até o advento desse Código, existiam leis em cada comunidade ou nação, porém eram orais ou escritas esparsamente e não agrupadas num código.

Observa-se que os funcionários públicos, nesses períodos das primeiras civilizações, eram pessoas particulares (não existiam testes ou concursos), que prestavam serviço aos Estados e seus Governantes, geralmente eram parentes ou pessoas de confiança dos dirigentes, sendo nomeados para cargos e

funções conforme os critérios de seus governantes, e os registradores dos atos Executivos, Judiciários, Legislativos e Administrativos em gerais, não eram diferentes dos demais funcionários públicos.

Os *tabeliães* têm sua origem na sociedade romana, exercendo suas funções em caráter privado, encarregados de formular as escrituras e outras atividades até a oficialização pelos imperadores Arcádio e Honório.

Na Roma Antiga, havia: *a) o tabulariuns*, que era o servidor público responsável pela escrita e contabilidade nas administrações provinciais e municipais, além de guardar os arquivos comunais, os quais serviam na concretização de atos jurídicos, dando-lhes autenticidade; *b) o notarius*, de nota, encarregado dos registros por escrito de todos os atos de um processo, com a meta de levá-lo a julgamento, possibilitando conhecimento aos interessados nas resoluções ou decisões tomadas.

Segundo Moacyr Amaral Santos, no direito brasileiro, de herança portuguesa e canônica, serventuários públicos, investidos de fé pública, que têm por função precípua lavrar atos e contratos em livros de notas, conferindo-lhes autenticidade, chamam-se também *notários*, denominação de origem canônica, usada por franceses e italianos<sup>1</sup>.

Para compreender a evolução histórica dos Registros Públicos e Tabeliães no Brasil, faz-se necessário reportarmos-nos ao início da posse das terras brasileiras pelos portugueses.

Com a queda dos lucros do grande comércio europeu com as Índias, no que se refere às especiarias, dá-se a expansão marítima em busca de novos produtos, mercados consumidores e novas terras.

Conhece-se, pela História, o Tratado de Tordesilhas, firmado em 1494 em Tordesilhas (Espanha) para registrar e publicar mundialmente o ato jurídico e o acordo político entre Portugal e Espanha sobre as novas terras descobertas e as que viessem a descobrir.

Mais tarde, Pedro Álvares Cabral, encarregado pelo Rei português, vem às novas

terras descobertas, segundo documento firmado anteriormente, tomar posse delas em nome do Rei lusitano e traz consigo *Pero Vaz de Caminha, o escrivão*, a quem cabia todos os registros diários de fatos ocorridos dentro ou fora das caravelas.

Posteriormente, toda essa documentação pública portuguesa, feita pelo escrivão designado, é enviada ao soberano. Esse relato de Pero Vaz de Caminha, por ser o primeiro documento sobre as terras brasileiras, é tido como “Certidão de Nascimento do Brasil”.

Observa-se que Caminha foi o tabelião oficial da Coroa Lusitana e registrador dos nomes da nova terra: Monte Pascoal; Terra de Vera Cruz; Ilha de Vera Cruz e Terra de Santa Cruz.

Verifica-se também, nessa época, os *cartógrafos*, ou seja, pessoas particulares, que tinham habilidades para desenhos, responsáveis pelo esboço dos caminhos percorridos pelas caravelas, dos mares e dos contornos terrestres, os quais mais tarde originariam os primeiros mapas, considerados como documentos importantíssimos tanto para o comércio, como para a conquista, expansão e posse das terras além-mar.

Expedições foram enviadas mais tarde, pelo Rei português, à nova terra, para reconhecimento de possíveis riquezas, exploração, guarda-costa e com o objetivo da colonização. Todos traziam consigo registradores enviados especificamente pelo Governo Luso para notificá-lo dos fatos e atos e para que os registros servissem como garantia de posse e domínio da parte do Novo Mundo.

Martim Afonso de Souza, comandante designado para colonizar a nova terra portuguesa, é também responsável para administrar de forma geral as quinze grandes partes em que fora dividida a nova terra (Capitanias Hereditárias). O administrador de cada Capitania denominava-se donatário, sendo que a ligação jurídica entre ele e o Rei português era feita por dois documentos básicos:

- *Carta de Doação* conferindo ao donatário a posse hereditária da terra;



- *Carta Foral* estabelecendo os direitos e deveres dos donatários em relação à exploração da terra.

Assim, a titularidade da terra e os melhores benefícios reservam-se ao Rei português, enquanto os gastos com a colonização, aos donatários, sendo esse um dos motivos do insucesso do sistema das Capitânicas Hereditárias.

Com o declínio das Capitânicas, Portugal estabelece no Brasil um governo centralizado, por meio do *Governo Geral*, o qual prestaria ajuda e proteção às Capitânicas em nome do Rei lusitano.

Pelo documento da criação do Governo Geral, em 17 de dezembro de 1548, considerado por muitos historiadores como a primeira legislação (Constituição) brasileira, criaram-se muitos cargos públicos, entre eles, os de maiores destaques:

- Ouvidor-mor: encarregado dos negócios da Justiça;
- Provedor-mor: encarregado dos assuntos de Fazenda;
- Capitão-mor: encarregado da defesa do litoral.

Também criou-se:

- Bispo do Brasil: encarregado dos assuntos religiosos, sob solicitação do Rei ao Papa, em nome da Igreja Católica, tendo como primeiro bispo D. Pero Fernando Sardinha.

Nota-se que a Igreja Católica e o Estado fazem aliança para colonizar e explorar o novo território por meio da catequese dos nativos (índios), da espada e leis portuguesas. Existiam os registradores reais para anotarem em livros especiais tudo o que acontecia na nova terra, como elo entre a Colônia e a Metrópole, além dos fiscais tributários, nomeados exclusivamente para impedir que a parte real nas riquezas produzidas ou extraídas fosse lesada.

- Sesmaria: eram terras consideradas incultas ou abandonadas, que o Rei português cedia a particulares em condições econômicas para cultivá-las. Eram grandes lotes, correspondentes em geral a 3.000 bra-

ças ou 6.600 metros. O sesmeiro podia dividir e distribuir a sesmaria para o cultivo, entretanto, o lote era hereditário. Até hoje encontramos resquícios de sesmarias pelo Brasil.

O direito de conceder sesmarias cabia aos delegados designados pelo Rei, que ficavam na Colônia (Brasil). Em 1530, por meio de *Carta Régia*, foi nomeado o primeiro delegado, Martim Afonso de Souza, com competência para distribuir terras que fosse descobrindo.

Depois da implantação das Capitânicas Hereditárias, como os lotes (15) eram enormes, coube a tarefa de delegado sesmeiro aos donatários e posteriormente aos Governadores Gerais do Brasil.

Verifica-se que toda a *documentação imobiliária* estava vinculada aos posseiros e ao Rei português, por meio de seus funcionários (públicos) designados especificamente para tais funções na Colônia.

Um outro aspecto importante a destacar refere-se às atividades dos bandeirantes que adentravam nos sertões à caça de índios para escravizar ou à procura de minérios. Nas comunidades onde residiam, existiam representantes do Rei, seja na área executiva, legislativa, judiciária ou na religiosa, e, antes de os bandeirantes saírem pelos sertões, convocava-se o tabelião da localidade para que cada membro da Bandeira deixasse registrado seus bens e posses e os herdeiros designados, pois, na hipótese de alguém não retornar, o ato jurídico já fora lavrado oficialmente.

A *concessão de terras por meio de sesmarias* será suspensa no regime latifundiário, mediante uma resolução do governo real em 17 de julho de 1822, antes da independência política do Brasil, em relação a Portugal (7 de setembro de 1822). Constata-se nessa época a quase totalidade das terras distribuídas, com exceção das não-aproveitáveis e as ocupadas pelos nativos. Não se deve esquecer que a Família Real Portuguesa vem para o Brasil em 1808, em face do Bloqueio Continental Europeu.

Por meio da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, regulam-se as terras brasileiras, criando a categoria de *devolutas* às terras públicas e não comprometidas no domínio privado.

As terras com títulos legítimos; por concessão de sesmarias não caídas em comisso; por concessão de sesmarias em comisso revalidado por lei e as posses legitimadas seriam reguladas, juntamente com suas benfeitorias, como propriedade dos posseiros ou detentores.

Nota-se que 1850 é um marco histórico na questão do Direito Imobiliário Brasileiro, pois de 1530 (início da Colonização) até 18 de setembro de 1850 as terras eram regulamentadas pelo sistema de Sesmarias e em 1850, com a criação da *Lei da Terra*, passam a ser regidas por esta.

Ressalta-se igualmente que nesse período foi criada a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, ou seja, o Código Comercial Brasileiro, regulando as relações comerciais da sociedade livre brasileira. Livre porque em 1850 ainda existia a escravidão brasileira.

Com o fim das sesmarias e a criação da Lei da Terra em 1850, originam-se os registradores imobiliários, responsáveis pelos registros de atos e vontades das partes interessadas.

Para obter a publicidade do ato e fato dando-lhe autenticidade, segurança e eficácia jurídica, no caso do *Registro de Pessoas Naturais*, como nascimento, casamento, legitimação de filhos e outros, a *Igreja Católica*, aliada do Estado, era a responsável por fazê-lo.

A doutora Maria Adenir Peraro, do Departamento de História da Universidade Federal de Mato Grosso, apresentou na Universidade Federal do Paraná, em 1997, a tese de Doutorado intitulada: *Farda, Saias e Batina*: a ilegitimidade na Paróquia Senhor Bom Jesus de Cuiabá, 1853-90, em que trata da questão da fronteira oeste de Mato Grosso; dos homens de confiança do rei; dos campos de Batalha; da ilegitimidade e dos registros paroquiais, do sentido do matrimô-

nio e dos tratos ilícitos, das mulheres de Jesus no universo dos ilegítimos; da população livre, escrava, produtiva e não produtiva; do recenseamento feito por paróquias; dos batismos de crianças naturais; da limpeza do nome; da frequência de batismos de crianças expostas nas paróquias e legitimação dos ilegítimos; das reincidências de filhos ilegítimos; dos batizados e dos compadrios; da lista de clérigos padrinhos de crianças naturais (ilegítimas); dos processos de justificação de estado de solteiro; dos processos de justificação de estado de viuvez; dos processos judiciais para o divórcio e como o poder público interfere na vida privada das pessoas, durante o transcurso do processo de organização política e jurídica nacional.

Exemplos:

1º - Petição endereçada ao Juiz Eclesiástico (Bispo):

*Exm<sup>o</sup> e Revm<sup>o</sup> Senhor*

*Dizem os oradores José Silvério de Campos e Maria Rodrigues do Prado, que desejando elles se receber em santo matrimônio, por bem de sua salvação, para repararem a união ilícita em que vivem há muitos annos, e se legitimar assim a prole della resultante, obsta lhes a falta das certidões de baptismo do orador, e de óbito da oradora, as quais não foram encontradas, como se vê dos documentos juntos; pelo que, como se são pobres, vem recorrer à Caridade de V. Ilm<sup>a</sup> Revm<sup>a</sup> pedindo-lhe a Graça da Dispensa da apresentação das ditas certidões para o fim mencionado.*

*Os oradores são naturais deste Bispado e freguezes da Paróchia de São Gonçalo de Pedro 2º.*

*Assim pois humildemente*

*P.P. à V. Exm<sup>a</sup> Rvm<sup>a</sup> favorável*

*Deferimento à sua supplica, de que,*

*S. Gonçalo de Pedro Segundo, 06 de setembro de 1884.*

*Pelos oradores:*

*Cônego António Henriques de Carvalho Ferro<sup>2</sup>.*

2º - Solicitação para o reconhecimento do casamento e viuvez:

Maria do Carmo Lima, paraguaia, viúva do alferes reformado Belarmino Ferreira

Lima, expressa, a nosso ver, a situação de uma mulher em estado de viuvez na busca do auxílio que o casamento com um militar poderia auferir-lhe (Auto de Justificação do estado de casado, 1884. Arquivo da Cúria Metropolitana de Cuiabá, caixa nº 10).

Na petição datada de 18 de outubro de 1884 ao vigário geral e juiz de Gêner e Casamentos, monsenhor Pina, Maria do Carmo apresentou-se como mãe de cinco filhos menores, o mais velho com 12 e o menor com um ano de idade. Pleiteava a requerente que as autoridades eclesiásticas reconhecessem seu casamento com o falecido mediante a alegação de que *era pobre e sobrecarregada de filhos pequenos, precisa justificar (ao Exército) seu estado de casada a fim de que possa receber meio soldo de seu finado marido.*

(...) Ouvidas as testemunhas e pagas as custas, o desfecho do processo culminou no assento do casamento de Maria do Carmo com Belarmino no livro dos justificados da Câmara e do Auditório Eclesiástico de Cuiabá, em janeiro de 1885, conforme revelaram as *Conclusões*.

Maria do Carmo poderia, a partir de então, requerer ao Exército o meio soldo a que tinha direito e desfrutar os benefícios advindos da união conjugal (ou mesma da convivência) com um militar<sup>3</sup>.

### 3º - Solicitação de óbito

Dona Guilhermina Maria Brandão, ao encaminhar uma petição datada de 7 de julho de 1868 à Câmara e Auditório Eclesiástico, solicitava o atestado de óbito do marido, Silvério Luis Brandão, sepultado em Campinas em 1867, pretendia mandar buscar o espólio do cônjuge (auto de justificação do estado de viuvez, 1868. Arquivo da Cúria Metropolitana de Cuiabá, caixa nº 8). Para tanto, nomeou um procurador e testemunha jurada, Antônio de Cerqueira Caldas, de 49 anos, 2º tenente, que vivia de negócios e também era viúvo. Assim dizia o referido procurador:

Que sabe ter falecido Silvério Luiz por ter ouvido de João Maritano de Souza e do comando da tropa do falecido que virão ele

morto e assistirão ao enterramento naquela cidade de Campinas. O juízo de Ausentes mandou-se arrecadar todo espólio do falecido. Sabendo disso, a viúva mandou sacar todo o espólio do falecido nomeando para seu depositário elle testemunha já recebeu o aviso de ter sido entregue pelo juízo todo o espólio do falecido que se acha em marcha para esta e assim não resta dúvida de que com effeito é falecido o referido Silvério Luiz Brandão<sup>4</sup>.

Verifica-se que, desde o período colonial, a Igreja Católica era uma instituição submetida ao Estado, permanecendo dessa forma na Monarquia até a Constituição Brasileira de 1891.

O regime político-jurídico do Padroado possibilitava ao Imperador exercer poderes sobre a Igreja, ao qual cabia a escolha dos clérigos que iriam ocupar os cargos mais elevados dentro da Igreja e aprovação da ordem do Papa para vigorar dentro do Brasil.

Com a Proclamação da República e em especial a Constituição de 1891, dá-se a separação entre a Igreja e o Estado, sendo a partir desta Carta Magna instituído o registro de nascimento, o atestado de óbito e o casamento civil e sob a responsabilidade estatal, ficando a Igreja Católica responsável apenas pela parte espiritual dos cidadãos.

O professor de direito da UFRJ A. B. Cotrim Neto, em 1973, escreve um trabalho sobre a situação jurídica do Notariado brasileiro, afirmando que o regime notarial implantado no Brasil permanece inalterado até a independência do país e, mesmo depois, poucas modificações receberia, a ponto do Dr. Zeferino Ribeiro (*O Tabelionato*, [s.l.] : F. Bastos, 1955. p. 8) ter escrito que “a instituição do tabelionato ainda é, atualmente, como o era ao tempo de nosso Descobrimento, quanto à índole do ofício e as respectivas atribuições”.

(...) pouco se cuidava das condições de mérito para a seleção dos funcionários da Coroa. Destarte, por vezes ocorria que até aventureiros bem sucedidos poderiam habilitar-se à obtenção de uma provisão tabe-

lha no Brasil, como aconteceu com *Bernardo da Fonseca Lobo*, por volta de 1729, nas lavras auríferas do Tijuco: como conta Joaquim Felício, em seu livro “Memórias do Distrito Diamantífero de Serro Frio”.

(...) em 1827 através da lei de 11 de outubro, tentou-se aperfeiçoar, de algum modo “a forma que devem ser providos os ofício da Justiça e Fazenda. (...) mas não produziu efeitos: em primeiro lugar, porque não condicionou o acesso às serventias à formação jurídica ou à comprovação de certo tempo de prática notarial; em segundo lugar, porque ignorou as vantagens de certa forma de organização profissional corporativa, a exemplo do que a lei francesa de 1803 instituiria<sup>5</sup>.

O movimento de 1964 representou um novo marco fundamental (fase democrática) para os cartórios do foro judicial e extrajudicial, pois, até o referido movimento, as funções eram concedidas e designadas aos apadrinhados e cabos políticos, as quais passavam de pais para filhos.

A EC 7/77 oficializou os serviços, estabelecendo concurso público, dispondo sobre o ingresso na atividade judicial e extrajudicial (EC 7/77, acréscimo ao art. 206, § 1º, à EC/69).

Com a EC/22 em 1982, conforme arts. 206 e 207 da CF/69, estabelece-se que as serventias extrajudiciais seriam providas pela legislação estadual, obedecida a classificação do concurso de provas, além disso, permaneceria a oficialização do foro judicial.

Com o advento da CF de 5 de outubro de 1988, atribui às serventias extrajudiciais a denominação de serviços notariais e de registro (*nomem iuris*), em que teria as atividades delegadas pelo poder público; em caráter privado; sob fiscalização e controle do Poder Delegante; o ingresso na atividade depende de concurso público de provas e títulos; lei regulará as atividades, disciplinando a responsabilidade civil e criminal dos agentes delegados e a lei federal estabelecerá normas gerais para fixação dos emolumentos dos serviços notariais e de registros (CF/88, art. 236).

Em 18 de novembro de 1994, com a Lei nº 8.935, cria-se o Estatuto dos Notariais e Oficiais de Registros. A citada lei vem regulamentar o art. 236 da CF/88, dispondo sobre os serviços notariais e de registros, compondo-se de IX títulos e 55 capítulos, incluindo Das Disposições Gerais. Trata da natureza e fins; titulares; atribuições e competência dos notários e dos oficiais de registros; normas comuns para o ingresso na atividade e dos prepostos; responsabilidade civil e criminal; incompatibilidade e impedimentos; deveres e direitos; infrações disciplinares e penalidades; fiscalização pelo Poder Judiciário; extinção da Delegação; seguridade social e Das Disposições Gerais e Transitórias.

## 2. Registro Público e a publicidade de ato e fato

Registrar significa o ato de consignar por escrito, lançar em livro especial. *Registro Público* representa instituição, repartição ou cartório, onde se realiza a inscrição ou a transcrição de atos, fatos, títulos e documentos, para dar-lhes autenticidade e força de prevalecer contra terceiros. É o lançamento por oficial, em livro especial, de determinadas ocorrências públicas ou particulares, conferindo publicidade ao ato ou fato a que se faz menção. É a busca pela autenticidade, segurança, eficácia dos atos jurídicos, pela justiça e pelo resguardo das pessoas de boa fé.

A publicidade representa uma forma de notificação pública que, dependendo da sua forma, possui conseqüências diversas:

- *Publicidade necessária*: a) quando aparece como elemento integrador do ato jurídico ou como razão de sua oponibilidade a terceiros; b) relativa ao fato jurídico, quando imposta para servir de prova do mesmo e determinar os efeitos imediatos que possam originar;
- *Publicidade não necessária*: quando o objetivo restringe-se apenas a levar a público o conhecimento de fatos ou situações jurídicas de interesse comum.

No tangível à publicidade necessária, ela subdivide-se em *constitutiva* e *declarativa*.

a) *Constitutiva*: quando indispensável à formação de um direito, como na circunstância da transcrição do ato de compra e venda para a aquisição da propriedade imobiliária;

b) *Declarativa*: quando trata de atos ou fatos jurídicos, já perfeito, como por exemplo o registro das aquisições imobiliárias *causa-mortis*, em que a transcrição tem efeito apenas de publicidade e de disponibilidade do imóvel.

Depara-se com diferentes tipos de Registros Públicos:

- *Registro civil das pessoas naturais*: proporciona prova legítima do estado das pessoas;

- *Registro civil das pessoas jurídicas*: inscreve os contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos das pessoas jurídicas de direito privado, oferecendo à entidade inscrita existência diversa da de seus componentes;

- *Registro de título e documentos*: transcrição de instrumentos particulares para provar as obrigações convencionais, independente de valor ou de cessão de crédito com valor contra terceiros. O registro de título e documentos possibilita ainda a transcrição de qualquer outro documento com a função de conservação;

- *Registro de imóveis*: refere-se aos registros e atos realizados pelo oficial, diante do qual comprova a situação jurídica do imóvel: titularidade e direitos reais gravados;

- *Registro da propriedade literária, científica e artística*: o objetivo desse tipo de registro é assegurar o direito do titular da obra. É realizado na Biblioteca Nacional, no Instituto Nacional de Música ou na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de acordo com a obra produzida. Atualmente, por meio de convênios firmados com algumas universidades, vem ocorrendo extensão de escritórios/departamentos para os registros de novas produções.

Quanto aos objetos dos Registros Públicos, são: conservação de atos; autenticação da data; publicidade; caráter probatório e integral do ato jurídico.

### 3. Responsabilidade

Por responsabilidade entende-se a capacidade adequada de entendimento ético-jurídico, que constitui pressuposto fundamental da punibilidade, enquanto *responder* significa tornar-se responsável por seus atos ou de outrem.

O Código Civil, no título II, Dos Atos Ilícitos, art. 159, especifica que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

No título VII, Das Obrigações por Atos Ilícitos, do art. 1.518 a 1.532, afirma que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, sendo solidariamente responsáveis com os autores ou os cúmplices. Na hipótese de o dano da coisa não ser o culpado do dano causado, assistir-lhe-á direito à indenização pelo prejuízo que sofreu em ação regressiva.

A *responsabilidade civil* prevê a reparação do patrão, do amo, do comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele (Código Civil, art. 1.521, III). A responsabilidade civil, entretanto, é independente da criminal; não poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime (Código Civil, art. 1.525). Cabe ressaltar que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto em alguns casos.

A responsabilidade patrimonial é atribuída ao Município, ao Estado ou à União quando esses possuem a obrigação de reparar um dano sofrido pelo administrado ou usuário dos serviços públicos, diante do

prejuízo e do nexo de causalidade entre o ato gerador da lesão e o próprio dano (CF/88, art. 37, § 6º).

### 3.1. Responsabilidade contratual e extracontratual

Observa-se que determinada pessoa pode gerar danos a outra tanto pelo não-cumprimento de uma obrigação contratual como pela prática de ato ilícito; logo, existem dois tipos de responsabilidade: a contratual e a extracontratual, também denominada de aquiliana.

A *responsabilidade contratual* possui um vínculo jurídico, originário de um acordo prévio entre as partes contratantes e surgindo, posteriormente, a obrigação de indenizar. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser expressa ou tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (CC art. 1.079), sendo que todo ato jurídico, para ter validade, requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (CC art. 82).

Na *responsabilidade extracontratual ou aquiliana* inexistente o vínculo firmado entre as partes, ou seja, entre o agente causador do prejuízo e a vítima.

Sílvio Rodrigues traz um exemplo para explicar a responsabilidade extracontratual, dizendo que alguém atropela um homem que, no desastre, perde um braço. O agente causador desse dano fica obrigado a repará-lo e sua responsabilidade é extracontratual. A indenização consistirá no pagamento do correspondente às despesas de tratamento da vítima, lucros cessantes até o fim da convalescença (Código Civil, art. 1.538) e, ainda, no dever de fornecer uma pensão correspondente à diminuição de sua capacidade laborativa<sup>6</sup>.

### 3.2. Responsabilidade civil e penal

Maria Helena Diniz afirma que a *responsabilidade penal* pressupõe lesão aos deveres de cidadãos para com a sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação de norma penal, exigindo, para res-

tabelecer o equilíbrio, a aplicação de uma pena ao lesante. A *responsabilidade civil* requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou numa importância em dinheiro. Certos atos ilícitos têm repercussão tanto no cível como no crime, hipótese em que haverá dupla reação da ordem jurídica: a imposição da pena ao criminoso e a reparação do dano causado à vítima (CC art. 1.525)<sup>7</sup>.

Verifica-se que, enquanto a responsabilidade penal possui efeito repressivo e preventivo de caráter público, a civil tem função sancionadora, objetivando reparar o prejuízo gerado por uma ação ou omissão lesiva, buscando restabelecer o equilíbrio jurídico de outrora.

### 3.3. Responsabilidade subjetiva e objetiva

Ambas referem-se a formas diversas de tratar a obrigação reparadora do prejuízo. *Subjetiva*: baseia-se na idéia da culpa, sendo fundamental provar a culpa do agente causador do dano para configurar a obrigação de indenizar, art. 15 do Código Civil ou culpa civil. *Objetiva*: fundamenta-se na existência do nexo de causalidade entre o prejuízo causado e o agente causador do prejuízo, surgindo a obrigação de indenizar, independentemente de culpa ou não (CF/88, art. 37, § 6º).

## 4. Serviços Públicos Delegados

O Poder Público pode executar seus serviços de diferentes maneiras: *a*) por meio dos seus próprios órgãos, denominados Administração direta ou centralizada, como titular dos serviços; *b*) por meio de entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais, chamadas de Administração indireta ou descentralizada, composta por autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas; *c*) por entes paraestatais de cooperação que não constituem a Administração direta e indireta, re-

presentando os serviços autônomos e outros; d) por empresas particulares, como é o caso das concessionárias, permissionárias e autorizados (CF/88, arts. 22, XXV, e 175).

A Administração Pública, apesar de ser titular dos serviços, pode designá-los a outros pela:

- *transferência de titularidade do serviço*: outorgada por lei e só por meio dela pode ser revogada ou alterada;

- *transferência da execução do serviço*: delegada por ato administrativo bilateral, podendo apenas ser retirada ou modificada por ato administrativo, com exigência, em alguns casos, de autorização legislativa.

Conforme Hely Lopes Meirelles, a *outorga de serviço público* ou de utilidade pública é feita às *autarquias, fundações públicas e às entidades paraestatais*, pois que a lei, quando as cria, já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços e a *delegação* é utilizada para o *traspasse da execução de serviços* a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público. Pela Constituição vigente, os prestadores de serviços públicos respondem *diretamente* pelos danos que vierem causar a terceiros (CF, art. 37, § 6º). A *delegação* pode ser feita sob a modalidade de: a) *concessão*; b) *permissão* ou c) *autorização*, resultando daí os serviços concedidos, permitidos e autorizados<sup>8</sup>.

Observa-se que, no caso, o prestador de serviços é o Estado, por meio dos seus delegados: tabeliães e registradores públicos.

#### 4.1. Serviços concedidos

A delegação contratual ou legal da execução do serviço, disciplinando o modo e a forma da prestação do serviço. A delegação legal é a denominada *lei do serviço*, sendo que a lei é modificável de forma unilateral pelo concedente, de acordo com as exigências sociais da comunidade, enquanto a delegação contratual, ou cláusulas econômicas e financeiras determinam as condições da remuneração do concessionário. As cláusulas contratuais são fixas, dependendo de acordo das partes para serem alteradas.

A remuneração do particular executor do serviço concedido é por tarifa (preço público) e não por taxa (tributo)<sup>9</sup>.

O valor da tarifa deve possibilitar a justa remuneração do particular concessionário, o melhoramento e expansão do serviço. Devido às alterações dos preços dos materiais usados, à expansão do serviço ou custo operacional, faz-se necessária a revisão das tarifas periódicas, a qual é *ato privativo do Poder Público*, em acordo com o concessionário.

- *Contrato administrativo de concessão*: feito entre o particular e o Poder Público. *Características*: acordo administrativo; bilateral, oneroso, cumulativo e *intuitu personae*. Possui vantagens e encargos recíprocos; possui imposições da Administração e deve observar os termos da lei, sob pena de nulidade. É um documento escrito, estipulando o objeto da concessão; delimitando a área de atuação; forma e tempo de exploração, além dos direitos e deveres dos contratantes e dos usuários do serviço oferecido.

O contrato de concessão cria, portanto, direitos e obrigações individuais para as partes acordadas.

Atualmente a outorga de concessão de serviço vem sendo realizada por lei ou decretos, para autarquias e paraestatais, expressando uma inovação.

Pela concessão, o serviço continua sendo público (União, Estado ou Município) com direito a explorá-lo direta e indiretamente, delegando apenas sua execução, conforme as condições legais ou contratuais, respeitando a regulamentação e fiscalização do Poder Público, que é o concedente.

A qualquer momento, durante o transcurso da concessão, o *serviço concedido poderá ser retomado pelo Poder Público*, diante de indenização, em face dos lucros cessantes e danos emergentes, a qual será prevista no próprio Contrato Administrativo.

- *Regulamentação do serviço concedido*: compete ao Poder Público a regulamentação, controle, organização; averiguação da situação econômica e financeira, seus lucros,

modos e técnicas de execução dos serviços até as tarifas. A concessão visa ao interesse coletivo, logo, a prestação do serviço precisa ter condições adequadas para o público.

Cabe à Administração concedente: *a) o poder de fiscalização e b) o direito de intervenção*, na hipótese de prestação deficiente ou indevida paralisação, podendo ser realizada por órgão da própria concedente ou por uma comissão qualificada, que não seja vinculada a concedente.

Ressalta-se que a execução do serviço concedido (delegado) será norteadada pelos *princípios*: generalidade: prestação do serviço indiscriminadamente para todos; permanência: continuidade ou constância do serviço; eficiência: serviço de qualidade, quantidade e satisfatório; modicidade: preços razoáveis ou acessíveis aos usuários; e cortesia: urbanidade, bom tratamento ao público.

• *Extinção do contrato administrativo de concessão*: pode ocorrer nas seguintes formas:

a) *Reversão*: retorno da execução do serviço público pela Administração concedente, ao final do prazo do contrato de concessão.

b) *Encampação ou resgate*: retomada coativa do serviço público, sem oposição do concessionário, pelo Poder Público, no transcurso da concessão, em face da conveniência ou interesse da Administração concedente, obrigando-a à indenização dos prejuízos gerados: lucros cessantes e danos emergentes.

A encampação pode ocorrer pela desapropriação dos bens e direitos relativos ao serviço concedido ou ainda pela expropriação das ações da empresa. Após a decretação da encampação, o concedente toma posse imediatamente e inicia a administração geral do serviço e bens e só depois efetua a indenização.

c) *Rescisão*: é o término do contrato válido, durante sua vigência, por *acordo* (distrito bilateral); por *decisão judicial*, na hipótese de não cumprimento do acordo por qualquer das partes contratantes, condenando

o não-cumpridor a indenização; ou por ato *unilateral do Poder Público* (rescisão unilateral), em que houver inadimplência (má execução) do concessionário, gerando uma infração regulamentar ou contratual. O serviço é retomado e o concedente cobra indenização (rescisão por caducidade). Em todas as formas da rescisão o efeito é *ex nunc*.

d) *Anulação*: invalidação do acordo em decorrência da ilegalidade na concessão ou formalização do acordo. Representa um contrato inválido, ilegal, não configurando indenização, tem efeito *ex tunc*, retornando ao início da concessão. Exemplo:

A lei da Ação Popular tem como *nulo* o contrato de concessão de serviço público quando realizado sem concorrência, na hipótese de não ser dispensada por lei ou com concorrência fraudada (Lei nº 4.717/65, art. 4º, III, “a”, “b” e “c”).

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71, prescreve:

“O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º *A inadimplência do contrato com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá operar o objeto do contrato ou restringir a regulamentação e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.* § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.” (grifo nosso)

#### 4.2. Serviços permitidos

Serviços públicos estabelecidos pela Administração ao particular que preencher os requisitos exigidos, por meio de ato unilateral (*termo de permissão*). A permissão trata também de atividades transitórias ou permanentes; entretanto, em qualquer hipótese



requer alterações constantes para acompanhar o avanço técnico ou para atender o interesse público.

Os *atributos da permissão* são: a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade, admitindo condições e prazos para a exploração do serviço público, sendo que a qualquer momento o Poder Público pode alterar as condições iniciais do ajuste e do termo ou ainda revogar a permissão concedida, sem recurso do permissionário, salvo em três circunstâncias: a) abuso de poder; b) desvio da Administração permitente e c) permissão condicionada.

O *serviço público permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, respondendo civilmente e criminalmente por seus atos, sem atingir a Administração permitente. A Administração só será responsabilizada na escolha ou fiscalização dos serviços executados.*

Cabe à Administração permitente definir as condições e requisitos para o acordo, além do controle da execução do serviço, sendo que a intervenção ocorrerá em termos adequados e na circunstância da prestação inadequada (má execução) aos usuários.

A permissão depende de controle do Poder Público, não gerando privilégio ou exclusividade ao permissionário, exceto se existir cláusula expressa afirmando o contrário. É *intuitu personae* e um serviço de utilidade pública, logo, sujeito às normas do Direito Público.

Hely Lopes Meirelles, ao tratar dos serviços permitidos, fala que “os atos dos permissionários praticados em decorrência da permissão podem revestir-se de certa autoridade pela delegação recebida do Poder Público, logo, tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde que lesivos de direito líquido e certo” (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º)<sup>10</sup>.

#### 4.3. Serviços autorizados

Serviços que não carecem execução pela Administração ou requerem especialização na sua prestação ao público. Objetiva atender interesses coletivos instáveis ou de emer-

gência transitória. São delegados e controlados pela Administração autorizante, em geral não precisam de regulamentação específica.

*Características:* é uma delegação discricionária; *intuitu personae*; intransferível a terceiros; sem licitação; com escolha para o melhor autorizado e com freqüentes modificações na forma da prestação do serviço ao público, sujeito, a qualquer momento, a supressão.

*Os executores dos serviços autorizados respondem pessoalmente pelos seus atos praticados, como respondem os permissionários e concessionários, vez que não são agentes públicos e nem realizam atos administrativos, além de possuírem a remuneração tarifada pela Administração delegante.*

#### 4.4. Agentes delegados

Delegação vem do latim *delegatio*, de *delegare*, significando confiar, atribuir ou enviar. Exprime a concessão ou transferência de poderes de uma pessoa ou órgão para outra, para que esta desempenhe a função ou execute os serviços delegados.

Os agentes delegados são particulares que recebem por delegação: contrato administrativo de concessão a incumbência de realizarem certa atividade ou serviço público, sob as normas estatais e constante fiscalização da administração delegante.

Diógenes Gasparini define servidores públicos: “os que se ligam, sob um regime de dependência, à Administração Pública direta, às autarquias e às fundações públicas, mediante um vínculo de natureza institucional para lhes prestar trabalho de natureza profissional e perene”<sup>11</sup>.

Os agentes delegados são colaboradores do Poder Público, em que realizam determinada atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.

Hely Lopes Meirelles afirma que, embora nossa legislação seja omissa a respeito, esses agentes, quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la e lesam direitos alheios, devem responder

civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano (CF, art. 37, § 6º) e por crime funcional, se for o caso (CP, art. 327), pois não é justo e jurídico que só transferência da *execução* de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular caracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente. Por essa mesma razão é que a lei de mandado de segurança considera “autoridade”, para fins de impetração, “as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entende com essas funções” (Lei 1.533/51, art. 1º, § 1º).

O autor alerta que não se deve confundir *funções delegadas* com atividades meramente *fiscalizadas* pelo Estado: aquelas têm origem e natureza públicas; estas são e continuam sendo *particulares*, sem equiparação aos atos estatais<sup>12</sup>.

A questão, no entanto, é que o notário é um funcionário público *sui generis*, possui fé pública, está vinculado ao Poder Público, já que este fiscaliza seus atos, exercendo a disciplina administrativa por meio do Juiz responsável pela jurisdição da Comarca. Além disso, exerce função pública, é remunerado diretamente pelo usuário do serviço, por meio de custas e emolumentos.

Verifica-se que preenchem cargos criados por lei, com determinação própria e após concurso público, são nomeados pelo Poder Público, logo, o Estado responde pelos atos realizados por seus agentes, mesmo que por meio de função delegada, restando ao Estado o direito de regresso, na hipótese de culpa ou dolo destes.

### 5. Serviços notariais e registros em geral: características e princípios

Verifica-se que a responsabilidade dos tabeliães e dos oficiais de registro tem depurado-se com soluções divergentes, entretanto

a Constituição Federal de 5/outubro/1988, no seu art. 236, determina que os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado e por delegação do Poder Público, especifica que Lei regulará as atividades e disciplinará responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e seus prepostos, além de definir a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Nos parágrafos segundo e terceiro do citado artigo constitucional, diz que Lei Federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registros. Ao tratar do ingresso na atividade, afirma que depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

· *Características dos serviços notariais e de registros, segundo a CF/88, art. 236:*

- a) exercidos em caráter privado;
- b) delegados pelo Poder Público;
- c) sob fiscalização do Poder Judiciário;
- d) lei regulará as atividades e disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos executores dos serviços delegados;
- e) ingresso na atividade depende de concurso público de provas e títulos;
- f) lei federal estabelecerá para fixação emolumentos relativos aos serviços notariais e de registros.

Dois aspectos devem ser destacados, referentes às atividades dos tabeliães e oficiais de registros: *a)* a natureza jurídica da responsabilidade, se é contratual ou extracontratual (aquiliana) e *b)* a característica da obrigação quanto ao seu dever funcional.

#### 5.1. A natureza jurídica da responsabilidade dos serviços notariais e de registros

É extracontratual, salvo raríssimas exceções, em face da função exercida pelos notários e registradores, pois são ocupantes de cargo público, criado por lei, providos por meio de concurso público e submetidos à permanente fiscalização e controle do

Estado. São detentores de fé pública e executam atividades e atos previamente estabelecidos pelo Poder Delegante.

Outro aspecto fundamental para a designação da obrigação extracontratual, ou aquiliana, refere-se ao usuário dos serviços públicos delegados, pois este não é considerado como parte de uma relação contratual, ficando apenas os registradores, notários e seus empregados responsáveis pelo preenchimento ou elaboração de documentos exigidos, não existindo acordo prévio entre os serviços cartorários e o interessado na autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos; logo, só será contratual quando existir acordo de vontade.

O usuário dos serviços públicos delegados conserva-se alheio à estruturação formal-legal exigida, apenas solicitando-a para preenchimento de formalidades legais-sociais que garantam no presente e no futuro seus direitos pessoais e reais. A exemplo disso, tem-se as escrituras de imóveis, os registros de nascimento ou casamento, os testamentos, nos quais o requerente, em regra, solicita-os não tomando conhecimento dos requisitos legais para fazê-lo, limitando-se a fornecer os documentos solicitados, recolher os valores devidos e apresentar, quando necessário, testemunhas, cabendo aos tabeliães observar e cumprir as formalidades legais.

Caio Mário da Silva Pereira defende a natureza extracontratual dos serviços prestados pelos notários e registradores lecionando que,

“além de se inserir no enfoque da atividade funcional do notário, oferece ainda a vantagem de abranger os dois ângulos de relacionamento: com o cliente e em relação a terceiros. Com efeito para a corrente contratualista, se os atos praticados para o cliente seriam de natureza contratual, não caberia dentro desta o dano suportado por terceiros, que nem remotamente poder-se-iam qualificar como partes em relação aos atos tabelionais. Classifi-

cada pois, a responsabilidade notarial como de cunho aquiliano, o problema encontra solução nos parâmetros do conceito contido no art. 159 do Código Civil. Tudo se resume na determinação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência do servidor ou de seu preposto, e o dano causado. O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que o tabelião responde por negligência em lavratura de escritura, na qual comparece mandatário sem poderes” (*Revista dos Tribunais*. [s.l.: s.n.], vol. 497, p. 82)<sup>13</sup>.

Por contrato compreende-se o ajuste, pacto, convenção ou acordo entre pessoas para qualquer fim, em que alguém assume a obrigação de dar, fazer ou não fazer determinado ato lesivo, enquanto a outra pessoa assume a obrigação de receber o ajustado, seja verbalmente ou por escrito.

A *prestação* representa o objeto da obrigação, exprimindo a ação de dar, de satisfazer ou de cumprir alguma coisa. Em outras palavras, expressa a satisfação do que é devido. É a entrega de uma coisa ou a prática ou execução de um ato.

Na hipótese *dos serviços delegados*, a *prestação de serviços* com os usuários é o adequado e eficaz cumprimento dos atos notariais e de registros, os quais objetivam a *segurança jurídica*, oponível *erga omnes*, em que o requerente dos serviços delegados não seja surpreendido por ações prejudiciais aos seus direitos.

Os executores dos serviços delegados são responsáveis pela inexecução, descumprimento dos deveres, omissões profissionais, falhas cometidas ou lacunas dos atos realizados nos serviços públicos concedidos que causem danos a outrem. A inobservância das normas jurídicas e da formação dos atos notariais e de registros ocasiona desequilíbrio jurídico, devendo os responsáveis por tais danos responder pelos prejuízos gerados.

Décio Antônio Erpen, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirma que os registros são expressão de

confiança nas transações; merecem credibilidade pública, anteparo contra os negócios escusos e clandestinos; abrigo dos espíritos desarmados; tutela dos portadores de boa-fé; fortaleza contra as surpresas (p. 10), cabendo, ao interessado, o dever de dar a conhecer, para opor seu direito *erga omnes* (p. 19). Disserta ainda que, se a atividade jurisdicional dentro do processo, mesmo fazendo coisa julgada, gerasse, por si só, a publicidade, não haveria a necessidade de um novo registro (p. 17)<sup>14</sup>.

Aguiar Dias proclama a natureza contratual da responsabilidade do tabelião alegando que “as partes fazem com o tabelião um contrato cujo objeto é precisamente o exato exercício de suas funções” (Da responsabilidade civil. [s.l.: s.n.], vol. 1, n. 136)<sup>15</sup>, porém é uma corrente minoritária.

### 5.2. Características quanto à obrigação

Os notários e registradores, em consequência do desempenho de função pública delegada, da obrigatoriedade da submissão a concurso público, da fiscalização pelo Estado e da fé pública, devem ser considerados como funcionários públicos, embora *sui generis*, logo, é o Estado quem responderá objetiva e diretamente pelos danos eventualmente causados por aqueles. Diante, ainda, da natureza jurídica extracontratual dos serviços notariais e de registros, caracterizam-se os mesmos como obrigação de resultado, pois, ao serem realizados os atos solicitados, os quais exigem extrema formalidade, devem produzir o resultado legalmente esperado pelo Estado e pelo usuário.

O registrador e o notário passam por diversas fases de um concurso público, no qual as provas escritas versam sobre a Lei de Registros Públicos, Direito Civil, Constitucional, Rural, Processual Civil, Administrativo, o Estatuto dos Notários e Oficiais dos Registros Públicos (Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994), língua portuguesa, além da prova prática envolvendo algum ato cartorário (escritura, testamento e outros), e devem ser bacharéis em Direito.

Portanto, é inadmissível que os delegados dos serviços de cartórios não possuam conhecimento do seu ofício. É indispensável o domínio da arte do seu serviço, precisam conhecer os requisitos fundamentais na realização de uma procuração pública, de um testamento, de uma escritura de compra e venda ou mesmo de uma simples autenticação ou reconhecimento de firma, pois se referem a atos que requerem a observância de formalidades legais para terem existência no mundo jurídico.

### 5.3. Responsabilidade dos executores dos serviços notariais e de registros

Nota-se que o tabelião é responsável pela guarda e conservação de documentos; receber e registrar em livro especial a vontade declarada pelas partes; averiguar a identidade da declaração; anotar os elementos essenciais, entre outros; entretanto, não tem competência para verificar a veracidade ou não da declaração.

*Responde* o delegado dos serviços públicos, por afirmar a presença das partes, pela data posta em documentos, pelo descumprimento legal ou má execução das funções a ele atribuídas; entretanto, *não responde* quando alguém apresenta-se como procurador de alguém, portando documento de procuração que preenche as formalidades legais e mais tarde descobre-se que o mandato estava invalidado pela morte do mandatário.

Caio Mário da Silva Pereira destaca a responsabilidade do cartório *perante terceiro*, citando Aguiar Dias, “pelas inexatidões e lacunas dos atos lavrados por ele ou sob sua direção, que dêem oportunidade a prejuízos para aqueles” (Da responsabilidade civil, [S. l. : s. n.], vol. 1, n. 136); seja o reconhecimento de firma falsa; a autenticação xerocópia que não coincide com o original; o reconhecimento de sinal de outro tabelião se o espécime tiver sido entregue pela parte sem que o notário tenha o cuidado de indagar de sua autenticidade ou procedência; a aceitação de instrumento de mandato formalmente imperfeito<sup>16</sup>. Ressalta-se que a responsabilidade é do delegado do

cartório, bastando para isso constar os pressupostos da responsabilidade civil:

- ação ou omissão do agente causador do dano;

- relação de causalidade entre o dano causado e o agente causador;

- prejuízo causado.

José Cretella Júnior afirma que não há responsabilidade sem prejuízo. A responsabilidade pressupõe: *a)* aquele que infringe a norma; *b)* a vítima da quebra; *c)* o nexo causal entre o agente e a irregularidade e *d)* o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no *status* econômico anterior da produção do desequilíbrio patrimonial<sup>17</sup>.

### 5.3.1. Liame da causalidade

A imputabilidade a alguém da obrigação de indenizar determinado prejuízo causado só configurará caso exista o nexo de causalidade entre o ato danoso praticado pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima, sendo que o dano pode ser gerado pela ação ou omissão do agente. É indispensável o liame de causalidade para conceber a obrigação de indenizar.

Entende-se por nexo ou liame, o elo entre o ato do agente ou do seu preposto e o prejuízo causado, sem ele não há obrigação, conseqüentemente, a responsabilidade de indenizar. É a relação de causa e efeito entre os serviços notariais e de registros e o prejuízo gerado. A jurisprudência afirma: “a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou” (RT 224/155).

### 5.3.2. Excludentes ou atenuantes da responsabilidade

São as causas que geram o afastamento da responsabilidade, total ou parcial, por um prejuízo imputado: força maior; caso fortuito; culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e estado de necessidade.

Por *força maior* compreende o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à

vontade humana; é a causa externa, porém pode existir hipótese de força maior que pode ensejar responsabilidade civil. *Caso fortuito* representa o acidente imprevisível, sem a participação do homem. É um evento interno; acidente decorrente do próprio serviço. *Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro* ocorre quando a causa do prejuízo tem unicamente como responsável a vítima ou terceiro. *Estado de necessidade* significa uma necessidade urgente, perigo atual e iminente. São situações de graves perturbações sociais, necessitando de providências urgentes para estabelecer o *status quo* anterior.

### 5.3.3. Registros Públicos e seus princípios

Compreende-se por princípios as normas elementares ou requisitos fundamentais para a formação de alguma coisa. Expressa o conjunto de regras e preceitos que conduzirão qualquer operação jurídica.

Os princípios jurídicos significam os *pontos básicos* que estruturam o próprio direito. Servem como ponto de partida, elementos vitais e alicerce do direito, utilizados tanto para a prática do direito como para a proteção aos direitos.

Os Registros Públicos também fundamentam-se em princípios. Décio Antônio Erpen, em Registros Públicos, elenca os princípios do sistema registral:

a) *Princípio da inscrição*: inscrição no Registro de atos *inter vivos*, referentes a constituição, transmissão e extinção de direitos reais. Seria a trasladação para os livros segundo a sistemática vigente, fugindo-se à função meramente arquivada.

b) *Princípio da presunção e fé pública*: o que relata ou consta se constitui verdade, até que se prove o contrário. No caso dos registros públicos, a fé pública é administrativa.

c) *Princípio da não-convalidação ou do não-saneamento*: o registro traz em sua origem a presunção da verdade e, na hipótese de vícios de origem, não será saneado, sendo cancelado o ato.

d) *Princípio da legalidade*: parte do pressuposto que o registro é um negócio jurídico

existente e válido.

e) *Princípio da prioridade*: estipula que o primeiro a registrar o ato, obedecendo as formalidades, será o portador/titular do direito.

f) *Princípio da especialidade*: o registro será sobre um bem ou situação jurídica individual e não situações genéricas e vagas.

g) *Princípio da rogação da instância*: cabe à parte interessada a iniciativa de requerer a inscrição do ato e aos executores dos serviços delegados promoverem, de ofício, os registros.

h) *Princípio da continuidade*: os atos são registrados interligando, por exemplo, um dado referente a certo imóvel aos interessados no mesmo. Atualmente em face da matrícula, os atos são sucessivos e concentrados.

i) *Princípio da ficção de conhecimento*: anin-guém é dado alegar a ignorância da lei, em outras palavras, do registro, seus prazos ou efeitos. É uma ficção, imaginação, pois parte da premissa que todos conheçam a lei.

j) *Princípio da sucessividade*: os registros públicos não existem isoladamente, carecem da solicitação das partes interessadas para formalizar o ato registral; logo, primeiramente deve existir o ato notarial ou o fato e posteriormente o ato registral. O ato notarial, como receptor de vontade das partes, embora público, só trará publicidade com o ato registral.

l) *Princípio da concentração*: todos os atos ou fatos vinculados a determinado objeto deveriam ser dados a conhecimento no mesmo órgão, evitando, assim, deslocamento das partes para diversos órgãos publicitários, quando tudo deveria convergir para uma única repartição.

m) *Princípio da exatidão registral*: consiste na circunstância da correção do registro e do direito que a parte possui de retificá-lo, via administrativa ou jurisdicional, ouvidos, se for o caso, terceiros interessados. Esse princípio afina-se com o da fé pública e da presunção, mas enriquecido com os preceitos contidos nos arts. 860 do CC e 212, 213 e 216 da Lei 6.015/73.

n) *Princípio da não-sucedaneidade dos meios*: expressa a orientação elementar dos meios de se outorgar a publicidade. Quando a lei dispõe que determinado ato deve ser passível de registro em órgão específico, não pode ser utilizado meio precário. O legislador deve especificar os meios adequados a atingir o fim desejado.

A não-obediência do princípio citado importa ineficiência absoluta do ato, independentemente de declaração judicial, isso para os efeitos de gerar a publicidade.

o) *Princípio da não-sucedaneidade dos órgãos*: embora os meios sejam os mesmos, há uma subdivisão dos respectivos órgãos, cada um com uma gama de atribuições, assim que vedado à parte utilizar-se de outro.

A utilização equivocada do órgão específico importa a ineficácia total do ato, sem necessidade de declaração judicial, pois o ato nem nasceu, conforme o art. 252 da Lei 6.015, que pressupõe o órgão adequado como condição essencial.

p) *Princípio da eficácia predeterminada*: a lei dispõe a carga de eficácia que cada registro outorga.

q) *Princípio da utilidade*: de regra, todo ato levado a inscrição objetiva algum efeito. Se um registro ou averbação for manifestamente inócuo, uma demasia, uma inoperância, não deve ter acesso a qualquer órgão registral, porque se trata de uma inutilidade. E não é essa a função do sistema<sup>18</sup>.

## 6. Responsabilidade civil dos tabeliães, registradores e prepostos

Os registros de pessoas naturais, de pessoas jurídicas, de documentos e de imóveis ficam a cargo dos serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados, por meio de ofícios privativos e cartórios de registros.

As anotações e averbações obrigatórias, os atos do registro serão praticados por or-

dem judicial, a requerimento verbal ou escrito dos interessados e a requerimento do Ministério Público, quando autorizado legalmente.

Segundo a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, os *oficiais de registros*, em face dos atos praticados legalmente, terão direito, a título de remuneração, aos emolumentos fixados nos Regimentos de Custas do Distrito Federal, dos Estados e dos Territórios, os *quais serão pagos, pelo interessado nos serviços* que os requerer, no ato de requerimento ou no da apresentação do título (art. 14).

Na hipótese de ser o interessado no registro o oficial encarregado de fazê-lo, ou algum parente seu, em grau que determine impedimento, o ato incumbe ao substituto legal do oficial (art. 15) para evitar que o ato seja nulo.

Nulo também será o registro lavrado que exceda as horas regulamentares ou nos dias sem expediente, *respondendo civil e criminalmente o oficial gerador da causa da nulidade*. Os títulos não registrados até o momento do encerramento do expediente aguardarão o dia útil seguinte para o respectivo registro, exceto o registro civil de pessoas naturais, o qual não poderá ser adiado.

Os oficiais respondem pela ordem, segurança e conservação permanente dos livros e documentos, estabelece a Lei 6.015/73, respondendo igualmente por qualquer alteração posterior ao ato, devendo mencioná-la obrigatoriamente, não obstante as especificações do pedido, sob pena de responsabilidade civil e penal (art. 21), e por todos os prejuízos, pessoalmente ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causados por culpa ou dolo aos interessados no registro (art. 28).

Cabe evidenciar que a responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem; entretanto, a *falsidade da declaração* ensejará a responsabilidade civil e penal do interessado (Lei nº 6.015/73, art. 30, § 2º).

Embora existam correntes que eximam os tabeliães e serventuários da responsabilidade pelos danos causados aos interessados na prestação dos serviços públicos de-

legados ou a terceiros, alegando fé pública (CPC, art. 364), entende-se que ambos possuem *obrigação de resultado* diante dos sollicitantes dos serviços cartorários e dos registros, pois suas funções decorrem de lei; em conseqüência, os deveres são legais, pelo que, na hipótese de não realizá-los, assumem responsabilidade civil por meio de ação regressiva a favor do Estado ou em ação direta proposta pelo usuário dos serviços públicos delegados, desde que este prove a culpa (Código Civil, art. 159), sem prejuízo da responsabilidade penal.

Maria Helena Diniz, em Curso de Direito Civil Brasileiro, leciona que

“A circunstância de ser o notário um oficial público não atingirá o caráter contratual de sua responsabilidade (RF 42:37, 45:510). Além do mais, os tabeliães responderão perante terceiros: *a* - pelos erros graves que cometerem no desempenho de sua função, prejudicando-os, dando lugar, por exemplo, a anulação de testamento por falta de formalidades essenciais (RT, 67:339, 47:723, 546:60; CC, art. 1.634, parágrafo único), pois deve ter certo conhecimento de direito; e *b* - pelas inexactidões e lacunas dos atos que lavrou, desde que causem danos a outrem. Nestes casos, principalmente no último, ter-se-á responsabilidade extracontratual, visto que terceiros não são partes no contrato, nem sucessores daquele que contratou com o tabelião. Se terceiros forem partes no contrato, poderão invocar os princípios da responsabilidade contratual”<sup>19</sup>.

Alerta-se, contudo, que efetivamente são raras as hipóteses em que os serviços prestados possuam natureza contratual.

### 6.1 Os executores dos serviços delegados

São funcionários públicos, agentes delegados, os quais prestam um serviço de interesse comum, delegado pelo Poder Público.

Os agentes delegados, conforme Hely Lopes Meirelles, “são particulares que rece-

bem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço e o realizam em nome próprio, por conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante”<sup>20</sup>.

Os serviços públicos delegados nada mais são do que serviços públicos que foram terceirizados, logo, *denominados serviços públicos terceirizados*, com regulamentação, controle e fiscalização da Administração delegante, enquanto é de responsabilidade do delegado o gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços.

Na hipótese de irregularidades, a Administração delegante deve ser avisada para tomar ciência do fato e aplicar a sanção cabível, seja de penalidade ou de cassação da delegação, cabendo à Administração delegante a responsabilidade de controle e fiscalização, ficando os atos dos executores dos serviços delegados, no caso específico dos notários e registradores, sob a responsabilidade do Estado. A Constituição Federal de 1988, por meio do seu artigo 37, § 6º, atribuiu a responsabilidade objetiva e direta do Estado pelos atos dos seus agentes, reservando a este o direito de regresso contra os executores dos serviços públicos delegados nos casos de culpa ou dolo.

Conforme Walter Ceneviva, o serviço notarial é a atividade de servidor autorizado em lei com a finalidade de praticar, com fé pública, atos jurídicos extrajudiciais, dando-lhes autenticidade e presunção de verdade.

Em regra, o serviço notarial é de competência de tabeliães (ou notáveis) e seus auxiliares, sendo também permitido a autoridades consulares brasileiras, na forma de lei especial.

Walter Ceneviva leciona que o serviço de registro consiste em atividade de assentar atos da vida civil ou comercial em serventias criadas por lei para lhes assegurar publicidade, autenticidade, segurança e eficácia.

As Juntas Comerciais, oriundas dos Tribunais do Comércio do Império, aos quais alude o Código Comercial de 1850, também são registros públicos, mas seus servidores

não são submetidos à Lei 8.935/94. As Juntas Comerciais são responsáveis pelos registros públicos de empresas mercantis, por cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e matricular os agentes auxiliares do comércio<sup>21</sup>.

O texto constitucional, ao determinar a delegação do Poder Público aos registradores e notários, determina igualmente a relação de trabalho dos mesmos, ou seja, do regime único, diferente dos empregados do cartório, que são celetistas; logo, a responsabilidade é direta, de acordo com a teoria objetiva, por meio da qual o Estado responde pelos danos causados por seus agentes, tendo este direito de regresso contra os titulares dos serviços públicos delegados.

Verifica-se, portanto, que os serviços notariais e de registro possuem *natureza pública*, como estipula o art. 22, XXV, da CF/88, no tangível à competência privativa da União para legislar sobre os mesmos, embora sejam exercidos em caráter privado e por delegação do Poder Público, possuindo o titular da serventia extrajudicial a denominação de servidor público.

O magistrado de São Paulo Rui Estoco afirma que a expressão agente (CF/88, art. 37, 6º)

“abarca não só aqueles que prestam serviços com caráter de efetividade à Administração Direta, como à Indireta, às empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos e àqueles que prestam serviços, a qualquer delas, em caráter precário ou transeunte”<sup>22</sup>.

Assim, qualquer pessoa que desempenhe função pública, durante seu transcurso, é um agente público; logo, os titulares dos serviços notariais e de registro, embora particulares, exercem função pública delegada, sendo que os emolumentos e custas fixados pelo Poder Judiciário não retiram sua natureza pública, já que ocupam, por meio de concurso público, cargo público, criado por lei, com denominação própria, no qual a atividade é regulada por lei e sujeita à hierarquia administrativa e à fiscalização cons-



tante do Poder Judiciário, portanto, equiparados aos servidores públicos típicos: Lei nº 8.935/94.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os serviços notariais continuaram sendo públicos, prova disso é que são vinculados à delegação prévia.

O Poder Público só pode delegar o que possui, logo, delega a execução dos serviços públicos. O notarial, por sua vez, exerce função pública e, se não fosse pública, não necessitaria de delegação (*men legis*); entretanto, o Estado permanece com o direito e a obrigação de controle, fiscalização e edição de normas, objetivando a prevalência do interesse público sobre o privado. O Estado responde quanto aos atos realizados pelos seus agentes, ainda que executores de atividades delegadas em face da *longa manus* do Poder do Estado.

Dessa forma, distingue-se a delegação da iniciativa privada, “cujo nascimento decorre da *affectio societatis* e é comandada por obrigações contratuais firmadas pelo acordo de vontades individuais. O Estado, nesse caso, apenas observa se os objetivos e as cláusulas dos estatutos constitutivos obedeceram aos conceitos de moralidade e legalidade”<sup>23</sup>.

O notário e o registrador fazem parte do quadro de servidores do foro extrajudicial do Poder Judiciário. São colaboradores da Justiça por meio do desempenho correto e eficaz de suas funções, e, na hipótese de ocorrerem erros ou não-cumprimento desses serviços, gerando prejuízos a terceiros, configurará a responsabilidade estatal, consistindo numa obrigação de indenizar o dano.

Carlos Roberto Gonçalves, Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil-SP e mestre em Direito Civil pela PUC/SP, afirma que

“justifica plenamente a inserção dos serventuários da Justiça no rol dos servidores públicos, dos funcionários públicos em sentido lato, a despeito do ‘caráter privado’ como são exercidos os serviços que lhes são perti-

nentes, pois ocupam cargos criados por lei, com denominação própria e em número certo, são nomeados pelo Poder Público, mediante concurso público, gozam do direito a férias e licenças; estão sujeitos a regime disciplinar, contribuem para o Instituto de Previdência do Estado; fazem jus à aposentadoria nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos. E, embora não remunerados diretamente pelos cofres públicos, o preço de seus serviços, pagos pelos usuários, decorre de tabelas também aprovadas pelo Poder Público”<sup>24</sup>.

Compreende-se, assim, que a ação de responsabilidade civil pode ser direcionada de duas formas distintas, no caso: a) *diretamente contra o Estado*, conforme responsabilidade objetiva consagrada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, portanto, independentemente de culpa (*lato sensu*), bastando apenas o dano e o nexo de causalidade entre o ato danoso e o serviço prestado; cabendo ao Estado o direito de ação regressiva contra o agente causador do dano nos casos de culpa ou dolo do mesmo ou, b) *diretamente contra o notário ou registrador*, desde que o autor da ação prove a culpa ou dolo deste, logo será responsabilidade subjetiva (Código Civil, art. 159).

Registre-se que existem aspectos negativos e positivos quanto ao ajuizamento da ação contra o Estado ou contra o notário ou registrador, uma vez que, ajuizada a ação diretamente contra o Estado, o autor possui a vantagem de a responsabilidade ser objetiva, no caso, não há necessidade de provar a culpa, trazendo como desvantagem o aspecto de que as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública gozam de prazos diferenciados (quádruplo para contestar e dobro para recorrer – art. 188, do CPC), bem como estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, II, do CPC) e, ainda, deverão ser executadas nos termos e limites do artigo 730 do Código de Processo Civil, ou seja, execução por meio de precatório. Tratando-

se, contudo, de ação ajuizada diretamente contra o tabelião, a parte possui como vantagem o aspecto de que deverá provar a culpa (responsabilidade subjetiva) e como vantagem a inexistência de prazos diferenciados, ou de remessa de ofício, além de ser a execução normal. Caberá à parte, em cada caso concreto, consultar um profissional para que analise as provas que possui, bem como a solvência do notário ou registrador e, diante de tais fatos e considerações, optar pelo procedimento que lhe pareça mais favorável.

Os empregados contratados pelos registradores e notários para prestarem serviços nos Cartórios, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, responderão, perante o titular deste, pelo dano causado, em casos de culpa ou dolo, em ação ordinária.

Transcrevem-se alguns julgados:

“Independentemente de se considerar o ato praticado pelo serventuário, *jure imperi* ou *jure gestions*, desde que o reconhecimento das firmas não autenticadas como legítimas tenha acarretado prejuízo a terceiros, sem que para isso tenha este concorrido – impõe-se a proclamação da responsabilidade civil do Estado”. (TJPR, EI 85/87, da 3ª Vara da Fazenda Pública, Ac. 1.234, Relator Desembargador Oto Luiz Sponholz, julgado em 15.12.1988).

“TABELIÃO. RECONHECIMENTO DE FIRMA FALSA. NEGÓCIO JURÍDICO FUNDADO NESTE ATO. Responsabilidade objetiva do Estado que decorre do dano causado ao denunciante. Direito de regresso, no entanto, que depende de prova de culpa do serventuário”. (RJTJSP, 120:290).

“INDENIZAÇÃO – Fazenda Pública – Responsabilidade Civil – Ato de tabelião – Agente público compreendido na generalidade da expressão funcionários – Responsabilidade objetiva do estado – Embargos rejeitados” (TJSP, EI n. 182.261-1, 3ª Câmara Civil, Relator Desembargador J.

Roberto Bedran, julgado em 28 de setembro de 1993, in: *Revista Oficial LEX, JTJ*. [S. l. : s. n.], v. 151, s.d. p. 117).

“SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada ‘em caráter privado, por delegação do poder público’ (CF, art, 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas ‘a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos’ (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos”. (Ementa, ADIMC – 1378, DJ 30/05/97, in: *Revista de Direito Administrativo*. [S. l. : s. n.], v. 218, RJ, outubro/dezembro 1999, p. 210).

“SERVIDOR PÚBLICO. SERVENTUÁRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. Esta Corte, quando em vigor a ordem constitucional anterior, firmara entendimento no sentido de que o serventuário de serventia não oficializado era servidor público e por ato seu respondia o Estado, com base no art. 107 da EC 1/69. Posteriormente, já sob a égide da Carta vigente, no julgamento do RE 178.236, Relator Ministro Octávio Gallotti, o STF manteve o entendimento de que os titulares das serventias de notas e registros são

‘ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta da receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público (...)’. O acórdão recorrido, ao reconhecer estar plenamente evidenciado o nexo de causalidade entre a consumação do dano e a negligência administrativa por parte do prestador de serviço público, fazendo aplicação da regra prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à responsabilidade civil do Estado por dano causado por tabeliães”. (STF – RE n. 187.753, Relator Sr. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 26 de março de 1999, in: *Revista de Direito Administrativo*. [S. l. : s.n.], v. 218, RJ, outubro/dezembro 1999, p. 208-211).

## 6.2. Direito do usuário

Fundamentando-se no princípio da generalidade e sendo inadmissível a discriminação, o privilégio, o favoritismo ou interesses escusos entre os usuários do serviço público prestado pelo agente delegado, qualquer usuário terá direito a ação contra o executor do serviço que deixar de observar os preceitos legais.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o usuário, desatendido na obtenção de qualquer serviço concedido, tem pedido cominatório (CPC, art. 287) para haver judicialmente a prestação que lhe é assegurada, com todos os consectários da condenação. Firmada está, hoje, a jurisprudência no sentido de que o pretendente à utilização de serviço concedido pode demandar diretamente o concessionário para constrangê-lo a prestar o serviço, sob pena de lhe pagar perdas e danos ou a multa correspondente, cominada na sentença<sup>25</sup>.

- *Lei n.º 8.078, de 11/setembro/1990: defesa do consumidor:*

.....  
*Art. 2.* Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

*Art. 3.* Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

.....  
§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

.....  
*Art. 14.* O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

.....  
*Art. 22.* Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

.....  
*Art. 54.* Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido apro-

vadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Observa-se que *serviço público* é aquele prestado pela Administração ou pelos seus agentes diretos ou indiretos, sob normas e controles estatais, objetivando atender as necessidades básicas e secundárias de interesses da coletividade ou do Estado. É direito do usuário a prestação dos serviços públicos adequados, eficientes, seguros e permanentes, *sob pena de reparação dos prejuízos causados aos interessados em face de tais serviços*.

### 6.3. Estatuto notarial e registral

No tocante à responsabilidade civil e criminal, a recente *Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro*, dispõe que os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurando aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos (art. 22).

Estabelece ainda a citada lei que a responsabilidade civil independe da criminal (art. 23), enquanto a responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se,

no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública (art. 24), estipulando, ainda, que a individualização prevista não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil (parágrafo único do art. 24).

Clayton Reis, Magistrado do Paraná, leciona que o ato lesivo decorre da ação anti-jurídica do agente. É preciso que a lesão seja real e não fictícia, já que a ação dos notários e dos registradores é uma atividade de resultado. A não-execução do serviço encomendado e que resulte em lesão ao contratado, presentes os pressupostos da responsabilidade civil, acarretará inevitavelmente o dever de indenizar.

Para Clayton Reis, a lesão poderá ocorrer quando o ato registral ou notarial não se revestir dos elementos necessários à configuração do ato jurídico, no caso, quando o registrador ou o notário não se utilizar das diligências e prudências necessárias no sentido de concorrer para a efetiva e segura realização do ato. Nesse particular, deverão contribuir com cautela e perícia, já que se tratam de profissionais em que o conhecimento das regras técnicas da atividade é um dever de ofício.

A lesividade será um resultado inevitável sempre que notário ou registrador negligenciar no uso das regras necessárias ao desempenho do seu *desiderato*, ou quando o notário ou o registrador deixar de lavrar ou proceder a lavratura de ato em desacordo com a lei dos registros públicos ou normas de serviços editadas pela Corregedoria da Justiça de seu Estado<sup>26</sup>.

Existe, por isso, uma preocupação com o mau vezo de alguns titulares de registros e de tabelionatos, que deixam nas mãos de substitutos a administração e execução dos serviços, ao invés de gerenciarem seus cartórios, o que efetivamente representa falta gravíssima que deveria ser punida com a exoneração do registrador ou notário.

A responsabilidade pelos serviços notariais e registrais, para Eurico Montenegro Júnior, é pessoal de quem praticou o ato ti-

pificado como crime, aplicando-se aos titulares e prepostos a legislação referente aos crimes contra a administração pública, equiparando-se aos servidores públicos (conforme o art. 327 do CP). Tais crimes estão tipificados nos arts. 312 a 359 do CP, ou sejam, crime de peculato (art. 312), extravio, sonegação ou inutilização de documento (art. 314), corrupção passiva (art. 317), prevaricação (art. 319), advocacia administrativa (art. 321), abandono de função (art. 323) e violação de sigilo funcional (art. 325)<sup>27</sup>.

O notário ou tabelião e o oficial de registro, ou registrador, são *profissionais do direito, dotados de fé pública*, a quem é delegado o exercício do serviço público. São classificados em: tabeliães de notas; tabeliães de protesto de títulos; tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; oficiais de registro de imóveis; oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas e oficiais de registro de distribuição (art. 5º da Lei 8.935/94).

O *ingresso na atividade notarial e de registro* depende de habilitação em concurso público de provas e títulos; nacionalidade brasileira; capacidade civil, quitação com as obrigações eleitorais e militares, diploma de bacharel em direito e conduta condigna para o exercício da profissão.

O Estatuto dos Tabeliães e Oficiais de Registros especifica que os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador.

Do concurso, publicado em edital, constarão os critérios, podendo concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital, dez anos de exercício na atividade notarial ou de registro.

Verifica-se que a formação acadêmica exigida objetiva garantir a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Outra novidade é o concurso de remoção, permitida aos titulares que exerçam a atividade por

mais de dois anos, desde que seja entre serviços, por exemplo, tabeliães de notas x tabeliães de notas.

- *Prepostos*: serão contratados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho, sem interferência nenhuma do Poder Judiciário, apenas a atividade notarial e registral está ligada aos princípios do serviço público da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade (CF/88, art. 37).

O art. 48 das Disposições Transitórias da Lei nº 8.935/94 estipula que os notários e os oficiais de registro poderão contratar, segundo a legislação trabalhista, seus atuais escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial desde que estes aceitem a transformação de seu regime jurídico em opção expressa, no prazo improrrogável de trinta dias, contados da publicação dessa lei.

Determina ainda o mesmo artigo, no seu parágrafo 2º, que, não ocorrendo opção, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por quaisquer desses regimes a partir da publicação dessa lei.

No capítulo IV, *Das Incompatibilidades e dos Impedimentos*, o Estatuto estabelece que o exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão (art. 25), não sendo acumuláveis as funções do art. 5º, exceto nos Municípios que não comportarem, em razão do volume dos serviços ou da receita, a instalação de mais de um dos serviços.

Diante da democracia, transparência, justiça e legalidade, acrescenta-se ainda que o notário e o registrador não poderão praticar pessoalmente qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau.

São tidas como *infrações disciplinares* a inobservância das prescrições legais e normativas; a conduta atentatória às instituições notariais e de registro; a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência; a violação do sigilo profissional e o não-cumprimento de quaisquer dos seus deveres.

Pelas infrações praticadas, os notários e os oficiais de registro estão sujeitos às *penas* de repreensão no caso de falta grave; multa na reincidência ou infração que não configure falta mais grave; suspensão por noventa dias, prorrogáveis por mais trinta em caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave e perda da delegação. A *perda da delegação* dependerá: *a*) de sentença judicial transitada em julgado; ou, *b*) de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

A *extinção da delegação* ocorrerá pela morte do titular delegado, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia e perda. Na hipótese da aposentadoria, fica assegurado o direito de percepção de proventos de acordo com a legislação que anteriormente os regia, desde que tenham mantido as contribuições nela estipuladas até a data do deferimento do pedido ou da concessão (legislação previdenciária).

O Estatuto Notarial e Registral, ao tratar da *Fiscalização pelo Poder Judiciário*, diz que será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos (art. 37).

Na circunstância de o Juiz verificar a existência de crime de ação pública, remeterá ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

O Juiz competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e

de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequação e melhor prestação desses serviços, observados, também, os critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (art. 38).

Na circunstância de *apuração de faltas* imputadas a notários ou a oficiais de registro, em que for necessário o afastamento do titular do serviço, poderá ele ser suspenso, preventivamente, pelo prazo de noventa dias, prorrogáveis por trinta dias. O juízo competente designará *interventor* para responder pela serventia, quando o substituto também for acusado das faltas ou quando a medida se revelar conveniente para os serviços (Lei nº 8.935/94, art. 36).

No transcurso do período de afastamento, o titular perceberá metade da renda líquida da serventia; a outra metade será depositada em conta bancária especial, com correção monetária. Absolvido o titular, receberá o montante dessa conta; condenado, caberá esse montante ao interventor (art. 36, § 2º e 3º).

## 7. Conclusão

O Poder Público transfere administrativamente a execução dos serviços públicos dos cartórios aos tabeliães e registradores oficiais, nos quais os serviços públicos são realizados por meio de uma delegação legal.

O contrato de concessão cria, portanto, direitos e obrigações individuais para as partes acordadas. Pela concessão, o serviço público continua sendo público (União, Estado ou Município) com direito de explorá-lo diretamente ou indiretamente, delegando apenas sua execução, conforme as condições legais ou contratuais, respeitando a regulamentação e fiscalização do Poder Público que é concedente.

É um Acordo Administrativo, bilateral, oneroso, cumulativo e *intuitu personae*, com vantagens e encargos recíprocos, sendo que a qualquer momento, durante a vigência do

pactuado, o serviço delegado poderá ser retomado pelo Poder Delegante, mediante indenização, conforme previsão contratual.

Pela *Constituição Federal/88, art. 236*:

“Os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei Federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

*Os serviços públicos delegados a particulares são:* concessionários, permissionários e autorizados.

*CF/88, art. 175:* “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”. E no parágrafo único consta que a lei disporá sobre: “I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

*A Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994:* vem regulamentar o art. 236 da *CF/88, dispondo sobre os serviços notariais e de registro*, estabelecendo, para tanto, que os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos (art. 22); a responsabilidade civil inde-

pende da criminal (art. 23); sendo que a responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública (art. 24), especificando, no seu parágrafo único, que a individualização prevista no *caput* não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil.

Os tabeliães e registradores públicos que exercem atribuições delegadas pelo Poder Público, apesar de serem particulares, são considerados servidores públicos *sui generis*, em face da função pública que exercem, da fé pública dos atos praticados pelos mesmos, da exigência e obrigatoriedade da submissão a concurso público, da criação do cargo por lei, da remuneração por meio de custas e emolumentos fixados pelo Poder Judiciário de cada Estado, além do controle e fiscalização permanente do Poder Judiciário.

A obrigação é de resultado, pois requer a observância rigorosa dos dispositivos legais vigentes quando da realização dos atos cartorários, estabelecidos pelo Estado, devendo produzir o resultado desejado para que tenham existência, validade e eficácia no mundo jurídico.

Quanto aos empregados dos cartórios, são celetistas, escolhidos e contratados conforme critérios dos tabeliães e oficiais dos registros, ficando estes responsáveis pelos atos de seus empregados, em face da realização dos serviços públicos delegados; entretanto, os patrões poderão ajuizar ação contra os seus empregados quando agirem de forma dolosa ou culposa.

A natureza jurídica da responsabilidade dos serviços notariais e de registros é *extracontratual*, com raríssimas exceções, uma vez que o tabelião e o registrador público devem-se limitar a cumprir os dispositivos legais em vigência, observando todas as formalidades legais para a validade e eficácia dos atos praticados, sendo que o interessado na prestação dos serviços deverá apresentar todos os documentos, testemunhas e recolher os valores necessários para a efeti-

vação dos atos pretendidos; portanto, não há de se falar em acordo de vontades para lavratura de escritura pública, de testamento, de registros de nascimento ou casamento, para autenticação ou reconhecimento de firmas, mas, sim, de estrita observância dos requisitos legais necessários para efetivação dos atos requeridos e legalmente previstos para que tenham existência, validade e eficácia no mundo jurídico.

Os notários e registradores, pelo fato de serem considerados servidores públicos, trazem como conseqüência o fato de que o Poder Público responderá direta e objetivamente (responsabilidade objetiva) por eventuais danos causados (art. 37, § 6º, da CF/88), porém, responderão estes, perante o Estado, em ação regressiva, quando demonstrada a existência de culpa ou dolo no prejuízo causado a terceiros (responsabilidade subjetiva).

O prejudicado poderá ingressar com ação de Responsabilidade Civil de duas formas distintas, no caso: a) *diretamente contra o Estado*, conforme responsabilidade objetiva consagrada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, portanto, independentemente de culpa (*lato sensu*), bastando apenas o dano e o nexo de causalidade entre o ato danoso e o serviço prestado, cabendo ao Estado o direito de ação regressiva contra o agente causador do dano nos casos de culpa ou dolo do mesmo ou, b) *diretamente contra o notário ou registrador*, desde que o autor da ação prove a culpa ou dolo deste, logo será responsabilidade subjetiva (Código Civil, art. 159).

Reitere-se, por relevante, que existem aspectos negativos e positivos quanto ao ajuizamento da ação contra o Estado ou contra o notário ou registrador, uma vez que, ajuizada a ação diretamente contra o Estado, o autor possui a vantagem de a responsabilidade ser objetiva; no caso, não há necessidade de provar a culpa, trazendo como desvantagem o aspecto de que as ações ajuizadas contra a Fazenda Pública gozam de prazos diferenciados (quádruplo para contes-

tar e dobro para recorrer – art. 188 do CPC), bem como estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, II, do CPC) e, ainda, deverão ser executadas nos termos e limites do artigo 730 do Código de Processo Civil, ou seja, execução por meio de precatório. Tratando-se, contudo, de ação ajuizada diretamente contra o tabelião, a parte possui como desvantagem o aspecto de que deverá provar a culpa (responsabilidade subjetiva) e como vantagem a inexistência de prazos diferenciados, ou de remessa de ofício, além de ser a execução normal. Caberá à parte, em cada caso concreto, consultar um profissional para que analise as provas que possui, bem como a solvência do notário ou registrador e, diante de tais fatos e considerações, optar pelo procedimento que lhe pareça mais favorável.

#### Notas

- <sup>1</sup> Santos, 1987-1988, p. 140.
- <sup>2</sup> Peraro, 1997, p. 212.
- <sup>3</sup> Peraro, p. 221-222.
- <sup>4</sup> Peraro, p. 230.
- <sup>5</sup> Cotrim Neto, 1973, p. 118-9.
- <sup>6</sup> Rodrigues, 1995, v. 4, p. 7.
- <sup>7</sup> Diniz, 1987, v. 7, p. 22.
- <sup>8</sup> Meirelles, 1995, p. 337.
- <sup>9</sup> Tarifa: custo fixado; lista de preços; registro de valor especial de um gênero.
- <sup>10</sup> Meirelles, op. cit., p. 352.
- <sup>11</sup> Diogenes, 1993, p. 123.
- <sup>12</sup> Meirelles, op. cit., p. 76.
- <sup>13</sup> Pereira, 1990, p. 180-181.
- <sup>14</sup> Erpen, 1986, p. 10, 17 e 19.
- <sup>15</sup> Citado por Pereira, 1996, p. 168.
- <sup>16</sup> Pereira, op. cit., p. 171.
- <sup>17</sup> Cretella Júnior, 1980, p. 5.
- <sup>18</sup> Erpen, op. cit., p. 12-15.
- <sup>19</sup> Diniz, op. cit., p. 210.
- <sup>20</sup> Meirelles, op. cit., p. 76.
- <sup>21</sup> Ceneviva, 1995, p. 7.
- <sup>22</sup> Stoco, 1995, p. 46.
- <sup>23</sup> Reis, 1994, p. 18-19.
- <sup>24</sup> Gonçalves, 1995, p. 340.
- <sup>25</sup> Meirelles, op. cit., p. 347.
- <sup>26</sup> Reis, op. cit., p. 17.
- <sup>27</sup> Monteiro Júnior, 1997, p. 100.



## Bibliografia

- CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1997.
- . A Lei dos notários e registradores. *Revista Jurídica*. [S. l. : s. n.], n.12, jun. 1995. Doutrina, p. 3-15.
- Código Civil TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de, SANTOS WIN DT, Márcia Cristina Vaz dos (comp.). 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- Constituição da república federativa do Brasil: 5 de Outubro de 1988 OLIVEIRA, Juarez de. (org.). 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.
- COTRIM NETO, A. B. A situação jurídica do notarial brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, ano 10, n. 37, jan./mar. 1973. p. 117-132.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo : Saraiva, 1980.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, v. 7, 1987.
- ERPEN, Décio Antônio. Registros públicos. *Revista dos Tribunais*. [S. l. : s. n.], n. 60, Agosto de 1986. p. 7-22.
- GALIANI, Luiz Antonio. Dos princípios basilares do fôlio real imobiliário. *Revista Jurídica*. [S. l. : s. n.], n. 12, jun. 1995. p. 38-45.
- GASPARIN, Diogenes. *Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1993.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo : [s.n.], 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- PERARO, Maria Adenir. *Farda, saias e batina: a ilegitimidade na Paróquia Senhor Bom Jesus de Cuiabá. 1853-90*. [s.l.]: UFPr, 1997. 333p. (Tese de Doutorado).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- OLIVEIRA, Juarez de (org.) *Registros Públicos*. 9. ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1990.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil : responsabilidade civil*. 14. ed. atual. São Paulo : Saraiva, v. 4, 1995.
- SANTOS, Moacyr Santos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1987-1988.
- STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos notários e registradores (comentários à Lei nº 8.935, de 18.11.1994). *Revista dos Tribunais*. [S. l. : s. n.], ano 84, n. 714, abr. 1995, Doutrina (Cível), p. 45-55.

# O processo de reformulação da Previdência Social brasileira

Meiriane Nunes Amaro

## Sumário

1. Introdução. 2. Reforma constitucional da Previdência Social: o que o Governo queria e o que conseguiu efetivar. 3. Principais mudanças empreendidas (ajustes paramétricos). 3.1. Regime previdenciário dos servidores públicos. 3.2. Regime Geral de Previdência Social (RGPS). 3.3. Regime de previdência privada. 4. Regulamentação da reforma da Previdência Social. 4.1. Previdência privada. 4.2. Instituição do fator previdenciário. 4.3. Contribuições previdenciárias dos servidores inativos e pensionistas. 5. Análise financeira e perspectivas. 5.1. Ajustes paramétricos no sistema previdenciário. 5.2. Perspectivas da previdência privada. 5.3. Repercussões do fator previdenciário. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

Uma retrospectiva do processo de reformulação da previdência social brasileira nos conduz a março de 1995, quando o texto inicial da reforma da previdência foi encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. No ano seguinte, a redação final adotada pela Câmara (julho de 1996), bastante diferente da proposta original, não cumpria o objetivo primordial de tornar o sistema previdenciário financeira e atuariamente viável a longo prazo.

No Senado Federal, a proposição sofreu novas e extensas modificações. Pode-se dizer que o substitutivo do Senado assumiu um caráter intermediário entre as proposições do Governo e da Câmara Federal. Ao contrário da intenção governamental, o

substitutivo manteve o texto constitucional extremamente detalhado, tal qual feito pela Câmara. Contudo, incorporou várias restrições importantes aos planos de benefícios, em especial no âmbito do serviço público.

Tendo em vista as amplas modificações empreendidas, o substitutivo do Senado teve de retornar à Câmara dos Deputados, em outubro de 1997, tendo sido finalmente aprovado em novembro de 1998, embora com importantes e desfavoráveis alterações em pontos considerados fundamentais pelo Governo.

Durante esse período, foram intensos os debates, discussões e reviravoltas no processo de avaliação e definição das mudanças essenciais da previdência social brasileira, hoje inseridas na Emenda Constitucional nº 20, de 1998 – PEC nº 20/98. Ao mesmo tempo, persistiu como pano de fundo o paulatino e crescente desequilíbrio financeiro do sistema previdenciário brasileiro.

Desde então, a instabilidade da economia brasileira frente ao panorama externo adverso tem colocado como imprescindível o controle dos gastos públicos. Isso posicionou a aprovação da reforma da previdência social como ponto primordial e urgente da agenda política nacional, o que continua a ocorrer no processo de regulamentação em curso.

Com efeito, urge que tal regulamentação seja efetivamente satisfatória, de forma a permitir que os caminhos abertos pela reforma constitucional venham a ser trilhados, concretizando-se em mudanças que permitam o equilíbrio de longo prazo do sistema.

O presente trabalho busca apresentar um panorama global da reforma da previdência social, com destaque nas principais mudanças empreendidas no texto constitucional como resultado da promulgação da PEC nº 20/98. Tal panorama é complementado pela análise do recente, e em curso, processo de regulamentação da matéria, bem como por alguns comentários acerca da situação das contas previdenciárias e sobre as principais perspectivas do sistema a longo prazo.

De modo a fornecer um quadro geral das modificações empreendidas, apresenta-se, inicialmente, uma visão abrangente da proposta de emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional.

A seguir, as mudanças mais relevantes são abordadas, subdivididas nas três distintas áreas contempladas pela reforma: o regime previdenciário dos servidores públicos, principal alvo das alterações; o regime geral de previdência social – RGPS; e o regime de previdência privada.

Na parte relativa à regulamentação da reforma constitucional, são analisados projetos de lei e de emenda constitucional apresentados pelo Governo, em 1999, e importante lei sobre a matéria.

Por fim, compõem os comentários finais um quadro geral da situação financeira do sistema de previdência social brasileiro e algumas conjecturas acerca dos rumos do sistema no longo prazo.

## *2. Reforma constitucional da Previdência Social: o que o Governo queria e o que conseguiu efetivar*

Inicialmente, a coordenada central das propostas acerca da reformulação da previdência brasileira era a unificação dos regimes previdenciários dos servidores públicos e dos trabalhadores da iniciativa privada e a criação de dois sistemas gerais: um básico e unificado, com benefícios limitados a valor inferior ao atual teto dos benefícios previdenciários (cerca de dez salários mínimos), e outro complementar, destinado a atender àqueles com remuneração superior ao valor máximo estabelecido no regime básico.

Tal concepção baseava-se em estudos e indicações de técnicos e instituições internacionais, que aconselhavam para o Brasil uma mudança estrutural de seu sistema previdenciário, que deveria passar a se pautar em um sistema de três pilares:

(a) um básico, de limite próximo a três salários mínimos e baseado no regime de repartição;

(b) um complementar, mas também obrigatório, que contemplaria os segurados com renda de até dez salários mínimos, calculado no regime de capitalização;

(c) um terceiro, voluntário, também baseado na capitalização de contas individuais, destinado a cobrir os trabalhadores com remunerações mais elevadas (fundos de pensão que, na realidade, já existem no Brasil).

Tal configuração deveria abranger todos os trabalhadores, o que implicava o fim do regime de previdência dos servidores públicos.

Todavia, ao longo do processo de análise e discussão da matéria, tal coordenada provou ser implausível, seja do ponto de vista político seja do financeiro. No primeiro caso, havia o poder de influência dos *lobbies* corporativos. No segundo, o elevado custo financeiro da transição entre o sistema previdenciário vigente e o novo, em especial num ambiente de sérias restrições fiscais.

Assim, pressionado pela perspectiva concreta de déficits orçamentários crescentes, o Governo encaminhou ao Congresso, em março de 1995, uma proposta de reforma da previdência social que buscou o caminho mais factível para sua aprovação: manutenção dos três principais regimes – dos trabalhadores da iniciativa privada, dos servidores públicos civis e dos servidores militares – mas sujeitos a regras uniformes (embora com importantes exceções). Isso significou a continuidade do modelo de dois pilares: o primeiro representado pelo regime geral de previdência social – RGPS e os regimes próprios dos servidores públicos; o segundo constituído pela previdência privada.

Ademais, a proposta governamental retirava da Constituição os detalhamentos dos regimes existentes (desconstitucionalização), restringia os planos de benefícios e exigia contribuições de aposentados e pensionistas. Vale mencionar que a “desconstitucionalização” de grande parte da matéria, ou seja, a transferência de várias normas para legislação infraconstitucional,

buscava facilitar sua futura adaptação às necessidades de natureza fiscal, tendo em vista o menor *quorum* exigido para aprovação de leis. É exemplo a exclusão, do texto constitucional, das regras de concessão dos benefícios do RGPS (um dos poucos itens eliminados da Constituição e que, conforme analisar-se-á adiante, abriu caminho para importantíssimo avanço no processo de regulamentação da reforma).

Em grandes linhas, a proposição do Governo buscava, entre outros objetivos, cumprir um fim básico: tornar o sistema previdenciário financeira e atuarialmente viável a longo prazo. Nesse contexto, muitas restrições eram impostas aos regimes de previdência.

Após o longo processo de tramitação da matéria na Câmara e no Senado Federal, muitos pontos da proposta do Governo não conseguiram ser aprovados, não se concretizando, inclusive, a intenção de “desconstitucionalização” da matéria. Com efeito, o texto final da emenda constitucional ficou ainda mais detalhado do que o da Constituição de 1988.

A emenda, aprovada em dezembro de 1998, manteve os regimes de previdência existentes, igualando algumas regras válidas para o RGPS e para os regimes próprios de previdência dos servidores públicos. O regime das Forças Armadas, entretanto, foi mantido intacto.

Não obstante, vários avanços foram alcançados. Entre os principais, pode-se destacar a introdução na Constituição de dispositivos (tanto novos como originalmente propostos pelo Governo) direcionados a reduzir, no médio e longo prazos, os gastos do Tesouro Nacional com a folha de pagamento de servidores inativos e pensionistas, valendo citar:

a) imposição de dez anos de serviço público para habilitação a aposentadorias programáveis e de cinco anos no cargo ocupado;

b) fim da acumulação de aposentadorias, bem como impossibilidade de aumento

de renda quando da passagem do servidor para a inatividade;

c) restrições à acumulação de aposentadoria e salário e imposição de teto a qualquer rendimento oriundo dos cofres públicos; e, de grande relevância,

d) imposição de idade mínima para aposentadoria integral por tempo de contribuição.

A possibilidade de criação de fundos de pensão federal, estaduais e municipais representou outra inovação fundamental nesse contexto. Em tais casos, as regras especiais e mais favoráveis dos regimes de previdência dos servidores públicos aplicar-se-ão apenas aos servidores com renda inferior ao teto de benefícios do RGPS.

Abrangendo tanto o regime dos servidores quanto o RGPS, pode-se mencionar a extinção da aposentadoria proporcional por tempo de serviço e a redução do elenco de professores a ser contemplado com aposentadoria especial.

Cabe sublinhar que a substituição da aposentadoria por tempo de serviço pela aposentadoria por tempo de contribuição resultou quase inócua, já que foram ressalvados vários casos em que, mesmo sem a comprovação de contribuição, o tempo de serviço deve ser considerado como tal.

Do lado do financiamento do sistema previdenciário, ficou estabelecida a vinculação da receita decorrente da contribuição dos segurados e dos empregadores incidente sobre a folha de pagamentos exclusivamente para pagamento de benefícios do RGPS.

Outro aspecto da maior importância foi a abertura do seguro de acidentes do trabalho para o setor privado.

No que concerne à previdência privada, grande foco de atenção na atual regulamentação da reforma constitucional, novas exigências e diretrizes para funcionamento foram incorporadas. Contudo, as principais inovações se deram no âmbito dos fundos de pensão patrocinados por entes públicos, sendo exemplos a manutenção da proposta

do Governo de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado e a exigência de ajustes destinados a garantir o equilíbrio atuarial desses fundos.

É importante destacar que ficou definida, no texto da Emenda 20, a preservação dos direitos adquiridos daqueles que, até a data de sua publicação, tivessem cumprido os requisitos para obter aposentadoria e pensão. Além disso, ficou estabelecido que a concessão desses benefícios deveria basear-se na legislação em vigor na época da aquisição do direito.

Por fim, sublinhe-se que o texto final da Emenda deixou de contemplar pontos importantíssimos, os dois primeiros incluídos no substitutivo do Senado Federal e rejeitados pela Câmara dos Deputados:

(a) limites de idade nas regras da aposentadoria por tempo de contribuição dos trabalhadores da iniciativa privada;

(b) incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões no âmbito do setor público e a aplicação de um redutor (de até 30%) sobre as aposentadorias e pensões dos servidores com maior remuneração;

(c) desvinculação entre os reajustes salariais dos servidores ativos e os reajustes das aposentadorias e pensões no âmbito do setor público.

### *3. Principais mudanças empreendidas (ajustes paramétricos)*

Apresentado o panorama global da PEC nº 20, cabe analisar os tópicos mais relevantes no contexto das alterações empreendidas, quais sejam:

- mudanças no regime previdenciário dos servidores públicos;

- mudanças no regime geral de previdência social – RGPS;

- novos dispositivos sobre o regime de previdência privada, em especial alterações nos fundos de pensão vinculados a entes públicos.

Sobre cada tema, procura-se realçar as principais diferenças entre as regras até então vigentes e os novos dispositivos constantes da PEC nº 20, apresentando quadros que sintetizam as alterações empreendidas, acompanhados dos comentários pertinentes.

### 3.1. Regime previdenciário dos servidores públicos

A maioria dos dispositivos constitucionais modificados na área do serviço público seguiu a premissa básica de redução de despesas, embora tenham cumprido, acessorariamente, o objetivo de aproximar os requisitos e critérios vigentes para o regime de previdência dos servidores públicos civis e para o RGPS.

As principais mudanças são agrupadas nos quadros relativos aos seguintes temas:

- aposentadoria por tempo de serviço;
- restrições à acumulação de remunerações e proventos de aposentadoria;
- fixação do valor das aposentadorias e pensões e contribuições dos servidores inativos e pensionistas;
- regime de previdência complementar para servidores públicos.

É importante lembrar que a previdência dos militares não foi alterada, não se aplicando a eles as novas regras relativas aos servidores civis. Ademais, após recente aprovação da Emenda Constitucional nº 18, os militares – membros das Forças Armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares – passaram a ser considerados tão-somente militares da União, dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, deixando de ser enquadrados como servidores públicos.

Tabela 1 – Aposentadoria por tempo de serviço

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
<p><i>Servidores em geral:</i> – <i>integral:</i> aos 35 anos de serviço, se homem, e aos 30, se mulher;</p>	<p><i>Servidores em geral:</i> – <i>integral:</i> aos 35 anos de contribuição e 60 de idade, se homem, e aos 30 anos de contribuição e 55 de idade, se mulher, desde que o servidor tenha cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria. <i>Nas regras transitórias:</i> acréscimo no tempo de contribuição equivalente a 20% do tempo ainda por cumprir para atingir 35 anos de contribuição, se homem, ou 30, se mulher. Cumulativamente, idade mínima de 53 anos, se homem, e 48, se mulher, e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. Observada a proibição de contagem fictícia, o tempo de serviço cumprido até que a lei discipline a matéria deve ser considerado tempo de contribuição.</p>
<p>– <i>proporcional:</i> aos 30 anos de serviço, se homem, e aos 25, se mulher.</p>	<p>– <i>proporcional:</i> eliminado das regras permanentes. <i>Nas regras transitórias:</i> acréscimo no tempo de contribuição equivalente a 40% do tempo ainda por cumprir para atingir 30 anos de contribuição, se homem, ou 25, se mulher. Cumulativamente, idade mínima de 53 anos, se homem, e 48, se mulher, e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.</p>
<p><i>Professores:</i> – integral após 30 anos de efetivo exercício de função de magistério, se professor, e após 25, se professora.</p>	<p><i>Professores:</i> – ficou mantido o benefício, somente para professores que exerçam funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Deles, exige-se, além do tempo de contribuição, idade de 53 anos, se professor, e 48, se professora. Na transição, todos os professores podem optar pelas regras estabelecidas para os demais trabalhadores, sendo que o seu tempo de magistério até a publicação da Emenda deve ser contado com acréscimo de 17%, se professor, e de 20%, se professora.</p>

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
<p><i>Magistrados e membros do Ministério Público e Tribunal de Contas:</i> – integral aos 30 anos de serviço e 5 anos de efetivo exercício da judicatura.</p>	<p><i>Magistrados e membros do Ministério Público e Tribunal de Contas:</i> – aplicam-se as mesmas regras definidas para os servidores públicos civis, sendo que, no caso de aposentadoria pelas regras transitórias, se homem, o seu tempo de serviço exercido até a data da publicação da Emenda deve ser contado com acréscimo de 17%.</p>

A aposentadoria por tempo de serviço, inexistente em quase todos os países do mundo, é, sem dúvida, o benefício mais visado em qualquer reforma previdenciária. Não só devido ao seu custo elevado, decorrente da ampliação do tempo de gozo do benefício, como também porque favorece basicamente apenas os trabalhadores melhor situados no mercado de trabalho, com empregos formais e duradouros o suficiente para permitirem a comprovação do tempo de serviço exigido.

A reforma da previdência não extinguiu esse benefício, mas o restringiu, eliminando a aposentadoria proporcional, ou seja, com menor tempo de serviço, e impondo, para a integral, limite de idade e comprovação de tempo de contribuição, ao invés de tempo de serviço.

Observe-se que todas as restrições impostas à concessão desse benefício contribuem para a redução das despesas previdenciárias a médio e longo prazos, tendo em vista que forçam o adiamento do pedido de aposentadoria, diminuindo o tempo de seu usufruto.

A exigência da carência de dez anos no serviço público para a concessão de aposentadoria também visa impedir que pessoas que sempre trabalharam no setor privado, tendo, portanto, contribuído para a previdência social com base em salário de contribuição de valor limitado (em torno de dez salários mínimos), ingressem no serviço público, nos últimos anos de atividade, requerendo aposentadoria, pouco depois, graças à contagem recíproca de tempo de contribuição. Nesses casos, principalmente quando o cargo público ocupado é de mais alta remuneração, é totalmente inadmissível, sob o ponto de vista da coletividade, a dispari-

dade entre as contribuições realizadas, necessariamente limitadas devido às regras da previdência social, e o montante recebido de aposentadoria e pensão, cujo cálculo do valor toma por base a remuneração integral do servidor. Assim, a carência de dez anos cumpre o objetivo de evitar tal situação, permitindo que as contribuições sejam mais compatíveis com o benefício previdenciário.

Essa lógica, ressalte-se, aplica-se também à exigência de cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, pois, tendo o benefício como referência para o seu valor apenas a remuneração desse cargo, e não toda a vida contributiva do servidor, garante-se que, pelo menos durante esse tempo, as contribuições sejam mais compatíveis com o valor do benefício.

Por fim, vale mencionar que também favorece uma maior correlação entre as contribuições e o retorno obtido com o recebimento de benefício a proibição imediata de contagem de tempo de serviço fictício (como a licença-prêmio em dobro) para fins de aposentadoria e pensão.

A proibição explícita de acumulação de proventos também se insere no contexto de contenção de gastos públicos. Contudo, o mesmo não é verdade no que concerne à vedação de acumulação de proventos com remuneração de cargo. Isso porque o cargo que deixar de ser ocupado por um servidor aposentado possivelmente passará a sê-lo por outro servidor que ingresse no serviço público. Assim, em termos de redução de gastos, o impacto tenderá a ser mínimo.

Outra questão relevante é a seguinte: no caso da imposição de teto ao valor total decorrente da acumulação de mais de um provento de aposentadoria ou deste com remuneração

neração de cargo público, ao não se excetuarem os casos constituídos, até a data da publicação da emenda, que decorram do exercício de cargos constitucionalmente acumuláveis, abriu-se caminho para questionamentos jurídicos que reivindiquem o respeito aos direitos adquiridos.

O contrário ocorre ao se excetuarem da vedação de percepção simultânea de proventos e remuneração os inativos que, até a publicação da emenda, tivessem ingressado novamente no serviço público. Com isso, a PEC assegurou a esses servidores um direito até então considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF. De qualquer forma, vale adicionar que alteração da Lei nº 8.112/90 passou a vedar, para os novos servidores, a acumulação de proventos e remuneração.

Por fim, ressalte-se que a imposição de teto de rendimentos é uma questão bastante complicada. Atualmente, todas as vantagens pessoais estão fora desse limite máximo, de acordo com jurisprudência firmada pelo STF. Assim, inúmeros são os casos em que tal limite é ultrapassado. De qualquer forma, a reforma administrativa recentemente promulgada visou resolver tal questão, embora ainda dependa de legislação complementar para que os novos dispositivos relacionados à matéria entrem em vigor.

O Senado havia aprovado a instituição de um redutor de até 30% que seria aplicado sobre a remuneração que serve de base para o cálculo dos proventos de aposentadoria e pensão do servidor e seus dependentes. Esse redutor, no entanto, só atingi-

Tabela 2 - Restrições à acumulação de remunerações e proventos de aposentadoria

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
Existência de teto para o valor de cada remuneração e provento, considerado individualmente.	Aplicação do teto à soma total dos proventos, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos e de atividades sujeitas a contribuição para a Previdência, bem como ao montante resultante da adição de proventos com remuneração de cargo acumulável na forma da Constituição, cargo em comissão e de cargo eletivo. Obs.: O teto também ficou estabelecido na reforma administrativa recentemente aprovada. Além disso, nas duas reformas, além de não haver regra de transição, não se reconheceu, em princípio, direito adquirido nesse aspecto.
De acordo com o STF, era inconstitucional a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os acumuláveis na forma da Constituição.	Proibição de acumulação de proventos (incluindo-se os proventos dos militares) e remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvando-se os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração e os cargos eletivos. Obs.: A vedação não se aplicou àqueles que, até a publicação da Emenda, tivessem ingressado novamente no serviço público, embora seus rendimentos totais sujeitem-se a teto.
De acordo com o STF, é inconstitucional a percepção de proventos de aposentadoria referentes a mais de um cargo, emprego ou função pública, ressalvados os acumuláveis na forma da Constituição.	Proibição de percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência do servidor público (ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição), bem como de inscrição de servidor no RGPS. Obs.: Não houve regra de transição para os direitos em processo de aquisição, mas foram respeitados os direitos adquiridos, embora com rendimentos totais sujeitos a teto.



Tabela 3 – Fixação do valor das aposentadorias e pensões e contribuições dos servidores inativos e pensionistas

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
<i>Fixação das aposentadorias e pensões:</i> Nenhuma restrição.	<i>Fixação das aposentadorias e pensões:</i> As aposentadorias e as pensões, por ocasião de sua concessão, não podem exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.
<i>Contribuições de aposentados e pensionistas:</i> Havia controvérsia acerca da constitucionalidade da incidência de contribuições previdenciárias por parte de servidores inativos e pensionistas.	<i>Contribuições de aposentados e pensionistas:</i> Não é permitida a incidência. Assim, servidores inativos e pensionistas continuam sem contribuir para seus regimes de previdência. Contudo, agora a vedação é constitucional, de acordo com o STF.

ria os servidores com remuneração acima do valor máximo dos benefícios da previdência social, fixado na redação original do substitutivo do Senado em R\$ 1.200,00. Dessa forma, e tendo em vista o objetivo central de conter gastos com inativos e pensionistas, com destaque para os oriundos de proventos e pensões de maior valor, buscava-se assegurar aos servidores de menor remuneração um tratamento mais próximo do dispensado aos trabalhadores do setor privado, que não estariam sujeitos a esse redutor, mas também não poderiam receber mais do que aquele valor. Contudo, o redutor foi suprimido pela Câmara dos Deputados.

De qualquer forma, cabe sublinhar que tal redutor havia sido fixado pelos senadores, por pressão do Governo, para compensar a permanência, no texto constitucional, da paridade entre os reajustes dos rendimentos dos servidores ativos e dos inativos e pensionistas, que não teve condições políticas de ser eliminada, embora fosse uma das principais metas iniciais do Executivo.

De acordo com o Governo, tal eliminação era importante em vista da expressiva repercussão financeira desse dispositivo. Isso porque implica que qualquer revisão na remuneração dos ativos, inclusive aumento real decorrente de transformação ou reclassificação de cargo, tem de ser repassada aos correspondentes servidores inativos

e aos pensionistas. Assim, além de desestimular a melhoria de carreiras específicas, a mencionada paridade tem feito com que os gastos com a folha de pagamento dos aposentados e pensionistas cresçam substancialmente, já sendo praticamente idênticos aos dos servidores ativos.

Assim, o único dispositivo aprovado no contexto da fixação dos proventos e pensões foi o que veda que o valor desses benefícios, por ocasião de sua concessão, ultrapasse a remuneração do servidor quando em atividade, situação bastante onerosa para os cofres públicos e que era realidade até então. Sublinhe-se que tal dispositivo ainda vige para os militares.

Outra proposta do Poder Executivo que não passou pelo crivo do Congresso Nacional foi a obrigatoriedade de recolhimento de contribuições previdenciárias por parte de servidores aposentados e pensionistas. Aqui, o objetivo governamental era, mais uma vez, aumentar a arrecadação do Tesouro Nacional. O argumento era o seguinte: não é justo, do ponto de vista social, nem financeiramente sustentável, que a aposentadoria e a pensão, ao basearem-se na remuneração integral do servidor ativo e não serem objeto de recolhimento previdenciário, superem, em termos líquidos, essa remuneração. Além disso, o regime financeiro que vige, no âmbito da previdência do setor público, é o de repartição simples, em

que os servidores ativos contribuem para pagar as aposentadorias e pensões dos inativos e pensionistas, e não o da capitalização, que implicaria a formação de poupança individual para usufruto posterior. Assim, não cabe argumentar que haveria uma apropriação indevida das contribuições porque elas não dariam direito a um novo benefício. Na realidade, os inativos e pensionistas estariam contribuindo para custear seus próprios benefícios correntes.

No Senado, na tentativa de aprovar a medida, decidiu-se que as contribuições incidiriam apenas sobre aposentadoria e pensão de valor igual ou superior ao teto de benefícios da previdência social (na época, equivalente a R\$ 1.200,00). Desse modo, a maior parte dos servidores e pensionistas continuaria isenta, além de, mais uma vez, conferir-se tratamento equânime entre eles e os trabalhadores da iniciativa privada, que não têm de contribuir para a previdência social e estão sujeitos ao mesmo limite.

Todavia, a proposta foi rejeitada pela Câmara dos Deputados por ter sido considerada inconstitucional. Conforme verificar-se-á adiante, a importância da questão fez com que o Governo não desistisse e enviasse ao Congresso Nacional, no ano seguinte, as seguintes proposições:

– primeiro, um projeto de lei sobre o as-

sunto, que, transformado em lei, foi posteriormente julgado inconstitucional;

– a seguir, nova proposta de emenda constitucional explicitando claramente como devidas as contribuições previdenciárias dos servidores inativos e dos pensionistas, que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.

Para os servidores que ingressem na Administração Pública após a publicação da emenda constitucional, as mudanças tendem a ser muito mais significativas do que as até aqui mencionadas. Isso porque, no processo de discussão e votação da matéria, o Governo conseguiu introduzir dispositivo que certamente significará mudança radical no escopo do regime de previdência do servidor público, embora a mídia e muitos observadores e analistas não tenham a ele dispensado a atenção devida.

Trata-se do dispositivo que prevê que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus servidores, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas de acordo com as regras específicas para os servidores públicos, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (fixado pela emenda em R\$ 1.200,00, sujeito a atualização monetária).

Tabela 4 – Regime de previdência complementar para servidores públicos

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
Nenhuma referência sobre o assunto.	<p>A União, os estados, o DF e os municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para seus servidores, poderão fixar, para as aposentadorias e pensões a serem concedidas, o mesmo limite máximo estabelecido para os benefícios da previdência social. Ou seja, desde que criem o regime complementar, podem eliminar a aposentadoria e pensão integrais.</p> <p>Obs.: Essa situação só se aplica ao servidor que ingresse no serviço público após a publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar, que, por seu turno, só pode ser instituído depois da vigência da lei complementar que deverá dispor sobre o assunto. Para os demais servidores, a aplicação da nova sistemática só pode ocorrer mediante sua prévia opção.</p>

Tal possibilidade abriu caminho para o fim da aposentadoria e pensão de valor permanentemente igual à remuneração percebida pelo servidor quando em atividade, para todos aqueles que perceberem mais de R\$ 1.200,00. Ou seja, para tais servidores, representará o fim da principal vantagem do regime previdenciário do servidor público.

Em outras palavras, ficou previsto o estabelecimento de um sistema semelhante ao vigente no âmbito do RGPS: benefícios sujeitos a um teto, correspondente a menos de dez salários mínimos. Rendimentos adicionais, somente se oriundos da previdência complementar. Nesse último caso, cabe ressaltar que os planos a serem instituídos dificilmente garantirão a percepção dos rendimentos médios auferidos pelo servidor quando em atividade. Com efeito, os planos de previdência a serem criados certamente serão baseados no sistema de “contribuição definida”, em que benefícios futuros dependem da capitalização das contribuições, ao invés de “benefício definido”, em que o valor dos benefícios é garantido independentemente do montante acumulado nas contas individuais. Isso porque o primeiro sistema é muito mais apropriado à garantia de equilíbrio de longo prazo dos fundos de pensão.

Adicionalmente, cabe ressaltar que a recente reforma administrativa (Emenda Constitucional nº 18) permitirá a contrata-

ção de servidores públicos pelo regime celetista (carreiras não típicas de governo). Com isso, o Estado poderá contar com fator adicional de redução de gastos futuros com a folha de pagamento de servidores inativos e pensionistas.

Entretanto, na medida em que as novas sistemáticas só serão aplicadas, obrigatoriamente, aos novos empregados que ingressem no serviço público depois da regulamentação dos dispositivos constitucionais, bem como da instituição dos correspondentes planos de previdência complementar, a repercussão somente será verificada no longo prazo.

Por fim, ressalte-se que a previsão de implementação da previdência complementar no âmbito do setor público foi reforçada por outro dispositivo: o que permite a constituição, pela União, estados, DF e municípios, de fundos – integrados por ativos, recursos dos respectivos tesouros e recursos provenientes de contribuições – destinados ao pagamento de aposentadorias e pensões concedidas aos respectivos servidores.

### 3.2 - Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

As regras referentes à previdência social sofreram menores alterações do que as dos servidores públicos, embora possam ser identificados alguns pontos relevantes, discriminados na tabela a seguir.

Tabela 5 – Regime Geral de Previdência Social

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
<i>Financiamento da seguridade social:</i> Contribuições sobre a folha de salários direcionadas à seguridade social (previdência social, saúde e assistência social).	<i>Financiamento da seguridade social:</i> Veda a utilização das contribuições dos segurados e das empresas incidentes sobre a folha de salários e demais remunerações do trabalho para outro fim que não o pagamento de benefícios previdenciários.
<i>Aposentadoria por tempo de serviço:</i> <i>Trabalhadores em geral:</i> – “integral” <sup>(*)</sup> : aos 35 anos de trabalho, se homem, e aos 30, se mulher;	<i>Aposentadoria por tempo de serviço:</i> <i>Trabalhadores em geral:</i> – “integral” <sup>(*)</sup> : aos 35 anos de contribuição, se homem, e aos 30 anos de contribuição, se mulher. <i>Nas regras transitórias:</i> acréscimo no tempo de contribuição equivalente a 20% do tempo ainda por cumprir para atingir 35 anos de contribuição, se homem, ou 30, se mulher. Cumulativamente, idade mínima de 53 anos, se homem, e 48, se mulher.

Tabela 5 – Regime geral de Previdência Social (cont.)

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
<p>– <i>proporcional</i>: aos 30 anos de trabalho, se homem, e aos 25, se mulher.</p> <p><i>Professores</i>: – integral após 30 anos de efetivo exercício de função de magistério, se professor, e após 25, se professora.</p>	<p>– <i>proporcional</i>: foi extinto.</p> <p><i>Nas regras transitórias</i>: acréscimo no tempo de contribuição equivalente a 40% do tempo ainda por cumprir para atingir 30 anos de contribuição, se homem, ou 25, se mulher. Cumulativamente, idade mínima de 53 anos, se homem, e 48, se mulher.</p> <p><i>Professores</i>: – ficou mantido o benefício somente para professores que exerçam funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.</p> <p><i>Na transição</i>, eles podem optar pelas regras estabelecidas para os demais trabalhadores, sendo que o seu tempo de magistério até a publicação da Emenda será contado com um acréscimo de 17%, se professor, e de 20%, se professora.</p>
<p><i>Acidentes do trabalho</i>: É direito dos trabalhadores seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador. A previdência social deve atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez e morte, incluídos os resultantes de acidente do trabalho.</p>	<p><i>Acidentes do trabalho</i>: Manteve o direito dos trabalhadores ao seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, retirando a menção à sua cobertura pela previdência social. Novo dispositivo passou a determinar que a cobertura do risco de acidente do trabalho deverá ser atendida <i>concorrentemente</i> pela previdência e pelo setor privado.</p>

<sup>(\*)</sup> Na realidade, na previdência social, não há aposentadoria integral, no sentido de igual ao salário do trabalhador, mas a correspondente a 100% do seu salário-de-benefício, ou seja, 100% da média dos seus últimos salários-de-contribuição.

Com relação ao financiamento da previdência social, o aspecto mais relevante é a vinculação da receita oriunda da contribuição dos segurados e empresas sobre a folha de salários ao pagamento de benefícios previdenciários. Não obstante, cabe ressaltar que tal alteração não significa, no contexto atual, folgas financeiras para a previdência, dado que esses pagamentos já consomem todos os recursos provenientes de tal arrecadação.

Quanto à aposentadoria por tempo de serviço, o Governo deu grande ênfase à necessidade de sua substituição pela aposentadoria por tempo de contribuição sujeita a limites de idade. Entretanto, os limites não foram aprovados. Na verdade, eles só constam das regras transitórias para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, tendo sido eliminados das regras permanentes. Assim, o efeito prático foi a eliminação dos quesitos de idade mínima,

já que ninguém optará por regra transitória mais desfavorável do que a estipulada na parte permanente da Constituição.

Além disso, conforme antes mencionado, as exceções estabelecidas acabaram tornando a mudança de tempo de serviço para tempo de contribuição praticamente inócua. Resultado: ficaram praticamente inalteradas as condições para a percepção da aposentadoria por tempo de contribuição para os trabalhadores do setor privado. Com isso, introduziu-se uma diferenciação marcante em comparação com os servidores públicos, para os quais foi mantida a exigência de idades mínimas<sup>1</sup>.

A aposentadoria proporcional, por seu turno, foi eliminada das regras permanentes, continuando válida apenas para aqueles que já participavam do RGPS quando da promulgação da reforma. Para esses últimos, regras de transição mais restritivas foram estabelecidas. Assim, institui-se tra-

tamento diferenciado entre os atuais trabalhadores e aqueles que ingressem no mercado de trabalho após a promulgação da PEC nº 20/98.

Observe-se, também, que, quanto menor o tempo de serviço cumprido, maior o tempo adicional exigido na regra de transição. Assim, como são freqüentes as aposentadorias proporcionais em idades inferiores aos limites estabelecidos, as regras de transição deverão resultar em sensível redução nos pedidos de aposentadorias proporcionais nos primeiros anos após a entrada em vigor da PEC nº 20. Ou seja, implicarão sensível redução de gastos públicos.

Com relação aos benefícios decorrentes de acidentes de trabalho, cabe lembrar que, embora há muitos anos o risco de acidentes laborais seja coberto com exclusividade pela previdência social, nem sempre foi assim. Com efeito, houve períodos em que a concessão de tal benefício era responsabilidade do setor privado.

Desse modo, pode-se afirmar que as mudanças nessa área caminharam no sentido de permitir a volta à privatização do seguro de acidentes de trabalho. Nesse contexto, o dispositivo mais significativo é o que estabelece que a cobertura deve ser atendida concorrentemente pela previdência social e pelo setor privado.

Na medida em que não está mais explícito no texto constitucional que a cobertura de eventos resultantes de acidente do trabalho seja responsabilidade da previdência social, corre-se o risco de que venha a ocorrer a seguinte situação: a quem estiver com cobertura acidentária junto ao setor privado, não mais serão concedidos benefícios pela previdência social se a sua causa for um acidente do trabalho.

Nesse caso, é oportuno lembrar que, na época em que o seguro acidentário era operado apenas pelo setor privado, era comum acidentados não receberem, de imediato, o benefício, principalmente os de valor mais elevado, devido a questionamentos pela seguradora quanto à caracterização ou não

do acidente como acidente do trabalho. Assim, é aconselhável que a regulamentação futura da matéria seja amplamente discutida pela sociedade, a fim de que não se repitam erros do passado.

### *3.3. Regime de previdência privada*

Na área da previdência privada, o objetivo central de redução de gastos públicos também norteou as modificações introduzidas, nesse caso aqueles representados pelos recursos públicos direcionados aos fundos de pensão patrocinados por empresas estatais. Não obstante, a modernização geral do sistema como um todo também foi focalizada.

Nesse contexto, dois dispositivos fundamentais devem ser ressaltados. O primeiro estabelece que os fundos de pensão patrocinados por entidades públicas deverão rever, no prazo de dois anos (a contar da promulgação da PEC nº 20), seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos. Ou seja, impôs-se “disciplina financeira e atuarial” a esses fundos. O segundo, e mais importante, reitera a proposta inicial do Governo de estabelecer a paridade entre as contribuições dos participantes e do patrocinador público.

No caso do último dispositivo, era realmente fundamental que constasse da Constituição, já que esse era o único meio de conseguir limitar os gastos públicos direcionados aos fundos de pensão em funcionamento. Em tais fundos, as regras extremamente generosas de participação do patrocinador estatal estão estabelecidas em contratos entre as partes, e, como tais, não poderiam ser alteradas por legislação infraconstitucional.

A PEC nº 20 estabeleceu que três leis complementares deveriam passar a regular o regime de previdência privada no Brasil:

- (a) uma estabelecendo as regras gerais do sistema;
- (b) outra destinada a fixar regras específicas ao relacionamento entre empresas estatais e seus fundos de pensão; e
- (c) outra dispondo sobre as normas gerais para instituição de regime de previdên-

cia complementar pela União, estados, DF e municípios.

Cabe destacar que os fundos de pensão vinculados ao setor público detêm a maior fatia do patrimônio do sistema de previdên-

cia privada brasileiro e têm sido objeto de elevados gastos que, com efeito, devem ser controlados. Dessa forma, o quadro a seguir enfoca, exclusivamente, os principais dispositivos relacionados a esses fundos.

Tabela 6 – Entidades de previdência privada patrocinadas por entes públicos

Constituição de 1988	PEC nº 20/98
Não há referência sobre o assunto.	Lei complementar disciplinará a relação entre a União, estados, DF ou municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e as respectivas entidades. Obs.: Tal lei aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.
Não há referência sobre o assunto.	Mantida a proposta do Governo de instituir a paridade entre as contribuições dos patrocinadores públicos e dos participantes dos fundos de pensão. Obs.: A paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado deverá vigor no prazo de 2 anos a partir da publicação da Emenda, ou, caso ocorra antes, na data da publicação da lei complementar que disciplinará a relação entre a entidade fechada e seu patrocinador público.
Não há referência sobre o assunto.	As entidades de previdência privada patrocinadas por entes públicos deverão proceder, em 2 anos, ao ajuste atuarial de seus planos de benefícios/serviços a seus ativos. Além disso, ficou prevista pena de intervenção, sendo os dirigentes dos fundos e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis, civil e criminalmente, pelo descumprimento da obrigação.

#### 4. Regulamentação da reforma da Previdência Social

A Emenda Constitucional nº 20, além de ter instituído mudanças imediatas nos regimes de previdência existentes, abriu caminhos para futuras mudanças por intermédio de novas leis sobre a matéria, destinadas a regulamentar diversos dispositivos constitucionais.

Nesse contexto, três projetos de lei do Poder Executivo estão tramitando, desde março de 1999, no Congresso Nacional, todos dispondo sobre matérias relativas ao sistema de previdência privada. Uma lei concernente às regras para fixação das aposentadorias no RGPS foi aprovada em fins de 1999. Adicionalmente, tramita na Câmara dos Deputados projeto de emenda constitucional destinado a estabelecer como de-

vidas as contribuições sociais dos servidores aposentados e pensionistas.

Analisa-se a seguir esses aspectos da evolução recente do processo de reformulação do sistema previdenciário brasileiro.

#### *4.1. Previdência privada*

Existem 353 fundos de pensão no Brasil, com um estoque de recursos da ordem de 11% do Produto Interno Bruto – PIB (R\$ 93 bilhões) e 6,4 milhões de participantes e dependentes. Cerca de 69% desse estoque pertence aos fundos de pensão patrocinados por empresas públicas e o relacionamento entre tais empresas e seus respectivos fundos tem representado importante foco de crescimento do déficit público. Assim, não surpreende que os principais dispositivos relacionados à matéria, na Emenda 20, estejam direcionados à normatização do relacionamento entre os fundos de pensão e seus patrocinadores estatais. Não obstante tal situação, a Emenda não se limitou a essa questão, avançando de forma a abrir caminho para a modernização e revitalização do regime de previdência privada no Brasil.

Iniciando o processo de regulamentação da reforma constitucional, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional, em março de 1999, as proposições concernentes aos três projetos de lei complementar requeridos pela Emenda 20. Tais proposições estão tramitando no Congresso Nacional, sendo passíveis, pois, de mudanças. Todavia, isso não invalida a respectiva análise da matéria, principalmente tendo em vista que duas das proposições já foram aprovadas pela Câmara dos Deputados.

*4.1.1. Regras aplicáveis à relação entre as empresas estatais, enquanto patrocinadoras de fundos de pensão, e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar (Projeto de Lei n° 8, de 1999 – PL 8/99)*

O Projeto de Lei n° 8, de 1999, busca regulamentar as novas restrições impostas pela Emenda Constitucional 20 ao relacionamento entre os fundos de pensão e seus

patrocinadores públicos. Cabe sublinhar que tais restrições são adicionais às regras gerais a serem observadas por todo o sistema de previdência complementar, seja na esfera de patrocinadores públicos seja na de privados.

No projeto, além de se regulamentar os itens destinados a reduzir a sobrecarga do Estado no custeio de entidades fechadas de previdência, busca-se garantir meios de aprimorar a fiscalização sobre as mesmas, bem como impor regras que assegurem o equilíbrio financeiro dessas entidades.

Cabe adicionar que a proposição em questão já foi aprovada pela Câmara dos Deputados, estando em tramitação no Senado Federal.

*4.1.2. Normas gerais para a instituição de regimes de previdência complementar pela União, estados, Distrito Federal e municípios (Projeto de Lei n° 9, de 1999 – PL n° 9/99)*

O Projeto de Lei n° 9, de 1999, visa regulamentar o novo dispositivo constitucional que prevê, para os novos servidores públicos e para os atuais servidores que assim optarem, um sistema misto de previdência: uma parte da aposentadoria ou pensão (até o teto de benefícios do RGPS) regida pelas regras próprias da previdência do setor público e a parcela acima desse valor, pela previdência complementar a ser instituída pela União, estados, Distrito Federal e municípios.

Sublinhe-se que a instituição dessa diferenciação propiciará, no médio e longo prazos, expressiva redução do impacto negativo das obrigações previdenciárias sobre o déficit público, na medida em que repassará para um fundo de previdência a ser criado, a partir de novas contribuições, o custeio das aposentadorias e pensões de maior valor.

Além disso, cabe lembrar que a esse impacto positivo somar-se-á o oriundo da possibilidade futura de contratação de servidores públicos pelo regime trabalhista privado, os quais, ao invés de segurados de regime próprio de previdência, o serão do RGPS.

Destaquem-se outros dois pontos. Primeiro, respeitando o princípio federativo, apenas lei federal, estadual, distrital ou municipal poderá instituir entidade de previdência complementar para os respectivos servidores públicos. Segundo, tanto esse quanto o projeto anterior contêm um elemento que representa significativo avanço no controle dos gastos públicos: regulamentam a nova e fundamental paridade entre as contribuições das entidades públicas e dos beneficiários dos regimes de previdência complementar. Ou seja, em ambos, as contribuições do órgão ou empresa pública não poderão, em hipótese alguma, ser superiores à dos segurados.

Por fim, é importante sublinhar que, embora de fundamental importância para o ajuste fiscal de longo prazo, a proposição em questão ainda não foi aprovada pela Câmara dos Deputados.

#### *4.1.3. Regras gerais do regime de previdência privada complementar (Projeto de Lei nº 10, de 1999 – PL 10/99)*

O Projeto de Lei nº 10, de 1999, que estabelece as regras gerais do regime de previdência privada (atualmente dispostas na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977), traz substanciais mudanças no sistema. Em termos genéricos, pode-se afirmar que o projeto estabelece condições essenciais à modernização do regime de previdência complementar no Brasil, conferindo-lhe maior flexibilidade, credibilidade e transparência, bem como fortalecendo a capacidade de regulação e fiscalização por parte do Estado.

Embora a proposição preserve a organização básica do sistema em entidades de previdência complementar fechadas (acessíveis apenas aos empregados de patrocinadoras ou associados de instituidores) e abertas (acessíveis a qualquer pessoa física), ela tem seu foco nos planos de benefícios. Isso significa que confere relevância às entidades multipatrocinadas (aquelas que congregam mais de um patrocinador ou instituidor) e aos multiplanos (entidades que

administram planos para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial).

Essa sistemática tende a reduzir sobremaneira os custos administrativos, uma vez que uma mesma estrutura gerencial administra uma diversidade de planos, além de viabilizar ganhos de escala que possibilitam a patrocinadores ou instituidores de menor porte ofertarem previdência complementar para seus empregados ou associados.

É importante enfatizar que, ao contrário de outras experiências latino-americanas, a opção brasileira é pela preservação do caráter facultativo da previdência complementar. Tal opção é consistente com a manutenção do regime geral de previdência social – obrigatório e solidário – como pilar central do sistema previdenciário brasileiro. Ademais, difere, por exemplo, do sistema norte-americano, em que o caráter do regime privado é básico e não complementar, já que aqueles que não têm plano recebem um benefício de assistência social extremamente pequeno, financiado por tributos cobrados de toda a sociedade.

Inspirado em experiências bem sucedidas em países da União Européia e nos Estados Unidos, outra inovação do projeto é a criação da figura do “instituidor”, como forma de constituição de entidades fechadas de previdência complementar. O objetivo é permitir que as pessoas jurídicas de caráter profissional (associações, sindicatos, federações) também possam instituir, para seus associados, planos de previdência complementar. A intenção é que a figura do “instituidor” democratize o acesso de expressiva parcela da população à previdência fechada, hoje restrito aos empregados de empresas.

Ao mesmo tempo, a figura da patrocinadora é mantida e ampliada, ao incluir nessa categoria a União e os entes federados, quando instituírem entidades de previdência complementar para seus servidores. Dessa forma, aumenta-se sobremaneira o potencial de ampliação da previdência complementar no Brasil.



Outros dois aspectos de extrema relevância para a modernização da previdência complementar, em especial no que se refere à flexibilização do sistema, é a introdução da chamada “portabilidade” e do *vesting* (benefício diferido). A “portabilidade” significa a possibilidade de transferência, de uma entidade para outra, da poupança acumulada pelo participante. O “vesting”, a possibilidade de o participante receber a devolução de sua poupança na forma de benefício proporcional diferido. Dessa forma, o participante que saia de uma empresa patrocinadora poderá ou portar seus recursos para outra entidade de previdência privada ou optar por receber o benefício proporcional ao seu tempo de contribuição na data em que se tornar elegível para obtê-lo.

Também foram ampliadas as modalidades de planos de benefícios disponíveis para as entidades de previdência complementar, introduzindo, formalmente, além da modalidade de benefício definido, os planos de contribuição definida e de contribuição variável, além de possibilitar outras formas de planos.

O projeto confere ênfase especial à instituição de instrumentos que assegurem a solvência dos planos de benefícios e a sua sustentabilidade no futuro, estabelecendo uma série de sistemáticas para esse fim (constituição de reservas técnicas, provisões, regras para aplicação dos recursos, operações de resseguro ou fundos de solvência, etc.).

Seguindo a experiência internacional, o PL 10/99 incentiva a poupança previdenciária, mediante o diferimento da tributação na fase de contribuição. Prevê, assim, a isenção do imposto de renda sobre as contribuições, somente incidindo o imposto quando do resgate ou do pagamento dos respectivos benefícios.

Por fim, estabelece o fortalecimento institucional do órgão regulador e fiscalizador das entidades de previdência complementar, bem como aumenta significativamente as penalidades aplicáveis a infrações ao regime de previdência complementar.

Do exposto, é fácil concluir que a proposição em análise representa passo fundamental para ampliação da cobertura da previdência privada brasileira. Ao contrário dos dois projetos anteriores, focalizados na regulamentação de novos dispositivos incluídos na Emenda 20, o PL 10/99 avança sobremaneira em direção ao estabelecimento de novas regras essenciais à modernização do regime complementar de previdência.

Concluindo, ressalte-se que esse projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, encontrando-se, tal qual o PL 8/99, em tramitação no Senado.

#### *4.2. Instituição do fator previdenciário*

Conforme mencionado anteriormente, a rejeição, pelo Congresso Nacional, da imposição de limites mínimos de idade para efeito de habilitação à aposentadoria por tempo de contribuição pelo RGPS foi um duro golpe para o Governo, que considerava essa a principal medida de contenção de despesas, e mesmo de aperfeiçoamento da equidade social, no âmbito do RGPS.

Em um primeiro momento, pensou-se em remeter ao Congresso outra proposta de Emenda Constitucional insistindo na mudança. Todavia, concluiu-se que não havia espaço político para sua aprovação.

Assim, o Governo, pressionado pela imprescindível adoção de medidas que permitissem o controle e contenção da tendência ascendente dos gastos previdenciários, enviou ao Congresso proposta de legislação ordinária que, entre outros aspectos, estabelecia o chamado “fator previdenciário” no cálculo das aposentadorias. Tal projeto de lei, tendo tramitado em regime de urgência, foi aprovado, com pequenas modificações, em novembro de 1999, transformando-se na Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.

Vale ressaltar que essa lei não trata apenas da instituição do “fator previdenciário”, tendo também implantado várias modificações destinadas a ampliar a cobertura da previdência social brasileira, que hoje equivale a apenas 43% da população ocupada

de 64,8 milhões de brasileiros (excluídos os servidores públicos).

Tais modificações visam trazer para o RGPS os trabalhadores autônomos, domésticos e empresários, que, de acordo com estimativas governamentais, representam contingente de quase 24 milhões de pessoas, das quais apenas 18,6% contribuintes do RGPS. Isso se faz necessário, tendo em vista que a grande maioria dos 19,4 milhões não cobertos por qualquer regime de previdência social, quando perderem a capacidade laboral, demandarão benefícios assistenciais a serem custeados por toda sociedade.

Todavia, não obstante a amplitude da legislação em questão, a presente análise centra-se no “fator previdenciário”, que representou a grande “cartada” do Governo no jogo político envolvendo o processo de reforma da previdência social no Brasil.

Embora não tendo incluído o limite de idade para aposentadorias na esfera do setor privado, a Emenda 20 abriu caminho para substancial inovação na metodologia de cálculo do salário-de-benefício dos segurados do RGPS. Calcado no novo dispositivo constitucional (art. 201) que explicita o caráter contributivo da previdência social e requer equilíbrio atuarial e financeiro do sistema, bem como na “desconstitucionalização” da regra de cálculo do valor dos benefícios<sup>2</sup>, o Governo implantou o chamado “fator previdenciário”.

Trata-se da inserção, na fórmula de cálculo do salário-de-benefício, de um fator que inclui a expectativa de sobrevida, a idade e o tempo de contribuição do segurado, ou seja, critérios atuariais que aumentarão a correlação entre contribuição e benefício. Ademais, ao invés de considerar apenas os últimos três anos de contribuição como base para a fixação do valor da aposentadoria, como antes estabelecido na Constituição, o novo cálculo considera toda a vida laboral do trabalhador (a partir de julho de 1994).

Com o novo método, cada segurado receberá um benefício calculado de acordo com a estimativa do montante de contribui-

ções realizadas, capitalizadas por uma taxa determinada pelo tempo de contribuição e idade do segurado, bem como pela expectativa de duração do benefício.

A equação de cálculo do benefício, que ajusta a média de todos os salários de contribuição dos segurados pelo fator previdenciário, é a seguinte:

$$S_b = M \times f \quad \text{onde:}$$

$S_b$  = salário de benefício (valor da aposentadoria);

$M$  = média dos 80% maiores salários-de-contribuição (valor da remuneração até o teto do RGPS sobre o qual incide a alíquota de contribuição) do segurado, apurados entre julho de 1994 e o momento da aposentadoria, corrigidos monetariamente;

$f$  = fator previdenciário, determinado pela seguinte fórmula:

$$f = \frac{T_c \times a}{E_s} \times \frac{(1 + I_d + T_c \times a)}{100} \quad \text{onde:}$$

$T_c$  = tempo de contribuição de cada segurado;  
 $a$  = alíquota de contribuição do segurado = 0,31 (20% da empresa mais 11% do segurado);

$E_s$  = expectativa de sobrevida do segurado na data da aposentadoria (fornecido pelo IBGE, considerando-se a média única nacional para ambos os sexos);

$I_d$  = idade do segurado na data da aposentadoria.

Na primeira parte do fator, em que o tempo de contribuição é multiplicado pela alíquota e dividido pelo período médio em que o segurado irá receber seu benefício, está sendo equalizado o período de contribuição de cada segurado com o tempo médio de recebimento do benefício (expectativa de sobrevida). Por exemplo, supondo um segurado que trabalhou durante 30 anos, o tempo de contribuição efetivo à Previdência é 9,3 anos (30 x 0,31). Portanto, se a expectativa de sobrevida desse segurado for 9,3 anos, a primeira parte do fator estará equilibrada e o resultado da divisão do tempo de contribuição vezes alíquota pela expectativa de sobrevida será 1.

Na segunda parte, está sendo pago um prêmio para os segurados que permanecerem em atividade, o que, de certo modo, pode estar associado a uma taxa de juros. Ou seja, efetua-se aqui a capitalização dos recursos acumulados ao longo do período de contribuição do segurado. Destaque-se que essas taxas são diferenciadas, ou seja, quem sair mais cedo do RGPS receberá menor remuneração, uma vez que o prêmio cresce com a permanência em atividade.

Vale informar que o fator em questão será implantado, gradualmente, em 60 meses, a partir de novembro de 1999, além de proporcionar um prêmio de 5 anos no tempo de contribuição para as mulheres e de 10 e 5 anos, respectivamente, às professoras e professores de ensino infantil, fundamental e médio, de modo que sejam adicionados esses períodos ao tempo de contribuição efetivo que os segurados dessas categorias apresentem quando do cálculo de seus respectivos fatores previdenciários.

É fundamental entender que a nova regra de cálculo do benefício significa passo significativo em direção à construção de um sistema previdenciário equilibrado. Isso porque, além de embutir em seu cálculo um fator atuarial – a expectativa de sobrevida por faixa etária –, tende a equilibrar o fluxo de caixa do sistema previdenciário no curto e médio prazos. Isso porque o segurado que sair mais cedo, provocando um desembolso antecipado, receberá, em contrapartida, uma aposentadoria de menor valor.

Ademais, tal critério é absolutamente justo. É razoável que aquele que opte por se aposentar por tempo de contribuição (35 anos para homens e 30 para mulheres) em idade precoce faça jus a benefício inferior a de outro que prefira se aposentar com idade mais elevada. Esse último, além de ter contribuído por maior período de tempo, deverá receber o benefício por menos tempo, sendo justo, pois, que

aufira uma renda mensal mais elevada que o primeiro.

Assim, o que se concluiu é que o Governo conseguiu estabelecer uma sistemática que substituiu, com vantagens, a não-imposição de limites de idade na concessão de aposentadorias por tempo de contribuição no âmbito do RGPS.

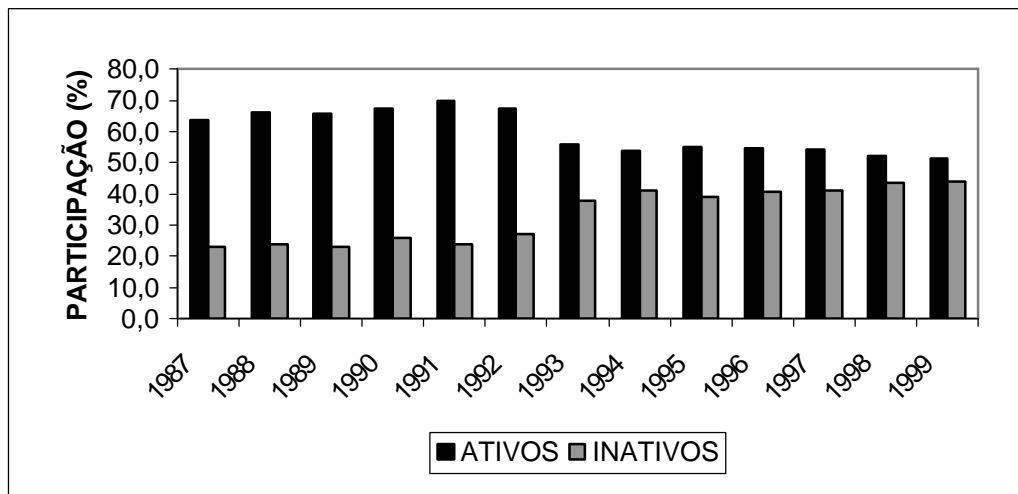
#### *4.3. Contribuições previdenciárias dos servidores inativos e pensionistas*

No bojo do programa de ajuste fiscal de outubro/98, o Governo conseguiu que o Congresso Nacional aprovasse legislação elevando as alíquotas de contribuição dos servidores públicos ativos e estipulando contribuições para aposentados e pensionistas. Contudo, o STF julgou tal lei inconstitucional.

Para o Governo, tal decisão significou substancial derrota no bojo de sua estratégia de ajuste fiscal. Isso porque considerava a contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados e pensionistas fundamental para a redução do déficit fiscal, além de representar um dos poucos itens de ajuste com repercussão no curto prazo.

Vale sublinhar que, entre 1987 e 1999, enquanto a despesa com servidores ativos praticamente duplicou, o gasto com servidores inativos e pensionistas passou a ser 4,5 vezes maior, com tendência ascendente (Gráfico 1). Nos doze meses anteriores a junho de 1999, os gastos acumulados com inativos e pensionistas consumiram 44% da despesa total com pessoal, ou seja, quase o mesmo montante gasto com o custeio dos servidores ativos. Estima-se que a necessidade de financiamento para a previdência dos servidores públicos da União (diferença entre a despesa com inativos e as contribuições arrecadadas para o sistema) tenha atingido cerca de R\$ 19,5 bilhões, em 1999, o que representa aproximadamente 2% do PIB brasileiro.

Gráfico 1 – Evolução da participação de ativos e inativos na despesa com pessoal (%) 1987-1999\*



Fonte: MP – *Boletim Estatístico de Pessoal*, v.1, n. 39, jul. 1999.

\* Dados acumulados de julho de 1998 a junho de 1999.

Diante desse quadro, o Governo não desistiu e encaminhou, em outubro de 1999, nova proposta de emenda constitucional – PEC nº 136, de 1999 – estabelecendo a contribuição social dos inativos e pensionistas do setor público (inclusive dos integrantes das Forças Armadas), a incidir sobre a parcela do provento ou da pensão superior a R\$ 600,00.

Ressalte-se que essa nova proposição (ainda em tramitação na Câmara dos Deputados) conta com o apoio de grande parcela dos governos estaduais. Isso se explica pela constatação, por parte dos governadores, de que o financiamento das aposentadorias do setor público é hoje o principal problema para a consecução do ajuste das contas públicas em todos os níveis de governo (federal, estadual e municipal) e que a cobrança de contribuição dos inativos e pensionistas é essencial para reduzir o déficit da previdência pública e equacionar o problema fiscal.

### 5. Análise financeira e perspectivas

Nos quase quatro anos em que a proposta de reforma da previdência social tramitou no Congresso Nacional, o cenário das finanças públicas que levou o Poder Executivo a encaminhá-la agravou-se progressivamente.

Entre 1995 e 1998, o déficit entre a arrecadação líquida do INSS e os gastos com benefícios previdenciários passou de R\$ 1,2 bilhões para R\$ 7,7 bilhões, ou seja, quase 1% do PIB (Tabela 7 e Gráfico 2). Em 1999, embora o déficit tenha atingido R\$ 9,7 bilhões, observou-se uma redução em seu crescimento anual. Com efeito, entre 1997 e 1998, o déficit em questão mais do que dobrou, enquanto entre esse último ano e 1999, a expansão situou-se em 26%. Tal comportamento reflete, entre outros fatores, a reforma constitucional aprovada em fins de 1998, com destaque para a contenção do fluxo de aposentadorias por tempo de contribuição.

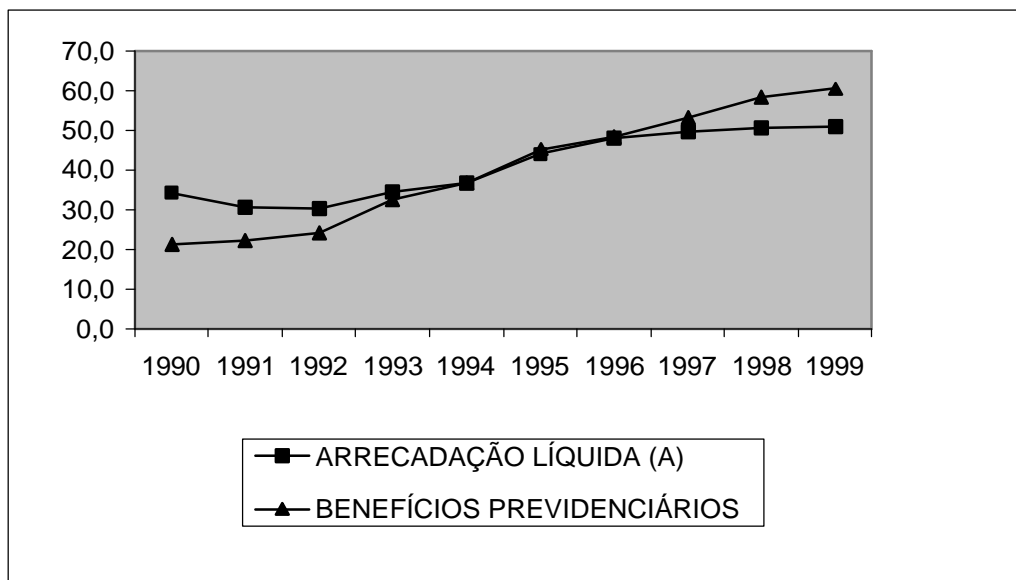
Tabela 7– Relação entre a arrecadação líquida e a despesa com benefícios  
(R\$ bilhões de dez/99 – INPC)\*

Ano	Arrecadação líquida (A)	Benefícios previdenciários (B)	Relação (%) $C = (B/A)$	Saldo $D = (A-B)$
1990	34,2	21,2	62,0	13,0
1991	30,7	22,2	72,0	8,5
1992	30,3	24,2	80,0	6,1
1993	34,4	32,5	94,0	1,9
1994	36,7	36,8	100,0	-0,8
1995	44,1	45,3	103,0	-1,1
1996	48,1	48,4	101,0	-0,3
1997	49,8	53,2	107,0	-3,5
1998	50,7	58,4	115,0	-7,7
1999	50,8	60,5	119,0	-9,7

Fonte: INSS.

\* Valores referentes ao acumulado até o mês de dezembro do ano corrente, a preços de dezembro/99 (INPC).

Gráfico 2– Evolução da arrecadação líquida e dos gastos com benefícios previdenciários – INSS (1990/99) – R\$ bilhões de dez/99



Fonte: INSS.

Mesmo assim, a situação continua crítica. As despesas previdenciárias do RGPS e do regime dos servidores públicos continua sendo o item que mais pressiona a despesa não financeira do Governo Federal. Sua participação entre 1995 e 1999 passou de 51% para 55% (em 1987, tal participação era de 22%), mesmo com o início da implementação de uma série de medidas restritivas, especialmente no âmbito da previdência do servidor público.

De qualquer forma, vale observar que o Brasil conseguiu aumentar sobremaneira seu saldo primário (balanço entre receitas e despesas não relacionadas à amortização da dívida pública). Com efeito, passou de um déficit equivalente a 0,92% do PIB em 1997 para superávits de 0,01% e 3,13% em 1998 e 1999, respectivamente, o que representa um dado positivo.

A despeito desse comportamento, entretanto, o grande vilão da dívida pública brasileira continua sendo sua componente financeira (custo do serviço da dívida: juros e amortizações), cujo montante representa mais de 50% do PIB. Assim, não obstante o saldo primário positivo, a dívida líquida está em torno de 49,6% do PIB, segundo informações do Ministério da Fazenda.

De fato, de 32,3% do PIB em 1995, a dívida líquida do setor público expandiu modestamente para 35,7% em 1997. Entretanto, o ritmo de expansão aumentou sobremaneira a partir de então, chegando a 42,4% do PIB em 1998 e 47% no ano seguinte. Assim, as despesas vinculadas ao serviço da dívida representam hoje a principal componente do déficit público. Além disso, a correlação entre déficit e dívida transformou-se num círculo vicioso.

Dessa forma, fica claro que, na ausência das excessivas obrigações vinculadas ao serviço da dívida, o setor público poderia estar acumulando poupança líquida essencial para tirar o país do “fio da navalha” que vem trilhando nos últimos anos.

Nessa discussão é também importante analisar corretamente os dados concernen-

tes ao déficit do RGPS. Como se sabe, entre as mudanças advindas da Constituição de 1988, destacam-se as referentes aos trabalhadores rurais: ampliação dos benefícios de meio para um salário mínimo, redução em cinco anos na idade e tempo de serviço para efeito de aposentadoria e incorporação de milhares de trabalhadores que nunca haviam contribuído para o sistema.

Embora tais mudanças tenham representado substancial avanço social, não foram acompanhadas de correspondente fonte de receitas que viabilizasse o equilíbrio financeiro de longo prazo do sistema. Com efeito, as contribuições oriundas da área rural nunca ultrapassaram 13% dos dispêndios totais com benefícios rurais.

Nesse contexto, o que se verifica é que, entre os 11,8 milhões de beneficiários que percebem o piso previdenciário, nada menos que 6,1 milhões recebem aposentadorias rurais para as quais a contribuição é apenas simbólica. Ou seja, recebem benefícios sem terem aportado as respectivas contribuições ao sistema. Assim, não configuram típicos participantes de um seguro social como o previdenciário. Representam, em realidade, beneficiários da assistência social, em que não se exige contribuição prévia para usufruto de benefício. Como tais, deveriam, pois, ter o custeio de suas aposentadorias custeados pela assistência social, a partir de contribuições gerais, e não pela previdência.

Tal percepção é essencial, na medida em que permite que se discuta de forma apropriada a questão vinculada ao montante real do déficit do RGPS. Isso é, que se saiba que ele embute expressivo montante de gastos que deveriam estar em outra rubrica, a da assistência social.

No que se refere aos gastos com servidores públicos, a situação continua preocupante. Estimativas referentes a 1999 mostram que, enquanto o sistema público despendeu R\$ 43 bilhões/ano com o pagamento de aposentadorias e pensões a cerca de 2,5 milhões de servidores federais e estaduais inativos e pensionistas, o RGPS gastou

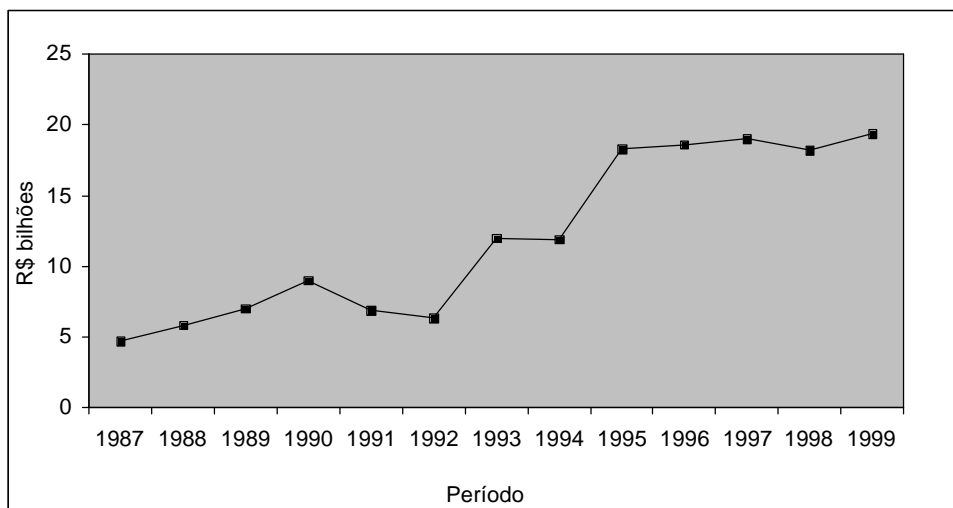
R\$ 58 bilhões com 18,7 milhões de beneficiários. Ou seja, 10,8% do contingente total de beneficiários nos dois regimes – os servidores públicos – apropriaram-se de 42,5% do total das despesas previdenciárias, enquanto os beneficiários da iniciativa privada, que representam 89,2% do total de beneficiários, consumiram 57,5% dessa despesa.

Tais dados mostram o quão privilegiados são os servidores públicos aposentados em relação a seus companheiros da iniciati-

va privada e quão oneroso ainda é o regime de previdência dos servidores públicos.

O gráfico a seguir mostra a evolução da necessidade de financiamento da previdência no serviço público federal. Verifica-se que a expansão desse indicador – que representa a diferença entre as despesas com inativos e pensionistas (cerca de R\$ 23 bilhões em 1999) e as contribuições dos servidores públicos (R\$ 3,7 bilhões, em 1999) – tem sido expressiva.

Gráfico 3 – Evolução da necessidade de financiamento da previdência no serviço público federal (1987/1999)\*



Fonte: MPAS/PLO 2000.

\* Até 1998, valores reais com base em dez/98; em 1999, valores nominais estimados.

Todavia, aqui também cabe analisar com cuidado os dados apresentados. O cálculo da necessidade de financiamento explicada não leva em consideração que a União, como empregadora, tem de ter pelo menos a mesma participação no custeio verificada pelos empregadores do setor privado, ou seja, 22% do total da folha de pagamento. Não obstante, mesmo considerando tal participação, que significaria um montante da ordem de R\$ 5,9 bilhões, nota-se que o déficit persiste significativo, da ordem de R\$ 13,5 bilhões, em 1999.

Diante desse quadro geral acerca do peso do componente previdenciário nas despe-

sas públicas, não é de surpreender que a reforma da previdência tenha tido como eixo básico a contenção desses gastos, bem como de se estar seguindo o mesmo direcionamento no processo de regulamentação em curso.

No entanto, por mais urgente que seja a questão do ajuste fiscal, não há como pensar em repercussões de curto prazo significativas no âmbito da previdência social, que representa uma questão de longo prazo, na medida em que lida com fluxos de despesas e receitas entre gerações de cidadãos.

Ademais, não há como igualar, no curto prazo, os direitos e obrigações entre gera-

ções, quando mudanças significativas são implementadas no regime previdenciário. Ou seja, não há como tratar da mesma forma os que ainda vão entrar no mercado de trabalho, os já filiados a algum regime previdenciário e os que se encontram em gozo de benefícios. Isso porque muitas decisões individuais foram tomadas, levando em consideração o arcabouço legal vigente, sendo impossível para muitas pessoas fazerem ajustes inesperados.

Isso não quer dizer, entretanto, que cada um dos grupos envolvidos – ativos, inativos e futuros segurados – não devam arcar com parte do ônus do ajuste. Pelo contrário. É importante que assim seja, para que não se imponha uma sobrecarga insuportável sobre as gerações futuras.

Aparentemente, no entanto, apenas recentemente as pessoas estão-se convencendo da magnitude do problema do sistema previdenciário brasileiro. De fato, depois de todas as discussões, a reforma da previdência aprovada em fins de 1998 não conduziu ao ajuste necessário. Isso porque foram mantidas, mesmo para o longo prazo, regras onerosas para os cofres públicos, como a não-inclusão do limite de idade no âmbito do RGPS e a não-incidência de contribuições sobre as aposentadorias e pensões vinculadas ao setor público.

De qualquer forma, considerando as dificuldades envolvidas no processo de aprovação de uma reforma constitucional que repercute na vida da maioria dos cidadãos e, pior, repercute de forma desfavorável, já que se destina, primordialmente, a reduzir direitos e vantagens, em especial de categorias profissionais mais organizadas, conclui-se que o Governo conseguiu avançar bastante.

Além disso, o processo de regulamentação em curso tem sido bastante satisfatório, em termos de modernização e racionalização do sistema previdenciário brasileiro, explorando satisfatoriamente as possibilidades de racionalização de gastos abertas pelo novo texto constitucional resultante da Emenda 20.

Vale mencionar que não há espaço para ajustes provenientes de elevação de contribuições, tendo em vista o nível sobremaneira elevado dos encargos sociais sobre a folha de salários. Entretanto, existe espaço para elevação de receitas via inclusão de parcela dos trabalhadores integrantes do setor informal, muitos deles profissionais autônomos de elevado nível de renda. Nesse contexto, está sendo iniciado um grande esforço para ampliar a cobertura do seguro social no Brasil, haja vista que apenas 4 de cada 10 trabalhadores têm essa proteção, o que se traduz em 19,4 milhões de potenciais contribuintes individuais à margem do sistema de proteção social.

Apresenta-se a seguir algumas considerações adicionais acerca dos avanços obtidos pela reforma constitucional da previdência social e sua respectiva regulamentação, traçando-se algumas perspectivas de médio e longo prazos.

### *5.1. Ajustes paramétricos no sistema previdenciário*

Conforme ficou claro, ao longo do estudo, o Brasil, ao invés de seguir o caminho de mudanças estruturais de seu sistema previdenciário, optou por implantar importantes mudanças nos regimes previdenciários existentes.

Todavia, ressalte-se que não se conseguiu modificar itens essenciais, tais como:

- (a) limites de idade no RGPS;
- (b) contribuições de servidores públicos inativos e pensionistas;
- (c) desvinculação entre os rendimentos dos servidores ativos e inativos;
- (d) fim da aposentadoria e pensão integrais na esfera pública;
- (e) igualdade de tratamento entre homens e mulheres, entre trabalhadores urbanos e rurais e entre professores não universitários e as demais categorias profissionais;
- (f) mudanças na previdência dos militares.

Não há como negar, entretanto, que os avanços alcançados são expressivos, em especial no que se refere à redução de privilé-



gios no escopo do regime de previdência social dos servidores públicos civis. Com as novas regras, a tendência é a aproximação entre contribuições e benefícios, o que conduzirá ao equilíbrio atuarial do sistema no longo prazo.

Embora tenham permanecido a aposentadoria dos servidores vinculadas ao último salário e os respectivos reajustes vinculados aos salários dos servidores ativos, requer-se agora dez anos no serviço público, cinco no último cargo e limite mínimo de idade. Tais requisitos garantem pelo menos melhor aproximação entre a média salarial na ativa e os rendimentos na inatividade, assim como pelo menos dez anos de contribuições para o regime do setor público e o fim de aposentadorias precoces.

Além disso, os seguintes fatores também são de extrema relevância para o equilíbrio de longo prazo das despesas com inativos e pensionistas no âmbito do setor público:

- regime híbrido de aposentadoria, em que apenas os servidores de menor faixa de renda continuarão a gozar das regras especiais da previdência do setor público;
- regime também híbrido de contratação de novos funcionários, em que a maior parte estará regida pela CLT (carreiras não típicas de Estado) e, assim, coberta pelo RGPS.

De qualquer forma, é fundamental vislumbrar a questão da previdência no setor público sob a ótica devida. Ao contrário do que ocorre na iniciativa privada, nesse setor, quem paga a remuneração do servidor na ativa e os seus proventos na inatividade é o Estado. Os recursos originam-se da mesma fonte: o Tesouro Nacional. Ou seja, tanto faz para o Tesouro alocar R\$ 1 mil para pagar o salário de um servidor e descontar-lhe R\$ 100 para um fundo previdenciário, como pagar-lhe R\$ 900 e destinar R\$ 100 para o mesmo fundo. Assim, o efeito de imputar uma alíquota de contribuição previdenciária aos servidores inativos é o mesmo que deixar de reajustar, por seis anos, os

salários de várias categorias de servidores ativos, o que o Governo vem implementando com sucesso.

Sob esse ponto de vista, argüir que as contribuições dos servidores públicos são insuficientes para arcar com suas aposentadorias é como afirmar que a remuneração dos servidores ativos provoca déficit porque os impostos que eles recolhem não são suficientes para pagar seus salários. Embora caiba criticar que a sociedade está pagando mais do que o devido pela aposentadoria dos funcionários públicos ou pela construção de um obra pública, não cabe negar o fato de que cabe à sociedade arcar com essas despesas, da mesma forma que arca com a construção de uma escola e com os salários dos professores do município.

Vale atentar também que a irrefutável e expressiva elevação dos gastos com servidores públicos inativos deve-se a um fato pontual, que não tende a se repetir e cujos efeitos diluir-se-ão no longo prazo: a transferência, feita pela União, estados e municípios, de centenas de servidores celetistas para o regime estatutário, resultado de regra estabelecida na Constituição de 1988.

Por fim, vale sublinhar dois recentes e relevantes avanços na legislação que dispõe sobre a previdência na esfera do setor público:

- (a) Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que estabelece regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos federais, estaduais, municipais e do DF, buscando viabilizar o equilíbrio financeiro desses regimes no longo prazo;
- (b) Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, que estabelece as regras para compensação financeira entre o RGPS e os regimes dos servidores públicos.

Agora, falta estabelecer as mudanças necessárias no regime dos membros das Forças Armadas, cujos proventos de inatividade e pensões representam cerca de 36% dos gastos com inativos e pensionistas do setor

público, mas cujas contribuições representam apenas 0,5% do total das contribuições recolhidas para os dois sistemas.

### 5.2. *Perspectivas da previdência privada*

Não há dúvida de que o mencionado processo de regulamentação da Emenda 20 assegura animadora perspectiva de expansão da previdência privada no Brasil. Principalmente quando se observa que, mesmo sob o bojo de uma legislação arcaica, inflexível e sem incentivos, o Brasil conta hoje com 353 fundos de pensão, cujos ativos representam, como já mencionado, 11% do PIB.

É óbvio que, em países onde a previdência complementar já está desenvolvida e consolidada, a participação do volume de ativos das entidades de previdência complementar no PIB é expressivamente superior. Para se ter uma idéia, os ativos dessas entidades alcançam o valor de 120% do PIB na Holanda, 100% na Suíça, 78% nos Estados Unidos e 40% no Japão.

Entretanto, assumindo a existência de legislação apropriada e ações públicas eficientes, o potencial de crescimento da previdência privada brasileira é enorme. Observe-se que existem 48 milhões de integrantes da força de trabalho que não estão vinculados a nenhum sistema fechado de poupança previdenciária. Além disso, de acordo com dados recentes (PNAD-IBGE), pelo menos 3 milhões de trabalhadores não cobertos estão situados em altas faixas salariais e detêm bom nível de qualificação profissional. Portanto, constituem efetivos participantes potenciais da previdência complementar.

De fato, considerando a vigência da regulamentação sobre a matéria, a Secretaria de Previdência Complementar projeta que, no prazo de cinco anos, deverá ocorrer a duplicação do volume de ativos da previdência complementar fechada. Com isso, acumular-se-ão, em 2005, recursos da ordem de R\$ 197 bilhões, o que será extremamente benéfico para o processo de desenvolvimento brasileiro. Ademais, cabe considerar as ex-

ternalidades positivas sobre o sistema financeiro do país. São exemplos o desenvolvimento do mercado de capitais, a modernização dos instrumentos financeiros disponíveis e a maior disponibilidade de recursos para projetos de investimento de médio e longo prazos.

Outro importante ponto a considerar relaciona-se ao modelo ideal de sistema previdenciário para o Brasil. No início da década de 90, a questão da reforma da previdência era abordada em termos da opção entre regime público de repartição *versus* regime privado de capitalização e entre regime de benefício definido *versus* de contribuição definida.

Decorridos dez anos, as opções passaram a se dar sob bases mais amplas. Antigas crenças são hoje contestadas, como, por exemplo, a que afirmava que a privatização do regime previdenciário conduziria ao aumento da poupança nacional (embora esteja confirmado seu impacto positivo no desenvolvimento do mercado de capitais). Estudos realizados no Chile não conseguem provar tal assertiva, estimando-se, ao contrário, que o resultado líquido da privatização, lá empreendida há mais de 17 anos, tem sido negativo, em vista do elevadíssimo custo fiscal da transição.

Com efeito, o aporte financeiro do Estado, em caso de privatização do sistema previdenciário, é uma carga tripla. Isso porque, em primeiro lugar, cabe ao Governo cobrir o déficit do sistema público. Em segundo, transferir contribuições do regime antigo para o novo (no Chile, isso foi chamado “bônus de reconhecimento”). Por último, arcar com a aposentadoria mínima, que, em geral, é conferida àqueles segurados que não acumularam o suficiente para financiar sua própria conta individual.

No caso brasileiro, estima-se que tal custo representaria 2,5 vezes o PIB, o que, diante da crítica situação fiscal, significa que o Brasil jamais poderia optar por essa alternativa. Na verdade, o País despendeu tempo demais em discussões e análises centra-

das na alternativa de privatização do sistema, nos moldes do modelo de três pilares do Banco Mundial. Após anos de debates e estudos, pode-se dizer que o caminho escolhido não foi copiar modelos adotados em outros países, mas ajustar os elementos positivos de cada modelo à realidade brasileira.

Nesse contexto, pode-se dizer que a reforma da previdência que vem sendo empreendida no Brasil, já tendo estabelecido importantes ajustes paramétricos, caminha na direção de consolidar um eficiente modelo misto de previdência, calcado em dois pilares básicos. O primeiro abrange o RGPS e o regime dos poucos servidores estatutários que perceberem até o teto do RGPS, consolidado sob bases atuariais e equilibradas no longo prazo. O segundo, um amplo, flexível e eficiente sistema privado de previdência complementar.

Vale frisar que a Emenda Constitucional nº 20 abriu caminho para que esse último pilar aumente sua participação de acordo com a expansão da renda. Tal tendência existe, pois, ao invés de estabelecer o teto do RGPS em termos de número de salários mínimos, a Emenda fixou um valor nominal, a ser corrigido monetariamente (na época correspondia a 10 salários mínimos). Assim, com o crescimento da renda per capita, os rendimentos dos trabalhadores tenderão a ultrapassar, cada vez mais, o limite do Regime Geral, o que tenderá a resultar em incremento da previdência complementar.

### *5.3. Repercussões do Fator Previdenciário*

A introdução do fator previdenciário, por seu turno, tem um alcance maior do que o percebido inicialmente. Na verdade, o que se introduziu no RGPS foi uma espécie de sistema de “capitalização escritural”. Isso significa que as contribuições dos trabalhadores ativos, embora continuem sendo direcionadas ao pagamento das rendas dos inativos e pensionistas, passam a ser contabilizadas nas contas individuais de cada trabalhador.

Desde que o trabalhador cumpra o tempo mínimo de contribuição ou a idade míni-

ma requerida para se aposentar, poderá começar a sacar os recursos acumulados em sua conta “virtual”. Tais recursos, por sua vez, corresponderão ao montante de contribuições por ele aportadas dividido pelo tempo esperado de percepção do benefício (expectativa de sobrevida), capitalizadas por uma espécie de taxa de juros implícita diretamente proporcional à idade do segurado e ao seu tempo de contribuição. Tal trabalhador poderá, então, optar por continuar trabalhando e receber um benefício de valor superior ou se aposentar e receber menor renda mensal.

Percebe-se, pois, que a nova metodologia, embora não elimine o déficit existente, nem altere direitos adquiridos de aposentados, permite maior correlação entre salário-de-contribuição e salário-de-benefício para as novas aposentadorias. Ademais, representa grande avanço no sistema de repartição simples, profundamente afetado por mudanças demográficas. Com o aumento da expectativa de sobrevida da população, por exemplo, é necessário que limites de idade mínima sejam periodicamente repactuados com a sociedade. No entanto, na medida em que essa variável está presente no próprio cálculo do salário de benefício, os ajustes necessários serão automaticamente internalizados de modo que o sistema se mantenha equilibrado.

Nesse contexto, fica evidente que as condições de elegibilidade à aposentadoria passarão a contar com critérios atuariais que permitam que segurados que contribuam por períodos diferentes recebam tratamento diferenciado. Eliminam-se, dessa forma, as transferências de renda para aqueles trabalhadores que se aposentam precocemente e usufruem o benefício por longo período de tempo.

Essa nova metodologia aprimora sobremaneira a configuração do pilar básico da previdência social brasileira, na medida em que as aposentadorias passam a ter correlação estreita com a contribuição individual de cada segurado e são intrinsecamente

ajustadas em função de mudanças no perfil demográfico da população brasileira, que vem envelhecendo a um ritmo superior ao ocorrido na maior parte dos países europeus.

Assim, considerando a efetiva aplicação do fator previdenciário, a tendência é que o déficit do RGPS se estabilize, no médio prazo, na medida em que novas concessões serão baseadas em critérios atuariais e não geradores de déficits adicionais.

## 6. Considerações finais

O presente estudo buscou fornecer uma ampla visão do recente processo de reformulação da previdência social no Brasil, na tentativa de mostrar àqueles que costumam criticar as mudanças, afirmando que nada foi feito, que isso não é verdade.

Certamente a reforma empreendida não foi a ideal. Contudo, é importante ter em mente que foi a reforma possível de ser implantada. Mesmo assim, conseguiu-se avançar sobremaneira em termos de garantia de equilíbrio de longo prazo do sistema previdenciário, além de se ter implantado vários ajustamentos paramétricos que permitirão conter o aumento do déficit no curto prazo.

O problema é que, sendo de curtíssimo prazo a necessidade de ajuste fiscal do Brasil, a redução do déficit previdenciário também se configura como urgente. Contudo, previdência social é, por sua natureza intrínseca, política de longo prazo, visto que afeta três gerações populacionais – a passada, a presente e a futura. Ademais, os principais interessados em contar com um sistema equilibrado no longo prazo são os integrantes da geração futura, que não dispõem de representação política. As gerações passada (aposentados e pensionistas) e presente (trabalhadores ativos), por outro lado, são as menos interessadas em mudanças. Isso porque tais ajustamentos representam, em geral, perdas de direitos e privilégios. Como essas últimas gerações gozam de significativa representação política, lutam ferrenha-

mente contra mudanças que impliquem perdas no curto e médio prazos. Isso mostra o quão difícil é promover ajustes de curto prazo em qualquer sistema previdenciário.

De qualquer forma, vale ressaltar mais uma vez que o processo de regulamentação da Emenda Constitucional nº 20 está sendo bem conduzido, conseguindo explorar, da melhor forma possível, as alternativas de aprimoramento possibilitadas pelo novo texto constitucional.

## Notas

<sup>1</sup> Adiante verifica-se que a legislação ordinária recentemente aprovada parece ter conseguido resolver, em grande parte, esse problema.

<sup>2</sup> Anteriormente, a Constituição estabelecia que o salário de benefício deveria corresponder à média dos últimos 36 salários de contribuição, corrigidos monetariamente.

## Bibliografia

- ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. (1999). Novas Regras para a Aposentadoria do Servidor Público, julho-agosto.
- ALBUQUERQUE, Marta Lúcia P. de, AMARO, Meiriane N. Previdência social. *Boletim de Conjuntura Política e Social*. São Paulo : Fundação de Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP. n. 24, jan./jun. 1999.
- BRAZIL-SOCIAL INSURANCE AND PRIVATE PENSIONS. (1995). World Bank Report n. 12336-BR. January 25.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. (1999). *Proposta de Emenda à Constituição nº 136*. Avulso com Mensagem nº 1.542/99.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Projeto de Lei Complementar nº 8-A*. Avulso com Mensagem nº 357/99.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Projeto de Lei Complementar nº 9*. Avulso com Mensagem nº 358/99.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Projeto de Lei Complementar nº 10-B*. Avulso com Mensagem nº 359/99.
- CRISTINO, Vânia. Regra estimula permanência na ativa. *Estado de São Paulo*. 8 out. 1999.
- EXAME. (1999). Iceberg à vista. 17 nov. 1999. (Reportagem de capa).
- FRANÇA, Álvaro S. *Previdência social e a economia dos municípios*. Brasília : ANFIR, 1999.
- GUERZONI, Gilberto. A previdência dos servidores públicos, a questão contributiva e os insti-

- tutos e fundos de pensão. Reforma da previdência: vetores do debate contemporâneo. *Debates*. [S.l.]: Centro de Estudos Konrad Adenauer Stiftung, n.19, 1999.
- GIAMBIAGI, Fábio, ALÉM, Ana Cláudia de. A despesa previdenciária no Brasil: evolução, diagnóstico e perspectivas. *Revista de Economia Política*. [S.l.:s.n.], v. 19, n. 1 (73), jan./mar. 1999.
- LEI Nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.
- MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL-MPAS. *Livro branco da previdência social*: versão simplificada. 1997.
- \_\_\_\_\_. A iniciativa de Estocolmo – julho/98. *Conjuntura Social*. 10 (1), jan./fev./mar. 1999.
- \_\_\_\_\_. *Reforma da Previdência: uma questão ainda em aberto*. *Conjuntura Social*. [S.l.:s.n.], 10 (2), abr./mai./jun. 1999.
- \_\_\_\_\_. A previdência complementar em reforma. *Conjuntura Social*. 10 (3), jul./ago./set. 1999.
- \_\_\_\_\_. *Informe de Previdência Social*. Brasília : [s.n.], vol. 10 (1-12), vol. 11 (1-12), 1998-1999.
- \_\_\_\_\_. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Brasília : [S.l. : s.n.], v. 4 (10-11), 1999.
- ORNÉLAS, Waldeck. *O novo modelo previdenciário brasileiro: uma fase de transição*. *Conjuntura Social*. [S.l.]: MPAS, 10 (2), abr./mai./jun. 1999.
- OLIVEIRA, Francisco E.B., BELTRÃO, Kaisô I., PASINATO, Maria T. M. Entidades de previdência privada: financiamento e desenvolvimento no Brasil. Reforma da Previdência: vetores do debate contemporâneo. *Debates*. [S.l.]: Centro de Estudos Konrad Adenauer Stiftung, n.19, 1999.
- OLIVEIRA, Francisco E. B., BELTRÃO, Kaisô I., FERREIRA, Mônica G., *Reforma da Previdência*. [S.l.]: IPEA, julho, 1998.
- ORSZAG, Peter R., STIGLITZ, Joseph E., *Rethinking pension reform: ten myths about social security systems*. New Ideas About Old Age Security, Sept. 14-15, 1999. Presented at the World Bank Conference.
- OXFORD ANALYTICA BRIEF. Brazil: debt management. March 3, 2000.
- PINHEIRO, Vinícius C. Reforma da previdência e federalismo: o caso brasileiro. *Conjuntura Social*. [S.l.]: MPAS, 10 (1), abr./mai./jun. 1999.
- SANTANA, Lourival. Estudo desmente 10 mitos das reformas. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 11 nov. 1999.
- Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 46*. Avulso.
- SCHWARZER, Helmut. Previdência e promessas duvidosas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 nov. 1997.
- VIEIRA, Solange P., ORNÉLAS, Waldeck. *A new direction for brazilian social security*. [S.l.]: Brazilian Social Security Department, October, 1999.
- WORLD BANK. Averting the old age crisis: policies to protect de old and promote growth. *A World Bank Policy Research Report*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

# O sistema judiciário português

Jorge Miranda

1. Um relance histórico-comparativo mostra que os tribunais não formam ou não têm formado, na quase totalidade dos países, uma unidade homogênea à face das Constituições e das leis, que há ou tem havido diferentes categorias em razão quer da especialização material e do âmbito territorial quer da impregnação de pré-compreensões e de factores exógenos.

O caso português é, como se sabe, dos mais elucidativos a este respeito. Vale a pena releembrá-lo, por mais de um motivo.

2. A tradição portuguesa, mantida até à Constituição de 1933, foi sempre de considerar que tribunais verdadeiros e próprios eram os tribunais judiciais ou tribunais comuns de jurisdição ordinária, os quais formavam o Poder Judicial ou Judiciário, um dos Poderes do Estado (arts. 176º e segs. da Constituição de 1822, 118º e segs. da Carta Constitucional, 123º e segs. da Constituição de 1838 e 56º e segs. da Constituição de 1911).

As quatro Constituições liberais chegaram a prever outros tribunais além dos judiciais os júzos arbitrais (art. 194º da Constituição de 1822, art. 127º da Carta, art. 123º, § 3º, da Constituição de 1838), os tribunais especiais para a liberdade de imprensa (art. 8º da Constituição de 1822) e o Tribunal de Contas (art. 135º da Constituição de 1838). Mas para elas o conceito de tribunal ligava-se essencialmente aos tribunais judiciais. Nem talvez pudesse deixar de ser doutro

Jorge Miranda é Professor das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

modo, numa altura em que as necessidades de jurisdição, ou de jurisdição especializada, eram relativamente pequenas e em que os órgãos jurisdicionalizados que iam surgindo em alguns sectores da Administração tinham um desenvolvimento balbuciante e esferas De competência restritas.

Outros aspectos comuns conexos às Constituições liberais eram a consideração de três graus de jurisdição (arts. 179º, 190º, 191º e 192º da Constituição de 1822, arts. 120º, 125º, 130º e 131º da Carta, arts. 123º, 125º e 126º da Constituição de 1838 e art. 56º da Constituição de 1911); a existência de jurados (arts. 177º e 178º da Constituição de 1822, art. 119º da Carta, art. 123º da Constituição de 1838 e arts. 58º e 59º da Constituição de 1911); e o estabelecimento de garantias dos juízes (art. 183º da Constituição de 1822, arts. 120º e 122º da Carta, art. 127º da Constituição de 1838 e arts. 57º e 60º da Constituição de 1911).

A Constituição de 1822 já proclamava o princípio da reserva de jurisdição dos juízes (art. 176º), a Carta a sua independência (art. 118º) e a Constituição de 1911 a coadjuvação de outras autoridades na execução das decisões judiciais (art. 62º). A Constituição de 1822 consagrava a regra da antiguidade na promoção na carreira (art. 186º) e preocupava-se com a suficiência dos ordenados dos juízes e dos oficiais de justiça (art. 200º). A Carta previa acção popular em caso de suborno, peita, peculato e concessão (art. 124º)<sup>1</sup>.

3. O art. 115º (depois 116º) da Constituição de 1933, ao substituir a expressão “Poder Judicial” pela expressão “Função Judicial”, abriu caminho paradoxalmente a um conceito mais amplo e também mais rigoroso. Dizendo “a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais”, explicitava que todos os órgãos incumbidos do desempenho de determinada função do Estado materialmente definida a função judicial ou jurisdicional eram tribunais, mesmo quando não estavam subordinados ao Supremo Tribunal de Justiça e não podiam,

só por esta razão, ser chamados tribunais judiciais.

Havia a distinção entre tribunais ordinários e tribunais especiais, mas esta distinção, como resultava dos arts. 118º e 113º, apenas se reportava a certas garantias a inamovibilidade e a vitaliciedade que eram conferidas aos juízes dos primeiros e não aos juízes dos segundos tribunais, sem se lhe poder atribuir mais fundo significado constitucional. Todos os demais preceitos da Constituição relativos a tribunais no texto de 1971, arts. 93º, alínea b), 1ª parte, 118º, 120º, 121º e 123º eram aplicáveis tanto aos tribunais ordinários como aos tribunais especiais<sup>2</sup>.

Tribunais ordinários eram os tribunais judiciais enumerados na 2ª parte do art. 116º: o Supremo Tribunal de Justiça e tribunais de 1ª e 2ª instâncias. Por exclusão de partes, todos os outros eram tribunais especiais, por mais arbitrário que fosse integrá-los todos na mesma categoria. Eram tribunais especiais, nomeadamente os tribunais não judiciais, explícita ou implicitamente, admitidos no próprio texto da Constituição tribunais administrativos (arts. 8º, nº 21, após 1971, e 109º, nº 4), de trabalho (art. 38º) e de Contas (art. 91º, nº 3) e os tribunais criados directamente por lei tribunais fiscais, aduaneiros, militares, de géneros alimentícios, de trabalho, etc.

A Constituição não permitia a criação de tribunais especiais com competência exclusiva para o julgamento de determinada ou determinadas categorias de crimes, excepto sendo estes fiscais, sociais ou contra a segurança do Estado (art. 116)<sup>3</sup>. E, formalmente, apresentavam-se tão só (depois de 1945) como modos de organização e funcionamento dos tribunais criminais de Lisboa e Porto, os “plenários dos tribunais criminais”, constituídos para julgamento de certas categorias de crimes, nomeadamente crimes contra a segurança externa e interna do Estado (cf., por último, base XIV da Lei nº 2113, de 11 de Abril de 1962, e art. 30º do Estatuto Judiciário). Na prática, as especialidades de composição e de competência e

as condições anómalas de funcionamento colocavam-nos num lugar à parte como tribunais políticos (que, por isso, viriam a ser extintos logo pelo Programa do Movimento das Forças Armadas em 25 de Abril de 1974).

Pulverização dos tribunais, pulverização das magistraturas, inserção no âmbito de diferentes ministérios<sup>4</sup>, dispersão das normas legais aplicáveis, assim como interdição do acesso das mulheres e designação directa ou indirecta dos membros do Conselho Superior Judiciário pelo Governo<sup>5</sup> caracterizavam a situação no período do constitucionalismo autoritário. E o regime não quis ou não pôde responder às propostas de reforma por que, antes de mais, se bateram grandes advogados como Adelino da Palma Carlos, Francisco Salgado Zenha e Francisco Sá Carneiro<sup>6</sup>.

4. A doutrina da época discutia o problema da qualificação dos tribunais administrativos se deviam enquadrar-se no âmbito dos órgãos da função judicial ou se deviam, diferentemente, recortar-se entre os órgãos da Administração ou do poder administrativo. Durante largos anos tinha prevalecido esta última tese, apoiada nas concepções do sistema administrativo de tipo francês transplantado para Portugal no século XIX; todavia, ela encontrava cada vez maior resistência quer na escola de Coimbra quer na de Lisboa.

O entendimento tradicional abonava-se em duas razões principais: <sup>a)</sup> a separação histórica entre Poder Judicial e Poder executivo ou administrativo, vinda desde a Revolução francesa e as reformas napoleónicas; e <sup>2ª)</sup> a necessidade de os órgãos competentes para anularem os actos administrativos ilegais pertencerem à Administração, por só assim a Administração activa estar disposta a executar as suas decisões. Além disso, sublinhava-se a unidade do processo administrativo, de tal sorte que os tribunais do contencioso administrativo não eram senão órgãos administrativos para os quais se “recorria” de decisões ou deliberações doutros órgãos do mesmo Poder<sup>7</sup>.

Ao invés, outros Autores sustentavam que os tribunais administrativos eram verdadeiros tribunais, órgãos da função judicial em sentido substancial, porquanto: 1º) a actividade específica dos tribunais administrativos resolver litígios suscitados pela actividade administrativa era claramente jurisdicional; 2º) se separação havia a fazer era entre órgãos de administração activa e órgãos de contencioso, emcarregados estes de garantir a legalidade dos actos daquele; 3º) a especialidade dos tribunais administrativos não ficava prejudicada por não pertencerem ao Poder administrativo, só o ficaria se a sua competência passasse para os tribunais judiciais comuns; 4º) a admitir-se a noção orgânico-formal de função judicial, haveria na Constituição dois conceitos de tribunal, um genérico, válido para todos os tribunais, e outro restrito aos tribunais judiciais<sup>8</sup>.

Era esta segunda tese a que eu próprio perfilhava<sup>9</sup>.

5. Logo após a revolução de 25 de Abril de 1974, a lei constitucional provisória, a Lei nº 3/74, de 14 de Maio, veio dispor no seu art. 18º:

1. As funções jurisdicionais serão exercidas exclusivamente por tribunais integrados no Poder Judicial.

2. Não é permitida a existência de tribunais com competência específica para o julgamento de crimes contra a segurança do Estado.

3. Exceptuam-se do disposto no nº 1 os tribunais militares.<sup>10</sup>

Qual o alcance deste preceito? Afigura-se que tinha de ser unicamente este: que todos os órgãos jurisdicionais eram considerados tribunais e que entre todos os tribunais existia a unidade decorrente de exercerem todos a mesma função do Estado ou integram o mesmo aparelho de poder.

Corroborava-se, assim, a melhor interpretação do art. 116º da Constituição de 1933. Só os tribunais exerciam a função jurisdicional ou judicial; nenhum outro órgão se soberania a devia poder exercer; havia um



nexo indissolúvel entre tribunais e função judicial; os tribunais existiam para exercê-la e ela apenas podia ser exercida através deles; a função jurisdicional, por natureza, exigia órgãos com características precisas, os tribunais. Ia-se, pois, do elemento material a função jurisdicional para o elemento orgânico os tribunais.

Porém, a nova regra de 1974 não era a mera reprodução da velha regra de 1933. Não se limitava a prescrever que a função jurisdicional incumbia aos tribunais; prescrevia ainda que os tribunais tinham de estar integrados no “Poder Judicial”. Não bastava que um órgão se denominasse tribunal ou revestisse mesmo certas características de tribunal; urgia que esse órgão possuísse as características específicas do “Poder Judicial” ou fizesse parte do sistema de órgãos em que este consistia.

O sentido útil do art. 18º não se esgotava no domínio conceitual, ultrapassava-o para se projectar no domínio das reformas legislativas a empreender. Se função judicial não competia senão aos tribunais e se os tribunais, salvo os militares, desempenhavam a mesma função e pertenciam ao mesmo Poder, então era patente não já a homogeneidade dos actos que praticavam, mas desde logo a unidade fundamental que os ligava. Tomado como aparelho de órgãos estaduais, o Poder Judicial era unitário e, mais do que unitário, uno.

Donde, uma importante consequência: que todos os tribunais a partir de então poderiam ou deveriam ser tribunais judiciais. Ou, doutro ângulo: que todos os tribunais deveriam encontrar-se, pelo menos, nas mesmas condições em que se encontravam os tribunais ordinários, os tribunais comuns de jurisdição ordinária da Constituição de 1933; e que os seus juízes deveriam ter a plenitude das garantias da magistratura, sem embargo de eventuais especializações.

Foi a partir destes dados constitucionais que os Governos provisórios puderam decretar as medidas legislativas destinadas a repôr as instituições judiciárias em conso-

nância com as aspirações de muito anos de luta pelos direitos fundamentais. E por isso, graves distorções ocorridas à sua margem (mas, felizmente, muito efémeras) como o Tribunal Militar Revolucionário, criado pela Lei nº 9/75, de 7 de Agosto, e com regras de processo que desrespeitavam elementares garantias de defesa dos arguidos, ou os pretensos “tribunais populares”, fruto de manipulação partidária pouco significado puderam assumir.

6. O art. 18º da Lei nº 3/74 viria a ser a principal fonte inspiradora do título da Constituição de 1976 dedicado aos tribunais, embora não tenha sido totalmente seguido pela Assembleia Constituinte (apesar das intervenções que eu próprio – permitasse-me que o lembre – aí proferi).

A leitura dos arts. 205º e 206º (hoje 202º) da Lei Fundamental reforça a ideia de base da Lei nº 3/74: consiste na reserva de competência jurisdicional dos tribunais, ou seja, na impossibilidade de outros órgãos do Estado, das regiões autónomas e do poder local, políticos, legislativos ou administrativos exercerem tal competência. A função de administrar a justiça incumbe aos tribunais e os tribunais são os órgãos de soberania com competência para tal função<sup>11</sup>. Não se fala em “poder judicial”, porque também não se fala simetricamente em “poder legislativo” ou em “poder executivo”<sup>12</sup>.

Se os tribunais se definem pela função jurisdicional e esta pelos tribunais, importa frisar o conceito de função jurisdicional. Apurá-lo trata-se duma *vexata quaestio*, extremamente controvertida na doutrina; a Constituição identifica-a com a “administração da justiça”, numa noção descritiva e eclética<sup>13</sup>, em que engloba a tríplice tarefa de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, de reprimir a violação da legalidade democrática e de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados<sup>14</sup>.

No entanto, o texto constitucional vai mostrar-se, sobretudo, inovador:

– por, na linha do art. 101º da Constituição italiana, proclamar que a justiça é ad-

ministrada em nome do povo (art. 205º, nº 1, hoje 202º, nº 1) – querendo, com isso, simultaneamente, apelar à sensibilidade jurídico- -comunitária dos juízes e conferir uma legitimidade democrática, ainda que indirecta ou institucional, aos tribunais como órgãos de soberania (art. 113º, hoje 110º);

– por não só retomar o instituto do júri mas também prever outras formas de participação popular na administração da justiça (art. 217º, hoje 207º);

– por constitucionalizar o órgão de gestão e disciplina dos juízes, embora só dos tribunais judiciais, o agora chamado Conselho Superior da Magistratura;

– por estabelecer uma separação vinçada entre os tribunais e o Ministério Público, dotado este de estatuto próprio e, após 1989, de autonomia (art. 224º, hoje 219º);

– por, em sede de direitos fundamentais, garantir em geral o acesso à justiça como princípio objectivo e como direito, liberdade e garantia (art. 20º), beneficiando do inerente regime reforçado (arts. 18º, 19º, 21º, etc.);

– por declarar não poder a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos (ainda art. 20º, nº 1) e, portanto, consagrar também um verdadeiro direito social a par dos demais direitos económicos, sociais e culturais do título III da parte I.

Tudo isto no contexto de um Estado de Direito Democrático<sup>15</sup> [preâmbulo e, após 1982, arts. 2º e 9º, alínea b)].

7. Tal como na Lei nº 3/74, os tribunais militares – e ainda o Tribunal de Contas – ficam excluídos da ordem judicial (arts. 212º, nº 2, 218º e 219º, hoje 209º, 213º e 214º). E, pela primeira vez, a Constituição traça a competência dos tribunais militares, em termos simultaneamente restritivos e ampliativos. Se se reduz o seu âmbito de intervenção por só poderem julgar crimes essencialmente (e não subjectivamente) militares, em contrapartida permite-se a sua dilatação por a lei poder incluir na jurisdição dos tribunais militares crimes dolosos equiparáveis aos crimes essencialmente militares (art. 218º, nº 2).

Tribunal não judicial – e enquanto tribunal órgão de soberania – é ainda, na primeira fase da Constituição, a Comissão Constitucional, quando julga, no caso concreto, a questão de inconstitucionalidade em recurso, obrigatório para o Ministério Público, de decisões dos tribunais que se recusam a aplicar norma constante de lei, decreto-lei, decreto regulamentar, decreto regional ou diploma equiparável com fundamento em inconstitucionalidade (art. 282º, nº 1) e de decisões que apliquem uma norma anteriormente julgada inconstitucional pela própria Comissão (art. 282º, nº 2). A sua não referência no título dos tribunais deve-se apenas à dupla autonomização da garantia da Constituição e da Comissão como seu órgão específico (capítulo II do título I da parte IV).

Recuo importante em relação à Lei nº 3/74 verifica-se, porém, no concernente aos tribunais administrativos e fiscais, em consequência da sua colocação à parte no nº 3 do art. 212º. “Poderá haver tribunais administrativos e fiscais” não significa, obviamente, a possibilidade de especialização desses tribunais, redundante em face do art. 213º; mais do que isso, implica a sua consideração em categoria ou categorias diferenciadas da categoria dos tribunais judiciais<sup>16</sup>. Observe-se, todavia, que não estão no mesmo plano dos tribunais militares, do Tribunal de Contas e da Comissão Constitucional – o legislador ordinário apenas recebe uma autorização, e não uma imposição como no nº 2 do art. 212º ou nos arts. 283º a 285º – e que já não teria qualquer cabimento um debate como o que antigamente havia sobre a natureza dos tribunais administrativos, por eles se encontrarem, sem equívocos, apresentados como tribunais.

Tirando a ordem judicial de tribunais – sempre com três graus [arts. 212º, nº 1, 214º e 215º, hoje 209º, nº 1, alínea a), e 210º] – por um lado, e, por outro lado, o Tribunal de Contas e a Comissão Constitucional, a Constituição vai, portanto, contemplar uma ordem de jurisdição – a militar – e admitir uma or-

dem correspondente aos tribunais administrativos e aos tribunais fiscais<sup>17</sup>. Cada ordem de jurisdição individualiza-se pela subordinação, através de uma ou mais instâncias, a um mesmo supremo tribunal e pela existência de estatuto e de carreira próprios dos respectivos magistrados<sup>18</sup>. O princípio da unidade de magistratura só se encontra constitucionalmente afirmado no respeitante aos juízes dos tribunais judiciais (art. 220º, hoje 215º).

Na primeira instância, pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas (art. 213º, nº 1, hoje, 211º, nº 1), mas a Constituição não procede à enumeração desses tribunais<sup>19</sup>. Os tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça podem funcionar em secções especializadas (art. 213º, nº 2, hoje 211º, nº 2).

O relevo conferido aos tribunais judiciais não tem que ver apenas, como na Constituição de 1933 (pelo menos até à revisão de 1971), com uma questão de prerrogativas e imunidades dos seus juízes. Decorre, em medida não desprezível, do estabelecimento do seu âmbito material de competência, pois os tribunais de comarca são, em regra, os tribunais de primeira instância (art. 214º, nº 1), e são os tribunais judiciais que aplicam a lei criminal (arts. 27º, nº 2, 28º, nºs 1 e 3, 30º, nº 2, e 31º, nº 1) e que tomam decisões que contudem com direitos, liberdades e garantias (arts. 34º, nº 2, 36º, nº 6, 37º, nº 3, 46º, nº 2; e hoje ainda arts. 33º, nº 2 e 86º, nº 2). Subsiste uma maior confiança nestes tribunais a que a Constituição não é insensível.

8. As revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997 (não a de 1992, por circunscrita à integração europeia) incidiriam largamente sobre a matéria dos tribunais, alterando a maior parte dos seus preceitos, com vista ao seu aperfeiçoamento (o que nem sempre terão conseguido).

Da primeira revisão resultariam:

– A criação do Tribunal Constitucional, substituindo o Conselho da Revolução e a

Comissão Constitucional e com várias outras funções para além do controlo da constitucionalidade a definir por lei [arts. 211º, nº 1, alínea *a*), e 213º do texto de 1982];

– A possibilidade de existência de tribunais marítimos e arbitrais (art. 212º, nº 2, hoje 209º, nº 2);

– A previsão da constituição de tribunais de conflitos (art. 212º, nº 3, hoje 209º, nº 3);

– O estabelecimento de regras sobre o recrutamento dos juízes dos tribunais de 1ª e de 2ª instâncias e sobre o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 220º, nºs 2, 3 e 4, hoje 215º, nºs 2, 3 e 4);

– A previsão de regras relativas aos juízes dos tribunais não judiciais paralelas às respeitantes aos juízes dos tribunais judiciais (art. 222º, nº 2, hoje 217º, nº 3);

– A fixação da composição do Conselho Superior da Magistratura, com uma dupla maioria – de vogais juízes e de vogais designados pelos órgãos baseados no sufrágio universal, Presidente da República e Assembleia da República (art. 222º, hoje 218º)<sup>20</sup>.

A segunda revisão constitucional estabeleceria:

– A existência necessária dos tribunais administrativos e fiscais [art. 211º, hoje 209º, nº 1, alínea *b*)];

– Um maior rigor na definição dos tribunais judiciais como tribunais comuns em matéria civil e criminal e com jurisdição em todas as matérias não atribuídas a outras ordens jurisdicionais (art. 213º, nº 1, hoje 211º, nº 1);

– Um preceito novo sobre tribunais administrativos e fiscais, com definição de competência própria (art. 214º, hoje 212º);

– O alargamento a todos os juízes, e não só aos tribunais judiciais, da regra segundo a qual os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente (art. 218º, nº 4, hoje 216º, nº 4);

– A previsão de um conselho superior dos tribunais administrativos e fiscais pa-

ralelo ao Conselho Superior da Magistratura (art. 219º, nº 2, hoje 217º, nº 2);

– O tratamento do Tribunal Constitucional em título autónomo (arts. 223º e segs., hoje 221º e segs.) – abrangendo a sua jurisdição matérias de natureza jurídico-constitucional (as quais não se confinam ao controlo da constitucionalidade) – com certas alterações da sua composição, da sua organização e do seu funcionamento e com constitucionalização da sua competência como tribunal eleitoral<sup>21</sup>.

Finalmente, a revisão de 1997 determinaria:

– A previsão dos procedimentos judiciais caracterizados pela prioridade e pela celeridade para tutela dos direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 20º, nº 5);

– A fundamentação das decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente (art. 205º, nº 1);

– A supressão dos tribunais militares fora do estado de guerra (arts. 209º e 213º);

– A possibilidade de incompatibilidades legais com a função de juiz (art. 216º, nº 5);

– A eliminação da necessidade de um dos dois vogais do Conselho Superior da Magistratura nomeados pelo Presidente da República ser juiz [art. 218º, nº 1, alínea a)];

– A alteração de várias regras sobre o Tribunal Constitucional, designadamente alargamento para nove anos do mandato dos juízes, vedação de recondução para o mandato imediato e atribuição de competências relativamente a perda do mandato dos Deputados, eleições no âmbito da Assembleia da República e das assembleias legislativas regionais e eleições e deliberações em partidos políticos (arts. 221º e segs.)<sup>22</sup>.

9. O relevo assumido pelo Conselho Superior da Magistratura e por órgãos idênticos e análogos noutros países – ainda há meses objecto de um importante colóquio comparativo em Aix-en-Provence, de que fui um dos relatores – justifica algumas notas, se bem que breves.

Parto de alguns pressupostos (como é

natural, susceptíveis de discussão, mas que reputo bastante razoáveis):

1º) Que um conselho todo nomeado, directa ou indirectamente, pelo Executivo – como era o Conselho Superior Judiciário antes de 1974 – pode afectar as garantias dos juízes e não é compatível com o princípio da separação de poderes;

2º) Que um conselho todo eleito pelo Parlamento e reflectindo a sua composição ou a sua maioria pode politicizar a gestão da magistratura e introduzir o contraditório partidário;

3º) Que um conselho todo eleito (ou dominado) pelos juízes pode converter-se num órgão de tipo corporativo e sem visão de Estado;

4º) Que a solução mais adequada a um Estado de Direito democrático consiste, pois, em procurar uma articulação de diferentes princípios ou vectores<sup>23</sup>.

Por um lado, insisto, como os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça *em nome do povo* (art. 202º da Constituição, de novo), os juízes não podem deixar de ter uma ligação com a base dessa soberania através dos órgãos do Estado assentes no sufrágio universal – o Presidente da República e o Parlamento. Um puro autogoverno da magistratura – a qual não é electiva – seria inadmissível.

Mas, por outro lado, a Constituição afirma também o princípio da democracia participativa [art. 2º, *in fine*, e 9º, alínea c)] e aplica-o em variadíssimos domínios (arts. 54º, 92º, 267º, etc.). Logo, a participação dos juízes no conselho superior que conduz a sua gestão é imposta não só por razões de tradição e de eficácia técnica como por razões de congruência político-constitucional.

Legitimidade e participação, racionalidade e pluralismo, equilíbrio e limitação recíproca – eis as ideias cardeais do sistema e com a quais estou, por conseguinte, de acordo no essencial.

10. A natureza do Conselho decorre da sua composição e das suas competências constitucionais e legais:

a) Ele não é um tribunal ou um órgão do poder judiciário – conquanto as suas funções sejam conexas ou instrumentais relativamente aos tribunais;

b) Não é um fórum político ou uma comissão parlamentar – embora situado na organização do poder político e sob o influxo legitimador do princípio democrático;

c) Nem é um órgão de representação dos juízes, uma espécie de parlamento da magistratura – ainda que no seu seio haja, e tenha de haver, uma representação existencial dos juízes e das correntes judiciárias.

Ou, dizendo por fórmulas positivas:

a) O Conselho é um órgão de garantia constitucional – não só um órgão constitucional por causa da sua existência e do seu estatuto, mas sobretudo por causa da sua função de garantia do regular funcionamento das instituições judiciárias e do exercício da função jurisdicional;

b) É um órgão independente da Administração – por isso mesmo (porque, se as suas competências são materialmente administrativas, ele não está sujeito a nenhum poder do Governo, seja de direcção, de superintendência ou de tutela)<sup>24</sup>;

c) Logo, por isso mesmo, tem de ser um órgão sob controlo – porque em Estado de Direito todos os poderes aparecem limitados por outros poderes – e, assim, está sujeito quer a controlo contencioso (que deveria ser exercido pelo Supremo Tribunal Administrativo nos termos gerais do art. 212º, nº 3 da Constituição, e não pelo Supremo Tribunal de Justiça) quer a controlo político do Parlamento [art. 162º, alínea a)]<sup>25</sup>, quer ainda a controlo do Provedor de Justiça (art. 22º, nº 3, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril).

11. Julgo também conveniente, no âmbito desta exposição, deter-me na problemática do Tribunal Constitucional, por persistir alguma incompreensão acerca do seu papel e por haver quem preconize a transferência das suas competências para uma secção especializada do Supremo Tribunal de Justiça.

Aquilo a que eu tenho chamado a revolução copernicana do Direito público – ou

seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são susceptíveis de se aplicar) directamente nas situações da vida – não resultou só de mudanças do regime político ou da ideia de Constituição. Resultou, sobretudo, do aparecimento de uma justiça constitucional como tal estruturada e legitimada.

Não bastam proclamações como as do art. 1º, nº 3 da Constituição de Bona, do art. 18º, nº 1, da Constituição portuguesa, do art. 53º, nº 1 da Constituição espanhola ou do art. 5º, § 1º da Constituição brasileira para assegurar a força normativa dos preceitos constitucionais. Sem a justiça constitucional o princípio da constitucionalidade fica desprovido de tradução prática<sup>26</sup>.

Ora, a lição do Direito comparado afigura-se muito clara:

1º) Fiscalização jurisdicional difusa pode coexistir com diferentes sistemas jurídicos e (pelo menos, teoricamente) com diversos sistemas políticos e é sempre uma salvaguarda potencial da constitucionalidade;

2º) Todavia, só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos (com forte autoridade social dos juízes, total adesão da comunidade à Constituição e mecanismos de harmonização de julgados);

3º) Mesmo aí verificam-se fenómenos próximos da concentração, por virtude da prevalência dos supremos tribunais e da sua especial ou dominante ocupação com questões de constitucionalidade;

4º) A fiscalização jurisdicional concentrada apenas faz sentido em regime político de divisão de poder, do qual se revela uma das peças mais importantes;

5º) Na Europa, só um sistema de tribunal constitucional ou mecanismos jurisdicionalizados afins (como o Conselho Constitucional francês desde 1974) asseguram plenamente tal fiscalização concentrada.

Recordo também os seguintes dados da nossa experiência:

1º) Consagrada em 1911, a fiscalização judicial difusa sobreviveria na vigência da Constituição de 1933 (com modificações) e das leis revolucionárias de 1974-1976;

2º) A sua prática mostrar-se-ia entretanto, sempre muito escassa, por causas derivadas das situações políticas envolventes, pela deficiente força normativa das Constituições e pela timidez dos juízes;

3º) A proposta de criação de um tribunal constitucional apareceu ligada à construção da democracia e do Estado de Direito e, não por acaso, só foi concretizada num momento de institucionalização, coincidente com o afastamento dos intentos de ruptura (ou de revisão à margem das regras constitucionais) e com a extinção do Conselho da Revolução;

4º) O Tribunal Constitucional aparece, simultaneamente, como o órgão (único) de fiscalização abstracta e como tribunal de recurso na fiscalização concreta, mantendo-se nesta o poder de apreciação e de desaplicação das leis por todos os tribunais (o que confere ao modelo português um carácter misto sem paralelo na Europa);

5º) Em vez de congelar a fiscalização difusa, a fiscalização concreta, vinda desde 1976 com a Comissão Constitucional e desde 1982 com o Tribunal Constitucional, foi para ela um estímulo – como o mostram as centenas e centenas de decisões dos tribunais em contraste com o estado de coisas anterior;

6º) Aos tribunais em geral cabe a primeira palavra sobre inconstitucionalidade, mas a última pertence sempre ao Tribunal Constitucional – eis, em suma, a síntese do nosso regime de controlo;

7º) Na fiscalização preventiva de decretos parlamentares, pode a vontade legislativa, com maioria qualificada, prevalecer sobre a pronúncia pela inconstitucionalidade se forem confirmados por maioria agravada e se o órgão de promulgação ou de assinatura os sancionar; mas na fiscalização sucessiva prevalece sempre a decisão do Tribunal e não se admite (salvo futura alte-

ração da Lei Fundamental) reposição de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral – e neste equilíbrio se encontra ainda a tensão inerente ao Estado de Direito democrático.

12. O Tribunal Constitucional tem a natureza de tribunal – pelo princípio do pedido, pelos critérios jurídicos de decisão, pelas regras de processo, pela força de caso julgado na fiscalização sucessiva, pelo estatuto dos juízes.

Não é, porém – tal como instituições idênticas que existem hoje por toda a Europa continental – um tribunal como qualquer outro, pela sua origem, porque administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional envolve problemas específicos e porque, para poder sobrepor-se a leis aprovadas por órgãos baseados no sufrágio universal, tem de receber uma legitimidade diferente ou mais densa do que a que possuem os restantes tribunais.

Por paradoxal que possa *prima facie* supor-se apenas um órgão jurisdicional com uma maioria de membros provenientes dos órgãos democraticamente legitimados adquire autoridade suficiente para declarar inconstitucionais com força obrigatória geral actos dimanados desses órgãos. E isto, tanto vale para o Tribunal Constitucional como para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ou para o Supremo Tribunal Federal do Brasil<sup>27</sup>.

Assim, no caso português, o que eu critico não é que o Tribunal Constitucional tenha juízes eleitos pelo Parlamento; o que eu critico é que *só tenha*, directa ou indirectamente, juízes por ele designados, em vez de – em coerência com o sistema político e para maior abertura ao pluralismo de correntes jurídicas – ter também juízes nomeados pelo Presidente da República e juízes eleitos pelo Conselho Superior da Magistratura ou pelos supremos tribunais.

## Notas

<sup>1</sup>Sobre os tribunais nas Constituições liberais, v. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, 2ª parte, I, Lisboa, 1879, págs. 307 e segs.; Marnoco e Sousa, *Direito Político – Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, págs. 769 e segs., e *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, Coimbra, 1913, págs. 566 e segs.

<sup>2</sup>Cfr. Paulo Cunha, parecer subsidiário da secção de justiça da Câmara Corporativa sobre o art. 116º da Constituição (in *Diário da Assembleia Nacional*, 1945, suplemento ao nº 176, págs. 642(14) e 642(15); Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, policopiado, Lisboa, 1971-1972, I, págs. 238 e segs.; Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6ª ed., 1972, págs. 663 e segs.; Francisco José Veloso, *No Campo da Justiça: intromissões do Poder Executivo*, in *Scientia Jurídica*, 1972, págs. 260 e 279 e segs.

<sup>3</sup>O que inconstitucionalizava os tribunais militares ou os deslocava para a esfera da Administração.

<sup>4</sup>Ministérios da Justiça, das Finanças, das Corporações, e até Presidência do Conselho de Ministros.

<sup>5</sup>Cfr. A. Lúcio Vidal, *Conselho Superior Judiciário*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, Coimbra, 1972, pgs. 621 e segs.

<sup>6</sup>Recorde-se, entre tantas intervenções, as conferências proferidas na Ordem dos Advogados em Março de 1972 e depois publicadas: de Adelino da Palma Carlos, *Alguns problemas de organização judiciária*, Lisboa, 1972; de Francisco Salgado Zenha, *A organização judiciária como guardiã constitucional da liberdade individual*, Porto, 1973; e de Francisco Sá Carneiro, *A proposta de lei sobre organização judiciária*, Porto, 1973.

<sup>7</sup>O autor mais identificado com esta tese, Marcello Caetano, conjugava-a com uma interpretação muito particular da noção de função judicial dada pelo art. 116º da Constituição: não em sentido material, mas sim em sentido orgânico-formal – ou seja, a função judicial como função dos tribunais judiciais. V., por último, *Manual ...*, cit., págs. 663 e segs., e *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., 1973, págs. 36 e segs., e II, 9ª ed., 1972, págs. 1184 e segs.

<sup>8</sup>Cfr. José Carlos Moreira, *O Princípio da Legalidade na Administração*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXV, 1949, págs. 398-399, nota; Miguel Galvão Teles, *Direito Constitucional Português Vigente – Sumários Desenvolvidos*, policopiados, 1971, pág. 61; Rui Machete, *Contencioso Administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, págs. 775 e segs.

<sup>9</sup>V. *Ciência Política e Direito Constitucional*, policopiado, Lisboa, 1972-73, II, págs. 385 e segs.

<sup>10</sup>Cfr. o nosso estudo, *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*, Lisboa, 1975, págs. 87 e segs.

<sup>11</sup>Veja-se a explicitação feita durante o debate na Assembleia Constituinte, in *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 96, pág. 3109, e nº 97, pág. 3138.

<sup>12</sup>A Constituição, como se sabe, proclama o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania (art. 114º) e não já o princípio da separação dos poderes como as Constituições liberais.

<sup>13</sup>Castro Mendes, *Artigo 206º (Função Jurisdicional)*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, Lisboa, 1977, pág. 396.

<sup>14</sup>O debate na Assembleia Constituinte é pouco esclarecedor (*Diário da Assembleia Constituinte*, nº 96, págs. 3110-3113). O texto aprovado foi o da Comissão, tendo sido rejeitada uma proposta de emenda do Deputado Luís Catarino, a qual ligava a administração da justiça à “construção da sociedade socialista”.

<sup>15</sup>Cfr. Cunha Rodrigues, *A Constituição e os tribunais*, Lisboa, 1977; Marcelo Rebelo de Sousa, *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 790 e segs.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, págs. 573 e segs. E ainda Laborinho Lúcio, *O poder judicial na transição*, in *Portugal - O sistema político e constitucional - 1974-1987*, obra colectiva, Lisboa, 1989, págs. 737 e segs.; e Pedro Coutinho Magalhães, *Democratização e independência judicial em Portugal*, in *Análise Social*, nº 130, 1995, págs. 51 e segs.

<sup>16</sup>O preceito do art. 212º, nº 3 não constava do texto da Comissão da Assembleia Constituinte; resultou de uma proposta dos deputados José Luís Nunes e Luís Filipe Madeira, e justificada sobretudo pela necessidade de não levantar graves problemas ao funcionamento dos tribunais existentes. V. *Diário*, nº 97, pág. 3143.

<sup>17</sup>Outra ordem de jurisdição – por hipótese, de tribunais de trabalho – seria inconstitucional, independentemente da especialização admissível.

<sup>18</sup>Regra comum a quaisquer categorias ou ordens – todos eles órgãos constitucionais – é pertencer ao domínio reservado da Assembleia da República a legislação sobre organização e competência dos tribunais, salvo os militares, e estatuto da magistratura [art. 167º, alínea j)].

<sup>19</sup>A enumeração chegou a ser proposta por mim próprio e pelo Deputado Fernando Amaral, por se entender que era matéria constitucional e para se atalhar à multiplicação de tribunais pelo legislador ordinário. Previam-se tribunais de menores, do trabalho e marítimos e auditorias administrativas, estas com secções de contencioso administrativo e de

contencioso tributário. A Assembleia Constituinte rejeitou a proposta, por a considerar demasiado ambiciosa e pouco realista. V. *Diário*, nº 97, págs. 3136 e segs.

<sup>20</sup>E ainda: ligeira alteração do art. 207º (hoje 204º), fundamentação das decisões dos tribunais nos casos e nos termos previstos na lei (art. 210º, nº 1); previsão da eleição do presidente do Supremo Tribunal de Justiça pelos seus juízes (art. 214º, nº 2, hoje 210º, nº 2), atribuição aos tribunais militares de competência para aplicação de medidas disciplinares (art. 218º, nº 3), possibilidade de os juízes em exercício desempenharem funções de docentes e de investigação científica não remuneradas (art. 221º, nº 3, hoje 216º, nº 3), possibilidade da inclusão de funcionários de justiça no Conselho Superior da Magistratura para tratar de questões a eles respeitantes (art. 223º, nº 2, hoje 218º, nº 3).

<sup>21</sup>E ainda: a previsão de instrumentos e formas não jurisdicionais de composição de conflitos (art. 205º, nº 4, hoje 202º, nº 4), a substituição do termo “juízes populares” pelo termo “juízes sociais” e a especificação das questões sujeitas à sua intervenção (art. 210º, nº 2, hoje 207º, nº 2), a enumeração das competências e a possibilidade de existência de secções regionais do Tribunal de Contas (art. 216º), a eliminação da extensão das regras sobre incompatibilidades dos juízes a todos os membros do Conselho Superior da Magistratura (art. 220º, nº 2, hoje 218º, nº 2).

<sup>22</sup>E ainda: constitucionalização do segredo de justiça (art. 20º, nº 3), exclusão dos crimes de terrorismo e da criminalidade altamente organizada do

âmbito de intervenção do júri (art. 207º, nº 1), adiamento da execução das penas ao âmbito de intervenção dos juízes sociais (art. 207º, nº 2), um artigo *ex professo* sobre patrocínio judiciário (art. 208º), fixação em quatro anos do mandato do presidente do Tribunal de Contas (art. 214º, nº 2), existência necessária de secções do Tribunal de Contas nas regiões autónomas (art. 214º, nº 4).

<sup>23</sup>Cfr. Cunha Rodrigues, *Modelos de governo do poder judicial alternativos*, in *Revista do Ministério Público*, nº 58, Abril-Junho de 1994, págs. 23 e segs.; Eduardo Maia Costa, *Tribunais: independência e legalidade*, *ibidem*, págs. 125 e segs.; Figueiredo Dias, *Nótila sobre temas de Direito Judiciário*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nºs 3849 e 3850, Abril e Maio de 1995, págs. 355 e segs. e 8 e segs., respectivamente; Gomes Canotilho, *A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta*, in *AB UNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, obra colectiva, Coimbra, 1998, págs. 247 e segs.

<sup>24</sup>V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 1997, oágs. 37-38; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, cit., pág. 598.

<sup>25</sup>Sendo de aplaudir a previsão na recém-apresentada proposta de lei de alteração do estatuto dos magistrados judiciais a previsão de um relatório anual do Conselho à Assembleia da República.

<sup>26</sup>Cfr. o nosso *Manual ...*, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, págs. 349 e segs.

<sup>27</sup>Cfr., por todos, a obra colectiva *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995.



# Teorias da conduta no direito penal

Cláudio Brandão

## Sumário

1. A conduta na teoria do delito. 2. Evolução dogmática do conceito de ação. a) Teoria causalista da ação. b) Teoria finalista da ação. c) Teoria social da ação. 3. Considerações críticas sobre as teorias da ação.

### *1. A conduta na teoria do delito*

A conduta humana é a pedra angular da teoria do delito. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade é a adequação da *conduta* com a norma; a antijuridicidade é o juízo de reprovação da *conduta* e a culpabilidade é o juízo de reprovação sobre o autor da *conduta*.

As modalidades de conduta humana são a ação e a omissão. Muitas vezes, toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, o que ao nosso ver está correto. Isso se dá porque o termo ação envolve a *comissão*, que se identifica com a *ação positiva*, e a *omissão*, que se identifica com a *ação negativa*.

O direito penal não cria o conceito de ação, ele o retira do mundo fenomênico dos fatos. Ainda que não houvesse o Direito, é obvio que se realizariam ações. Não se pode, pois, pensar em vida humana sem o *agir*. E esse conceito de ação, retirado do mundo dos fatos, funciona como um elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando a sistematização desses ditos elementos. Portanto, deve-se enfatizar, todos os elemen-

Cláudio Brandão é Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, da Faculdade de Direito de Olinda e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

tos do crime referem-se, de um modo ou de outro, à ação.

A necessidade da existência de uma ação para a constituição do conceito de crime, fato que hoje parece óbvio, é uma grande conquista de um direito penal liberal, voltado para a proteção dos bens jurídicos vitais para o homem e a sociedade. Todavia, em tempos remotos, o direito penal prescindiu do conceito de ação para aplicar a pena, desse modo até coisas e animais poderiam ser punidos.

## 2. Evolução dogmática do conceito de ação

### a) Teoria causalista da ação

No século XIX, a ciência jurídica estava impregnada das idéias do positivismo. Isso significa que se adotava no Direito a mesma metodologia das ciências da natureza, ao invés de se *compreender* o Direito, procurava-se *explicá-lo*. Com efeito, nessa época o homem estava deslumbrado com os progressos, advindos das ciências da natureza (física, química, etc.), que possibilitaram a industrialização, o desenvolvimento dos transportes por meio de vários meios, como, por exemplo, com a construção das estradas de ferro, entre outros.

Para que um ramo do conhecimento humano ganhasse *status* de ciência, precisava ter leis gerais, de validade universal, a exemplo do que acontecia nas ciências da natureza. A sociologia, inclusive, surge nessa época como a física social, com leis gerais, válidas para todas as sociedades.

É nesse panorama que surge o conceito causalista de ação.

O nome dessa teoria (causalista) deriva do nome causalidade. A lei da causalidade, que rege as ciências da natureza, baseia-se numa relação de causa e efeito, que não é compreendida, mas simplesmente explicada pelo homem. Um exemplo da causalidade é a fervura da água: a cem graus centígrados, nas condições naturais de tempe-

ratura e pressão, dar-se-á a fervura da água; pode-se dizer que a fervura da água foi efeito da situação de ela estar a cem graus centígrados. Nesse mesmo raciocínio, transmutando-o para a ação, pode-se dizer que a modificação do mundo exterior é efeito da volição do sujeito<sup>1</sup>.

Para a teoria causalista, *a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior*. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior a uma volição.

Grandes expoentes dessa teoria foram Franz von Litz e Ernst von Beling.

Litz definia ação como “conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não-impediente de uma modificação no mundo exterior”<sup>2</sup>. A conceituação de Litz tem três elementos: vontade, modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade, que liga a ação ao resultado. A vontade e a modificação no mundo exterior podem ser unidas em um único conceito: *a manifestação da vontade*<sup>3</sup>. Deve-se entender a manifestação de vontade como toda realização ou omissão voluntária de um movimento corpóreo que, livre de qualquer violência, está motivada pelas representações mentais do agente; em poucas palavras, é a vontade objetivada. Litz dizia, ainda, que a manifestação de vontade deve realizar uma modificação no mundo exterior e que “nós chamamos de resultado esta modificação, perceptível pelos sentidos”<sup>4</sup>. Completa-se o conceito de vontade com o liame que possibilita a imputação de um resultado como consequência de uma manifestação de vontade, isto é, com o *nexo de causalidade*<sup>5</sup>.

Beling, seguindo a mesma linha de raciocínio, define ação como “um comportamento corporal voluntário”<sup>6</sup>. O comportamento corporal corresponde à fase externa da ação; a voluntariedade indica que essa fase externa é produzida pelo domínio sobre o corpo, pela liberdade de inervação muscular<sup>7</sup>. A ação pode constituir-se em um fazer, que é uma ação positiva, ou um não-fazer, que é uma omissão, isto é, a distensão dos músculos<sup>8</sup>.

Para Beling, como a ação tem uma fase objetiva e uma fase subjetiva, exclui-se do seu conceito aqueles fenômenos humanos que são somente objetivos ou somente subjetivos, como:

- a) uma mera propriedade do homem (sua perigosidade não-manifestada);
- b) um mero estado do homem (enfermidade);
- c) um simples querer ou pensar puramente interno;
- d) os estados de inconsciência (por exemplo, um dano causado por um desmaio);
- e) aqueles comportamentos que são provenientes de excitações irresistíveis (por exemplo, os movimentos reflexos)<sup>9</sup>.

A crítica que deve ser feita a essa teoria é que o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade. Destarte, não se deve investigar no âmbito da multirreferida ação se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (dolo) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou (culpa).

A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os *juízos objetivos* à ação típica e antijurídica e todos os *juízos subjetivos* à culpabilidade, como se pudesse haver uma separação perfeita e peremptória entre o objetivo e o subjetivo. Se todo o subjetivo deve ser analisado na culpabilidade, deve-se deslocar o estudo do conteúdo da vontade da ação para a culpabilidade, esvaziando-se, enfatize-se, o conteúdo da própria ação.

#### b) Teoria finalista da ação

A teoria finalista da ação foi criada por Hans Welzel, na primeira metade do século XX, e aperfeiçoada logo em seguida à queda do nacional-socialismo alemão, na segunda grande guerra.

Por meio da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao es-

tágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática. Dizia Welzel que

“se nós desejamos, porém, superar a corrupção do direito operada pelo totalitarismo, não podemos simplesmente retornar ao estado existente antes de sua aparição, mas devemos examinar a doutrina precedente, que em parte nós mesmos tínhamos defendido, ou na qual crescemos, recercando os seus limites”<sup>10</sup>.

O finalismo vem revalorizar o caráter ético-social do direito penal, rompendo definitivamente com a concepção nazista<sup>11</sup>, a qual afirmava ser o direito penal, por meio da pena, o meio de purificar biologicamente o povo<sup>12</sup>.

Todavia, Welzel iniciou os estudos de sua teoria antes do fim da segunda grande guerra. Córdoba Roda, fazendo uma análise magistral sobre a evolução do pensamento do criador da teoria finalista da ação, afirma que as primeiras idéias sobre essa teoria surgiram em 1931, com a publicação da obra *Kausalität und Handlung* (Causalidade e Ação). Outra obra relevante surge em 1935, intitulada *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo e Filosofia dos Valores em Direito Penal), em que Welzel utiliza o conceito de finalidade, inspirado nas idéias de Nicolai Hartmann. A doutrina de Welzel, contudo, somente aparece de modo completo em 1939, no livro *Studien zur System des Strafrechts* (Estudos para o Sistema de Direito Penal)<sup>13</sup>.

A ação humana é exercício de uma atividade final, não de uma mera atividade causal. A finalidade é presente, portanto, em toda conduta humana. Ela pode ser inferida do fato de poder o homem, por força de seu saber causal, prever dentro de certos limites as conseqüências possíveis de sua conduta. Assim, pode orientar seus distintos atos à consecução do fim desejado<sup>14</sup>.

Welzel propõe um exemplo para diferenciar a finalidade da causalidade. Se um raio eletrocuta um homem que trabalha no campo, esse fato se baseia na lei da causalidade,

visto que entre o homem e a nuvem se deu a máxima tensão necessária para a descarga elétrica. Essa tensão também poderia ter sido originada por qualquer outro objeto que estivesse a certa altura da nuvem. Não existe, pois, um acontecer final para determinar a descarga elétrica. A situação, nas ações humanas, é totalmente diversa; quem deseja matar outrem elege, conscientemente para atingir esse fim, os fatores causais necessários, como a compra da arma, averiguação da oportunidade, disparar ao objetivo<sup>15</sup>.

A finalidade, portanto, baseia-se na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim. “A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal”<sup>16</sup>, sem ela a ação seria rebaixada a um acontecimento causal cego<sup>17</sup>.

Em resumo: pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento. Dito de forma gráfica, a finalidade é vidente e a causalidade é cega<sup>18</sup>.

A direção final da ação debruça-se em duas fases. A primeira fase ocorre na esfera do pensamento e abarca três elementos: o primeiro é o fim que o agente almeja; o segundo são os meios que o mesmo deve adotar para a consecução dos fins e o terceiro são as conseqüências secundárias coligidas ao emprego dos próprios meios.

A segunda fase ocorre no mundo real, é a realização concreta da ação que se opera. É um processo causal dominado pela determinação do fim, dos meios e dos efeitos concomitantes na esfera do pensamento. “Se não se alcança este domínio final no mundo real – por exemplo, o resultado não se produz por qualquer causa – a ação final correspondente fica somente tentada”<sup>19</sup>.

Quando se diz que a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um

fim, diz-se na verdade que o *dolo* reside na ação. Essa é a fundamental diferença entre a teoria causalista, e a teoria finalista: na teoria causalista, não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação; para essa teoria, o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim dirige a causalidade, logo o conteúdo da vontade, isto é, o *dolo*, é integrante da ação.

No mesmo sentido de nossa explicação posiciona-se Marcello Gallo, afirmando que

“A ação humana é, saliente-se, por sua essência finalística; propõe-se os fins, escolhem-se os meios necessários para o alcance do fim e se aplicam segundo um plano pré-estabelecido. O momento da finalidade, se se tratar de uma ação penalmente relevante: o dolo; pertence, pois, a ação e não pode ser dela legitimamente separado.”<sup>20</sup>

Surge, todavia, uma importante indagação: *se toda ação é dirigida a um fim, como se solucionar a problemática dos crimes culposos?*

Com efeito, sabe-se que no crime culposos a finalidade do agente não é contrária ao Direito. Todavia no crime culposos também existe vontade dirigida a um fim, só que o fim será um fim conforme o Direito. A reprovação jurídica nos crimes culposos não recai na finalidade do agente, mas nos meios que o agente elegeu para a consecução de seu fim<sup>21</sup>, sendo eles qualificados como imprudentes, negligentes ou imperitos.

Assim, ressalte-se, na culpa, o direito não reprova a finalidade do agente, mas reprova os meios que o agente elegeu para a consecução de seus fins. Por exemplo, se o agente dirige a sua vontade para chegar logo ao seu trabalho, dirige a sua vontade para um fim lícito, mas se para galgar esse fim o agente elege um meio imprudente, como dirigir seu veículo acima da velocidade permitida, o Direito reprovará o meio elegido e imputará ao sujeito uma responsabilidade penal a título de culpa.

Quando projetamos a nossa reflexão na teoria finalista da ação, vemos que nela temos todos os elementos da teoria causalista (manifestação de vontade no mundo exterior e nexos de causalidade) e um elemento a mais: a vontade dirigida a um fim. É por isso que já se afirmou que a teoria finalista apareceu como uma conclusão dos sistemas de Litz e Beling<sup>22</sup>.

Destarte, reafirmando que a teoria finalista transferiu o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação, concluímos esta exposição com as felizes paravras de Gimbernat Ordieg:

“O finalismo não abandona a tradicional tripartição: tipicidade, anti-juridicidade e culpabilidade. Nem sequer introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, mas os separa e os redistribui de outro modo entre os três estados da teoria do delito”<sup>23</sup>.

### c) Teoria social da ação

O conceito social de ação tem sua origem em 1932, por meio de Eberhard Schmidt, que, ao atualizar o tratado de von Litz, procurou dar uma nova feição ao conceito causalista de seu mestre, livrando-o da excessiva influência do positivismo naturalista<sup>24</sup>.

O conceito social de ação tem, entretanto, várias vertentes, que ora se prestam a defender o finalismo, ora se prestam a defender o causalismo. Como visto, essa teoria surge a partir do causalismo, mas Welzel também afirma que o conceito social de ação não é antagônico à teoria finalista, *in verbis*:

“Parece haver-se esquecido, hoje, quando se contrapõe à doutrina da ação finalista um conceito social, que um dos propósitos fundamentais do finalismo, desde seu começo, foi a compreensão da ação como um fenômeno social. A ação, como um fenômeno social, não pode ser compreendida senão sobre a base da doutrina da ação finalista”<sup>25</sup>.

A idéia central da teoria social da ação é buscar a síntese da relação entre o *compor-*

*tamento humano e o mundo circundante, sendo ação todo comportamento socialmente relevante*<sup>26</sup>.

Atualmente, os defensores dessa teoria afirmam que ela superou a antítese entre finalismo e causalismo. Veja-se, por exemplo, o pensamento de Jescheck. Para ele, a estrutura fundamental da conduta ativa é a finalidade, pois a capacidade de conduzir processos causais fundamenta a posição específica do homem na natureza; mas a finalidade não é hábil para fundamentar a estrutura da conduta omissiva. Existe uma omissão quando não se produz um fazer ativo, que era esperado segundo as normas da Moral ou do Direito<sup>27</sup>. Só se pode unir a ação e a omissão num conceito superior à luz da teoria social da ação, pois tanto a ação quanto a omissão são comportamentos socialmente relevantes, enquadrando-se na já referida síntese entre o comportamento humano e o mundo circundante. Segundo o autor,

“Se entende por comportamento toda resposta do homem a uma exigência situacional reconhecida, ou, ao menos reconhecível, mediante a realização de uma possibilidade de reação, de que dispõe graças a sua liberdade”<sup>28</sup>.

Assim, o comportamento tanto pode consistir numa atividade final, quanto numa inatividade frente a uma expectativa de ação. Concluímos a exposição dessa teoria afirmando que o conceito social é um conceito *valorativo*, que reúne as categorias finalidade e causalidade, as quais são contraditórias no plano do ser<sup>29</sup>.

### 3. Considerações críticas sobre as teorias da ação

Entre as teorias formuladas, a que melhor explica a essência da ação é a teoria finalista.

A teoria causalista investiga o objeto ação com o método das ciências da natureza, procurando simplesmente *explicá-la*, ao invés de *compreendê-la*. Com efeito, a explicação é o ato gnosiológico próprio das ci-

ências naturais, mas não serve para investigar as ciências do homem, que tem um ato gnosiológico apropriado: a compreensão. Essa teoria, portanto, deve ser rechaçada por apresentar um erro metodológico.

A teoria social, por sua vez, procura um conceito *valorativo* de ação, *valorando sua relevância social*. Ora, foi dito que o conceito de ação serve como elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando sua sistematização. Por isso o conceito de ação deve ser valorativamente neutro, pois os juízos de valor serão feitos por meio da tipicidade e da antijuridicidade. Se nós utilizamos um conceito que não seja valorativamente neutro, poderemos até mesmo pré-julgar a tipicidade e a antijuridicidade, o que não corresponde às exigências de um direito penal liberal. Por isso, a teoria social também não é hábil para revelar a substância da ação humana.

Quando refletimos sobre a ação humana, podemos facilmente constatar que ela é dirigida à consecução de fins. Aristóteles, já na antigüidade grega, elencava entre as causas primeiras do ser a *causa final*. Por isso, quando o finalismo atribuiu a finalidade ao conceito de ação, ele compreendeu que a atividade humana tem um motor propulsor, que, enfatize-se, é a finalidade.

Portanto, quando falamos em ação humana, estamos dizendo que o homem se propõe a fins, elege os meios para a obtenção de seus fins e modifica o mundo exterior. Concluimos, por conseguinte, dizendo que a ação humana é finalista.

### Notas

<sup>1</sup> A doutrina soa uníssona em identificar a influência determinante do positivismo na teoria causalista, veja-se, por exemplo, Stratenwert (p. 51); Zaffaroni (v.3, p. 100); Gallo (p. 6); Bitencourt (p. 187).

<sup>2</sup> Litz, Tomo 2, p. 297.

<sup>3</sup> Idem, ibidem, p. 297.

<sup>4</sup> Idem, ibidem, p. 300.

<sup>5</sup> Idem, ibidem, p. 301-2.

<sup>6</sup> Belig, 1944, p.20.

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p. 19.

<sup>8</sup> Idem, ibidem, p. 20.

<sup>9</sup> Idem, ibidem, p. 20.

<sup>10</sup> Welzel, 1951, p. 2.

<sup>11</sup> Idem, ibidem, p. 6.

<sup>12</sup> Idem. Ibidem, p. 2.

<sup>13</sup> Roda, 1963, p. 41,42,46.

<sup>14</sup> Welzel, 1997, p. 39.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 40.

<sup>16</sup> Welzel, 1964, p. 25-26.

<sup>17</sup> Welzel, 1997, p. 40.

<sup>18</sup> Welzel, 1964, p. 25.

<sup>19</sup> Idem, ibidem, p. 26.

<sup>20</sup> Gallo, p. 16.

<sup>21</sup> Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Cerezo Mir (1982, p. 19): "*En la acción culposa el fin es, sin duda, juridico-penalmente irrelevante. El contenido de la voluntad en relación al medio aplicado y la forma de su aplicación, es, al contrario, jurídicamente relevante*".

<sup>22</sup> "*La teoría final de la acción aparece, considerada en su vinculación histórica, como la conclusión provisional de una evolución caracterizada por la progresiva descomposición y transformación del sistema de Litz y Beling.*" Gallas, 1959.

<sup>23</sup> Ordieg, 1990, p. 164.

<sup>24</sup> Nesse sentido veja-se: Zaffaroni, v. 3, p. 111; Mir, 1993, p. 272.

<sup>25</sup> Welzel, 1964, p. 34.

<sup>26</sup> Jescheck, 1993, p. 201.

<sup>27</sup> Idem, ibidem, p. 200.

<sup>28</sup> Idem, ibidem, p. 201.

<sup>29</sup> Idem, ibidem, p. 201.

### Bibliografía

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Buenos Aires : Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar. *Manual de direito penal*. São Paulo : RT, 1999.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Barcelona : Bosch, 1959.

GALLO, Marcello. *La teoría dell'azione finalística nella piú recente dottrina tedesca*. Milano : Giuffré, 1967.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Granda : Comares, 1993.

LIZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Tomo 2. Madrid : Reus, s./d.

MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español*. Tomo 1. Madrid : Tecnos, 1993.

MIR, Jose Cerezo. El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal. In: *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*. Madrid : Tecnos, 1982.

ORDIEG, Enrique Gimbernat. El sistema de derecho penal en la actualidad. In: *Estudios de derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1990.

- RODA, Juan Córdoba. *Uma nueva concepción del delito: la doctrina finalista*. Barcelona : Ariel, 1963.
- STRATENWERT, Günter *Derecho penal: parte general I*. Madrid : Edersa, 1982.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago : Editorial Jurídica del Chile, 1997.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona : Ariel, 1964.
- WELZEL, Hans. La posizione dogmatica della dottrina finalista dell'azione. *Rivista Italiana de Diritto Penale*. Milano : Guiffrè, a. 4, n. 1 e 2, gen./apr. 1951.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Ediar, 1981.

# Lopes da Costa e o processo civil brasileiro

Sálvio de Figueiredo Teixeira

## Sumário

1. O processualismo em Minas Gerais. 2. Lopes da Costa: o homem e o juiz. 3. O jurista e sua obra. 4. A influência de Lopes da Costa no processo civil brasileiro.

### *1. O processualismo em Minas Gerais*

Ao manifestar-me sobre a figura admirável de processualista que foi Lopes da Costa, ousaria de início assinalar a inexistência de obra ou ensaio focalizando o processualismo em Minas Gerais, carência tantas vezes lamentada por Edson Prata, um dos arautos, nos anos setenta, da Escola de Direito Processual do Triângulo Mineiro, que nos deixou sem ver suprida sua preocupação, centrada, segundo ele, na exuberância dos estudos processuais nesse Estado de tão ricas tradições históricas e culturais.

O que nunca faltou na historiografia do Direito Processual Civil em Minas Gerais, todavia, foram processualistas de escol, nomeada e talento, assim como obras e estudos de marcante qualidade nesse importante campo da ciência jurídica.

*Memória Histórica*, lançada pela Revista da Faculdade de Direito da então Universidade de Minas Gerais, em 1959, no capítulo dos catedráticos relaciona, na disciplina “Direito Judiciário Civil”, a partir de 1892, os seguintes nomes (fls. 64/65): Levindo Lopes, Souza Jiquiricá, Camilo de Brito, Teófilo Ribeiro, Sabino Barroso, Augusto de Lima, Mário Amorim, Rodolfo Jacob, Rafael



Magalhães, Lincoln Prates, Cândido Naves, Sebastião de Souza e José Olympio de Castro Filho.

A este último, advogado de fala mansa, trato lhano e rara habilidade, criador do Departamento de Assistência Judiciária naquela Faculdade, de certa forma tive a honra de suceder em 1970, quando por concurso ali ingressei pouco menos de um mês antes da sua, para mim inesperada, aposentadoria. Estranhamente, porém justificada, nela não constavam os nomes de Artur Ribeiro e Amílcar de Castro.

O primeiro – Desembargador e, posteriormente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, arquiteto do anteprojeto do Código de Processo Civil do Estado, que veio a comentar mais tarde –, porque professor de Direito Penal. O segundo – Desembargador e doutrinador exímio, o mais acatado e brilhante dos processualistas da Casa de Afonso Pena, no dizer de Eliézer Rosa, “sereno, tranquilo, dono de uma linguagem severa, elegante, com uma superioridade impressionante, independente” –, porque, professor catedrático de Direito Internacional Privado, para não prejudicar a postulação do então candidato, seu colega e amigo, renunciara a concorrer a vaga que se abria na cátedra que certamente seria sua se ao concurso se habilitasse.

Após 1959, entre os que também já faleceram, dois outros nomes, na “Federal” ambos advogados, merecem registro: Raymundo Cândido, livre docente vinculado mais ao Processo Penal que ao Processo Civil, bela expressão humana, e Celso Agrícola Barbi, jurista de nome italiano mas estilo germânico, notadamente pelo rigor científico e objetividade dos seus estudos.

Outros, mais jovens, e já com destaque, seguem-lhes os passos.

E ainda há aqueles, como Pedro Batista Martins, figura interessante e autor do anteprojeto do Código de 1939, que, nascidos em Minas Gerais, construíram suas vidas profissionais fora das fronteiras do nosso Estado.

Na década de setenta, surgiu em Uberaba e Uberlândia, com muito vigor e justificada admiração, a já referida Escola de Processo do Triângulo Mineiro.

Um dos fatores do seu sucesso, creio, foi a simbiose da unidade científica dos seus principais líderes com a diversidade de suas características pessoais, dado que cada um tinha um perfil bem característico em relação aos demais. Assim, Jacy de Assis, o mais idoso, advogado e diretor da Faculdade de Direito em Uberlândia, era o ponto de convergência pelo decanato. Edson Prata, professor como os demais, e também advogado, era o estimulador do grupo e o ponto de referência em Uberaba, inclusive porque proprietário do jornal e da editora. Ronaldo Cunha Campos, de fala também mansa e coração de criança, era o teórico maior, o pensador, sempre voltado para as teses e suas múltiplas variantes jurídicas. Era advogado à época, tendo ingressado posteriormente, pelo quinto constitucional, no Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis, os mais jovens desse grupo, à época juízes de primeira instância, de raro talento, autores de muitos livros e estudos, continuam suas belíssimas trajetórias como dois dos mais respeitados processualistas brasileiros dos nossos dias.

Outros nomes, entre os falecidos, também se projetaram na jovem Faculdade de Direito Milton Campos, sendo de destacar-se dois dos seus mais saudosos fundadores, os Professores João Milton Henrique e Orlando de Souza, advogado de vibrante atuação o primeiro, juiz aposentado e doutrinador o segundo.

Notável igualmente tem sido a participação da “Católica”, como sempre foi carinhosamente conhecida a inicialmente denominada Faculdade Mineira de Direito. E para isso, ao lado de outros, muito contribuiu Alfredo Araújo Lopes da Costa, mineiro na sua essência, um dos mais fecundos processualistas civis brasileiros.

## 2. Lopes da Costa: o homem e o juiz

Não obstante tenha atualizado o seu *Manual*, a convite honroso de sua família, não tive a ventura de conhecer pessoalmente o professor e juiz Lopes da Costa, não obstante tivéssemos vivido na mesma cidade durante a fase dos meus estudos secundários e universitários, iniciados aqueles um ano antes da sua aposentadoria como magistrado, e encerrados, os segundos, na UFMG, poucos anos antes do seu falecimento.

Belo Horizonte, à época, sedutoramente provinciana e tímida, não tinha a efervescência social e cultural dos tempos atuais e a área de atuação do excepcional Jurista, já aposentado na magistratura, era a Faculdade Católica, caracterizando-se ele por uma vida discreta e recolhida, dedicada ao lar, à leitura, às reflexões, à marcenaria, que cultivava como lazer, à revisão dos seus livros e à elaboração de outros. Daí a razão de socorrer-me, nesta parte, de informações colhidas aqui e ali, inclusive entre os seus familiares, entre os quais devo destacar a sua filha Maria Lopes da Costa Teixeira e o genro Dr. J. Belato Teixeira (de autoria deste, v. Dados bibliográficos, publicados na revista *Litis*, vol. 2, Rio, março, 1975, p. 239-55).

Diversamente do que muitos imaginam, não era ele mineiro de nascimento, tendo nascido no Rio de Janeiro, em 10 de setembro de 1885, filho de pai também carioca e mãe recifense.

Extraio de precioso depoimento que gentilmente me concedeu sua referida filha, datado de início de 1999, a quem ora renovo agradecimentos:

“Era de família nobre, ilustre e rica. Seus antepassados eram barões, título outorgado por serviços prestados ao Império. Até os 15 anos, viveu numa família que desfrutava de uma situação financeira muito boa. Tinham dinheiro, *status* e cultura.

Foi bom aluno na escola desde cedo. Fez o ginásio no Colégio Pedro II, no Rio, onde foi colega de Manuel

Bandeira, Antenor Nascentes, Souza da Silveira, filólogo, Lucílio Bueno, mais tarde Embaixador, e Castro Nunes, jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, grandes nomes em suas profissões.

Começou a ler ainda menino. Trazia sempre da casa do avô materno, da Bahia, muitos livros, toda vez que ia visitá-lo. Lia também os livros do pai, bacharel em Direito, que advogava por amor à profissão, pois financeiramente dela não dependia.

Até os 15 anos teve sossego para estudar e viver. Aprendeu com a mãe, exímia pianista, o gosto pela música, principalmente música clássica. Tinha predileção por algumas áreas de ópera e Chopin. Tocava piano, de ouvido.

No último ano de ginásio, a situação financeira mudou. Seu pai avaliou o sogro para a fundação de uma empresa, que veio a falir.

O avô materno perdeu tudo e levou o genro com ele para a pobreza.

Venderam os imóveis que possuíam, as jóias, os objetos de arte, até o livro que sua mãe mandara fazer, encadernando as partituras de música, de lombada folheada a ouro. Mudaram-se para a periferia do Rio de Janeiro. Foi morar num barracão que ele e seus irmãos construíram no fundo do quintal da casa do pai. Os retratos dos antepassados, que ficavam pregados à parede, foram amontoados no barracão e serviam de tiro ao alvo para os estilingues dos irmãos menores. Às vezes não havia dinheiro nem para o café da manhã. Após a derrocada financeira, o primeiro aniversário de um deles foi festejado com um bolo de barro, neste fincada uma estaquinha, que segurava um pedaço de papel, no lugar da vela. No papel se lia: “pudim da miséria”.

Ninguém reclamava, mas Lopes da Costa ficou um pouco revoltado.

Foi no início da vida de pobreza que se bacharelou em Letras, aos 16 anos de idade. Alugou roupa para a festa em casa de um colega.

Nessa idade, teve que pensar seriamente na escolha de uma profissão para sobreviver. A princípio, deu aulas particulares de português. Ficou muito deprimido, meio perdido, jovem ainda, diante da luta pela vida.

Optou pelo curso de Direito, que tinha, antes de mais nada, horário de aulas compatível com o trabalho. Estudou na Escola Livre de Direito do Rio de Janeiro. Pouco freqüentava o curso. Trazia para a casa o programa, e estudava quando podia. Levou quase o dobro do tempo que os demais alunos para fazer o curso completo. Trabalhava como funcionário da Biblioteca Nacional. Voltava à Escola para prestar os exames. Mas se diplomou com distinção em todas as cadeiras, exceto em Direito Financeiro.

Sempre que podia, ia ao Teatro Municipal, onde se apresentavam com freqüência atores vindos da Europa. Gostava muito de teatro e de música.

No ginásio, fora aluno de admiradores de Augusto Comte, cujo pensamento estava na moda. Lopes da Costa tornou-se positivista. Não perdera a fé, porque nunca a tivera. Não recebera instrução religiosa quando menino. Teria sido, talvez, um marxista, mas ainda não se conhecia Marx. Comprou livros de Comte para estudar sua filosofia.

Foi funcionário público. Não guardou boas lembranças disso. Voltou-se para o jornalismo. Trabalhou na “Gazeta de Notícias”, a princípio, como revisor, à noite. Depois passou a colaborar com outros trabalhos. Atuou como repórter na Câmara e no Senado, e obteve matéria para se destacar no jornal com artigos escritos com o pseudônimo de “Álvaro Antunes”.

No trabalho em repartição pública, foi colega de Humberto de Campos.

Na luta como repórter, conheceu muita gente ilustre e se tornou admirador de figuras notáveis, entre elas, bem acima de todas, a de Rui Barbosa, por quem seria capaz de sacrificar a própria vida.

No corre-corre da luta pela vida, com alimentação deficiente e pouco repouso, adoeceu. Teve tifo, e se afastou em licença para tratamento. Naquele tempo, Manuel Bandeira estava na Suíça, tratando-se de tuberculose. O médico disse a meu pai: “Quem tem dinheiro, vai para a Suíça; quem não tem, vai para Minas Gerais” ... Ele veio para o sertão de Minas, no Cerrado, no Alto do Paranaíba. Seu irmão Mário estava trabalhando ali como agrimensor. Foi trabalhar com o irmão. Entrou em contato com a natureza: as cachoeiras, o cantar dos pássaros na mata, o horizonte longínquo das planícies, que parecia não ter fim ... Ficou maravilhado.

Fixou residência em Carmo do Paranaíba, hospedando-se na casa de um morador local, porque a cidade não tinha hotel. Cativou-o o acolhimento das pessoas, um povo gentil e prestativo. O clima era muito bom e a água, puríssima, tirada das fontes. Sem luz e sem água encanada, mesmo assim, Carmo lhe pareceu um paraíso. Desistiu de voltar para o Rio.

Na profissão, a vida lhe corria com o mesmo sossego, embora na época a divisão de terras dos grandes fazendeiros pudesse significar perigo, com emboscadas e às vezes morte. Com ele nada aconteceu.

Por motivo de serviço, teve que procurar um fazendeiro e rábula muito inteligente, Sr. Teófilo de Deus Vieira. A pessoa que o atendeu era a filha do fazendeiro, Felícia. Por sorte, amiga de Inês, filha do dono da casa onde Lopes

da Costa se hospedara. Dizia-se que foi “amor à primeira vista”. Com ela se casou em 1915.

Antes do casamento, foi ao Rio para resolver problemas pessoais e registrar o diploma do Curso de Direito.

De volta, iniciou a vida profissional de advogado. As causas mais frequentes eram as da área criminal, envolvendo, não raro, homicídios. Raramente uma causa cível, um inventário ou uma briga pela demarcação de terras. Advogou não apenas no Carmo, mas também nas redondezas: Patrocínio, São Gotardo, Patos de Minas e, às vezes, ia até Catalão, em Goiás. O único meio de locomoção era o cavalo. As viagens eram exaustivas. Dormia-se até mesmo nas matas. Ele, que era também poeta, fez um lindo soneto inspirado na cantiga dos pássaros, pela madrugada.

A clientela começou a chegar e, na época que ele dizia ser a melhor de sua vida, as coisas corriam bem. Mesmo sem água encanada e sem luz, sem os ambientes cultos que conhecera no Rio, era feliz.

Construiu uma boa casa, que parecia aos moradores locais um “palacete”: “Tinha até banheiro dentro de casa!”.

De repente, Carmo deixou de ser Comarca. Passou a Termo de Patos de Minas, por questões políticas. O trabalho diminuiu. Quando Carmo voltou a ser Comarca, o entrosamento do novo Juiz com o advogado não foi dos melhores. E já estava cansado da advocacia criminal.

Lopes da Costa recebeu, então, um convite para trabalhar em Araguari, no Triângulo Mineiro. Aceitou, porque lhe acenaram com uma advocacia promissora. Porém, a cidade era pequena e já tinha um advogado. O sonho não se concretizou.

Já com dois filhos, ele se viu novamente numa encruzilhada. Voltar para o Carmo não resolvia. Permanecer em Araguari era temerário. Deixou os filhos com a esposa, na casa de uma cunhada.

Passou por Belo Horizonte, para ver o advogado e amigo, Dr. Sandoval Babo, indo, a seguir, para o Rio de Janeiro, em busca de solução para sua vida de trabalho.

Nesse íterim, por indicação do Dr. Mendes Pimentel, foi nomeado, por Melo Viana, Governador do Estado, para o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Caldas, no sul de Minas.

Entrou para a magistratura em 24.08.1926.

Depois, soube que Melo Viana dissera que era a última tentativa que fazia para pôr ordem na Comarca de Caldas.

Até que enfim tinha encontrado sua vocação. Impôs ordem na Comarca; com amizade e bom senso ajudou um escrivão a deixar a bebida; foi muito estimado. Fez várias amizades e ali voltou diversas vezes a passeio quando juiz de Alfenas, para onde foi promovido em 1928. O Fórum de Caldas hoje tem o seu nome.

Em Alfenas, fizeram-lhe uma estrondosa recepção. Já era esperado como um juiz trabalhador, íntegro e capaz. Esse acolhimento não foi apenas no princípio, mas durou enquanto lá esteve.

A função de juiz exigia-lhe um trabalho permanente. Era juiz de menores, também, o que lhe acarretava uma série frequente de aconselhamento de filhos, a pedido dos pais. Atendia com muita paciência.

Enfim, ele estava novamente feliz!.”

.....  
“Tivera algumas aulas de alemão com um padre de origem alemã, e, es-

tudando também sozinho, lia com facilidade a língua em livros didáticos. Não falava o alemão, apenas o compreendia. Já em 1933 tinha uma boa biblioteca, com exemplares em alemão, italiano e francês. Para a aquisição de livros estrangeiros procurava as editoras que constavam das bibliografias de obras que lera.

Certa manhã, foi procurado por um tipógrafo pobre, homem simples, que o convidou a fazer parte da “Liga Jesus, Maria, José”, uma Associação que reunia apenas homens mais simples, sem cultura, para escutar o padre falar na igreja aos domingos, à tarde.

Lopes da Costa aceitou o convite, mais para não ofender o pobre tipógrafo. Algum tempo depois, o vigário pediu-lhe que falasse do púlpito para aquele povo que, ele, padre estrangeiro, não compreendia muito bem. O Juiz de Direito aceitou novamente o convite, e daí a poucos dias estava sendo chamado de Juiz da Paróquia de Alfenas. Ele não se incomodou.

Em tudo o que fazia, procurava aperfeiçoar-se. As dificuldades eram um desafio que estimulava sua vontade de vencer. Quis conhecer profundamente as razões de sua fé. Estudou filosofia e religião. Rodeou-se de bons livros, na maioria franceses: Bergson, Leon Bloy, Jacques Maritain. Data desse período sua verdadeira conversão ao catolicismo. Dizia que, então, os dias lhe pareciam “eternas manhãs de primavera”.

Não tinha casa própria. Com os vencimentos de Juiz jamais conseguiu comprar uma casa e a família vivia mudando de residência. Em 17 anos de Alfenas, aconteceram sete mudanças.

Apesar dos parcos rendimentos, acolhia em casa os que dele precisassem. Dois cunhados viveram alguns

anos em sua casa. Nos últimos anos de Alfenas, chegaram mais três sobrinhos. Teve, então, que procurar outra fonte de renda: o magistério. Dava aulas de Lógica e Psicologia no curso normal do Colégio Sagrado Coração de Jesus e no Ginásio Municipal de Alfenas.

O trabalho era cronometrado. De manhã, missa e comunhão diárias. De volta à casa, estudo, na parte da tarde, de 13 às 17 horas, no Fórum. Quando tinha folga, dedicava-se, para relaxar, a trabalhos de marcenaria, em oficina no fundo do quintal. Fazia mobília para os de casa e brinquedos para as crianças.

Fizeram-no Provedor da Santa Casa de Misericórdia. Começou logo a fazer reformas, principalmente no recinto da clausura, onde a fumaça da cozinha próxima enegrecia e sujava as paredes. Acabou reformando também a Capela, muito velha. Fez – ele próprio – o altar, os nichos para as imagens dos santos e a mesa de comunhão. Tudo na sua pequena oficina. Depois do jantar, descansava. Conversava, ouvia rádio e lia alguma passagem do Evangelho. Ia, em seguida, para o escritório, onde estudava e escrevia pela noite adentro.

Soube um dia que, em Alfenas, o jogo andava solto, e admitiam menores na jogatina. Procurou o delegado e pediu-lhe providência. Responderam-lhe que tiveram ordem superior para “fazer vistas grossas”. Depois de se inteirar de todo o assunto, convocou algumas pessoas que trabalhavam com ele no Fórum, e dali mesmo foi endereçado um telegrama para o Interventor, Dr. Benedito Valadares”.

.....  
“A resposta veio. Não foi mais promovido. Seu nome era indicado à promoção, mas o Interventor não o nomeava. Passaram-se alguns anos. Sabia

que seu nome continuava sempre na lista de indicações. Certo dia chegou um telegrama comunicando-lhe que acabava de ser nomeado pelo Dr. Benedito Valadares para Juiz de Direito de Pará de Minas, terra natal do Interventor.

A promoção significava quase regressão: o Fórum muito menos movimentado do que o de Alfenas e os filhos teriam que estudar como internos em algum colégio de Belo Horizonte. Respondeu que “declinava da honra”. Recusou, assim, a promoção.

Enquanto durou a ditadura, permanecendo o Dr. Benedito Valadares como Interventor, não houve mais promoção para ele.

Foi depois disso que começou a escrever o Tratado de Direito Processual Civil Brasileiro. Trabalhava muito, entrava pela madrugada, pesquisando, escrevendo e datilografando, com dois dedos só, as páginas da obra que seria publicada mais tarde e tão bem recebida pela crítica.

Saía pouco e se relacionava com algumas pessoas: o médico, dois advogados, o promotor, o escrivão, os padres, um marceneiro, que era artista italiano, e fez as estantes da sua biblioteca, e o pedreiro que lhe reformou a casa alugada, aumentando dois quartos, para caber a família... Era estimado pelos ricos e pelos pobres. Teve sua atenção despertada para o problema social. A Vila Vecentina, que ele e a esposa haviam conhecido nas visitas periódicas, para ajudar necessitados, estava pobre demais. Ele percorreu as fazendas dos amigos, pedindo colaboração. Conseguiu o compromisso de doação de alimentos no refeitório comunitário que ele mandou construir perto do hospital, com doativos que angariou: refeitório no andar de cima e toaletes no andar de baixo.

Assim era ele: um homem bom, um Juiz justo, um cidadão preocupado com o social, um devotado jurista. Sua extrema timidez transparecia orgulho para muitos que não o conheceram mais intimamente. Era humilde, desapegado das riquezas da terra”.

Com o fim da ditadura, por ato do Interventor, Desembargador Nisio Batista, que presidiu o Tribunal de Justiça durante 21(vinte e um) anos, em 1946 foi promovido para a Comarca de Varginha, onde permaneceu por dois anos, de onde ascendeu, por ato do Governador Milton Campos, com grande repercussão, diretamente ao Tribunal de Justiça, sendo o primeiro e único juiz mineiro a chegar àquela Corte sem passar pela Comarca de Belo Horizonte.

Ao agradecer a toga de desembargador, disse em trechos do seu discurso, consoante nota biográfica publicada na revista *Jurisprudência Mineira*, vol. 47/1:

“A verdade, porém, é que só Deus sabe por que me aventurei por estas alturas. O arbusto que envelheceu na planície estranha ver-se plantado entre as árvores que se levantam na serra. Lá em baixo era a sombra em que se esconde a fraqueza. As mansas virações que não arrancam raízes. No alto é a luz que fulmina as imperfeições. A atmosfera rarefeita, dentro da qual as tempestades rebentam e jogam os troncos mal seguros no chão. Galgar é sempre perigoso”.

.....  
“Há duas coisas na profissão do Juiz. Uma é fixa, limitada a certo tempo e a certo lugar. Tranqüila, estável, sempre igual a todas as horas e em toda a parte. É o ofício. O ofício diz respeito ao ato. É o dever que impera então com o mesmo peso sobre o Juiz Municipal do mais pequenino e longínquo termo judiciário, como sobre o ilustre Presidente deste egrégio Tribunal.

A outra coisa, porém, é a carreira. Agitação, inquietação, movimenta-

ção. Desordem até quando, no sentido e na prática, a palavra faz sinônimo perfeito de corrida.

Nasce então aquela terrível doença da alma, que é a paixão do ambicioso. O ofício se torna desagradável. Desprezível a tarefa. O esforço, contrafeito. O ofício é sacrificado em benefício da carreira. A moralidade dos meios, à utilidade dos fins. Hipocrisia, bajulação, mentira, tudo pode servir. Se a fonte do poder não jorra, a vara de um poder mais alto pode fazê-la rebentar. Pelas dignidades o ambicioso – como dizia Janvier – renuncia à dignidade. Não sobe mais de pé, mas de gatinhas.

Entretanto, o ofício é um estado. E estado, de *stare*, é a posição de quem fica de pé. Os que amam verdadeiramente o ofício, pressentem em cada degrau da escada o aumento progressivo das responsabilidades. E então ao amor ajuntam o temor da carreira”.

.....  
“É possível, porém conciliar o amor ao ofício e ao desejo de fazer carreira. Não matando as ambições mas reduzindo-as ao seu justo limite. As que não se transformam em paixões, são normais. Representam a inclinação fundamental de tudo que vive. É aquela vontade de existir de que falou Shopenhauer. A inclinação natural a melhorar as condições da própria existência. É imanente a toda natureza – diz S. Tomaz – inclinar-se para os atos proporcionados a seu poder de ação, nos limites que o Criador traçou”.

Nessa Capital, veio a colaborar na fundação da Faculdade Mineira de Direito, hoje Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, tendo sido seu Professor de Direito Processual Civil e seu primeiro Diretor, emprestando-lhe mais tarde o seu nome ao Departamento de Assistência Judiciária que nela se instalou.

Essa experiência do magistério jurídico, todavia, não lhe era nova, dado que em Alfenas, onde foi professor de Lógica e Psicologia, nos cursos ginásial e colegial, também lecionou na então existente Faculdade Livre de Direito.

Colho ainda do depoimento de sua filha:

“Aposentou-se em 1953. A aposentadoria o abalou muito. Sentiu-se como se lhe tirassem o tapete de debaixo dos pés. Ficou, na verdade, muito deprimido. Algumas vezes voltou ao Tribunal para matar saudade. Achou desagradável, tendo a impressão de que ali estava “sobrando”.

Faleceu em 16.04.66, de aneurisma da aorta abdominal”.

Contava, à época, 80 (oitenta) anos de idade, sendo de registrar-se que, em seus últimos anos, após a aposentadoria, além da intensa atividade doutrinária, inclusive a escrever artigos para revistas e jornais, dedicou-se à advocacia de segundo grau, quando também emitia pareceres.

Nas palavras do Prof. Mello Cançado, foi ele “um ser solidário, embora todo o seu retraimento; um ser fraternal, embora seu voluntário ostracismo; um ser presente, embora sua confinção no doce lar que a sua ternura soube erigir”.

### 3. O jurista e sua obra

Segundo seus familiares, foi a partir de sua ida para Alfenas que ele começou a dedicar-se mais ao Direito Processual Civil, que para ele era “o estuário para onde convergiam todas as questões de direito”, entendimento reafirmado três décadas depois, em 1959, no prefácio da 2ª edição, pela Forense, do seu monumental tratado “Direito Processual Civil Brasileiro”. Ali, escreveu ele:

“Já quinze anos são passados sobre a primeira edição deste “Direito Processual Civil Brasileiro”, escrito nas horas de lazer de uma carreira

laboriosa, como a da magistratura no interior do País.

Atribuído à União, pelo art. 5º, nº XIX, letra a, da Constituição Federal de 1934, o poder de legislar sobre processo civil, e mantida essa atribuição pela Constituição de 1937 (art. 16, nº XVI), foi afinal a 18 de setembro de 1939 promulgado o Código nacional.

Desde João Monteiro não tínhamos tido mais quem de modo geral se preocupasse com a doutrina do processo, salvo um outro estudo sobre pontos singulares:

De nós, poder-se-ia dizer o mesmo que Charles Vass dizia da França:

“A literatura jurídica francesa oferece pouco material para a construção científica do processo civil.

É isso, sem dúvida, devido a que em França se conservou o hábito, pouco abandonado em outros países, de tratar o processo como um conjunto de regras práticas, coleção de fórmulas, a que os litigantes deveriam recorrer, sem se preocuparem com a natureza jurídica, nem com as consequências das relações estabelecidas pela realização dos atos processuais”.

A nova lei provocou o renascimento da doutrina, num movimento que recebeu então um grande incentivo na atuação que teve na Faculdade de Direito de São Paulo um dos mais ilustres processualistas italianos – Enrico Tullio Liebman – que um vagalhão do fascismo arrancara da cátedra que ilustrava na Universidade de Pavia.

Começaram a surgir estudos esparsos. Todas as obras de conjunto seguiram o método dos comentários, inadequado para uma *exposição sistemática*.

A esta me atrevi. Vários anos havia, vinha estudando o processo civil, vendo-o abandonado e indiferente às grandes reformas que se tinham operado nos países europeus, principalmente na Alemanha e na Itália.

O Código era novo e na legislação introduzira profundas modificações. Os autores começavam a fazer-lhe a exegese, e os tribunais a dar-lhe aplicação.

O generoso acolhimento que teve o meu trabalho de muito excedeu a expectativa do autor.

Esgotada a edição, sua procura continuou. Pus-me então a trabalhar para uma outra, na medida que me permitiam as absorventes funções de juiz no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Durante todo esse tempo, continuei a estudar o processo civil.

Em todos os domínios da vida, devido à constante transformação de todas as coisas, que evoluem ou involuem sem cessar, não é possível ficar imóvel num ponto que já se alcançou. Manter-se estacionário, a conservar o que já se adquiriu, é impossível. Ou se vai para diante ou fatalmente se retrograda.

Natural, pois, que uma visão mais demorada e mais atenta da matéria faça modificar muitos pontos de vista e rever muitos conceitos que pareciam definitivos.

É o que comigo sucedeu, como o leitor verificará no confronto entre as duas edições.

Acresce que várias leis alteraram o texto primitivo do Código, umas para melhor, outras infelizmente para pior.

Em meu trabalho, o que sofreu maior alteração foi, naturalmente, a parte geral. Modifiquei não somente o conteúdo, como a ordem sistemática das matérias. Despi a linguagem daquele tom polêmico, vestígio da profissão de advogado, que também exerci nos princípios de minha carreira e na qual sempre me apaixonei pela verdade das causas que sustentava”.

E foi como processualista que ele se destacou como um dos maiores da processua-



lística brasileira, ombreando-se ao pernambucano Paula Baptista e ao paulista João Mendes Júnior, cada um deles com características próprias e inconfundíveis, insuperáveis na construção da doutrina processual civil em nosso País.

De sua lavra, foram publicados: *Da citação no processo civil* (Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1927); *Da responsabilidade do herdeiro e dos direitos do credor da herança* (São Paulo, Saraiva, 1928); *Direito Profissional do Cirurgião Dentista* (idem); *Da intervenção de terceiros no processo* (São Paulo, C. Teixeira & Cia, 1930); *Direito Processual Civil Brasileiro* (1941); *Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação* (1953, 3. ed. em 1966, ed. Sugestões Literárias S.A); *Manual Elementar de Direito Processual Civil* (Forense, 1956); *A administração pública e a ordem jurídica privada* (Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1961); *“emarcação – divisão – tapumes – condomínio – paredes-meias* (ed. Bernardo Álvares, 1963).

Ao escrever sobre Lopes da Costa, José Raimundo Gomes da Cruz, mineiro radicado em São Paulo, no capítulo sobre sua bibliografia, anotou ((Revista de Processo – Repro, 67/298):

“5. Bibliografia de Lopes da Costa

A) *Da citação do processo civil* (1927):

No prefácio do livro, o Des. Raphael Magalhães dizia tratar-se da monografia “mais completa e proveitosa que se tem escripto sobre o assumpto em língua portuguesa”. “Duas palavras” de apresentação também foram trazidas pelo autor da obra, escrita em Carmo do Paranaíba, pelo então advogado Lopes da Costa. Ele parece desculpar-se: “Trabalhando para o direito, não posso pretender mais que a categoria de simples operário. O salário é pequeno – pouco importa. Ao demais, entrei tarde para o serviço”. Lembrou a parábola do patrão que pagou igualmente aos trabalhadores, mesmo tendo alguns trabalhado durante tempo menor do que outros.

.....  
O autor se baseava no Código de Processo de Minas Gerais. Criticava, com razão, a confusão terminológica, propondo conceito de tal ato público, judicial, de chamamento a juízo da “parte ou qualquer outra pessoa subsidiária do processo”. Seguem-se capítulos dedicados à citação inicial (lembrados os casos de urgência, sem tal citação, mas com caráter provisório, sempre), a quem deve ser citado, ao tempo e lugar das citações, às espécies desta (“quando o citado por edital não comparece, o juiz, de ofício, nomeia-lhe um curador à lide”), à nulidade e à falsidade da citação.

Tudo leva a crer que, em vez de publicar segundo volume, sobre os efeitos da citação, Lopes da Costa deixou tudo para seu tratado, tantas vezes lembrado.

B) *Da responsabilidade do herdeiro e dos direitos do credor da herança* (1928): Dedicado ao Dr. Fernando de Mello Vianna (“a quem devo o ingresso na magistratura do Estado de Minas Gerais”), este livro teve prefácio do Min. Costa Manso, que recomendou “calorosamente a obra”.

Mesmo evidente o cunho civilista desta, não falta observação sobre o processo.

.....  
C) *Direito profissional do cirurgião-dentista* (1928) – (Direito das profissões sanitárias): Em seu próprio prefácio, Lopes da Costa destaca que a idéia do livro “nasceu de um caso forense”, da sua “obscura advocacia de província”. Apesar de tratar-se de obra premiada, ainda se percebe o escrúpulo rigoroso dele quanto à publicação do estudo, diante de conselho um tanto severo de Vivante aos candidatos à criação de monografias jurídicas.

Segue-se o texto da ata da comissão julgadora das “obras que, em

1927, concorreram ao prêmio da Fundação Pedro Lessa”. Sabe-se que houve empate no primeiro lugar deste livro com o estudo de Amílcar de Castro, então também juiz do interior, que tratava “Das execuções de sentença no Estado de Minas Gerais”.

A obra não é apenas de direito civil, embora tenha merecido maior destaque no tratado de civilista do vulto de José de Aguiar Dias. Na verdade, Lopes da Costa estuda os aspectos constitucionais, penais, comerciais, processuais penais e civis do tema, sempre valendo-se de bibliografia adequada, nacional e estrangeira.

D) *Da intervenção de terceiros no processo* (1930): Em seu prefácio, J.M. de Azevedo Marques destaca que o tema constituía “quebra-cabeça” para os legisladores e julgadores, partindo da “conveniência da simplificação e economia do processo”, de um lado, e de outro, da “inconveniência das intervenções em lutas alheias” e elogia a proposta doutrinária do livro, quanto às “perturbações necessárias” do processo alheio.

.....  
E) *Direito Processual Civil Brasileiro* (1941): De 1927 a 1930, Lopes da Costa publicou quatro livros de prestígio. Durante a década seguinte, nenhum, antes dos quatro volumes do seu tratado, com o título em epígrafe. Agora o fôlego, a paciência, o trabalho metódico, não mais a construção de capelas, mas da catedral. Sem desvios para outros setores do Direito, a obra do processualista moderno e brasileiro.

.....  
F) *Medidas Preventivas – Medidas Preparatórias – Medidas de Conservação* (1953): Segundo o prefácio, a pesquisa deste tema começou em Varginha e ficou mais difícil com a promoção do seu autor ao cargo de Desembargador do TJMG.

Até a terminologia é moderna, pois o capítulo inicial se dedica às “medidas cautelares”. Seu autor distinguiu bem medidas antecedentes de medida preparatória. Falou do chamado “poder cautelar geral” do juiz e insistiu no caráter provisório da tutela cautelar, jamais “de execução satisfativa”.

G) *Manual Elementar de Direito Processual Civil* (1956): No tópico relativo ao Professor de Direito, antecipamos breve referência a este livro. Seu prestígio se percebe, v.g., na inclusão em todos os capítulos de obra similar de prestígio que só inclui autores que escreveram após a vigência do CPC de 1973.

H) *A administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)* (1961): Já antecipamos referência a este livro, no tópico sobre o Processualista emérito. Criticando o critério formal quanto às funções do Estado, Lopes da Costa se vale da analogia com o organismo biológico, citando autores especializados em anatomia e fisiologia humana. Obra de plena maturidade, já aposentado da magistratura o seu autor, tudo impressiona. Restaria destacar algo, no caso, o cap. XIV, sobre a irretratabilidade da decisão, que se distingue de irrecorribilidade e de coisa julgada.

I) *Demarcação – Divisão – Tapumes (Domínio – Condomínio – Paredes-meias)* (1963): Último livro de Lopes da Costa, que viria a falecer em 1965 (*rectius*, 1966). Se nos lembrarmos do seu começo em Minas com seu irmão, como agrimensor, talvez expliquemos, pelo menos em parte, sua última obra doutrinária. Também aqui a origem civilista viria a ajudá-lo muito. Mas só vamos destacar uma passagem para ilustrar, no escritor metódico, paciente, estudioso e reservado, o lado de humor, com frequência encontrado em sua obra de jurista. Criticando,

como fazia ainda mais freqüentemente, o Código de 1939, em certa passagem, ele diz: “O legislador, para dar mais uma prova de que rubrica *non facit fidem* não tratou justamente da ação que enumerou em primeiro lugar – a de tapumes. Fez como o locutor da Hora do Brasil, no aviso aos navegantes, quando nada há a prevenir para a segurança da navegação: “Não há aviso”.

Dele, assim, podemos dizer o que Paulo Rónai afirmou sobre Guimarães Rosa, pois, para ambos, “escrever tinha tanto de brincar quanto de rezar”.

J) *Outros trabalhos publicados*: Além de vários artigos doutrinários, Lopes da Costa, após sua aposentadoria escreveu com regularidade sobre temas jurídicos para o jornal *Correio do Dia*, de Belo Horizonte, em 1953 e 1954, mantendo nele coluna intitulada “Pelo Mundo Jurídico”. Também escreveu sobre temas políticos e sociais, além de matéria que classificava como “Jurisprudência Crítica”.

Seu prestígio como processualista de escol firmou-se no Brasil inquestionavelmente. Não mais se falava ou escrevia sobre o nosso processo civil sem citar Lopes da Costa.

Em carta datada de 5.7.1962, Dario de Almeida Magalhães, ao agradecer-lhe o exemplar do seu novo livro *A administração pública e a ordem jurídica privada*, confessou-lhe:

“O seu novo trabalho confirma e acrescenta razões para o juízo, que é hoje dominante nos nossos círculos jurídicos mais prestigiosos: o senhor é, atualmente, o mais sábio, lúcido e seguro dos nossos processualistas. E é para mim motivo especial de satisfação participar deste juízo, pelos laços que o ligavam ao meu Pai, que teve o prazer de exaltar os seus autos méritos de jurista quando o senhor iniciava a sua obra de publicista”.

Sua obra chegou, à época, a Portugal despertando entusiasmo, como se vê de apreciação lançada por L. P. Moitinho de Almeida, in “*Jornal do Foro*”, ano 26 (1962), nº 138/40, p. 245-247, em loas à sua doutrina, particularmente no concernente à jurisdição voluntária.

Mesmo Eliézer Rosa, que em seu belo *Dicionário* fizera restrições à sua obra, embora enaltecendo-lhe a excelência exegetica, em cartas datadas de 8.11.1973 e 2.10.1985 veio a penitenciar-se de sua inicial crítica parcial, reconhecendo, após aprofundar-se no estudo da obra de Lopes da Costa, a grandeza da sua contribuição à ciência processual brasileira. Na última das referidas cartas, a mim dirigida, escreveu o Jurista-Poeta:

“Que grande Mestre era o Lopes da Costa. Fiz-lhe grande injustiça, em 1957, ao publicar o meu primeiro *Dicionário de Processo Civil*. Depois que me dei à leitura de toda a sua obra, me senti envergonhado de minha insubstituível crítica, produto de minha imaturidade, ou arroubos de jovem inexperienced. Busquei corrigir minha ousadia, mas já estava ele morto. O sábio e modesto homem nunca me respondeu diretamente, só o fazendo de modo indireto, insistindo numa afirmação, com muita ênfase, num ponto que eu havia criticado. Notei e guardei comigo a lição. Hoje sou um devotado estudioso da obra admirável daquele varão sábio e grandemente humilde”.

José Frederico Marques, o grande processualista de São Paulo, em livro que fez editar pela Saraiva (1977) sobre *O Direito Processual em São Paulo*, observou (nº 1, pág. 2) que a renovação que se operou no Brasil a partir da década de trinta teve como líderes incontestáveis, no início, processualistas de outros Estados, a saber, o alagoano Pontes de Miranda, o carioca Machado Guimarães e os mineiros Amílcar de Castro e Lopes da Costa.

Não menor, e talvez ainda maior, era a admiração de Buzaid, igualmente um dos ícones do nosso processo civil. Em seu ensaio *Grandes processualistas* (Saraiva, 1982, n° 22), entre outras considerações, escreveu ele de Lopes da Costa:

“No seu Tratado de Direito processual civil brasileiro, que se desenvolve em quatro volumes, consagra e aplica os fundamentos da filosofia aristotélico-tomista”.

Foi, no entanto, na “Revista de Direito Processual Civil” (Saraiva, SP, 1960, vol. 2, p. 211-212), em magnífica resenha acerca da 2ª edição do *Tratado*, de 1959, que, de forma magistral, aquele que viria a ser o autor intelectual do Código de 1973 expôs sua admiração, como se vê a seguir:

“A personalidade marcante de Lopes da Costa revelou muito cedo a sua vocação para os estudos de *Direito Processual Civil*. Em 1927 publica *Da Citação no Processo Civil*; em 1953, *Medidas Preventivas*, da qual saiu segunda edição em 1958; em 1956, o *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Lança agora a segunda edição do Direito Processual Civil Brasileiro, cuja primeira veio à luz, também em quatro volumes, em 1941.

O insigne escritor conjugou, durante a sua laboriosa e fecunda existência, a missão científica do processualista à do magistrado, que percorreu as várias entrâncias até atingir o cargo de desembargador do Tribunal de Minas Gerais, honrando as duas atividades com o seu talento e o seu largo saber. O que verdadeiramente surpreende em seu vigoroso espírito é a perseverança nos estudos científicos, feitos no interior de Minas, enquanto magistrado, com as dificuldades naturais do autodidatismo, que soube vencer pela meditação dos problemas e pelo cultivo de várias línguas, nomeadamente o alemão e o latim, que lhe permitiram manter o mais

vivo e estreito contacto com os maiores escritores da atualidade.

Além disso, o cotejo entre as várias edições dos seus livros assinala a permanente inquietação do seu espírito que, insatisfeito com o que produz e é sempre da melhor qualidade, trabalha continuamente sobre os temas, revê as investigações já concluídas, refaz capítulos e até volumes inteiros, de modo que, ao se ler que a segunda edição é revista e aumentada, logo se adquire a convicção de que é antes uma obra nova do que a reprodução, com breves acréscimos, da anterior.

Ainda agora, contando cerca de setenta anos, emprega a sua atividade, regendo a cátedra de Direito Processual Civil na Faculdade Mineira de Direito. Tendo-se esgotado, há vários anos, a primeira edição da sua obra capital – *Direito Processual Civil Brasileiro*, preparou, com requinte de cuidado, a segunda edição, que acaba de ser publicada. Da obra, lançada em 1941, pouco resta na verdade. Deu nova disposição às matérias; refundiu quase todos os capítulos; modificou opiniões; em suma, apresentou um livro, que se pode considerar substancialmente novo.

Essa impressionante capacidade de trabalho, aliada a um rigoroso método científico que emprega em todos os seus estudos, assegura ao insigne professor de Minas uma posição entre os maiores mestres da América.

A obra é fundamental. Raros escritores entre nós, conhecendo com tanta segurança não só a história como o direito comparado, puderam reunir tão valioso cabedal, não como a máquina que se limita a fotografar fichas, mas como o observador agudo que penetra a índole dos institutos, para descobrir a sua filiação e a sua razão de ser. Não faz a história como histo-

riador senão como jurista; por isso a invoca na medida em que serve para explicar o direito. É que, diversamente do matemático que trabalha sobre leis imutáveis, válidas para todos os tempos e todos os povos, o jurista trabalha sobre fatos variáveis da vida social, sujeitos às contingências do progresso da humanidade.

O completo domínio da doutrina estrangeira, nomeadamente alemã, austríaca, italiana, francesa, espanhola e portuguesa, lhe permite fundamentar os conceitos que extrai da análise do direito nacional, mostrando, através do método comparativo, as coincidências e dissemelhanças.

Mas Lopes da Costa não é apenas jurista. Cultiva há longos anos a filosofia tomista, à luz da qual formou o seu espírito de investigador, que se não contenta com a exegese do Código artigo por artigo, preferindo a elaboração de carácter sistemático.

Dotado de aguda penetração, realiza, em toda plenitude, uma obra unitária, onde se observa a coerência das idéias, apesar da variedade de teorias com que tem, a cada passo, de operar ao longo dos quatro densos volumes. O seu espírito filosófico não o divorcia da realidade. Ao contrário, compreendendo que a obra se destina a leitores de diferentes graus de ilustração, ilumina com exemplos os conceitos que emite, de sorte que a leitura se torna amena, graças à feição didáctica que lhe imprimiu.

Não sendo possível, dentro dos limites de uma resenha, analisar por inteiro a obra, limitando-nos a indicar algumas idéias fundamentais, que exprimem a notável independência de nosso autor não só na elaboração de seu pensamento, mas também na discussão das teorias que contribuíram para o engrandecimento do Direito Processual Civil.

A obra compreende todo o processo civil. Começa por uma exposição de conceitos fundamentais, especialmente sobre jurisdição (vol. I, págs. 50 e segs.), ação (vol. I, págs. 80 e segs.), processo e procedimento (vol. I, págs. 190 e segs.). Estuda depois os sujeitos do processo: juiz e partes (vol. I, págs. 265 e segs.); em relação ao primeiro, os problemas de competência, garantias da magistratura e cooperação judicial; em relação ao segundo, as condições, capacidade e pluralidade subjetiva.

O segundo e terceiro volumes são dedicados, em sua maior parte, ao processo de cognição em primeira e segunda instância, figurando a teoria dos recursos. Trata no quarto volume do processo de execução, abrindo uma parte final para certos procedimentos especiais, como o executivo, cominatório, por editais, preventivo, divisório, arbitral e do mandado de segurança (págs. 347 e segs.). Tem toda a procedência a sua crítica ao exagerado número de procedimentos especiais: “O Código tem um número exagerado de procedimentos especiais. Examinando-se, porém, todos eles, verifica-se que uns podem ser facilmente reduzidos a um tipo só e muitos outros nada tem de especial, sendo que os preceitos que se oferecem como caracterizando a especialidade não são de direito processual, mas de direito substantivo, transportados para o Código como regras de eurenática, em verdadeiros formulários” (vol. IV, pág. 347).

O ilustre processualista abarca todo o processo civil numa obra, que é de estudo e de consulta, escrita em linguagem clara e simples, mas onde se percebe sempre o espírito ardentemente polêmico do seu autor”.

A admiração de Buzaid à obra de Lopes da Costa, e a influência deste recebida, é de

aduzir-se, estão refletidas inclusive na própria exposição de motivos do Código de 1973, nas notas 1, 18 e 37, em aspectos fundamentais da arquetetada legislação codificada.

#### 4. *A influência de Lopes da Costa no processo civil brasileiro*

Poucos processualistas brasileiros, ou talvez nenhum, tenha influenciado tanto a nossa doutrina processual civil brasileira.

Do Código de 1973, tenho que sem dúvida foi quem mais influenciou Buzaid, seu autor intelectual, como se nota sobretudo no relevo, até exagerado, que deu ao processo cautelar, ao poder geral de cautela e à jurisdição voluntária.

Sua influência vê-se presente nas obras dos doutrinadores que se seguiram, facilmente detectáveis até mesmo quando não explicitada. E foi ele, como autodidata, precursor na compreensão do direito alemão, no qual vamos encontrar as construções decorrentes da autonomia da ciência processual, como resultado do chamado “processualismo científico” surgido na segunda metade do século XIX, origem do extra-

ordinário desenvolvimento do processo civil experimentado a partir de então.

A transformação que se processa em nosso processo civil, a partir da *Reforma* legislativa iniciada na década de noventa, não foge a essa diretriz.

Ao buscar-se o aprimoramento do nosso processo civil, dando-lhe efetividade e enaltecendo o seu caráter instrumental, repudiando formalismos desnecessários e imprimindo-lhe procedimentos mais céleres, sem prejuízo do *due process of law*, o que se almeja, em última análise, é realizar o objetivo de quantos, como Lopes da Costa, idealizaram e ainda sonham com um processo à altura do avanço da civilização, preservando as conquistas científicas alcançadas e avançando sempre na busca do seu permanente aprimoramento.

Ao homenagearmos Lopes da Costa, estamos, na realidade, não apenas resgatando uma dívida de reconhecimento, homenageando o homem, o jurista e sua obra, mas homenageando a própria inteligência e a cultura nacionais, os que cultuam a ciência como instrumento de transformação da sociedade na procura de uma vida melhor, os sonhos que povoam o ideário de todos nós.

# O sistema da locação predial no Brasil

Dilvanir José da Costa

## Sumário

1. Regimes legais vigentes. 2. O regime do Código Civil (conteúdo, filosofia e efeitos). 3. Locações especiais reguladas pelo Código Civil. 4. O regime especial da Lei do Inquilinato. 5. Retrospecto e conclusão.

### *1. Regimes legais vigentes*

São os seguintes os regimes legais de locação vigentes em nosso país:

I – regime comum e supletivo de todas as locações de coisas móveis e imóveis: Código Civil, arts. 1.188 a 1.199;

II – regime comum e supletivo de todas as locações de prédios urbanos e rústicos: Código Civil, arts. 1.200 a 1.215;

III – regime específico das locações de imóveis urbanos: Lei 8.245, de 18.10.91 – Lei do Inquilinato, com exceção das locações previstas no parágrafo único de seu artigo 1º, analisadas no nº 3, I a VI, abaixo;

IV – regime específico dos arrendamentos rurais: Lei 4.504, de 30.11.64, arts. 92 a 95 – Estatuto da Terra – e seu regulamento, Decreto federal 59.566, de 14.11.66, arts. 1º a 33 e 40 a 47; segundo o art. 13, IV, da Lei 4.947, de 6.4.66, é ineficaz a renúncia do arrendatário a direitos ou vantagens estabelecidos em leis ou regulamentos;

V – regime específico das locações de imóveis da União: Dec.-lei 9.760, de 5.9.46, arts. 86 a 98 e respectiva regulamentação federal;

VI – locações administrativas, conforme conceituamos abaixo (nº 3, I);

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil. Advogado.

VII – terras indígenas: a Lei 6.001, de 19.12.73 – Estatuto do Índio, em seu art. 18, *caput*, dispõe que “as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvicultas.”

## 2. O regime do Código Civil (conteúdo, filosofia e efeitos)

O Código Civil contém a disciplina básica, ampla e comum a todas as locações de coisas móveis e imóveis, urbanos e rústicos ou rurais, a partir da própria definição de locação de coisas, da disciplina dos direitos e obrigações das partes e dos aspectos essenciais das locações em geral. Tudo muito genérico e restrito, conforme as necessidades de disciplina do início do século em nosso país. Outro aspecto importante a ressaltar, nessa disciplina do Código, é o seu caráter individualista, protetor extremado do direito de propriedade e defensor da autonomia da vontade nos contratos. Trata com rigor os locatários e usuários de coisas alheias, exigindo-lhes o estrito cumprimento de suas obrigações a tempo e modo. Duas obrigações se destacam na locação: o pagamento pontual do aluguel no prazo ajustado (art. 1.192, II) e a restituição da coisa, finda a locação (art. 1.192, III). O não-pagamento do aluguel, conforme o combinado, importa na resolução do contrato por inadimplemento, com direito a perdas e danos (parágrafo único do art. 1.092), sem direito a *emenda da mora*, benefício moderno do locatário de imóvel, decorrente das leis de caráter social. Vencido o contrato, há duas soluções legais: ou cessa de pleno direito a locação (independente de aviso prévio), no termo final previsto, desde que o locador postule imediatamente a devolução da coisa locada (art. 1.194), ou ela se prorroga por prazo indeterminado, na falta de oposição do locador (art. 1.195). Nessa última hipótese, a restituição da coisa depende de aviso prévio ou notificação ao locatário para que a devolva (arts. 1.196 e 1.209). Nas duas

hipóteses, a falta de devolução da coisa importa na prática de esbulho possessório pelo locatário, com as consequências legais (reintegração na posse da coisa, inclusive liminar, com perdas e danos). Além disso, o locador dispõe de mais um recurso para compelir o locatário a devolver a coisa: arbitrar novo aluguel a ser pago até a efetiva restituição da coisa (art. 1.196).

Esses os caracteres principais do regime locatício instituído pelo Código para as locações por ele regidas, sob a filosofia ou pres-suposto da completa igualdade de tratamento das partes.

## 3. Locações especiais reguladas pelo Código Civil

A própria Lei do Inquilinato excluiu de seu regime e remeteu para o Código Civil e para eventuais leis especiais as locações relacionadas no parágrafo único de seu artigo 1º. Convém apontar, em linhas gerais, as razões da não- extensão, às mesmas, da proteção especial contida na mais destacada lei de amparo às locações de imóveis em nosso país.

### I - Imóveis da União, dos Estados e Municípios, suas autarquias e fundações públicas

A primeira distinção a fazer é separar as locações civis das locações administrativas. Locações civis da Administração são aquelas efetuadas pelas referidas entidades públicas visando unicamente obter rendimentos ou aluguéis de seus imóveis, numa situação idêntica às locações das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Dispondo de imóveis ociosos, resolvem dá-los em locação a terceiros, a fim de obter renda. Nesses casos, não se distinguem dos particulares como locadores. Mesmo assim a Lei do Inquilinato, com plena competência para fazê-lo, preferiu proteger tais locadores públicos, remetendo-os para o regime do Código Civil, que trata com rigor os locatários, conforme acima analisado. Quis a lei proteger essas entidades em suas locações, por representarem o patrimônio público.



*Locações administrativas.* Com maior razão elas merecem tal proteção do regime do Código Civil ou do regime administrativo que instituírem, quando fazem *locações administrativas* de seus imóveis, ou seja, quando transferem o uso oneroso dos mesmos a terceiros, não pelo aluguel ou renda em si, mas em função do interesse público administrativo, como nas hipóteses de locação-ocupação de boxes em mercados públicos, estações rodoviárias e similares, em que prevalece o interesse público da ocupação disciplinada, diversificada ou no interesse maior da Administração. Mesmo antes da atual Lei do Inquilinato, que as beneficiou com o regime do Código Civil, essas locações ou ocupações de imóveis no interesse da Administração (sem visar apenas o aluguel) já se achavam excluídas do regime protetor dos locatários, pelas razões óbvias de interesse específico da Administração na gestão de seus serviços. São as locações puramente administrativas, sob as formas de concessão, permissão ou autorização, que obedecem aos regulamentos municipais, estaduais ou federais.

A União já vinha gozando do privilégio de ter legislação própria para reger o uso de seus imóveis em qualquer situação, a exemplo do Dec.-lei 9.760/46 e seus regulamentos. Isso em virtude da competência privativa federal para legislar sobre direito civil (Constituição federal, art. 22, I). O mesmo não ocorre com os Estados e Municípios, que só podem regular as locações-ocupações administrativas ou no interesse maior da Administração, sem predomínio do interesse pelo aluguel ou contra-prestação. Mas a Lei federal do Inquilinato estendeu-lhes a proteção do regime do Código Civil para suas locações civis, pondo fim a muitas discussões e polêmicas interpretativas.

Essas entidades públicas, como locatárias, sujeitam-se aos respectivos regimes de locação vigentes, sem qualquer privilégio.

#### *II - Vagas autônomas de garagem ou espaços para estacionamento de veículos*

O texto é claro e não comporta dúvida de interpretação. A vaga de garagem só se rege

pela Lei do Inquilinato quando alugada conjuntamente com a casa, o apartamento, a sala ou a loja, como acessório ou dependência daqueles, acompanhando o respectivo regime.

#### *III - Espaços destinados à publicidade*

A locação de espaço para publicidade no alto ou nas paredes de edifícios e muros, nos lotes e outros locais estratégicos não constitui locação típica regida pela Lei do Inquilinato. Falta o requisito da posse exclusiva, tal como ocorre também nos espaços para estacionamento. Já a locação de um lote, com direito de posse e uso exclusivos, para receber a publicidade que o locatário desejar, é considerada locação não-residencial *stricto sensu*, regida pela Lei do Inquilinato.

#### *IV - Apart-hotéis e similares, com prestação de serviços regulares*

A locação típica não inclui prestação de serviço, que a transforma em contrato complexo, próximo da hospedagem. A prestação de serviços regulares, incluída no contrato, é condição *sine qua* para a regência do Código Civil.

#### *V - Arrendamento mercantil*

Outro exemplo de contrato misto ou complexo é o *leasing* ou arrendamento mercantil, modalidade especial de locação que envolve também compra e venda, financiamento e, sobretudo, contrato de garantia real. Constitui técnica de garantia de uma compra e venda a prestação ou financiada, sob a forma ou aparência e até com efeito de locação, que assim mantém o pleno domínio do vendedor-credor-locador sobre o objeto da compra e venda-locação-financiamento-garantia, a fim de assegurar a eficiente e rápida execução do contrato e recuperação do objeto em caso de inadimplemento. Será busca e apreensão, se objeto móvel, ou reintegração na posse, se imóvel. A doutrina e a jurisprudência já excluíam o despejo na espécie, por se tratar de locação impura ou

atípica, não beneficiária da lei especial protetora.

#### *VI - Outras locações puramente civis*

O parágrafo único do artigo 1º da Lei do Inquilinato não teve a pretensão de esgotar as categorias de locações puramente civis, que devam-se sujeitar ao regime igualitário do Código Civil. O regime protetor da lei especial exige caracteres puros ou típicos de locação, em caráter permanente e com posse exclusiva do locatário sobre o objeto. Assim como os *apart-hotéis* e o arrendamento mercantil são locações mistas ou complexas, impuras ou atípicas, por envolver outras prestações além do uso e gozo da coisa, assim como os espaços para estacionamento e para publicidade não constituem poses exclusivas dos locatários, outros elementos podem descaracterizar a locação típica merecedora de proteção especial. A transitoriedade seria um exemplo. Assim como o contrato de trabalho típico não encampa o trabalho eventual ou esporádico (pequena empreitada), também a locação imobiliária típica ou protegida exige o requisito da permanência ou duração relativa do vínculo. Por isso criticamos leis especiais anteriores por incluírem na proteção do inquilinato as locações para temporada, dado o seu caráter transitório. Já agora a vigente Lei do Inquilinato conferiu-lhes tratamento especial, muito próximo do regime do Código Civil, o que se nos afigura mais apropriado e coerente com o sistema. Mas a locação para temporada é de natureza residencial. Por isso ainda temos outras locações de imóveis transitórias ou puramente civis, regidas pelo Código com igualdade de tratamento das partes. Os exemplos são as locações de terrenos para instalação a curto prazo de circos, as locações para temporada dos teatros, locais para exposições, feiras, campanhas políticas e similares, todas em caráter transitório como as pequenas empreitadas. Não seriam tratadas como locações não-residenciais da Lei do Inquilinato, com direito ao procedimento mais brando da ação de despejo.

Até a locação residencial para temporada admite a ação de despejo com liminar para desocupação em quinze dias (art. 59, § 1º, III). Logo, a locação não-residencial para temporada deve ter o mesmo tratamento, por analogia, caso não seja considerada puramente civil, por extensão da enumeração não-exaustiva do parágrafo único do art. 1º da Lei do Inquilinato, ou por aplicação supletiva do Código Civil, conforme o art. 79 da mesma Lei. E a ação será a reintegração de posse, com medida liminar, conforme o sistema do Código. Convém lembrar que a própria locação de móveis e semoventes constitui exemplo típico de locação puramente civil ou não carente de proteção especial.

#### *4. O regime especial da Lei do Inquilinato*

##### *A) Espécies de locações*

##### *I - Locações residenciais – caracteres e efeitos:*

a) ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses: retomada ou despejo imotivado findo o prazo, independente de notificação ou aviso prévio (art. 46, *caput*);

b) findo o prazo ajustado, na mesma locação *supra*, se o locatário continuar no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, a locação se prorroga por prazo indeterminado. Nesse caso, poderá haver retomada imotivada em qualquer tempo, mas precedida de notificação com o prazo de trinta dias (§§ 1º e 2º do art. 46). Na notificação prévia e na ação de despejo, basta declarar que “não convém ao locador continuar com a locação”;

c) ajustada verbalmente ou por escrito com prazo inferior a trinta meses: retomada ou despejo motivado, findo o prazo, sempre independente de notificação prévia, mas somente por um dos seguintes motivos (art. 47): I – mútuo acordo; II – infração legal ou contratual; III – falta de pagamento; IV – para reparações urgentes no imóvel, determina-

das pelo Poder Público; V – extinto o contrato de trabalho do locatário, vinculado à locação; VI – para uso próprio, do cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, nem seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; VII – para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída em 20%, no mínimo, ou em 50%, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão; VIII – se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos.

*II – Locações não-residenciais stricto sensu – caracteres e efeitos:*

a) são todas aquelas não-residenciais que não preencham os requisitos das locações para fins comerciais ou industriais (contratos por cinco anos renováveis compulsoriamente), conforme trataremos no item seguinte; são as salas locadas a profissionais liberais e mesmo as lojas alugadas por menos de cinco anos, a título de exemplos;

b) os contratos por prazo determinado cessam, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independente de notificação ou aviso prévio; a ação de despejo “por não convir ao locador continuar com a locação” pode ser movida independente de notificação prévia, desde que ajuizada nos trinta dias seguintes ao vencimento do contrato (art. 56, *caput*);

c) se não movida a ação no prazo *supra*, a locação se prorroga por tempo indeterminado, só podendo ser ajuizada a mesma ação mediante prévia notificação ao locatário, concedendo-lhe trinta dias para desocupação espontânea do imóvel (parágrafo único do art. 56 e art. 57); a forma de retomada do imóvel nessa ação é a mesma das locações residenciais contratadas por trinta meses ou mais, acima referidas (art. 46 e §§); são as locações próximas do regime do Código Civil, que admite a ação de reintegração de posse para retomar o imóvel, enquanto nas locações não-residenciais o procedi-

mento é mais brando: ação de despejo (art. 5º), disciplinada no capítulo II da Lei do Inquilinato.

*III – Locações para fins comerciais, industriais e para sociedades civis com fim lucrativo – caracteres, requisitos e efeitos – oposição à renovação*

*Caracteres:*

a) contratadas por escrito, pelo prazo mínimo de cinco anos, admitindo-se, para preencher o requisito, a soma de prazos de contratos escritos de prazo menor ininterruptos (*accessio temporis*) (art. 51, I e II);

b) exploração trienal mínima e ininterrupta do mesmo ramo de comércio ou indústria no momento da renovação do contrato (art. 51, III);

c) exercício do direito de renovar, por meio da ação renovatória, dentro do penúltimo semestre do contrato em curso (art. 51, § 5º), sob pena de decadência desse direito, passando a locação para o regime não-residencial *stricto sensu*, sujeita a despejo imotivado (arts. 56 e 57);

d) prova, na ação renovatória, do exato cumprimento do contrato em curso (art. 71, II e III) e renovação da garantia de fiança da locação (art. 71, V e VI).

*Efeitos:*

a) direito à renovação compulsória do contrato por mais cinco anos, sucessivamente, se o locador não opuser um dos obstáculos legais (art. 51; Súmula 178 do STF); esse direito poderá ser exercido pelo cessionário ou pelo sucessor da locação, bem como pelo sublocatário total do imóvel (§ 1º do art. 51) e pelo sub-rogado legal (§§ 2º e 3º do art. 51);

b) direito de cessão, sucessão, sublocação e sub-rogação legal na locação, se juntamente com o fundo de comércio (§§ 1º, 2º e 3º do art. 51);

c) direito do locador a um novo aluguel compatível com o valor locativo real e atual do imóvel, a ser arbitrado (§ 1º do art. 72),

inclusive aluguel provisório a vigorar a partir do primeiro mês da renovação (§ 4º do art. 72);

d) direito do locador ou do locatário à revisão trienal do aluguel, a partir do início da locação e da renovação amigável ou judicial (art. 19);

e) não acatado o pedido de renovação, o juiz fixará prazo de até seis meses para a desocupação do imóvel, a partir do trânsito em julgado da sentença, havendo pedido na contestação (o locador poderá optar pela manutenção da locação sob o regime não-residencial *stricto sensu* – art. 74).

#### *Oposição à renovação (o locador poderá argüir):*

a) falta dos requisitos legais da ação renovatória e da locação renovável compulsoriamente;

b) necessidade do imóvel para uso próprio ou para transferência de fundo de comércio nas condições previstas na lei (art. 52, II);

c) reforma substancial comprovada do imóvel, a ser executada por exigência do Poder Público ou por conveniência do proprietário (art. 52, I);

d) melhor proposta de terceiro para a locação (art. 72, III);

e) apresentação de contra-proposta de aluguel para a renovação (art. 72, II).

#### *IV – Locações em shoppingcenters – caracteres e efeitos*

Essas locações guardam maior afinidade com as locações para fins comerciais, que acabamos de analisar, embora possam enquadrar-se no regime não-residencial *stricto sensu*, sujeitas à denúncia imotivada.

Trata-se de locações de lojas integrantes de centros comerciais, com ramos de comércio diversificados para atrair e atender o maior número possível de clientes. Têm características de condomínios e de sociedades, com muitos interesses comuns, inclusive a clientela, o estacionamento comum, a publicidade, as promoções no interesse do

conjunto. Seria um condomínio especial comercial, análogo ao condomínio especial residencial, conciliando os interesses individuais com o interesse do grupo. Por isso, esses contratos de locação contêm cláusulas e condições especiais, que devem ser mantidas nas renovações compulsórias, a exemplo do aluguel proporcional às vendas. Também a cláusula da finalidade da locação, que obedece ao projeto de diversificação dos ramos de atividade, no interesse do conjunto. Com todas essas circunstâncias especiais, a locação pode-se beneficiar da renovação compulsória, da revisional trienal e de outras vantagens, desde que preencha os respectivos requisitos. Tanto que a própria Lei se preocupou com dois aspectos: a) conciliar a renovação compulsória com a preservação das condições especiais livremente pactuadas (aluguel proporcional, manutenção do ramo, contribuição para as promoções etc. – art. 54, *caput*); b) vedação da retomada da loja para uso próprio ou para transferência de fundo de comércio (art. 52, II).

#### *V – Locações para hospitais, estabelecimentos de saúde e de ensino e entidades religiosas – requisitos e efeitos*

Essas são as locações mais protegidas da Lei do Inquilinato, sob o aspecto do direito de retomada do locador, principal efeito da lei protetora. Assim, os locadores só podem retomar esses imóveis nas seguintes hipóteses: I – por mútuo acordo; II – por infração legal ou contratual; III – por falta de pagamento do aluguel e encargos; IV – para reparações urgentes no imóvel, determinadas pelo Poder Público; V – para demolição, edificação licenciada ou reforma com aumento mínimo de 50% da área útil (art. 53).

Além disso, gozam de prazos mais longos para desocupação do imóvel nas ações de despejo (§§ 2º e 3º do art. 63). Podem assumir a forma de locação para fins comerciais, com direito à renovação compulsória, desde que preencham os respectivos requisitos já expostos acima. Aplicam-se-lhes a ação revisional trienal de aluguel (art. 19) e

a denúncia imotivada pelo adquirente do imóvel, conforme o artigo 8º, disposição geral, ampla e sem restrição.

O importante é que a entidade beneficiária preencha os requisitos legais, cuja interpretação não comporta ampliação (disposição excepcional). São entidades de grande interesse social, que se destacam ainda pela estabilidade de sua localização e pela dificuldade e onerosidade de sua mudança de local e transferência de suas instalações, atenta ainda à comodidade de sua clientela.

Situações deformadas não merecem proteção, sujeitando-se ao regime comum de proteção. Esse o critério teleológico de interpretação do regime, sendo de destacar a jurisprudência existente sobre o conceito e os requisitos de cada espécie dos estabelecimentos beneficiários (a propósito, inclusive dos requisitos da locação para fins comerciais e outros detalhes dessa sistematização, consultar nosso livro *A locação no direito brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte).

#### *VI – Locações residenciais para pessoas jurídicas – caracteres e efeitos*

Já antes de a lei discipliná-la, a jurisprudência passara a tratar como não-residencial a locação de imóvel residencial para pessoa jurídica como locatária, que o destinava à residência de seus diretores e outros subordinados. A locatária não merecia o tratamento benéfico destinado às pessoas físicas. Esse o objetivo da Lei protetora e excepcional, que não poderia ser distorcida na sua limitação ao direito de propriedade. Por isso o artigo 55 da vigente Lei do Inquilinato veio dispor: “Considera-se locação não residencial quando o locatário for pessoa jurídica e o imóvel destinar-se ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados.” Quanto aos efeitos, aplicam-se-lhe os artigos 56 e 57.

#### *VII – Locações para temporada – caracteres, requisitos e efeitos*

Essa última espécie de locação da Lei do Inquilinato destina-se

“à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel e outros fatos que decorram tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não-superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel”.

Esses os seus caracteres.

Para maior garantia e prova suficiente dessa espécie de locação, o contrato deve ser escrito e obediente aos requisitos *supra* – prazo máximo de noventa dias, com a denominação explícita de “locação para temporada”, com a descrição precisa do imóvel, dos móveis e utensílios e, dependendo do locatário, com fiador idôneo.

#### *Efeitos:*

a) o locador pode receber total e antecipadamente o aluguel;

b) findo o prazo ajustado, se o locatário não devolver o imóvel, cabe ação de despejo com medida liminar para desocupação em 15 dias, independente de audiência do locatário, mediante caução de três meses de aluguel, se proposta a ação até 30 dias após o vencimento do contrato (art. 59, § 1º, III);

c) findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador – por meio da ação *supra* – por mais de 30 dias, a locação prorrogar-se-á por tempo indeterminado e mediante pagamento mensal do aluguel. E o locatário só será despejado, por denúncia imotivada, após 30 meses do início da locação, ou, por denúncia motivada, imediatamente, nas hipóteses do artigo 47 (art. 50).

Deve, pois, o locador, depois dos cuidados *supra*, ficar atento para o prazo da ação de despejo com medida liminar de desocupação, sob pena de se transformar a relação transitória em locação residencial normal de longa duração e de maior trabalho para a retomada. É muita complicação para uma locação que deveria ser puramente civil!...

## B) Aspectos relevantes da Lei do Inquilinato

### I – Denúncia não-motivada pelo adquirente do imóvel

O artigo 8º prevê os seguintes requisitos para a denúncia vazia pelo adquirente do imóvel locado:

a) alienação do imóvel durante a locação, por meio de compra e venda, permuta, doação, dação em pagamento, promessa de compra e venda e cessão de direitos em caráter irrevogável (sem cláusula de arrependimento), com imissão na posse e título registrado na matrícula do imóvel;

b) exercício da denúncia no prazo de 90 dias a contar do registro da aquisição ou do compromisso, sob pena de concordar o adquirente, tacitamente, com a manutenção da locação;

c) a denúncia far-se-á por meio de notificação ao locatário para desocupar o imóvel no prazo de 90 dias, após o qual será ajuizada a respectiva ação de despejo;

d) a denúncia não se fará na forma *supra*, se o contrato de locação foi por prazo determinado e contém cláusula de vigência em caso de alienação, registrada na matrícula do imóvel. Far-se-á logo após o fim do contrato, obviamente;

e) situando-se nas disposições gerais da Lei, o artigo 8º se aplica indistintamente a todas as locações da mesma, tudo conforme o princípio de que “a venda rompe a locação”. Inclusive as locações para fins comerciais, mesmo renovadas judicialmente ou em processo de renovação, bem como as locações para hospitais e similares, cuja limitação de retomada se restringe às partes contratantes, salvo cláusula de vigência em caso de alienação, registrada na matrícula do imóvel;

f) estando em curso contrato de locação sem cláusula de vigência contra terceiros, a alienação importa em resolução do mesmo, se vier a ser retomado o imóvel antes do vencimento, respondendo o locador inadimplente por perdas e danos perante o locatário;

g) a hipótese não se aplica à sucessão *causa mortis*, que se rege pelo artigo 10.

Mas a doação *inter vivos* a filho se rege pelo artigo 8º, conforme decisão do STJ;

h) a locação celebrada pelo usufrutuário do imóvel, sem a participação do nu-proprietário, pode ser denunciada por este, no caso de extinção do usufruto (art 7º);

i) o adquirente apenas do usufruto ou apenas da nua propriedade, no curso da locação, não se beneficia do art. 8º. O primeiro, porque não adquiriu a propriedade; o segundo, porque não adquiriu o direito de usar e fruir;

j) o adquirente, como sub-rogado na locação, tem direito aos aluguéis e deve recebê-los com ressalva do direito à retomada, que se faz pela via da ação de despejo, para pôr fim a uma relação decorrente de locação (art. 5º).

### II – Hipóteses de ação de despejo com desocupação liminar do imóvel

#### a) Mútuo acordo para desocupação e seu descumprimento

O art. 9º, inciso I, prevê a forma mais simples de se pôr fim à locação de qualquer imóvel regida pela Lei do Inquilinato: o mútuo acordo das partes. A forma desse acordo está prevista no inciso I do § 1º do art. 59: “celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento”. O efeito do descumprimento desse acordo está previsto no § 1º do art. 59, ou seja, a forma mais drástica e rápida de desocupação do imóvel pela Lei do Inquilinato. O autor pedirá e o juiz concederá a liminar de desocupação em 15 dias, independente de audiência do locatário, desde que prestada caução no valor de três meses de aluguel. Embora não seja ouvido previamente sobre o pedido, o réu será citado para a desocupação em 15 dias, prazo que servirá para apresentar eventual razão relevante de direito, em con-

testação perante o próprio juiz ou, caso não revogue a liminar, por meio de agravo junto ao tribunal competente.

O § 1º do art. 59 concede ainda liminar de desocupação em 15 dias, sem audiência do locatário, em mais três hipóteses de ação de despejo decorrentes de situações com caráter de esbulho possessório, em que o Código Civil e o CPC concedem reintegração liminar na posse. É o que passamos a examinar.

*b) Locação relacionada com o emprego  
(art. 59, § 1º, II)*

O art. 47, inciso II, prevê a hipótese de retomada do imóvel em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação desse imóvel pelo locatário estiver relacionada com o seu emprego.

Diferente é a hipótese de empregado que usa o imóvel em comodato e não em locação, como ocorre com os caseiros. Sendo o uso gratuito, a relação se rege pelo CC, cabendo ação de reintegração com medida liminar. Por semelhança de situação, a LI instituiu a ação de despejo com liminar de desocupação.

*c) Morte do locatário sem sucessor legítimo na locação, permanecendo estranhos no imóvel (art. 59, § 1º, IV)*

O caso é típico de esbulho possessório ou posse indevida. A LI só permite suceder o locatário, na locação residencial, o cônjuge ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários (descendentes e ascendentes) e as pessoas que viviam na dependência econômica do falecido, sempre com a condição de que tais pessoas sejam residentes no imóvel. Ocorre muitas vezes que, morrendo o locatário, pessoas não-residentes passem a ocupá-lo indevida e abusivamente. Por isso, a lei especial aproxima a solução àquela do CC.

*d) Permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação (art. 59, § 1º, V)*

O texto fala em “permanência do sublocatário, extinta a locação, celebrada com o

locatário”. Um contra-senso, *data venia*. Se o locador houvesse celebrado a locação com o sublocatário, este seria locatário. A razão do preceito é a condição de acessório, da sublocação em relação à locação, conforme dispõe o art. 15: “rescindida ou finda a locação resolvem-se as sublocações”.

Assim, extinta a locação, extinguem-se as sublocações, devendo desocupar o imóvel os sublocatários, sob pena de despejo liminar. Aqui a afinidade é mais acentuada com o esbulho possessório do CC, a ponto de gerar uma dúvida procedimental: contra quem mover a ação de despejo, se o locador já não o ocupa. O mesmo em relação ao inciso IV *supra* (morte do locatário). Nesses dois casos, a ação de despejo assume feição possessória e só tem designação formal de ação de despejo por ter decorrido de uma relação original de locação, segundo o sistema da LI, que prevê ação de despejo “seja qual for o fundamento do término da locação” (art. 5º). Pode ser movida contra o ocupante com pretensão ilegal de locatário.

*III – Efeito devolutivo dos recursos, execução provisória e caução*

O art. 58, inciso V, instituiu o efeito somente devolutivo para os recursos nas ações locatícias previstas no *caput*, com as seguintes exceções: a) nas ações revisionais, as diferenças de aluguel somente serão exigíveis após o trânsito em julgado da sentença, embora com efeito retroativo à data da citação (art. 69, *caput*); b) nas ações renovatórias, não sendo renovada a locação, será fixado prazo de até seis meses para desocupação, contado do trânsito em julgado da sentença, se houver pedido na contestação (o locador poderá não se interessar pela retomada, deixando a locação sob o regime não-residencial *stricto sensu* – art. 74).

Interposto o recurso nas ações de despejo julgadas procedentes, a execução provisória far-se-á por meio de carta de sentença, mas dependente de caução ou garantia fixada na sentença (art. 63, § 4º) e a ser prestada nos autos da execução provisória (§ 1º

do art. 64). Só não exigem caução as execuções provisórias de sentenças de despejo em três hipóteses: por descumprimento de mútuo acordo, por infração de obrigação legal ou contratual e para reparações urgentes determinadas pelo Poder Público (art. 64, *caput*). Entendemos, com a melhor jurisprudência, que também a execução provisória da sentença de despejo por falta de pagamento não carece de caução, por duas razões óbvias e lógicas: a falta de pagamento se inclui entre as infrações legais e contratuais; a não-inclusão do inciso III do art. 9º, no *caput* do art. 64, só pode ter resultado de erro material.

A caução poderá ser real ou fidejussória. A execução provisória tem início pela notificação pessoal ao réu para desocupar o imóvel no prazo fixado pela sentença (art. 65), após o qual será requerida a execução compulsória.

#### *IV – O aluguel, sua correção e revisão*

Já a Lei do Inquilinato, em 1991, em pleno período inflacionário, vedou a estipulação de aluguel “em moeda estrangeira e sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo” (art. 17, *caput*). Permitiu às partes, por acordo, estipular novo aluguel e inserir ou modificar cláusula de reajuste (art. 18), obedecida a disposição anterior. Na falta de acordo, qualquer das partes ficou autorizada a requerer a revisão trienal do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (art. 19). Dúvidas pairam sobre o direito do locador à ação revisional, quando o locatário houver concedido aumento amigável superior à correção legal mas inferior ao preço de mercado. Uma corrente admite a ação, desde que não atingido, no acordo, o valor objetivo de mercado. Outra corrente entende que, aceitando o aumento, o próprio locador o considerou como valor de mercado, devendo aguardar três anos desse aumento para a ação revisional.

Sobreveio o Plano Real, instituído pela Medida Provisória nº 542, de 30.06.94, transformada na Lei 9.069, de 29.06.95, com as

seguintes normas sobre correção e revisão de aluguel: a) correção monetária, a partir de 1º.07.94, somente com base nos índices de preços autorizados (art. 24, *caput*); b) periodicidade da correção monetária não-inferior a um ano (art. 28, § 1º); c) mantida a revisão judicial visando ao preço de mercado (art. 21, § 4º).

O Plano Real deu certo quanto à estabilização monetária, mas gerou a recessão, o desemprego e a maior oferta de imóveis para locação, derrubando os preços dos aluguéis. Diminuíram as ações de retomada, invertiram-se os acordos de aumento para redução dos aluguéis e as ações revisionais praticamente desapareceram. Chegou ao ponto de a crise recessiva provocar ações revisionais pelos locatários de locações para fins comerciais, sobretudo nos *shoppingcenters*, antes do prazo de três anos, para redução dos aluguéis. O STJ acolheu a tese da revisão com base na teoria da imprevisão. Outros locatários optaram pela devolução dos imóveis, paralisando as atividades ou alugando imóveis idênticos em melhores condições.

#### *V – O sistema das multas na Lei do Inquilinato*

A sistematização das multas na locação deve partir da interpretação dos artigos 917 a 919, 920 e 924 do Código Civil, supletivos da Lei do Inquilinato (art. 79). O art. 917 prevê dois tipos de cláusula penal, com os respectivos efeitos: a) por inexecução total do contrato (inadimplemento absoluto); b) por inexecução de cláusula especial ou por simples mora no cumprimento (inadimplemento relativo ou parcial, com aproveitamento do contrato). O art. 918 consagra o caráter alternativo ou compensatório da multa por inadimplemento total (multa mais elevada, que compensa ou indeniza todos os prejuízos da parte inocente). É fixada, em regra, na locação, em três meses de aluguel ou em 20% do valor do contrato. Já o art. 919 refere-se à multa moratória ou não compensatória por simples atraso no pagamento ou em segurança de cláusula especial. Pode ser



cumulada com o aluguel e encargos, cujo pagamento estimula.

Deve ser fixada em percentual sobre o aluguel em atraso, variando de 10% a 20%. Há, pois, conveniência de se estipularem os dois tipos de multa na locação. Uma pode não suprir a omissão da outra. O art. 920 admite a multa compensatória máxima de 100% do valor do contrato. O art. 924 faculta ao juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o inadimplemento, quando se cumprir em parte o contrato.

A Lei do Inquilinato é omissa quanto ao valor da multa, mas pode ser assim sistematizada: a) por devolução antecipada do imóvel – multa compensatória proporcional por inadimplemento absoluto (art. 4º, 2ª parte, c/c art. 924 CC); b) por infração legal ou contratual – multa compensatória ou moratória por inadimplemento total ou parcial (art. 9º, II); c) por falta de pagamento do aluguel e encargos – multa moratória aplicável judicial e extra-judicialmente por inadimplemento relativo ou parcial – emenda da mora (art. 9º, III, c/c art. 23, I e c/ art. 62, II, b); se decretado o despejo, aplica-se a multa compensatória ou mais grave; d) por infração dos arts. 43 e 44 e seu parágrafo único, de fácil interpretação e aplicação.

Para completar a sistematização *supra*, vamos documentá-la com decisões recentes de dois renomados e autorizados tribunais, envolvendo a multa e seus problemas correlatos na locação.

#### *Distinção e compatibilidade entre correção monetária, juros de mora e multa moratória.*

“A correção monetária não é pena, mas simples atualizador da moeda de valor corroído, e os juros da mora resultam automaticamente da necessidade de reparar o prejuízo causado pelo relativo inadimplemento, não sendo impossível com a multa moratória, cuja finalidade precípua é forçar o desempenho da obrigação.” (2º TACSP, Ap. 489352-00/5, DJSP 7.08.98, p. 19)

*Não se confundem os conceitos de multa compensatória e multa moratória. Não incide a multa compensatória na emenda da mora.*

“A pretensão à multa compensatória de três aluguéis é incompatível com a ação de despejo por falta de pagamento por impedir ou dificultar a purga da mora.”

(Mesma decisão *supra*)

#### *Caráter imperativo da proporcionalidade da multa (art. 924).*

“A multa compensatória é devida proporcionalmente ao tempo restante para o vencimento do contrato, nos termos do art. 924 CC, inobstante disposição em contrário do contrato que estipula sempre multa integral, e deve ser considerada leonina e não escrita.” (2º TACSP, Ap. 539420-00/1, 11.02.99, BDI-SP 1999, nº 28, p. 24).

#### *Inaplicável às locações o Decreto 22.626/33 (Lei de Usura).*

“O Dec. 22.626/33 não se aplica às locações, por ter sua atuabilidade reservada ao mútuo. A multa moratória de 20% é viável nos contratos locatícios.”

(2º TACSP, Ap. 502775-00/2, 15.12.97, BDI-SP 1998, nº14, p. 19).

#### *As relações locatícias possuem leis especiais próprias, além de não constituírem relações de consumo.*

“Como é pacífico, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica em matéria locatícia, dentre outras razões porque não se pode entrever na figura do locador um fornecedor de bens ou serviços.” (2º TACSP, Agr. 512.768-00/6, DJSP 7.08.98, p. 19).

“A matéria locatícia possui regime legal próprio, não consubstanciando, os vínculos jurídicos inquilinários, relações de consumo, conforme explícita o referido Código.” (2º

TACSP, Ap. 502775-00/2, BDI 98, n.14, p. 19).

“As relações locatícias possuem lei própria que as regule

Ademais, faltam-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90. Conforme entendimento das duas Turmas componentes desta 3ª Secção, o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguel, não é aplicável às locações prediais urbanas. Precedentes.” (STJ, RREsp. 38.274-SP, DJU 22.05.95; 131.851-SP, DJU 9.02.98; 197.505-MG, DJU 26.04.99).

### 5. Retrospecto e conclusão

Ao longo de sua evolução, o contrato de locação passou por grandes transformações, acompanhando as mudanças institucionais.

Sob o mesmo esquema jurídico, os Romanos regularam as três locações clássicas: de coisas (*rerum*), de serviços (*operarum*) e de obras ou empreitada (*operis*), unificando, sob o mesmo rótulo e regime jurídico, três fenômenos cada dia mais distintos e complexos.

Segundo os tratadistas, o que aproximou a locação de serviço da locação de coisas foi a circunstância de predominar, naqueles tempos, a prestação de serviço sob o regime de escravidão ou servidão. O trabalho do escravo era contratado com seu senhor, sob a forma de *operarum servorum locatio*, similar da *locatio rerum* dos animais de serviço. A *locatio operarum* era reservada para o contrato de serviço com o homem livre. Quanto à assimilação da locação de coisas com a locação de obras ou empreitada,

“no espírito do jurisconsulto antigo, não é essencial à locação a idéia da cessão de uso e gozo. A única coisa que, para ele, é importante, é que alguém coloque a coisa de sua propriedade nas mãos de outra pessoa, para que esta realize sobre ela um trabalho

ou um ato qualquer.” (DANTAS, San Tiago. *Os contratos*. Edit. Rio, p. 260/261; ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio, Conquista, p. 107; RUGGI-ERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, Saraiva, v. 3, § 110, p. 256/257; ALMEIDA PAIVA, Alfredo de. *Aspectos do contrato de empreitada*. Rio, Forense, n. 1; PAGE, Henri de. *Traité...*, 2. ed., n. 480, p. 460).

Os três fenômenos evoluíram e se enriqueceram com multiplicidade de aspectos, sobretudo no século XX. Daí a razão de o Código Civil brasileiro, do início do século, ainda ter regulado, sob a mesma denominação genérica de *locação*, as três figuras clássicas.

A empreitada, como contrato de resultado, assumiu variadas formas, conforme a propriedade do material empregado, a ponto de se confundir com a compra e venda de coisa futura.

A locação de serviços se desdobrou em diferenciadas e nítidas prestações de serviços estritamente civis e comerciais, liberais e autônomas, e serviços subordinados ou contratos de trabalho, sujeitos a legislação protetora específica, além dos contratos administrativos no âmbito dos serviços públicos.

A locação de coisas do Código Civil regula hoje praticamente as coisas móveis e semoventes. Os imóveis que lhe restam para regular, além dos que as leis especiais lhe delegaram ou relegaram a disciplina (a exemplo do parágrafo único do art. 1º da Lei do Inquilinato), visando proteger mais os locadores, são aqueles objetos das denominadas *locações puramente civis* ou sem proteção especial: locações atípicas, impuras, mistas ou complexas; locações sem transferência de posse exclusiva; locações não-residenciais para temporada ou em caráter esporádico e similares. Tudo isso dizemos do Código como regime individualista e liberal nos seus efeitos típicos. Mas como regime comum, genérico e supletivo, ele prevalece para todos os regimes especiais. Com

efeito, ali se encontram: a definição básica de locação de coisas, os direitos e obrigações genéricos das partes e sobretudo o regime específico das locações puramente civis, ou seja, das que lhe restam para regular com exclusividade.

Os demais imóveis se enquadram nos respectivos regimes especiais de proteção a determinadas categorias de locatários e até de locadores, e que são: a Lei do Inquilinato, aqui analisada, os arrendamentos rurais, as locações de imóveis da União e as locações administrativas (sob as formas de concessão, autorização ou permissão de uso no interesse público e não em razão do aluguel).

O regime locatício do Código Civil caracteriza-se pela igualdade de tratamento das partes, proteção ao direito de propriedade e prevalência da autonomia da vontade dos contratantes. Por isso, o efeito destacado dessa locação é a denúncia vazia ou imotivada. O locatário que não devolve o imóvel no respectivo vencimento ou mediante notificação para tal considera-se esbulhador, sujeito à ação sumária de reintegração de posse. Além disso, pode o locador arbitrar novo aluguel, a ser pago pelo locatário enquanto retiver o imóvel além do prazo convencionado.

Assim vigorava amplamente o regime do Código Civil até que sobrevieram as guerras, as crises econômicas e os problemas sociais gerados também pela industrialização e pelo urbanismo. A 1ª Guerra Mundial contribuiu para a socialização do Direito, por meio da função social da propriedade, das leis de ordem pública em defesa das classes desprotegidas (empregados, locatários, mutuários, promissários compradores de lotes e apartamentos em condomínio), culminando com o recente Código de Defesa do Consumidor, todos derogatórios das disposições individualistas e liberais do Código Civil, que entrou em vigor e foi logo sendo superado pelos princípios e direitos sociais consagrados nas Constituições do México (1917), da Rússia (1918) e Alema-

na (1919). Foram surgindo, a partir de 1921, as leis de emergência e proteção aos locatários, com incidência, de forma especial, sobre dois aspectos relevantes da locação: a disciplina do aluguel (desde o congelamento até o controle dos reajustes) e das ações de despejo, com a prorrogação legal das locações, a renovação compulsória das que abrigam fundos de comércio e indústria e a instituição da denúncia cheia ou motivada para a retomada do imóvel locado.

A atual Lei do Inquilinato constitui o ponto de equilíbrio nas relações entre locadores e locatários. Vem atuando de forma justa e equilibrada no equacionamento dos conflitos nessa vasta área da vida nacional.

### Bibliografia

- ALMEIDA PAIVA, Alfredo de. *Aspectos do contrato de empreitada*. Rio de Janeiro : Forense, 1955.
- ANDRADE, Luiz A. de, MARQUES FILHO, J.J. *Locação predial urbana*. São Paulo : Max Limonad, 1956.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça, TUCCI, R.L. *Tratado da locação predial urbana*. São Paulo : Saraiva, 1985.
- BESSONE, Darcy. *Renovação de locação*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- COSTA, Dilvanir José da. *A locação no direito brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles : E. Bruylant, 1953.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Conquista, 1956.
- \_\_\_\_\_. *A locação residencial e comercial*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : RT, 1978.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1962.
- RODRIGUES, Sílvio. *Da locação predial*. São Paulo : Saraiva, 1979.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1973.
- SAN TIAGO DANTAS. *Contratos*. [s.l.] : Edit. Rio, s./d. 1. ed. histórica.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Contrato de locação de coisas*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956.

- SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo, Maria Celina. *A lei do inquilinato anotada e comentada*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humbeto. *Locação, mandato, comodato – jurisprudência*. São Paulo : Leud, 1987.
- THEOTÔNIO NEGRÃO. *Código Civil e legisl. civil em vigor. Lei do Inquilinato*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

# Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo

Ana Maria D'Ávila Lopes

A teoria dos direitos do homem é, inegavelmente, uma conquista da modernidade. Os antigos, ensina Bobbio, quando faziam alguma referência ao Direito<sup>1</sup>, nunca tomaram em consideração os “legitimados” a exigí-lo, mas os obrigados a cumpri-lo. Os primeiros códigos morais e jurídicos, desde os Dez Mandamentos até a Lei das Doze Tábuas, foram durante séculos conjuntos de regras que estabeleciam obrigações para os indivíduos, mas não direitos. Regras essencialmente imperativas, negativas ou positivas, que visavam obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas. A figura deontica originária, afirma o mestre italiano, era o dever, não o direito, “a função primária da lei é a de comprimir, não a de libertar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagemmente”<sup>2</sup>.

Questiona-se, porém, se essa concepção do Direito, apenas como dever e não como dever-direito, significa que, na Antigüidade, não se tinha consciência sobre a dignidade humana ou se esta não era respeitada. A resposta, evidentemente, é negativa. As referências que podem ser encontradas nos diversos documentos jurídico-ético-religiosos da época mostram muito claramente a enorme importância que a pessoa humana tinha.

Na verdade, o que acontece é que a moderna concepção sobre o Direito difere muito da que se tinha na Antigüidade.

Ana Maria D'Ávila Lopes é Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG e Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UPF-RS.

Verifica-se que o que se entendia por Direito, antes da Modernidade, não coincide com o que hoje entendemos com esse termo. A cultura humana tem mudado muito. Assim, a tradição jurídica anterior a essa época caracterizava-se por ser “realista”, na medida em que aceitava a possibilidade de conhecer a realidade, a coisa (*res*) em si, apreendida na sua essência por meio de nosso entendimento. O conhecimento do homem era definido pelo “encontro” do entendimento com as coisas, o que constituía a “idéia” ou “conceito”, o que significa que o entendimento em ação – entanto “conformado” com a coisa: objeto do conhecimento – de alguma maneira “adota” a forma da coisa conhecida. Essa adequação é o que Santo Tomás definiu como “verdade”. Porém, essa forma realista de aceder à realidade foi abandonada pelo pensamento moderno como conseqüência da teoria cartesiana do conhecimento. Com Descartes, a verdade das coisas não tem sua origem no encontro entre o entendimento e a realidade e sua correspondente adequação, mas em uma idéia, imamente a nosso pensamento, captada por meio da intuição, da qual não se pode duvidar por ser clara e distinta, e a partir da qual decorrem outras verdades. Como conseqüência da primazia da idéia sob a realidade, essa nova filosofia será denominada “idealista”, pois concebeu-se uma razão que possui em si mesma a verdade e a certeza das coisas. Essa nova filosofia, inaugurada por Descartes, será ainda mais radical com Kant, que defenderá a impossibilidade de conhecer a realidade como realmente é. As coisas não são mais objeto do conhecimento, mas as idéias que temos sobre elas, com o que, tanto o entendimento, quanto as coisas que conhecemos se subjetivizam.

Conseqüência dessa subjetivação é que surge a teoria do direito subjetivo. Assim, para a tradição jurídica moderna, o Direito é concebido como possuidor de uma dupla dimensão (“duas caras da mesma moeda”), isto é, o Direito é direito subjetivo (faculdade ou pretensão) e direito objetivo (norma).

Já para a tradição clássica realista, o Direito era algo totalmente diferente.

Gallego<sup>3</sup> observa que, para alcançar a idéia clássica do Direito, é preciso antes analisar a idéia da justiça, cuja origem encontra-se na Grécia, e mais precisamente nos poemas homéricos, que constituem os documentos mais antigos da civilização grega. Neles encontramos referências à justiça sob o conceito de *themis*, entendido como a linha de demarcação entre barbárie e civilização. Essa idéia da justiça, como ordem da civilização humana, haveria de se estender com os filósofos chamados cosmológicos a toda a realidade universal.

Observa-se que, inicialmente, para os gregos a idéia da justiça estava associada à idéia da própria ordem universal, de tal forma que não cabia falar de uma ordem errada ou injusta, porque isso equivaleria a falar em uma não-ordem ou des-ordem. Todavia, é uma ordem – *dike* – concebida como o princípio objetivo inerente à natureza divina das coisas. O contrário é o excesso, ou a falta de medida, a *hybris*. Jaeger observa que, embora não todos os filósofos gregos tenham compartilhado essa visão, como é o caso dos sofistas, pode-se afirmar que foram a maioria<sup>4</sup>.

Já com Platão e Aristóteles a idéia da justiça perdeu sua identificação com a ordem cósmica para se associar à idéia de virtude especificamente humana (*dikaiosyne*). Assim, no diálogo *A República*, Platão descreveu a justiça – depois de analisadas a prudência, temperança e fortaleza – como a virtude que contém a cada homem dentro de seus limites. Fazendo um paralelismo entre o Estado e o homem, afirmará que Estado justo é aquele onde todos os seus membros (homens, mulheres, crianças, escravos, artesãos, magistrados, súditos) desempenham, na sociedade, um papel compatível com suas aptidões, sem interferir no trabalho dos outros, enquanto homem-justo é aquele que faz o que tem de fazer, sendo que o que tem de fazer é previamente determinado no momento da criação divina, quando

os homens ou são criados de ouro (sábios-governantes) ou de prata (guerreiros) ou de bronze e ferro (artesãos)<sup>5</sup>.

Aristóteles, menos abstrato que Platão, conceberá uma justiça mais realista, cuja definição, “virtud por la que cada uno tiene lo próprio, y según ley”<sup>6</sup>, mostra uma visão semelhante à que o homem comum teria dela. Os elementos que compõem a teoria aristotélica da justiça são:

a) legalidade: a justiça associa-se ao justo legal, porém se exige sempre que o conteúdo da lei produza e preserve a sociedade política e a felicidade de todos;

b) virtude: como para Platão, também para Aristóteles a justiça é uma virtude que inclui, pela sua vez, todas as outras;

c) alteridade: é uma das características mais importantes introduzidas por Aristóteles, que afirma que a justiça sempre faz referência ao “outro, (...) pero no es una virtud absoluta y puramente individual; es relativa a un tercero, y esto es la que la hace que las más de las veces se la tenga por la más importante”<sup>7</sup>.

d) igualdade: idéia assimilada de Pitágoras, todavia a justiça não implica apenas uma igualdade aritmética, mas uma igualdade proporcional, distinguindo-se, a partir daí, a justiça comutativa ou retificadora, que implica uma igualdade aritmética e é a virtude do correto intercâmbio das coisas, podendo ser voluntária (como nos contratos) ou involuntária (como nos delitos); e uma justiça distributiva, que é a distribuição proporcional ao mérito de cada pessoa, de bens, recompensas, honras<sup>8</sup>.

Na tradição romana, por outro lado, a idéia da justiça como “dar a cada um o que é o seu” aparece já perfeitamente consolidada. Dessa maneira, o grande receptor e transmissor do pensamento grego, Cícero, definirá a justiça como “dar a cada um segundo os seus méritos”. Mas foi outra definição a que constitui a mais importante contribuição do pensamento romano à teoria da justiça, a de Ulpiano, que definiu a justiça como “constante e perpétua vontade de

dar a cada um o seu direito” (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)<sup>9</sup>, definição que tem a virtude de equipar “o Direito” (*ius*) ao que é seu, ao devido; estabelecendo-se uma perfeita correspondência entre a definição de justiça e a idéia que a própria etimologia expressa, ou seja, da mesma forma que o *ius* encontra-se inserido na *IUSTITIA*, igualmente o Direito fica incorporado na mesma definição de justiça. Essa conexão entre justiça e Direito será encontrada em outras definições, mostrando a coerência conceitual do pensamento romano. O Direito, assim entendido, como íntima conexão da justiça, tornar-se-á uma verdadeira arte, como a definiu Celso, “arte do bom e do justo” (*ars boni et aequi*)<sup>10</sup>. Ambas definições, de Ulpiano e Celso, estão contidas na grande obra romana, o *Digesto*, que não é apenas um conjunto de definições doutrinárias, mas é a obra que reflete o verdadeiro desenvolvimento e alcance das possibilidades contidas nessas definições romanas, as que expressam não apenas a idéia essencial do Direito entendido como *iustum*, mas o Direito como a arte que permite encontrar esse justo. A ciência jurídica romana constitui, pois, constatação histórica da potência e virtualidade das definições como meios de expressão do entender jurídico da época<sup>11</sup>.

Contudo, até finais da Idade Média, não existiu uma autêntica teoria sobre a justiça que soubesse aprofundar e sistematizar a riqueza das conseqüências implícitas das definições gregas e latinas, especialmente as referidas a Aristóteles e à Jurisprudência romana.

Foi só no século XIII, com Santo Tomás de Aquino, no seu tratado sobre a justiça que faz parte da sua grande obra *Summa Theologica*, que finalmente se conseguiu essa tão ansiada sistematização. Santo Tomás não recebeu apenas uma única tradição sobre a idéia da justiça, mas duas: a greco-romana e a cristã. Na tradição cristã, a justiça apresenta-se especialmente referida a Deus, sendo utilizada no sentido próximo de santidade, misericórdia. O homem justo

é aquele que aceita a vontade de Deus e obedece a sua vontade, é o homem que vive no amor de Deus. Trata-se, portanto, de uma justiça “salvadora”, “religiosa”. Santo Tomás não rejeita essa concepção da justiça, mas relaciona essa visão religiosa às contribuições da tradição greco-latina. Dessa maneira, no Tratado da Justiça – aproveitando a definição cristã clássica, que é a de Santo Agostinho: “a justiça é o amor que só serve a Deus”<sup>12</sup> – afirmará Santo Tomás que: “como en el amor de Deus está incluído el amor al prójimo, también en el servicio de Dios está incluído el que cada uno debe dar a los demás lo que les pertenece”<sup>13</sup>. Daí associará essa idéia à definição da justiça de Ulpiano, modificando-a para “adaptá-la” a uma forma “mais perfeita” de definição. A justiça será definida, então, não como um ato mas como um hábito, devido a toda virtude ser essencialmente um hábito: “justicia es el hábito según el cual uno con constante y perpetua voluntad da a cada uno su derecho”<sup>14</sup>. Assumida essa fórmula latina clássica, mostrará interesse no pensamento aristotélico e, por meio de uma metodologia clara, lógica e sistemática, irá analisar até o evidente, para discuti-lo e questioná-lo.

Uma vez definida a justiça, Santo Tomás irá decompor o conceito com o objetivo de estudar cada uma das características que os antigos tinham-lhe atribuído:

a) a justiça é uma virtude. Platão e Aristóteles já tinham afirmado isso. Porém, que é uma virtude? Santo Tomás responde que é aquilo que faz bom um ato humano e ao homem mesmo, “virtud humana es aquella que hace buenos el acto humano, y el hombre mismo; y esto es próprio de la justicia”<sup>15</sup>. Daí associa essa definição com a justiça e conclui que é próprio da justiça fazer um ato bom e tornar qualquer homem em um homem bom, aliás, vai mais longe nas suas conclusões e, coincidindo com os antigos, assevera que a justiça não é qualquer virtude, mas é a mais privilegiada de todas;

b) a justiça é alteridade. Não é justo quem conhece corretamente, mas quem obra cor-

retamente. Esse atuar, essa *praxis*, implica um destinatário bem preciso, distinto de quem pratica a justiça, ou seja, “o outro”. A própria essência da justiça exige que seja relativamente a outrem<sup>16</sup>;

c) a justiça é a virtude privilegiada entre todas, porque objetiva o bem alheio, daí seu caráter profundamente transitivo, comunicativo. É a partir da alteridade – a referência ao outro – que a justiça é concebida como a mais importante das virtudes, pois as outras estão referidas ao sujeito enquanto preocupado com o seu próprio bem, isto é, seu aperfeiçoamento próprio, o que não acontece com a justiça, porque é a virtude que se realiza só na medida em que se dirige ao “outro”;

d) a justiça é vontade. Não se é justo nem por pensamento nem por intenção, mas atuando, obrando, dando. O princípio próximo de um ato é a “potência apetitiva”, entendida como vontade, que é própria do ser racional<sup>17</sup>;

e) a justiça refere-se a atos externos: a partir da análise de uma citação de Cícero: “la esencia de la justicia radica en que la sociedad de los hombres y la vida comunitaria se rijan por ella... Luego la justicia es sólo aquello que dice en relación a otros”<sup>18</sup>; Santo Tomás afirmará que, na medida em que a justiça exige diversidade de pessoas, isto é, a partir desse caráter social é que se pode encontrar a especificidade de sua matéria, que são “los actos externos y el uso de las cosas”<sup>19</sup>. O que significa que o incomunicável ou o não-comunicado não pode ser matéria da justiça;

f) a justiça é objetiva. A justiça é determinada, objetivada, porque se refere a uma ação ou coisa externa e não ao próprio sujeito. Leciona Santo Tomás que:

“(…) la materia de la justicia es la operación exterior, siempre que esa acción o la cosa sobre la que se ejecuta, guardem la debida proporción con la otra persona. Así, el medio de la justicia consiste en una cierta proporción de igualdad de una cosa exterior con



una persona exterior...Por eso, el medio de la justicia es objetivo”<sup>20</sup>.

Precisamente, a objetividade é a característica da justiça mais importante para nosso tema. Toda virtude é o justo médio estabelecido pela razão (*medium rationis*), assim a temperança é a virtude que prescreve moderação nas comidas. Só que o justo médio, na temperança, só pode ser estabelecido em relação a cada sujeito em particular, pois o que pode ser excessivo para um, pode não o ser para outro, por isso é que se afirma que a temperança é subjetiva. Contudo, isso não acontece no caso da justiça, pois o justo médio, ainda que estabelecido pela razão, não se estabelece a partir do sujeito, mas da ação ou da coisa externa (*medium rei*). Pode-se, então, afirmar que a justiça, além de ser um *medium rationis* como toda virtude, é uma igualdade de coisa a coisa - *rei ad rem* - e essa é uma característica própria apenas dela<sup>21</sup>.

A idéia da coisa - *res* - é, sem dúvida, a idéia chave para entender o Direito na sua acepção clássica, ainda sendo uma palavra latina praticamente intraduzível, na medida em que seu significado abrange uma infinidade de sentidos.

As coisas em si não são direitos, são coisas, porém se constituem direitos quando são colocadas em relação de igualdade entre as pessoas, passando assim de “coisas” a “coisas justas” ou Direito. Santo Isidoro, muitos séculos antes, tinha já afirmado que “Iura (los derechos) son las cosas que posemos justamente y no son de otra persona”<sup>22</sup>, o Direito são as coisas corporais ou incorporais, não consideradas em si mesmas, mas enquanto devidas a outrem segundo uma igualdade.

Santo Tomás magistralmente afirmará:

“las otras virtudes morales se refieren a las pasiones; y la rectificación de las mismas sólo puede darse tomando como punto de comparación al mismo hombre que sufre tales pasiones... Por tanto en esas virtudes el medio es sólo de razón y respecto a nosotros mismos... En cambio la materia de la

justicia es la operación exterior, en cuanto la misma acción, o una cosa sobre la que se ejecuta, guardan la debida proporción con la otra persona. Por tanto el medio de la justicia consiste en cierta proporción de igualdad de una cosa exterior con una persona exterior”<sup>23</sup>.

Não obstante, a contribuição mais importante de Santo Tomás à teoria da justiça é a afirmação categórica de que o objeto da justiça é o Direito. A primeira vista, parece uma afirmação evidente, que não diz nada que durante toda a Idade Média não tivesse sido dito. Contudo, analisando essa afirmação, concluir-se-á o seguinte: Santo Tomás tinha concebido a justiça como um hábito, o que implica uma ação, só que não se trata de qualquer ação, mas unicamente a que tem como objeto o Direito, entendendo-se por tal o “dar a cada um o que é seu”, isto é, dar a cada um o que lhe corresponde, o justo. Daí, conclui-se que, se a justiça é a ação que incide sobre o Direito, necessariamente o pressupõe, ou seja, o Direito precede à justiça, porque, se não existisse o Direito, a justiça não poderia tê-lo como objeto<sup>24</sup>.

Outro elemento importante será a idéia do débito, isto é, a concepção do homem como originariamente devedor. Santo Tomás observa que “por la creación empieza primeramente el ser creado a tener algo suyo, en el origen de todo no está la justicia, ni el débito, sino la pura gratuidad... aunque en cierto sentido dé a cada cual lo que se le deba, no por eso es Dios deudor”<sup>25</sup>. É o homem, para Santo Tomás, quem deve tudo, porque tudo lhe tem sido dado, inclusive a capacidade de fazer suas todas as coisas. O homem, concebido como um sujeito racional e livre, é consciente de ser um devedor, mas em sentido religioso, porque a dívida é para com Deus, porque Ele é quem nos deu tudo, até as coisas mais básicas, como a vida ou a integridade física. Essa idéia de débito pressupõe o ato de criação e a busca da perfeição, na medida em que todos devem procurar aperfeiçoar-se, para o qual é necessá-

rio que todos os seus semelhantes o ajudem, isto é, procurem dar-lhe aquilo que lhe falta. Dessa concepção decorre a idéia de que o devido é a raiz da justiça, porque será a justiça a que permitirá “igualar” as pessoas. Deve-se algo a alguém, porque esse algo é o que lhe pertence, o que lhe é seu por justiça, é o que a ele lhe falta e o que a mim me sobra. O objeto da justiça, por isso, está determinado pelo que em si é justo, isto é, pelo Direito. De fato, a justiça é objetiva porque seu objeto, o Direito, é objetivo, na medida em que alguém é justo (ação) quando se dá o devido ao outro, sendo que o devido (seu Direito) é o que lhe pertence<sup>26</sup>, o *medium rei*. A justiça, lembre-se, distingue-se das outras virtudes por não ser apenas um *medium rationis*, mas também um *medium rei*. O Direito é, então, o justo, a coisa justa e é esse precisamente o sentido básico de Direito para Santo Tomás.

Não devem confundir as referências encontradas nos textos de Santo Tomás quando manifesta que o direito apresenta-se como um poder do sujeito. Segundo Iglesias<sup>27</sup>, a idéia de poder da tradição clássica não se confunde com a idéia de faculdade presente na Modernidade. A idéia de poder de Santo Tomás não é a de um poder-exigir do indivíduo (direito subjetivo), mas de um poder em exercício presente, isto é, traduzido em uma efetiva ação exterior e, portanto, objetivável, mensurável. Não é algo que depende da vontade ou do interesse do sujeito, enquanto protegido pelo ordenamento, mas um poder que é ação (*actum*) e cujo exercício é obrigado, devido<sup>28</sup>. Não se trata, pois, de uma qualidade inerente à pessoa, mas de uma atribuição da ordem social para seu efetivo exercício.

Por outro lado, a respeito do papel da lei, Santo Tomás nega sua identificação com o Direito,

“La norma es una regla o medida del derecho. Del mismo modo que cuando se ejecuta una obra artística, se sigue un cierto modelo preexistente en la mente del artista, que le sirve como

norma o guía del arte; igualmente cuando se ejercita la justicia, ésta sigue un modelo preexistente en la mente, que es una cierta norma de prudencia. Y cuando el modelo está escrito, se llama ‘ley’ ”<sup>29</sup>.

A lei é o modelo ao qual o Direito se conforma ou se adapta. A lei é por natureza genérica, estabelece o Direito ou o justo de forma universal, enquanto o Direito é, por definição, a coisa concreta, quantificada e medida, precisamente, pela lei-regra. O Direito é, assim, o *iustum* concreto. Por outras palavras, a lei é a regra e medida da justiça que permite estabelecer o *iustum* concreto, o Direito.

A mais importante contribuição da tradição clássica sobre a justiça, então, é a afirmação do caráter objetivo do Direito, ou seja, a afirmação de que o justo não radica no sujeito mas em algo externo a ele, isto é, na ação externa ou na coisa. Precisamente, é essa objetividade que permite quantificar, medir o Direito, e por isso afirma-se que o Direito se apresenta como uma proporção ou adequação de pessoas ou coisas, na busca da igualdade. Santo Tomás insistirá em que o Direito é um débito em si, mas um débito a partir de uma igualdade. O Direito é o justo porque é o *medium* entre o excesso ou a falta do devido, é a proporção ou igualdade entre a coisa e o ato exterior a respeito da pessoa para a qual dirige-se a coisa ou a ação externa.

O Direito, na tradição clássica, consistia na determinação dessa objetividade. Quando era difícil determinar o Direito ou o justo, chamava-se um “especialista”, ao juiz, que tinha a importante missão de dizer o Direito (o justo) no caso concreto: *iurisdictio*.

Indaga-se, então, a partir de que momento o Direito perde essa objetividade e adquire um sentido subjetivo, isto é, a partir de que momento a determinação do Direito (do justo) translada-se de uma coisa exterior a uma qualidade inerente ao próprio sujeito.

O século XIV marca o fim da Idade Média e o início do pensamento moderno, é um

período histórico caracterizado por uma profunda crise em todas as instâncias. Na filosofia, surge uma nova escola: os nominalistas que, conscientes da época de ruptura e inovação que viviam, autodenominaram-se os *moderni* em contraposição aos *antiqui*, isto é, em relação aos seguidores de Santo Tomás. A figura mais representativa é o franciscano Guilherme de Ockham, conhecido como o “príncipe dos nominalistas”<sup>30</sup>.

Na obra *Opus nonaginta dierum* de Ockham, conhecido também como o “príncipe dos espirituais”, encontramos a primeira elaboração doutrinal da nova idéia do Direito, ou seja, do direito subjetivo. É uma obra polêmica escrita contra o Papado a propósito da disputa sobre a pobreza franciscana. Os franciscanos espirituais defendiam que, pelo voto de pobreza, só deveriam ter o uso das coisas, sem apropriar-se delas. Pretendiam, assim, poder usar as coisas de que precisavam, mas sem nenhuma classe de direito sobre elas. Observa-se, facilmente, como essa pretensão era incoerente dentro da tradição clássica, que associava o Direito ao uso justo da coisa – noção que fazia parte da argumentação do Papado –, sendo que todo uso da coisa devia ser juridicamente correto ou justo. Para poder defender o simples uso de fato da coisa, dever-se-ia separar a coisa do Direito, o Direito deveria ser alguma coisa diferente da coisa usada justamente. A partir dessa necessidade teórica para a fundamentação da sua pretensão, Ockham desenvolveu a filosofia nominalista, caracterizada por negar a existência real dos universais. Precisamente, denominou-se nominalismo por reduzir os universais a simples *nomina* ou palavras. Na concepção anterior aos espirituais, defendia-se que as palavras (*in significando*) e os conceitos (*in repraesentando*) serviam não apenas para designar uma pluralidade de seres, criando uma classe universal, mas que esses signos lingüísticos tinham uma existência real própria. O nominalismo não rejeita o universal enquanto palavra mas sim enquanto realidade “extramental” (*in essen-*

*do*). Contrariamente, a filosofia que afirma a existência do universal como realidade “extramental” denomina-se *realismo*, precisamente por afirmar a existência do universal. Cabe ainda distinguir dentro do realismo duas posições: os que afirmam que o universal tem existência *fora* dos indivíduos, e os que defendem que o universal existe apenas *no* indivíduo. Na primeira posição, está o platonismo enquanto na segunda encontramos a tradição aristotélico-tomista.

O nominalismo não nega as essências, mas afirma que essas são unicamente individuais. Por meio disso, pretendeu-se salvar a simplicidade dos seres individuais e sua unidade essencial, os que desaparecem quando tenta-se atribuir realidade aos comuns. Cada coisa é o que é em si mesma e não por algo que a faça diferente do comum. Nega-se, conseqüentemente, os gêneros e as espécies como realidades, a sua diferença é apenas no âmbito da extensão. Por outras palavras, reconhece-se que os individuais podem ser classificados só que essa classificação não constitui ordem alguma; uma visão claramente contrária à greco-romana, que proclamou a existência de uma ordem imanente do universo. O universo do nominalismo atomiza-se, conseqüência buscada deliberadamente, porque é dessa forma que se irá outorgar maior liberdade e onipotência a Deus. Trata-se de “salvar” a Deus da necessidade de criar as coisas segundo umas idéias ou essências previamente existentes.

As conseqüências éticas do nominalismo são verdadeiramente revolucionárias. A realidade moral torna-se contingente, arbitrária. Esse voluntarismo, ainda que tenha suas raízes no pensamento de Escoto, não tinha sido tão radical, porque havia colocado o decálogo como limite à interpretação da vontade divina. Com Ockham, esse limite cai, afirmando-se que Deus não manda as coisas porque são boas, mas são boas porque é Deus quem as manda, a vontade divina perde qualquer limite, tornando-se totalmente onipotente. O mal é definido como fazer o contrário ao que se tinha obri-

gação de fazer<sup>31</sup>. Surge uma concepção do dever tipicamente moral, desconhecida na tradição clássica. A moral é entendida como o cumprimento de uma série de normas. A vontade deixa de ter como objeto o próprio bem para passar a estar submetida a outra vontade que a intima a fazer uma ou outra coisa, ou torna-se uma vontade que se auto-determina sem mais critérios dos que ela mesma se impõe. Nada mais contrário ao realismo ético da tradição clássica em que o bem é fixado pela razão.

As conseqüências do voluntarismo de Ockham, segundo Gallego<sup>32</sup>, no Direito são muitas. O Direito natural, por exemplo, fica reduzido a um positivismo teónimo, isto é, o direito natural manda o que Deus quer que se faça e proíbe o que Deus proíbe. Perdem-se as estruturas metafísicas da realidade. Não é mais possível falar de um verdadeiro Direito natural, de coisas e relações justas em si mesmas, por sua própria natureza, pois tudo depende de uma vontade dispositiva e não mais da própria ordem do universo.

Contudo, a conseqüência mais importante do voluntarismo, para nosso tema, é que Ockham utilizou esses argumentos para definir o Direito como *potestas* ou *facultas*. Assim, na medida em que os únicos sujeitos são os entes singulares, não existe outra alternativa que não seja reduzir o Direito às prerrogativas desses sujeitos. As normas não regulam realidades, porque são o produto de uma vontade específica. O direito-potestade é entendido como domínio, isto é, como poder especial de indicar e defender, ter e dispor de coisas, ainda que temporariamente. O direito é definido como o poder lícito de usar uma coisa da qual ninguém deve ser privado contra sua vontade, exceto se tiver culpa ou existir alguma causa razoável que assim o justifique. O direito e o domínio no nominalismo confundem-se erroneamente.

Na tradição clássica, pelo contrário, o domínio distinguiu-se claramente do Direito, sendo entendido como um atributo do

homem, enquanto ser inteligente e livre. Assim, o homem difere dos animais porque goza de domínio sobre seus atos. O domínio tem seu fundamento não só na vontade, mas também na razão, de forma tal que, para ser verdadeiramente humano, moral, deve-se também ser racional. Por isso, constitui um atributo humano inato, não podendo ser confundido com o Direito, pelo contrário, o domínio é sua condição necessária. É porque somos donos, *domini*, de nós mesmos, e das coisas, é que podemos ser titulares de direitos, ser sujeitos das relações jurídicas.

A noção de poder (*dominium*) não é em si mesma jurídica, mas pode chegar a sê-lo quando se configura como coisa justa.

A doutrina medieval, porém, confundiu a noção romana de domínio (*dominium*) com a noção de propriedade (*proprietas*). A propriedade, para os romanos, não tinha o significado que hoje lhe é atribuída, mas se identificava com a própria coisa, por isso era classificada como “coisa corpórea”, a diferença, por exemplo, do uso e do usufruto, classificados como “coisas incorpóreas”<sup>33</sup>. O problema basicamente radica em que na ciência jurídica romana é freqüente a ausência de definições explícitas, o que provoca diversas contradições. Bártolo (no século XIV) foi o primeiro em definir a propriedade (“*Qui ergo est dominium? Est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi in lege prohibeatur*”)<sup>34</sup>. Observe-se, porém, duas coisas importantes. A primeira é a identificação entre propriedade e domínio, e a segunda é que se define a propriedade como coisa corpórea. São duas observações que mostram a falta de clareza conceitual.

O nominalismo, porém, não apenas confundirá os dois conceitos, *dominium* e direito, mas situará o primeiro unicamente na vontade, limitado só por ele ou por outra vontade. O Direito torna-se, assim, um simples jogo de forças e coações. Hobbes, Rousseau, Kant e todos os modernos teóricos do Direito não poderão concebê-lo de outra forma.

Indaga-se, dentro dessa nova concepção, como harmonizar os direitos-potestades de

todos, isto é, como possibilitar a coexistência pacífica dos homens. A resposta aparece na forma da teoria do “estado de natureza”, que inicialmente serve também para justificar o poder absoluto do Estado. Segundo o pensamento hobbesiano, no estado de natureza todos lutam contra todos, fazendo imperativa a necessidade da criação do Estado, perante o qual os indivíduos cederão seus direitos (naturais), em troca de outros (civis). Para Locke, a diferença de Hobbes, a criação do Estado não é uma necessidade imperiosa, mas decorre da própria vontade dos homens. Por isso, a maioria tem o direito de participar do Estado e de tomar decisões, só que Locke não estabelecerá nenhum limite para o poder político<sup>35</sup>. Rousseau tentará resolver o problema introduzindo, além da teoria do pacto social, a idéia da vontade geral, que não necessariamente coincidirá com a vontade de todos ou da maioria. A vontade geral tem como objetivo defender o interesse comum, e não o da maioria, que pode ser apenas a soma de interesses particulares. Kant, por outro lado, cairá no formalismo ao separar o Direito da ética. O Direito não apenas corresponde a ações externas, mas a sua motivação será também externa. A atividade jurídica não deve apoiar-se na consciência, mas no exclusivo caráter coativo do direito. Direito e faculdade de coagir serão, para Kant, o mesmo<sup>36</sup>. As bases para o moderno positivismo, ao reduzir Kant o direito natural a pura forma *a priori*, sem conteúdo, encontram-se nessa forma de conceber o Direito.

Observe-se, pois, a evolução que o conceito nominalista de Direito sofreu. De ser concebido como um poder *do* indivíduo transformou-se, já no século XVIII, em um poder sobre o indivíduo. É um Direito concebido como criação do Estado, que exerce de forma justa seu poder por meio dele, da coação. Chegar-se-á a identificar Direito e Estado.

O indivíduo considerado desde essa perspectiva é, no seu estado natural, um ser isolado, não vinculado, em que sua liberdade

e direitos colidem necessariamente com a liberdade e os direitos dos outros. O homem é concebido como um átomo que repele os outros. Só um poder superior poderá mantê-los unidos. O máximo ao que pode aspirar é a co-existir, mas não a conviver. O Estado será o encarregado de garantir e coordenar essa coexistência, usando para isso o Direito.

A partir daí, essa nova concepção subjetiva do Direito ir-se-á impor na ciência jurídica. A teoria do direito subjetivo continuará desenvolvendo-se, ainda que com algumas variações em relação ao tipo de “qualidade” subjetiva que implica. Assim, para Windscheid o direito subjetivo será uma vontade, enquanto para Ihering, um interesse do sujeito.

Não obstante essas diferenças conceituais, a doutrina é unânime ao afirmar que a teoria subjetiva surge só a partir da Modernidade, graças ao individualismo. Porém, não se deve confundir essa afirmação com a que alguns autores fazem em relação a que, para a tradição clássica, a dignidade humana não era tutelada pelo Direito. Definitivamente, é essa uma visão errada, pois, em inúmeros textos, das mais diferentes culturas, é possível encontrar referências claras da importância da proteção do homem e, sobretudo, do seu protagonismo na história da humanidade<sup>37</sup>. Nesse sentido, por exemplo, no Digesto encontramos uma referência clara: “*hominum causa omne ius constitutum est*”<sup>38</sup> (todo direito tem sido constituído em consideração aos homens).

Sem discutir a importância do humanismo nem do individualismo, o certo é que colocar o direito no sujeito individual e não em uma coisa exterior supõe, além de ignorar séculos de tradição cultural, moralizar de um modo inadequado a realidade jurídica no que tem de mais específico: sua objetividade.

A nova concepção subjetiva do Direito decorrerá em sérias incoerências para o pensamento jurídico, como a possibilidade de conceber o Direito de um modo abstrato, for-

mal, visto que se criou o paradoxo de se conceder um poder de exigir (direito subjetivo) sem que exista uma coisa ou ação concreta. Hervanda lembra: “De ahí nace el sistema de derechos y libertades formales, en cuya virtud se entiende que el sujeto tiene verdadero derecho y verdadera libertad y no se impide su ejercicio, aunque se carezca de los bienes que hacen realmente operativos tales derechos y libertades”<sup>39</sup>. Quando o direito passa a situar-se no sujeito e não na coisa, a *res*, esta tende inevitavelmente a diluir-se, dissolver-se, o que significa tornar o direito em “abstrato”, “formal”.

Outra conseqüência, que chega a ser, como afirma Gallego, um curioso fenômeno da linguagem<sup>40</sup>, é a utilização do termo direito como equivalente a desejo ou aspiração, em que com a fórmula “eu tenho direito a...”, que é própria do direito subjetivo, o objeto desse “direito” pode corresponder a qualquer coisa, ainda que algumas vezes possam corresponder a aspirações inegavelmente legítimas, não por isso chegam a constituir direitos estatalmente reconhecidos.

Contudo, alguns juristas<sup>41</sup>, com a finalidade de manter a coerência da teoria jurídica, dentro dessa nova visão do Direito, definiram o direito subjetivo como a norma jurídica enquanto possuidora de conteúdo concreto individual, isto é, o direito subjetivo seria reduzido apenas a um reflexo da norma no sujeito. A norma não tornaria o direito subjetivo em algo objetivo, mas simplesmente o subsumiria.

Porém, é essa uma posição não coincidente com a maioria da doutrina, na medida em que, para salvaguardar a filosofia individualista do pensamento liberal, defende-se a tese de que o Direito possui duas dimensões: direito objetivo e direito subjetivo. Observe-se que essa fórmula serve também para justificar a primazia do Estado sob o indivíduo, pois será este quem determinará que direitos subjetivos terá o indivíduo, o que constitui um paradoxo, já que os direitos subjetivos apareceram originariamente para proteger o indivíduo do Estado.

Não é correto, porém, associar a objetividade defendida pela tradição clássica a uma precisão matemática. A objetividade não está na norma, mas na realidade, nas coisas, que são contingentes. A objetividade da tradição clássica busca encontrar o que corresponde, o adequado, o justo, o Direito no caso concreto. Por isso que Celso tinha definido o Direito como arte, porque por meio da norma será possível encontrar o objetivamente justo.

Contudo, a objetividade, para a tradição clássica, não decorre da norma, e muito menos da imposição do poder político, mas da própria natureza do caso, até o extremo de se afirmar que a norma deverá ceder se não se adequar às exigências do caso concreto, nisso consiste precisamente a equidade. Sobretudo porque a norma é genérica e não absoluta. A norma é um ato de razão e portanto razoável, de forma tal que, se de sua aplicação decorre um absurdo, está-se na obrigação de ceder em benefício da justiça do caso concreto<sup>42</sup>.

O justo pode ser determinado segundo a natureza própria da coisa, isto é, segundo o “direito natural”; ou também por meio de um acordo, que pode ser privado ou público. No acordo privado, os particulares mutuamente acordarão o adequado; no segundo caso, a determinação do adequado será feita via lei pública, seja porque o povo todo concorda, ou porque o governante que os dirige e os representa assim o tem decidido. Este último caso chama-se “direito positivo”.

A diferença básica entre direito positivo e natural é que este último “está”, enquanto o positivo é um direito “posto”. Para a tradição clássica, a objetividade do direito natural reside no reconhecimento do homem de algo que é, que constitui uma exigência da realidade; entretanto, a objetividade do direito positivo possui um caráter contingente, porque é produto de um acordo, de uma convenção, com o limite de ter que respeitar a lei natural, porque os homens não podem tornar justo algo que naturalmente não o é. Por isso o direito natural é

comum a todos os homens, é universal, enquanto o direito positivo muda em função dos diferentes povos e épocas.

No entanto, o conceito clássico do direito como “o seu” transformou-se no conceito moderno de “o meu”, do devido ao outro ao que me é devido, do bem-estar do outro, a meu próprio bem-estar. Perdeu-se, assim, o caráter social do direito. Esquece-se, como Santo Tomás afirmava, que não se é justo por exigir o que se nos deve, mas por cumprir com nossas obrigações. É a partir do cumprimento das nossas obrigações que se constrói uma sociedade justa e não por exigir o que o Estado determina o que se nos é devido. Hoje, fala-se mais em direitos do que em deveres, vive-se em uma sociedade em que a cultura das pessoas se reduz a impor suas próprias exigências na forma de direitos, sem mais critério do que sua vontade ou interesse próprio, no final, o importante é fazer parte de um grupo com suficiente poder político para que as exigências reivindicadas se tornem “direitos”. O principal problema é que o Estado muitas vezes cede e confere os “direitos” exigidos sem garantir mecanismos de proteção, o que os torna ineficazes, conduzindo o sistema jurídico ao mais puro formalismo.

Não se propõe, entretanto, afirmar que o Direito é exclusivamente dever, como foi a posição defendida por Duguit<sup>43</sup>, porque seria novamente colocar no sujeito o centro em torno do qual gira o Direito, ainda que não seja na posição de exigir, como o proposto pelos defensores do direito subjetivo, mas no sentido de cumprir com o que se lhe deve à sociedade. O direito, para a tradição clássica, não é nem um nem o outro. O direito está fora do sujeito, não é nem o poder-exigir nem o dever-cumprir, mas o devido, o justo, segundo o caso concreto, determinado dentro de uma determinada sociedade. Da mesma forma que se afirma que o homem é um ser social, afirma-se que o Direito é produto da “sua” sociedade. O Direito é criado para solucionar os conflitos. Para a tradição clássica resultaria, nesse sentido,

contraditória a teoria do conflito de direitos, porque o direito é a solução de conflitos, é o resultado de encontrar o justo. O único tipo de conflito aceito é o de interesses ou vontades, nunca de direitos. A objetividade do direito determina que cada parte receba o que lhe é devido e não o que exige.

A moderna forma de ver o Direito como direito subjetivo é a que cria os conflitos entre os direitos, porque, na medida em que o Direito se identifica com a exigência do indivíduo, torna-se impossível outorgar a primazia de um acima do outro. Outro erro atual é considerar o direito como “frente”, “contra” o outro, quando para a tradição clássica o direito enlaça os indivíduos. Lembre-se a etimologia do termo *ius*, que significa juntar, enlaçar, não colocar contra ou enfrentar. A moderna visão do direito isola o indivíduo na medida em que coloca os semelhantes como possíveis inimigos, invasores do que “é meu”.

Autores<sup>44</sup> que negam a visão do direito da tradição clássica argumentam que existem vários textos (incluindo a própria *Summa Theologica* e o *Digesto*) nos quais podem ser encontradas referências claras do Direito como direito subjetivo. Gallego refuta tal afirmação, demonstrando que o que existe é um erro de tradução. Assim, a atual tradução de *iure aedificare* é “direito a edificar”, quando na verdade a tradução correta seria “edificar com direito”. O que acontece é que não somos capazes de conceber o direito nos parâmetros da tradição clássica, porque pertencemos à moderna<sup>45</sup>. Gadamer é quem, melhor do que ninguém, chama a atenção para o fato de que toda compreensão se realiza a partir de uma determinada tradição<sup>46</sup>.

A exaltação do individualismo – dos séculos XVII-XVIII – transformou a originária concepção do nominalismo sobre o direito subjetivo como *potestas* do sujeito em uma exaltação do Estado e do Direito como mecanismo de poder. O direito subjetivo continua presente na teoria jurídica, só que o sujeito apenas pode exigir o que o Estado, por meio da norma, o permite.

Essa visão do direito cria uma tensão dialética insalvável entre dois extremos: direito objetivo (Estado) e direito subjetivo (indivíduo). Kelsen<sup>47</sup>, perfeitamente coerente, anota que o intento de manter simultaneamente as duas possibilidades introduz uma contradição de princípio na própria base da teoria jurídica. Admitir a teoria do direito subjetivo significa admitir um sistema ideológico determinado, o liberal-capitalista, o que seria contrário a uma teoria pura do direito<sup>48</sup>.

Nesse contexto, a teoria dos direitos humanos surge como a última possibilidade de salvar a teoria do direito subjetivo, não apenas por constituir quiçá o único limite ao poder político, mas por proclamar sua existência independentemente da “vontade” estatal. Os problemas, porém, surgem quando se tenta fundamentá-los ou quando se percebe sua falta de eficácia, decorrente talvez pela falta, precisamente, de um poder político que os garanta.

A existência do direito subjetivo, ainda que continue fortemente presente na normatividade do *civil law*<sup>49</sup>, está perdendo respaldo teórico, sobretudo porque a originária fundamentação liberalista tem perdido, nos últimos anos, qualquer credibilidade a partir da comprovação da total ineficácia e inutilidade de muitos direitos subjetivos, especialmente no âmbito do direito público (direitos públicos subjetivos), devido, precisamente, à comprovação de que de nada serve ter a faculdade (ou potestade) de reivindicar “direitos” se sua eficácia não está garantida pelo poder (Estado).

Como afirma Noleto, corremos o risco de cair em uma conversão do sujeito de direito em mito, distante do mundo real, a-histórico, com pouca ou nenhuma importância na ação e na condição humana para a fundamentação da ciência jurídica, dita realista<sup>50</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> Com a finalidade de evitar confusões, distingue-se neste artigo *Direito* (ciência jurídica) e *direito* (direito subjetivo).

<sup>2</sup> Bobbio, 1992, p. 56.  
<sup>3</sup> Gallego, 1996, p. 22.  
<sup>4</sup> Jaeger, 1982, p. 78.  
<sup>5</sup> Platão, 1991, p. 503.  
<sup>6</sup> Aristóteles, 1995, p. 202.  
<sup>7</sup> Idem, *ibidem*, p. 204.  
<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, p. 210-15.  
<sup>9</sup> D.1,1,10.  
<sup>10</sup> D. 1,1,1.  
<sup>11</sup> Gallego, 1996, p. 33.  
<sup>12</sup> Santo Agostinho, Livro terceiro, cap. 7.  
<sup>13</sup> Santo Tomás, 1947-1960, II-II., q. 58, a.1º.  
<sup>14</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 1º.  
<sup>15</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 3º.  
<sup>16</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 2º.  
<sup>17</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 4º.  
<sup>18</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q.58, a. 9º.  
<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 9º.  
<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 10.  
<sup>21</sup> Gallego, 1996, p. 40.  
<sup>22</sup> Santo Isidoro de Sevilla, 1951, p. 118.  
<sup>23</sup> Idem, *ibidem*, II-II., q. 58, a. 10.  
<sup>24</sup> Pieper, 1990, p. 90-91.  
<sup>25</sup> Santo Tomás, 2, 28, 2.  
<sup>26</sup> Idem, *ibidem*, II-II. q. 58, a. 11.  
<sup>27</sup> Iglesias, 1991.  
<sup>28</sup> Gallego, 1996, p. 54.  
<sup>29</sup> Santo Tomás, 1947-1960, II-II., c. 57, a. 1.  
<sup>30</sup> Reali, v. 1, 1990, p. 613.  
<sup>31</sup> Cfr. Reali, 1990, p. 597-663.  
<sup>32</sup> Gallego, 1996, p. 107.  
<sup>33</sup> Cfr. Villey, 1987, p. 75-82.  
<sup>34</sup> Apud Lopes, 1998, p. 117.  
<sup>35</sup> Locke, 1990, p. 114.  
<sup>36</sup> Kant, 1989, p. 39.  
<sup>37</sup> Cfr. UNESCO, 1973.  
<sup>38</sup> D. 1,5,2.  
<sup>39</sup> Hervanda, 1991, p. 254.  
<sup>40</sup> Gallego, 1996, p. 56.  
<sup>41</sup> Cfr. Kelsen, 1996, Ross, 1994.  
<sup>42</sup> Gallego, 1996, p. 58.  
<sup>43</sup> Duguit, 1921, p. 13.  
<sup>44</sup> Cfr. Urdanoz, v. 3, s.d. Millan Puelles, 1994. Folgado, 1960.  
<sup>45</sup> Gallego, 1991, p. 92.  
<sup>46</sup> Cfr. Gadamer, 1991.  
<sup>47</sup> Kelsen, 1996, p. 117.  
<sup>48</sup> Ainda que se discorde da posição assumida por um importante setor da doutrina, que afirma que foi o Direito que incentivou o surgimento do capitalismo (sobretudo, por meio da noção de direito subjetivo), não se pode negar que a burguesia aproveitou-se do Direito para seu fortalecimento. Cfr. Miaille, 1989.  
<sup>49</sup> O Código Civil Brasileiro, por exemplo, estabelece no artigo 75: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.  
<sup>50</sup> Noleto, 1998, p. 38.



### Bibliografia

- ARISTÓTELES. *Moral, a Nicómaco*. Tradução por Patrício de Azcárate. Madri : Espasa-Calpe, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo : Campus, 1994.
- DIGESTO. Lima : Pontificia Universidad Católica del Peru, 1990.
- DUGUIT, L. *Manual de derecho constitucional*. Madri : [s.n.], 1921.
- FOLGADO, A. *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. San Lorenzo del Escorial, 1960.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca : Sígueme, 1991.
- GALLEGO, Elio A. *Tradição jurídica y derecho subjetivo*. Madri : Dykinson, 1996.
- HERVANDA, J. *Lecciones de filosofía del derecho*. 3. ed. Pamplona : Eunsa, 1991.
- HOBBS. *Leviatán*. 2. ed. tradução por Sánchez Sarto. México : Fondo de Cultura Económica, 1980.
- IGLESIAS, J. *El espíritu del derecho romano*. Madri : Cerasa, 1991.
- JAEGER, W. *Alabanza a la ley*. Madri : CEC, 1982.
- KANT, E. *La metafísica de las costumbres*. Madri : Tecnos, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 5. ed. São Paulo : Martin Fontes, 1996.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madri : Alianza, 1990.
- LOPES, José Reynaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa : Estampa, 1989.
- MILLÁN PUEYES, A. Limitaciones de la libertad política. In: *Razón española* [S.l. : s.n.], jul./ago., 1994.
- NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- PIEPER, J. *Las virtudes fundamentales*. 3. ed. Madri : Rialp, 1990.
- \_\_\_\_\_. *El descubrimiento de la verdad*. Madri : Rialp, 1974.
- PLATÃO. *Diálogos*. México : Porrúa, 1991.
- REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Vol. 1. São Paulo : Paulus, 1990.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 5. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1994.
- SANTO AGOSTINHO. *As confissões*. Livro terceiro. São Paulo : Edemeris, 1964.
- SANTO ISIDORO DE SEVILLA. *Las etimologías*. Madri : BAC, 1951.
- SANTO TOMÁS. *Summa teológica. Tratado da Justiça*. Madri : BAC, 1947-1960.
- UNESCO. *El derecho de ser hombre*. Salamanca : Sígueme, 1973.
- URDANOZ, T. *Introducción al tratado de la justicia de la suma teológica de Santo Tomás de Aquino*. V. 2. Madri : BAC, s.d.
- VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho en el mundo occidental*. Tradução por Mario de la Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos, 1962.
- VILLEY, Michel. *Le droit romain*. 8. ed. Paris : PUF, 1987.

# O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores

Edilson Pereira Nobre Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. A *common law*. 3. O sistema romano-germânico. 4. A experiência brasileira. 5. A opção pela vinculação: óbices e vantagens. 6. À guisa de conclusão: uma análise das propostas em tramitação congressual.

### 1. Introdução

O incrível progresso vivenciado nos dias atuais, galvanizado pelo fenômeno da globalização, implicou a rarefação das fronteiras nacionais e, com isso, pode-se dizer que o final de milênio nos apresenta cenário marcado pela mudança de concepção relativa a um dos paradigmas informadores da noção clássica de Estado, qual seja o de soberania. Disso decorre forte crise no exercício das funções estatais, em contrapartida à cada vez mais crescente robustez do poderio das grandes conglomerações econômicas.

Dá se vê que, demais da legislação e da administração, a jurisdição também passa a enfrentar, de forma acentuada, uma conjuntura de gravidade no exercício de sua missão de distribuir justiça. A só complexidade das relações sociais, surgidas desde o dealbar do século XX em ritmo não acompanhado pelo legislador, já denotava sinais de acentuada dificuldade na composição de litígios.

No exemplo brasileiro, tem-se que a aura impulsionadora do movimento constituinte ultimado em 1988, fortemente impregna-

da de sentimento democrático, demais de trazer à baila novos direitos (direitos sociais, coletivos e difusos), foi responsável por uma maior conscientização da população quanto ao exercício dos seus direitos subjetivos. Como conseqüência, criou-se na sociedade um anseio progressivo de busca ao Judiciário, a fim de que fossem solucionados os conflitos de interesses, repercutindo em um aumento de causas em tramitação, a contribuir para congestionar mais ainda a máquina de julgar.

Aguçou-se, no instante difícil por que passa o Estado, a crise da atividade judicial. O retrato desolador dessa nas plagas patriais nos é oferecido pela maior autoridade judiciária do país, o Ministro Carlos Mário Velloso, presidente do Supremo Tribunal Federal. Relata S. Exa., de forma detalhada, a sobrecarga de feitos que assolam as nossas cortes<sup>1</sup>. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, somente no ano de 1995, recebera 30.706 feitos, tendo julgado 35.214, enquanto, no mesmo período, o Tribunal Constitucional alemão fora recipiendário de aproximadamente 5.000 a 7.000 queixas, admitindo cerca de 2%, e a Suprema Corte norte-americana, entre as 4.000 propostas de recurso, admitira 300 e julgara 180. Nos anos posteriores, não houve melhoras, recebendo o Supremo Tribunal Federal, no decorrer de 1997, 33.963 processos, com o julgamento de 40.815, observando que algo em torno de 80% dos julgados versaram matéria já analisada.

Prosseguindo, informa que o Superior Tribunal de Justiça acusara, em 1990, aproximadamente um ano após a sua instalação, a distribuição de 14.087, número elevado para 53.993 em 1996<sup>2</sup>, ao passo que, no Tribunal Superior do Trabalho, notou-se a quantidade de 93.484. A Justiça Federal, por sua vez, atuara, em 1995, 3.562.000 pedidos.

Essa inquietação não deriva de pouco tempo. Em palestra proferida no ano de 1964, Vítor Nunes Leal<sup>3</sup> alertara para a faina interminável do Supremo Tribunal Federal em julgar processos, mostrando que,

de 1950, quando decidira 3.511 feitos, em 1962 a Corte se deparara com 7.347 julgamentos.

Com vistas a arrostar esse quadro desolador, alvitram-se várias soluções. Uma delas, sem dúvida uma das mais polêmicas, centra-se na adoção, via reforma constitucional, do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Há várias propostas a respeito, destacando-se a PEC 54/95, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima, a PEC 500 – A/97, originária da Câmara Alta, e a PEC 96 – E/92, proposta pelo Deputado Hélio Bicudo<sup>4</sup>, a qual, após maturada discussão, logrou aprovação no seio da Câmara dos Deputados.

Oportuno aqui duas transcrições. Inicialmente, a PEC 54/95, provocadora dos maiores frêmitos, pretende conferir à Lei Fundamental a seguinte redação:

“Art. O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, parágrafo 2º, e os Tribunais Superiores, após reiteradas decisões da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento. §1º A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo

Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante aplicável, ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo, ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. § 4º O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções”.

Bem mais concisa, a PEC 96 – E/92, em sua redação final perante a Câmara dos Deputados, aventa ao art. 102, § 2º, da Constituição:

“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Partindo-se dessas proposições, passaremos à análise da viabilidade (óbices e vantagens) da consagração da vinculação jurisprudencial em nosso sistema. Antes nos deteremos sobre a sua aplicação nos ordenamentos filiados à *common law* e à família romano-germânica, incluída aí nossa incipiente experiência. Não serão esquecidos

alguns alvites para um melhor trato da matéria em sede de direito posto.

## 2. A *common law*<sup>5</sup>

A *common law*, sistema predominante na Inglaterra e nos Estados Unidos, não cultiva a lei como fonte principal, apesar de aquela haver tornado clássica a soberania do Parlamento, que pode operar tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher. A fonte formal de maior importância é a jurisprudência, cabendo à lei o lugar de fonte secundária, incumbida de trazer corretivos e adjunções aos princípios firmados pelos tribunais. Revela-se, assim, casuísta e jurisprudencial.

A sua formação se solidificou por meio do desenvolvimento histórico da Inglaterra, mais precisamente a partir da conquista normanda, datada de 1066. Esta instaurou um poder centralizador, gravitando em torno do monarca, com destaque para os tribunais reais.

Com a submissão de um litígio a um dos tribunais reais, este, dada a impossibilidade de resolvê-lo com o uso de costume local, voltava-se à aplicação do costume geral do reino, expressão do espírito do povo inglês, reconhecido nas decisões dos juízes.

Com o passar do tempo, ao lado da *common law*, vocábulo agora empregado em sentido estrito, irrompeu, em face do rigor dos julgamentos dos tribunais ingleses, a *equity*, consubstanciada na súplica ao rei, representado pelo seu chanceler, para que interviesse de forma a eliminar injustiças, tributadas ao rigorismo dos tribunais na solução dos casos.

Tanto a *common law* quanto a *equity* se manifestavam em conformidade com a doutrina do precedente. Para tanto, contribuía decisivamente o registro das decisões reais e do chanceler, sendo os mais antigos os *Year-Books*, feitos por compiladores anônimos entre os reinados de Eduardo I e Henrique VIII. Dessa maneira, surgindo um conflito idêntico ou similar, assomava forte probabilidade de se emitir a mesma solução, ou

adaptá-la às novas circunstâncias exigidas pela espécie.

A tal proceder se admitia exceções, principalmente quando a decisão anterior fosse contrária à razão, ou se claramente investisse contra a lei divina. Os precedentes, portanto, deveriam ser observados, salvo se francamente absurdos ou injustos.

O experimento inglês com o já decidido conheceu fases evolutivas. No princípio, o impacto do precedente era persuasivo (*persuasive precedent*), não obrigando o juiz a segui-lo, o qual poderia pô-lo de lado se encontrasse razões convincentes. O surgimento do precedente obrigatório ou vinculativo (*binding precedent*) datou do século XVII, com relação à *equity*, passando à *common law*, em sentido não amplo, da segunda metade do século XIX e início do século XX, assinalada pela solene declaração da Câmara dos Lordes de 1898.

No intuito de desvendar o funcionamento da vinculação precedencial, indispensáveis algumas palavras sobre a organização judiciária inglesa, tal como estruturada pelos *Administration of Justice Act* (1970) e *Courts Act* (1971).

Tem-se, assim, a *Supreme Court of Judicature*, formando a chamada alta justiça, tripartida pelas *High Court of Justice*, *Crown Court* (matéria penal) e *Court of Appeal*. Esta opera, dentro da *Supreme Court of Judicature*, como um segundo grau de jurisdição das decisões dos dois primeiros órgãos. No ápice, encontra-se a Câmara dos Lordes, cujo Comitê de Apelação poderá, excepcionalmente, conhecer de recurso de decisão proferida pela *Court of Appeal*.

Abaixo das cortes superiores, acima descritas, existem as jurisdições inferiores, compostas pelas Cortes de Condado (jurisdição cível) e as *Magistrates Courts* (jurisdição criminal).

Após essa visão, pode-se afirmar, com suporte na pena de René David<sup>6</sup>, que a regra do precedente se manifesta da seguinte maneira: a) as decisões da Câmara dos Lordes são imperativas para todas as jurisdi-

ções, salvo para ela própria, porquanto declaração do Lorde Chanceler, advinda em 1966, tornou público que, no futuro, aquela poderia afastar-se dos seus pronunciamentos anteriores contanto que razões prementes de justiça exigissem; b) as deliberações tomadas pela *Court of Appeal* se impõem para as jurisdições que são inferiores a ela, excetuando-se a si mesma quando se cuidar de matéria criminal; c) as oriundas da *High Court of Justice* se aplicam à baixa justiça (Cortes de Condado e *Magistrates Courts*), sendo de forte persuasão para os seus órgãos fracionários e para a *Crown Court*.

É preciso atentar que nem tudo quanto consta do julgado configura precedente, cuja observância é imposta nos litígios posteriores. Duas ponderações são indispensáveis: a) apenas as questões de direito se dirigem aos casos futuros; b) entre as proposições de direito afirmadas no julgamento, somente deve ser respeitado aquilo que foi considerado necessário para a decisão, denominado *ratio decidendi*, em contraposição ao *obiter dicta*, o qual não merece ser levado em consideração.

Vê-se, então, que a parte vinculativa é a *ratio decidendi*, núcleo essencial da decisão, precisamente definida por João de Castro Mendes como “o argumento de direito que foi decisivo para a solução do caso”<sup>7</sup>. Isso, evidentemente, não quer dizer ser impossível ao juiz, para respaldar a sua decisão, apoiar-se, de maneira sólida, em mais de um argumento, caso em que ambos serão tidos como balizadores dos futuros julgamentos.

O referido autor nos oferece, mediante vários exemplos, uma completa demonstração, do modo pelo qual o *stare decisis* é posto em prática. Por apego à concisão, mencionaremos apenas o sucedido durante a resolução do caso *Donoghue versus Stevenson*, responsável por provocar agitado debate perante a Câmara dos Lordes no ano de 1932.

Eis, em breves palavras, a questão fática: a recorrente, juntamente com uma amiga, dirigiram-se a um café, onde solicitaram um gelado, juntamente com uma garrafa de *gin-*

*ger beer*, o que fora providenciado pessoalmente pelo dono do estabelecimento, ao deitar o referido líquido sobre o conteúdo do sorvete. Após a recorrente haver sorvido parte do seu pedido, a sua amiga passou a encher sua taça com a bebida, ocasião em que do vaso, composto de vidro escuro e opaco, adveio um caracol decomposto.

Alegando haver contraído doença séria, em virtude da ingestão de parcela do conteúdo contaminado, a recorrente resolveu demandar contra o fabricante da *ginger beer*, ao invés do dono do café, mero retalhista. Por meio de uma escassa maioria (três votos contra dois), a Câmara dos Lordes, revogando decisão da Segunda Divisão do Tribunal de Sessão da Escócia, firmou a responsabilidade do demandado, assentando, para observância na posteridade, o princípio de direito, consoante o qual o fabricante de um produto, que o aliena sem condições de ser inspecionado pelo comerciante ou pelo destinatário final (recorde-se que o abrigo do líquido dentro de vidro escuro e opaco impedira qualquer verificação pelas partes integrantes da relação de consumo), assume um dever de cuidado, devendo arcar com as conseqüências derivadas da imprestabilidade do objeto fabricado.

Os Estados Unidos, como legado da colonização, não escaparam da influência do precedente vinculante do direito consuetudinário inglês.

O mais curioso dessa recepção está em que, ao contrário da Inglaterra, onde ausente constituição escrita, o Estado norte-americano, organizado sob a forma federativa desde 1789, perfilhou o princípio da separação de poderes em sua feição clássica, declarando concernir ao Congresso, formado pelo Senado e a Câmara dos Representantes, todos os poderes de legislar constitucionalmente (Art. I, Seção I). A responsabilidade dos juízes, portanto, seria a de interpretar a lei, produzida pelo Legislativo, ao invés de elaborá-la.

Isso, todavia, não impediu que às decisões proferidas pelas recursais, federais ou

estaduais, envolvendo a compreensão de norma legal, federal ou estadual, fosse outorgado o caráter vinculativo, tal como se de lei se tratasse, devendo ser adotadas pelas cortes inferiores.

De notar também, no sistema judicial norte-americano, a elevada influência ostentada pelos tribunais estaduais, derivada do arquétipo federativo consagrado na Constituição, circunscrevendo, às matérias que enumera (Artigo III, Seção II, 1 e 2), a esfera de competência atribuída à jurisdição federal, muito embora não se deva perder de vista o papel da Suprema Corte, na condição de guardião da Lei Fundamental.

O modelo americano é de fácil percepção. Os julgamentos de uma corte de primeiro grau não são vinculantes. Tal somente ocorre a partir dos pretórios providos de competência para examinar recursos, de modo que o decidido por meio de corte estadual configura, dentro da organização judiciária de correspondente Estado-membro, precedente a ser seguido; o mesmo acontece com o deliberado por uma corte recursal federal, o qual sujeita as cortes distritais do respectivo circuito.

Singular é o valor dos decisórios da Suprema Corte, a irradiar eficácia para todos os órgãos jurisdicionais, federais ou estaduais. Averbando, com muita propriedade, Charles D. Cole:

“O precedente para o circuito no sistema federal é, contudo, sujeito a ser revogado por uma contradecisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que estabelece precedente nacional. A decisão da Suprema Corte é vinculante em todas as Cortes, sejam estaduais ou federais, uma vez que a interpretação é aplicável à Constituição federal, leis promulgadas de acordo com a Constituição, ou tratados federais”<sup>8</sup>.

Algumas características não podem passar despercebidas. A primeira delas é que, em qualquer caso, somente configurará precedente a decisão tomada pela maioria do

respectivo tribunal. Se não traduzir a posição majoritária, terá valor persuasivo. Esse efeito igualmente ocorrerá quando, a despeito de firmada por maioria, emanar da corte recursal de outro estado, ou de corte federal de circunscrição diversa<sup>9</sup>.

A descoberta da autoridade do precedente impende, a cada caso, à corte julgadora, quer de primeiro grau ou de apelação. É a esta que toca dizer se aquele deverá ser tido como vinculante ou persuasivo. Assomará como vinculativo quando os fatos relevantes, empregados na solução do conflito anterior, guardarem semelhança com o caso pendente de julgamento. Nessa hipótese, aquele deverá ser adotado, exceto se ocorrer mutação legislativa, ou se, sobre o assunto discutido, a Suprema Corte perfilhara orientação dessemelhante à corte de recursos, federal ou estadual.

Vale aqui a mesma advertência feita para o direito inglês. Não é toda a fundamentação do julgado paradigma que interessa à resolução do caso sob apreciação, mas apenas a parte que seja relevante ao deslinde deste, e, por isso, indispensável à nova decisão a ser proferida. Mais uma vez, vem a calhar transcrição do ensinamento de Charles D. Cole:

“O juiz ou advogado tentando localizar o precedente em caso anterior precisam saber os fatos relevantes que a Corte usou para a decisão no caso anterior e o princípio de direito que a Corte aplicou aos fatos relevantes. O precedente de um caso é, dessa forma, simplesmente o princípio de direito ou regra de direito que foi aplicado aos fatos relevantes para decisão com base na questão jurídica ou questões ora apresentadas para a Corte para decisão. Todas as alegações da Corte, que não são necessárias para a decisão, naquele caso, são *dicta*”<sup>10</sup>.

Idêntica constatação é realçada por Edward Re, quando afirma que “a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução

das questões de fato ou de direito efetivamente suscitadas e decididas”<sup>11</sup>, constituindo *dicta* os demais fundamentos, não indispensáveis à deliberação.

### 3. O sistema romano-germânico<sup>12</sup>

Notabiliza a família romano-germânica o apoio nas leis como a mais recomendada maneira de buscar a sua compreensão. Essa tendência ganhou corpo no século XIX, caracterizado pela positivação em leis escritas dos postulados do direito natural, reinantes na centúria anterior, fenômeno responsável pelo surgimento dos monumentos legislativos calcados nas codificações.

Boa contribuição ofertou também o triunfo das idéias dirigistas, que desembocaram no alargamento do papel do Estado. A preferência pela lei se dá ainda pelo rigor de que esta encerra, ao conferir, numa época de relações sociais complexas, elementos capazes de dotar o direito de precisão e certeza.

As normas escritas ocupam, assim, posto de destaque. Inserida a Constituição no ápice piramidal (posição garantida pela rigidez de suas normas e pela existência de um controle de constitucionalidade), os tratados, os códigos e os regulamentos constituem a base retora das condutas individuais e da Administração.

A preponderância da fonte legislada, é bom admoestar, não encerrou o juiz à desprezível condição de *bouche de la loi*. Não é de ser olvidada a sentida importância da criatividade jurisprudencial, cada vez mais crescente nos dias atuais, principalmente em função da atividade das cortes constitucionais<sup>13</sup>.

Em trabalho sobre o tema, com enfoque voltado para a ordem jurídica italiana depois da Lei Fundamental de 1947, Roberta Calvano<sup>14</sup> salienta que o *stare decisis*, outrora tido pelos comentaristas como uma peculiaridade intrínseca ao sistema inglês, é encontrado, nos seus traços gerais, como prática difundida em todo o continente europeu, a partir do século XVI.

Mais adiante, ressalta a não adequação de uma teoria geral do precedente tal como formulada pela *common law*, propugnando, ao invés, pela adoção de um modelo mais amplo, capaz de definir como aquele operará no contexto dos diversos ordenamentos.

Atenta à realidade peninsular, anota os seguintes pontos: a) a posição de relevo usufruída pela Corte Constitucional, não subordinada a nenhum outro órgão jurisdicional, sendo seus pronunciamentos vistos como precedentes significativos pelos juízes ordinários; b) a consideração pelo julgador de uma jurisprudência iterativa, ao invés de um único precedente, como labora o magistrado da *common law*; c) a coerência e continuidade da jurisprudência constitucional<sup>15</sup>.

Encerrando, delinea a autora, com achegas no magistério de Elia, o cenário produzido pela fecunda atividade da Corte Constitucional italiana que, à míngua de dispositivo expresso, configura relevante e útil instrumento de argumentação na solução dos casos concretos posteriores. São as suas palavras:

“Tal relevo é devido certamente à consciência que os juízes constitucionais tiveram, e têm, relativamente à circunstância para a qual ‘do conjunto das *rationes decidendi* (da Corte) nasce um direito pretoriano, com toda a autoridade típica deste direito, não certo de impor *ex lege* o vínculo das motivações, mas de influir sobre a real vida do ordenamento, não se pondo de lado às leis em si mesmas, mas ao direito como vivido e como vem usado pelos juízes”<sup>16</sup>.

A forte influência do precedente na Itália é confirmada por Livio Paladin. Ao se referir às decisões tomadas pela Corte Constitucional, afirma, quanto às *sentenze di accoglimento* (declaratórias do vício de ilegitimidade de dispositivos legais frente à Constituição), deixar o art. 136, *caput*, da Lei Maior de 1947, claramente entender que tais decisões possuem eficácia *erga omnes*, produzindo, por isso, no ato de verificação de qual-

quer motivo de invalidade, um particular efeito constitutivo, de tal modo a impedir toda aplicação ulterior da respectiva norma, inclusive no âmbito das controvérsias que tenham tido origem na própria Corte<sup>17</sup>.

Vai além, mostrando que esse entendimento já fora objeto de reconhecimento pela própria Corte Constitucional quando, na motivação constante da *Sentenza* 49, de 02-04-70, sublinha-se o trecho de ser

“perfeitamente lógico que seja vetado a todos, a começar pelos órgãos jurisdicionais, de tomar as normas declaradas inconstitucionais como princípio de valoração de qualquer fato ou relação, mesmo se anterior à pronúncia da Corte”<sup>18</sup>.

Quanto às *sentenze di rigetto* (que rejeitam a inconstitucionalidade argüida), predomina, ao contrário de outros ordenamentos, como o francês e o alemão, outra solução, tendo a própria Corte Constitucional admitido, na *Sentenza* 7, de 27 de janeiro de 1958, a possibilidade de nova proposição da demanda de legitimidade, especialmente se exposta e sustentada sob argumentos diversos, eventualmente inferidos dos ulteriores desenvolvimentos dos princípios informadores da Norma Ápice.

Na Alemanha, o art. 94.2 da Lei Fundamental de *Bonn*, de 23-05-49, é expresso em prever o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, ao salientar que lei federal disporá sobre a organização e procedimento, precisando os casos em que seus julgados terão força de lei.

Comentando o dispositivo, Helmut Simon é peremptório:

“Destaca-se o peso do *Bundesverfassungsgesicht* à medida que os órgãos da Federação e das províncias, assim como todos os tribunais e autoridades, estão vinculados por suas decisões, e que as mesmas têm força de lei enquanto afetem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas”<sup>19</sup>.

Ratificando o ensinamento acima, Erico



Bülów<sup>20</sup> é claro em afirmar formarem categoria especial de criação soberana do direito as decisões do Tribunal Constitucional, ao declararem constitucionais ou não normas inferiores, quer tal ocorra no controle abstrato ou concreto. Chega inclusive a considerar tais sentenças com a qualidade de lei formal.

Em Portugal, J.J. Gomes Canotilho, na 5ª edição de seu *Direito Constitucional*<sup>21</sup>, ao abordar a eficácia das sentenças declarativas de inconstitucionalidade, proferidas pelo Tribunal Constitucional em processos de fiscalização abstrata, menciona, à luz do art. 282º/1 da Constituição da República Portuguesa, possuírem força obrigatória geral, traduzindo as idéias de: a) vinculação geral, ao submeterem o legislador (que não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais, ou neutralizar a decisão, por meio da convalidação retroativa, por lei ou ato equivalente a esta, de comportamentos administrativos perpetrados com base nas invalidadas, salvo se lei constitucional (lei de revisão) venha respaldar a disciplina jurídica anteriormente tida por inviável), o próprio Tribunal Constitucional (que deverá perfilhar, nos recursos pendentes de julgamento, a decisão anterior) e os demais tribunais, nas resoluções dos casos concretos que lhes forem trazidos; b) força de lei, porque tais deliberações, em face do valor normativo que ostentam, espraiam seus efeitos perante as pessoas físicas e coletivas privadas<sup>22</sup>.

No particular das sentenças de rejeição de inconstitucionalidade, segue-se a sistemática consagrada na península itálica. Não portam efeito preclusivo, permitindo, à medida que consagrada mera interpretação conforme à Constituição, possa o tribunal, no futuro, vir a defender compreensão diferente acerca da norma em debate.

Isso sem lembrar a circunstância da enorme importância, desde a centúria quinhentista, desfrutada pelos assentos, outrora da Casa de Suplicação, e, no passado mais recente, do plenário do Supremo Tribunal de Justiça.

Consoante António Menezes Cordeiro<sup>23</sup>, os assentos, a bem da verdade, consistiam em proposições gerais e abstratas, cuja natureza era representativa de verdadeiras normas jurídicas em sentido material, tanto que foram suscetíveis, durante a sua existência, encerrada com o Decreto-lei nº 329-A, de 12-12-95, de revogação por leis posteriores<sup>24</sup> e de declaração de inconstitucionalidade mediante deliberação do Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

Influenciado por razões de segurança jurídica e celeridade processual, a contribuição dos assentos manifestou-se largamente no decurso do tempo, podendo-se mencionar, para não se recuar em demasias, o Assento de 23 de novembro de 1769, emitido pela Casa de Suplicação, no qual restou colmatada lacuna na Lei da Boa Razão, do mesmo ano, ao indigitar, como aplicável às obrigações mercantis, à múnua de lei do reino, as leis marítimas e comerciais da Europa, juntamente com o direito das gentes praticado pelas nações comerciais. Recentemente, tem-se, dispondo sobre as mais variadas matérias, os Assentos de: a) 26-05-61 e de 09-11-77 (estatutos dos gerentes das sociedades por quotas); b) 24-07-79 (competência judicial para solucionar conflitos sobre poder paternal em casos de divórcio ou separação judicial); c) 21-06-83 (presunção de paternidade); d) 09-12-64 (valor da causa em processo de expropriação, para fins de alçada); e) 25-06-87 (exigindo, sob a égide da igualdade entre os cônjuges estatuída no art. 36, nº 3, da Constituição, a notificação de marido e mulher para o exercício da preempção do 1.463º do Código de Processo Civil); f) 23-05-94 (obrigação de ambos os cônjuges à restituição em dobro do sinal, em virtude do descumprimento, pelo promitente-vendedor, de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado por um dos membros do casal, desde que comerciante, salvo as ressalvas do art. 691º, nº 1, alínea *d*, do Código Civil).

A Espanha não se manteve alheia ao fascínio do precedente. Para esse fim, o Tribu-

nal Constitucional invoca o princípio da igualdade, prestigiado pelo art. 14 da Constituição de 1978.

De notar que a regra do precedente atua por duas vias. Num primeiro plano, resulta do recurso de cassação, da competência do Tribunal Supremo. A este respeito, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1878, com a modificação implantada pela Lei nº 34, de 06-08-84, plasmou ao seu art. 1.692 redação, no sentido de que tal inconformismo cabe quando houver infração às normas do ordenamento jurídico, ou à jurisprudência, aplicadas para resolver as questões objeto de debate<sup>26</sup>.

Busca-se, com tal sistema, o estabelecimento de um critério uniforme na aplicação e interpretação das leis.

Sob outra ótica, a vinculação decorre das decisões do Tribunal Constitucional. O funcionamento deste como legislador negativo implica que a sentença que repute inconstitucional a lei, ou a exegese que dote esta de determinado conteúdo, tem eficácia de lei.

A força vinculante dos seus pronunciamentos resulta também da própria posição ostentada pelo Tribunal Constitucional, definida pela Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ) como o intérprete-mor da Constituição (art. 1º), qualificação que, a despeito de não resultar nesta expressa, emerge das funções cometidas à corte.

A extensão daqueles aos tribunais ordinários resulta do art. 5.1. da LOPJ, ao ditar que os juízes interpretarão e aplicarão as leis, bem como os regulamentos, segundos os preceitos e princípios constitucionais, conforme as resoluções exprimidas pelo Tribunal Constitucional em toda a sorte de processos.

Bem sintetiza as linhas já tecidas o comentário, sobremodo preciso, de Ignácio de Otto: “se este (refere-se ao Tribunal Constitucional) pode anular uma lei por inconstitucionalidade, isto quer dizer que sua interpretação prima sobre a que fez o legislador e sobre qualquer outra”<sup>27</sup>.

Deixamos por último o exemplo da França, justamente em face das peculiaridades

ostentadas por sua história, calcada na repulsa depositada pela Revolução de 1789 nos juízes, vistos como caudatários do *ancien régime*.

Demonstração cabal da época restou sublinhada pela Lei de 1790, ao criar o *référé législatif*, responsável por realçar o caráter do magistrado de aplicador autômato da lei, de modo que, havendo dúvida, a sua supressão, pela senda interpretativa, estaria confiada ao legislador do qual se originara a respectiva norma.

Reforçando a tendência, o art. 3º da Constituição de 3 de setembro de 1791 dispunha:

“Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução das leis, nem intrometer-se nas funções administrativas ou citar perante eles os administradores por motivo das suas funções”.

É criado, então, o Tribunal de Cassação, órgão político auxiliar do Legislativo, com a atribuição de retificar as infrações levadas a cabo pelas cortes judiciais sempre que importarem em contravenção do texto de lei.

Com o correr dos anos, mais precisamente em 1837, o Tribunal de Cassação assume outra feição, configurando-se como verdadeiro órgão judicial, integrante da estrutura do Poder Judiciário, com a possibilidade de rever qualquer sentença que se baseie em *ratio decidendi* contrária à sua orientação jurisprudencial. Evidente, portanto, a influência, perante os demais juízes ordinários, da interpretação da referida da corte em sede de leis e regulamentos.

Alguns anos depois, viceja, ao lado do Tribunal de Cassação, o Conselho de Estado, o qual, a despeito de formalmente não integrado na organização judiciária francesa, merecera a outorga de caráter jurisprudencial para a apreciação de questões de direito público mediante Lei de 24-05-1872, galgando, nessa seara, o ápice da jurisdição administrativa.

O instrumento pelo qual se notabilizara a atuação do Conselho de Estado fora o *recours pour excès de pouvoir*, surgido nos al-

bores do século XIX (1806), quando aquele exibia a estatura de mero organismo de controle interno das decisões do Executivo.

A inclusão, no sistema jurídico francês, da jurisprudência como fonte do direito foi bem explicada por George Vedel & Pierre Delvolvé. Estes, analisando o sistema oficial, chegaram a notar:

“Oficialmente, se a gente pode se exprimir assim, nosso direito é inteiramente um direito escrito e legislativo, sem participação do juiz. As regras de direito procedem, unicamente, da Constituição, dos tratados, da lei, dos regulamentos. O juiz interpreta os textos e não cria regras de direito”<sup>28</sup>.

Logo a seguir, põem o assunto sob o prisma do sistema real, reconhecendo uma inevitável premissa:

“Mesmo em direito civil, é evidente que, de fato, uma parte importante das regras de direito é posta pelo juiz; isto é ainda mais evidente quando em direito administrativo onde as regras mais importantes não têm, o mais das vezes, outra origem”<sup>29</sup>.

Concluindo, asseveram que o sistema do precedente, em França, possui valor de fato, mas não valor de direito. O acerto da opinião demonstra-se por meio da fecunda criação pretoriana<sup>30</sup>.

O peso atribuído ao precedente é aferido mediante quatro critérios, condizentes com a: a) ancianidade e continuidade da sua utilização; b) autoridade da jurisdição que o consagrou; c) natureza do julgado (*arrêt d'espèce ou de principe*); d) persistência do valor das considerações que lhe serviram de respaldo.

#### 4. A experiência brasileira

Ao contrário do que se pensa, o Brasil, no curso de sua história, não permaneceu integralmente estranho à influência do precedente.

Quando colônia de Portugal, encontramos-nos subjugados ao direito nele vigen-

te. Daí não se podendo esquecer que as Ordenações Manuelinas (Livro V, Título 58, § 1º), de 1512, dá-nos notícia dos assentos<sup>31</sup>, firmados pela Casa de Suplicação, com a finalidade de dirimir dúvidas jurídicas articuladas durante os julgamentos dos casos que àquela eram submetidos. Caso os magistrados da mencionada Corte não chegassem à resolução de determinado ponto controvertido, acorreriam ao rei, que o solucionaria mediante a edição de ato de cunho normativo.

As Ordenações Filipinas (Livro I, Título 5, § 5º), dos albores do século XVII (1603), mantiveram ditos assentos. Tornando-se à Lei da Boa Razão, de 18-08-1769, um dos mais importantes monumentos legislativos da época, constatam-se, no particular, duas inovações. A primeira recai no seu § 4, ao impor (a forma verbal empregada no início do dispositivo era “mando”), tanto com relação aos assentos já estabelecidos, quanto aos que doravante se estabelecessem, a condição de leis, a serem sempre observadas como tais, debaixo das penas que estabelecia. Em segundo lugar, suprimiu a competência, para a edição dessas orientações, das Relações do Porto, do Rio de Janeiro e da Bahia, enfeixando-as unicamente na Casa de Suplicação.

Posteriormente, com a fuga da família real para o Brasil, em 1808, voltou-se a outorgar competência à Relação do Rio de Janeiro para proferir assentos.

Uma vez proferidos e registrados, enviavam-se cópias dos assentos aos chanceleres das demais relações, a fim de serem respeitados como leis. Isso, contudo, não impedia a interposição de recursos contra julgados neles baseados.

Proclamada a Independência, tal competência fora, com o Decreto 6.142, de 10 de março de 1876, deferida para o Supremo Tribunal de Justiça, previsto pelo art. 163 da Constituição Imperial, malgrado não haver, na prática, sido objeto de concretização.

A extinção do instituto deu-se com a República, fato a não impedir que, passado

pouco tempo da promulgação da Constituição de 1891, a legislação processual, agora reservada aos Estados, concebesse o prejudgado, tal como ocorrera, entre outros, com o art. 22 da Lei 17 do Estado de Minas Gerais, de 20-11-1891, com o art. 103 do Decreto 16.273, de 20-12-23, que dispunha sobre a organização judiciária do Distrito Federal e o art. 1.126 do Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo.

Trasladada a competência de legislar em matéria processual para a União, o Código de Processo Civil de 1939, no seu art. 861, manteve, agora influenciado pelo § 137 da Lei de Organização Judiciária da Alemanha, o prejudgado, proclamando:

“A requerimento de qualquer dos seus juízes, a câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas”.

Muito embora desprovido da cogência peculiar aos assentos, o prejudgado representou importante fonte de persuasão para guiar as decisões dos magistrados das jurisdições inferiores.

Vigente a Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal, mediante o profícuo labor de Comissão de Jurisprudência formada pelos Ministros Vítor Nunes Leal, seu presidente, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, instituiu, com a emenda regimental de 28-08-63, a súmula oficial da jurisprudência daquela corte.

De forçosa evocação, neste instante, as palavras do Ministro Vítor Nunes Leal, indelével nos anais da cultura jurídica nacional, ao traçar, com vistas a justificar as recém-criadas súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, paralelo tendente a harmonizar a estabilidade dos julgados com as mutações da sociedade:

“Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo

seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descabro e tormento. Razoável e possível é o meio-têrmo, para que o Supremo Tribunal Federal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios da jurisprudência”<sup>32</sup>.

Aproximadamente dois anos depois de instituídas as súmulas do Supremo Tribunal Federal, o atual Código Eleitoral, consubstanciado pela Lei 4.717, de 15-07-65, criou a figura do prejudgado eleitoral, de natureza distinta daquela prevista na legislação processual civil então em vigor, prescrevendo: “No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal” (art. 263).

Interpretando o dispositivo durante a vigência da Lei Fundamental de 1988, o Tribunal Superior Eleitoral concluiu por sua inconstitucionalidade no Acórdão 12.501<sup>33</sup>, fundando-se o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, em três argumentos, quais sejam: a) violação à separação de poderes, haja vista a força de lei que portava o preceito; b) recente edição das súmulas da jurisprudência do próprio tribunal, as quais não se revestem de nota vinculativa; c) redação do art. 97 da Constituição, a exigir maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, enquanto, inteiramente desproporcional, a norma fixava quórum de dois terços para a alteração de jurisprudência.

Aproximadamente uma década depois, com o novo Código de Processo Civil, veio a lume a uniformização de jurisprudência, com o propósito de evitar discrepância no julgamento, dentro de um mesmo tribunal, de determinadas questões<sup>34</sup>.

O procedimento é simples. Verificada, a instâncias do relator ou de alguma das partes interessadas, divergência de decisões tomadas por órgãos fracionários de uma mesma corte, os autos serão remetidos ao plenário, ao qual caberá emitir a exegese a ser observada. Sendo o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros da corte, passará a constituir objeto de súmula, criando precedente para que seja uniformizada a jurisprudência de determinado tribunal.

Abordando a eficácia da deliberação que importar em súmula, Sydney Sanches expôs:

“A súmula, de que trata o art. 479, não tem a mesma força do ‘assento’, que era previsto no Anteprojeto Buzaid. Vale apenas como enunciado que o próprio Tribunal faz de seu ponto-de-vista a respeito da interpretação de uma norma jurídica. Os juízes não o podem ignorar”<sup>35</sup>.

Impossível omitir o art. 90, § 2º, da Lei Complementar 35/79, que, ao dispor sobre as linhas de organização do saudoso Tribunal Federal de Recursos, estabelecia a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido ou recurso que enfrentasse súmula da própria Corte, ou do Supremo Tribunal Federal, comportando a decisão monocrática recurso de agravo a ser interposto no prazo de cinco dias.

Com a Lei 9.756/98, foi acrescido § 1º - A ao art. 557 do CPC, estendendo-se tal prerrogativa aos demais tribunais, igualmente com a previsão de agravo, o qual, se manifestamente inadmissível ou infundado, ensejará a imposição de multa ao agravante.

Até este instante focalizamos a importância das orientações pretorianas reiteradas à luz da legislação ordinária. Impende agora uma abordagem descritiva com suporte constitucional.

Nesse campo, principia-se com a Emenda Constitucional 16, de 26-11-65, instituidora da jurisdição constitucional concentrada perante o Supremo Tribunal Federal,

a ser materializada por meio do ajuizamento de representação de inconstitucionalidade. O instituto fora mantido nas Constituições de 1967 (art. 116, I, l) e de 1969 (art. 119, I, l).

O efeito da decisão quando do reconhecimento da incompatibilidade vertical é *erga omnes*. A evolução jurisprudencial, tomando como parâmetro parecer da Comissão de Regimento do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Moreira Alves<sup>36</sup>, deixou claro que a comunicação ao Senado Federal, para o fim de que este procedesse à suspensão da eficácia da norma impugnada, somente seria necessário se a inconstitucionalidade fosse pronunciada em via de exceção. Cuidando-se, ao revés, de representação, tal efeito seria imediato à comunicação da autoridade de onde emanara a lei ou regulamento objeto do questionamento.

Outro ponto a ser mencionado foi a inovação trazida pela Emenda Constitucional 07/77, ao prever, na segunda parte do art. 119, I, l, da Lei Fundamental pretérita, a representação para a exegese de lei ou ato normativo federal ou estadual. A disciplina do novo instituto constou do Título VI, Capítulo II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tendo o seu art. 187 disposto que, uma vez fixada a interpretação em causa, esta terá força vinculante para todos os efeitos.

A Constituição de 1988, a despeito de não mais se referir à representação interpretativa, manteve, fazendo as vezes da representação de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade, outrora monopólio do Procurador-Geral da República, fora sensivelmente ampliada (art. 103, I a IX, CF). Persistiu o efeito *erga omnes*, independente da suspensão da norma impugnada pelo Senado Federal.

Passado quase um lustro, foi promulgada a Emenda Constitucional 03/93, com a inclusão, no art. 102, § 2º, da CF, da ação declaratória de constitucionalidade, sendo expresso o dispositivo em se reportar, como sendo entidades diversas, a eficácia contra todos e efeito vinculante.

Esse *discrímén* fora, no plano doutrinário, captado pelo Ministro Moreira Alves<sup>37</sup>, ao assentar que a decisão de procedência, proferida em ação direta de inconstitucionalidade, somente possui eficácia *erga omnes*, não tendo, assim, efeito vinculante. Importa dizer que a aplicação de lei declarada inconstitucional, pela Administração ou pelo Judiciário, dará margem apenas a que o prejudicado busque a invalidação do ato administrativo, ou se valha do recurso cabível, nos termos da lei processual.

Diferentemente, em consequência do efeito vinculante, o deliberado pelo Supremo Tribunal Federal, na declaratória de constitucionalidade, deverá ser seguido pelos órgãos do Executivo e do Judiciário, e, caso tal não aconteça, poderá o interessado dirigir reclamação à Suprema Corte, a qual, reconhecendo a indevida contrariedade, cassará o ato, administrativo ou judicial.

Arguta, por outro lado, a observação de Gilmar Ferreira Mendes<sup>38</sup>, tomada a partir tanto da estrutura da fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito alemão, mais precisamente com fulcro no § 76 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, quanto das primícias históricas de nossa experiência no assunto, no sentido de que aquela pode ser manejada como instrumento de defesa da Constituição, afastando as normas que são contrárias a ela, sem que fique obstada a sua função de segurança jurídica, com vistas a espancar dúvidas acerca da constitucionalidade da norma.

Descrevendo o debate, demonstra o autor que, durante a vigência da representação de inconstitucionalidade, reconheceu-se, apesar do termo empregado pelo Constituinte, a existência de processo de natureza *dúplice* e *ambivalente*, ilação desfeita com o julgamento da Rp. 1.349 – DF<sup>39</sup>.

Caso a Excelsa Corte tivesse manifestado outra orientação, o que seria bem mais correto e prático, seria despidiendá a criação de ação específica para o exame de pedido de declaração de constitucionalidade. Simplesmente bastaria que o autor da ação,

à época o Procurador-Geral da República, emitisse, quando do encaminhar ao Supremo Tribunal Federal das representações que lhe fossem dirigidas, pronunciamento opinativo pela improcedência do pleito.

A rejeição da inconstitucionalidade implicaria, desse modo, a produção do reconhecimento, com eficácia *erga omnes*, da constitucionalidade da norma impugnada.

Não olvidável a opinião de Raul Machado Horta<sup>40</sup> que, pervagando a linha exposta por Gilmar Ferreira Mendes, foi mais incisivo afirmando que, até a Emenda Constitucional 03/93, o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal já se encontrava presente, embora somente a partir daquele momento integrasse o texto da Constituição.

Com carradas de razão, o mestre mineiro visualizou a força vinculativa das decisões proferidas na jurisdição concentrada como corolário lógico da competência suprema do Tribunal da Constituição. Invoçando Kelsen, assentou que tal efeito se traduz na nota justificadora da concentração do controle da constitucionalidade.

Desnecessária, então, a criação da ação declaratória de constitucionalidade, o que, com a máxima licença, poderia ter sido obviado pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A querela doutrinária perdeu seu objetivo primordial. A novel Lei 9.868, de 10-11-99, equiparou, quanto aos seus efeitos, as decisões que reconheçam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Leia-se o prescrito pelo seu art. 28, parágrafo único:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Não se me antolha, quanto à ação direta de inconstitucionalidade, tenha o legislador pervagado a senda do excesso de poder legislativo. Pelo contrário, atuou dentro de padrões razoáveis, perfilhando opção sustentada doutrinariamente.

Portanto, enfocando-se tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade, gostaria de precisar, novamente com achegas em Gilmar Ferreira Mendes, anteriormente dirigido à última delas, duas observações: a) a extensão, entre nós, da orientação do Tribunal Constitucional tedesco, derivada do § 31 da sua Lei Orgânica, do efeito vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas aos seus fundamentos determinantes; b) no plano subjetivo, tal como resulta do texto introduzido pela Emenda Constitucional 03/93, abrange somente os órgãos do Judiciário, exceto o próprio Supremo Tribunal Federal, e a Administração Pública, não produzindo efeitos quanto ao Legislativo, ao contrário do sistema germânico<sup>41</sup>.

À derradeira, tem-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, a ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal ação recentemente foi objeto de disciplina com a Lei 9.882, de 03-12-99, cujo art. 10, § 2º, é expresso em enunciar que a decisão a ser proferida terá eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Público, inclusive comportando, caso venha a ser descumprida, a propositura de reclamação, na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 13).

Não enxergo inconstitucionalidade nessa previsão. É certo que o efeito vinculativo não decorre, às expressas, da Lei Fundamental, mas não menos correto dizer-se que esta autorizou o legislador a fazê-lo quando da regulamentação do instituto.

Além disso, como afirmado linhas atrás, com base no magistério de Raul Machado Horta, a índole de jurisdição constitucional concentrada portada pela medida implici-

tamente respalda a eficácia vinculante.

Por seu turno, o art. 11 da Lei 9.882/99 permite ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão importar na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, restringir, fundado em razões de segurança jurídica, ou de excepcional interesse público, e pelo voto de dois terços dos seus membros, os efeitos da medida, facultando, assim, a afastar, conforme o caso, o seu traço de vinculação.

Excita a curiosidade a circunstância de que o legislador aqui elencou, à guisa de destinatários do efeito vinculante, os demais órgãos do Poder Público, exceto, é óbvio, o próprio Supremo Tribunal Federal. Há, à primeira vista, espaço a que se defenda a sua aplicação ao Legislativo, a exemplo do que sucede com o constitucionalismo alemão. O assunto, certamente, será alvo de maior desenvolvimento jurisprudencial.

Dá se percebe a existência, no direito posto, do malsinado efeito vinculante, só que limitado às decisões proferidas nas ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

### *5. A opção pela vinculação: óbices e vantagens*

Descrito o panorama em nível de direito vigente, voltaremos nossos cuidados ao balanceamento entre as utilidades e desvantagens que a adoção da vinculação dos precedentes, quer na forma já presente, quer como proposto em nível de reforma constitucional, poderá acarretar frente aos cidadãos brasileiros, recipiendários da distribuição de justiça.

A doutrina se apresenta em aberta divisão. Favoravelmente ao instituto, embora com algumas ressalvas quanto a peculiaridades das propostas de mudança constitucional, podem-se alinhar as opiniões de Miguel Reale<sup>42</sup>, Carlos Mário da Silva Velloso<sup>43</sup>, Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>44</sup>, José Augusto Delgado<sup>45</sup>, Walter Nunes da Silva

Júnior<sup>46</sup>, Carreira Alvim<sup>47</sup>, Calmon de Passos<sup>48</sup>, Edgard Silveira Bueno Filho<sup>49</sup>, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>50</sup>, Fernando da Costa Tourinho Neto<sup>51</sup>, Ivan Lira de Carvalho<sup>52</sup> e Saulo Ramos<sup>53</sup>.

Em sentido oposto, colhemos as ensinanças valiosas de Evandro Lins e Silva<sup>54</sup>, José Celso de Mello Filho<sup>55</sup>, Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>56</sup>, Luiz Flávio Gomes<sup>57</sup>, Valmir Pontes Filho<sup>58</sup>, Dalmo de Abreu Dallari<sup>59</sup>, Pestana de Aguiar<sup>60</sup>, Dínio de Santis Garcia<sup>61</sup>, Vicente de Paula Maciel Júnior<sup>62</sup> e Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>63</sup>.

Descrita, em rápida passagem, a situação em que se encontra a doutrina nacional, ousamos manifestar ponto de vista favorável à vinculação precedencial, opondo-se, mais adiante, alguns temperamentos em relação aos modelos em tramitação no Congresso.

O sistema do *stare decisis*, não se pode notar, produz valiosos resultados em prol dos jurisdicionados. Em primeiro lugar, a utilização dos precedentes implica assegurar-se a concretização do ideal de certeza do direito, de maneira que se pode antever, dadas as particularidades dos litígios, qual a solução a ser adotada pelo Judiciário.

Isso homenageia um dos princípios mais caros ao Constituinte, quando da estruturação do sistema jurídico nacional, qual seja o da segurança jurídica.

Noutra vertente, o efeito vinculante responde, perante a sociedade de massa, em que um só comportamento poderá afetar a esfera subjetiva de inúmeras pessoas, à exigência de se assegurar a igualdade de tratamento em hipóteses iguais.

A isonomia, é bom que se diga, constitui meta primordial de qualquer Estado que se organize sob as vestes democráticas, sem contar que se cuida de modelo de justiça aspirado desde as origens mais remotas da civilização.

Emerge, na qualidade de uma das pilstras estruturantes do ordenamento brasileiro (art. 5º, *caput*, I, CF), como emanção do Estado Democrático de Direito que o Cons-

tituinte se propôs a realizar (art. 1º) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

No particular da igualdade, dois exemplos, entre uma variedade, podem ser citados. De logo, evoca-se o questionamento envolvendo a auto-aplicabilidade, a partir de 1988, do disposto no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição, segundo os quais, além de nenhum benefício substitutivo do rendimento do trabalho poder alcançar importância inferior ao salário mínimo vigente, a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas deverá corresponder à prestação percebida pelo beneficiário no mês de dezembro do ano respectivo. A previdência social entendeu que tais direitos somente poderiam ser exigidos após a edição de lei regulamentadora, o que somente ocorreu com a Lei 8.213/91.

Pois bem. Ajuizadas em torno de um milhão de demandas no país, os Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 5ª Regiões deliberaram pelo reconhecimento do direito desde a promulgação da Lei Básica, ou seja, desde 05-10-88. Diferentemente, prevaleceu nos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões o ponto de vista de que haveria necessidade de lei para a aplicação dos dispositivos constitucionais, sendo, portanto, julgados improcedentes os pleitos de pagamento de diferenças em atraso. Muitas dessas decisões não foram objeto de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, transitando em julgado, em sua maioria, no segundo grau de jurisdição.

Por volta de julho de 1992, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão, consolidou orientação favorável aos titulares de benefícios pagos pela previdência social.

Isso significou o reconhecimento do direito postulado pelo órgão competente para dizer a última palavra em litígios da espécie, relacionados com a busca do sentido e alcance da Constituição.

No entanto, milhares de beneficiários não fizeram *jus* à vantagem solicitada, provocando, sob a face da igualdade, uma tremenda injustiça.



Outra questão diz respeito ao reajuste, bastante comentado perante o noticiário, do percentual de 28,86%, devido aos servidores públicos federais do Poder Executivo, tendo em vista tal vantagem haver sido deferida àqueles pertencentes dos quadros castrenses e dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Ocorrido o fato no primeiro trimestre de 1993, muitas demandas foram ajuizadas perante a Justiça Federal de primeiro e segundo grau, tendo a maior parte delas obtido desenlace desfavorável, sem que, igualmente, fosse interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal. Este, em decisão do início de 1997, divergindo da maioria dos tribunais regionais federais, propendeu pelo cabimento do reajustamento.

Mais uma vez, muitos servidores se viram prejudicados, haja vista o trânsito em julgado de decisões em sentido contrário. Novamente desprezado o cânon do tratamento isonômico.

Ainda no plano exemplificativo, invoque-se a impugnação à constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro, instituída pela Lei 7.688/89. As cortes regionais se dividiram no trato do tema, havendo uniformização na direção de sua legitimidade, ora em sentido adverso.

Levada a controvérsia ao descortino do Supremo Tribunal Federal, este rechaçou todas as inconstitucionalidades alegadas em detrimento da exceção, exceto quanto à sua cobrança com relação ao lucro apurado no último trimestre do exercício de 1988.

Algumas empresas obtiveram ganho de causa em segundo grau de jurisdição, sem que fosse interposto pela fazenda nacional o recurso extraordinário, ou, deduzido este, não merecera conhecimento em virtude de óbice formal inerente ao processamento de tal irresignação.

O certo é que poucas empresas, em detrimento da grande maioria, encontram-se exoneradas do pagamento do tributo, sem contar o prejuízo estatal (*rectius*, da sociedade) quanto ao financiamento da seguridade social.

Visto isso, acrescente-se que o efeito vinculante se justifica pela necessidade de coerência das orientações jurisprudenciais, de sorte que somente poderão ser alteradas quando houver relevante motivo.

Ademais, não posso perder a lembrança do afirmado por José Augusto Delgado<sup>64</sup> quando, a pretexto de justificar a sua simpatia pelo tão amaldiçoado instituto, invocara, em desfavor de pruridos doutrinários, o ideal, atualmente cristalizado como sentimento idílico da sociedade brasileira, do acesso à justiça, a propiciar que a prestação jurisdicional perseguida pelo cidadão seja, com segurança e rapidez, tornada realidade.

Igualmente, trouxe à ribalta, para respaldar a aplicação, até como experiência, da súmula vinculante, outro valor de relevo, consistente na efetividade do processo, de modo a permitir que o Judiciário cumpra a sua missão nuclear de distribuir justiça, a quem desta necessita, sem distanciamento dos padrões que a sociedade reputa justos.

Como bem demonstrou a menção a vasta literatura jurídica, não desconheço que a vinculação enfrenta resistências, algumas das quais fortemente aparelhadas.

Álvaro Melo Filho<sup>65</sup>, por exemplo, compilou, para fins de meditação, trinta e três argumentos contrários às chamadas decisões vinculantes, sendo certo que muitos daqueles nada mais são do que desdobramentos de obstáculos providos de maior generalidade.

Em seu trabalho, Luiz Flávio Gomes<sup>66</sup> arrolou quatorze razões pelas quais se deve recusar o instituto.

Não constitui pretensão deste breve escrito, no que concerne aos pontos adversos da vinculação, proceder a uma abordagem exaustiva. Concentraremos nossas atenções sobre cinco aspectos, quais sejam: a) a afronta à separação de poderes; b) o aniquilamento da independência judicial; c) a petrificação do direito; d) a violação ao juiz natural; e) a incompatibilidade do instituto com os sistemas da família romano-germânica.

Diz-se que, com a interpretação das leis e da Constituição com caráter geral, vinculativo, o Judiciário passaria a legislar, ofendendo-se a separação de poderes, cultuada como princípio fundamental do Estado brasileiro pelo art. 2º da Constituição.

Não deve ser acolhida a assertiva. Configura nota peculiar da doutrina constitucional que o traspasse do estado liberal ao estado social, consumado no primeiro quartel do século XX, trouxe como conseqüência a reformulação do revestimento original da teorização tributada a Montesquieu. A lenta movimentação do Parlamento em contraposição às novas situações emergentes da vida social, cada vez inçada de maiores complexidades, veio retirar a condição de passividade do magistrado.

Inegável, portanto, o papel criador do juiz, fortemente acentuado com a atividade das cortes constitucionais do segundo pós-guerra.

Após reconhecer a inevitabilidade da função criadora do julgador hodierno, Cappelletti<sup>67</sup>, em brilhante distinção, apartou, com base nas diferenças entre os processos legislativo e jurisdicional, a criatividade judicial da atividade de fazer leis. O diferencial reside, portanto, na conexão da atividade decisória com a solução de casos concretos, bem como na atitude de imparcialidade do juiz.

Uma consideração emanada do direito estrangeiro serve, a mancheias, para que, de uma vez por todas, seja o obstáculo refutado. Um dos países cuja Constituição, formalmente vigente até os dias atuais, traça modelo aproximado da tradicional separação de poderes é a dos Estados Unidos da América. E o que mais chama a atenção é a ênfase, já objeto de menção, ofertada à reserva da função de legislar pelo Parlamento, ao ditar, no Artigo I, Seção I, da Constituição de 1789, que todos os poderes legislativos por esta conferidos são atribuídos ao Congresso, composto pelo Senado e pela Câmara dos Representantes.

Isso não impediu que a base do sistema jurídico norte-americano se centrasse na cri-

ção pretoriana, a partir de decisões vinculantes, fenômeno capitaneado pela Suprema Corte.

Em nenhum momento, a separação de poderes, justamente em virtude dessa singularidade, atingira níveis agudos de periclitância.

Enganosa a argumentação de que a possibilidade de decisões vinculativas, só por só, poderá traduzir coartamento da independência judicial. Até admito que a forma como tal sistemática for introduzida poderá resultar em desrespeito à liberdade de decidir do magistrado.

Ao revés, o que precisa ficar claro é o fato de a liberdade de decidir, ínsita ao membro do Judiciário, não ir ao ponto de representar vassalagem à arbitrariedade. Conforma-se, antes, com balizas, entre as quais a lei e a Constituição. Nenhum atentado grave resultaria de que tais lindes também lhe fossem impostos pela exegese dos textos legais e constitucionais realizada pelos tribunais superiores, contanto que fosse assegurado a cada juiz o direito de, mediante plausível justificativa, perfilhar nova solução para determinada espécie de conflito de interesses.

Em terceiro lugar, risível o raciocínio de que o efeito vinculante petrificaria o direito. Quando se pretende adotar a vinculação dos precedentes, parcela do momento vivenciado pelo fetichismo reformador que impregna o país, não se quer dizer que tais decisões permaneçam, pela eternidade, imutáveis.

O modelo haverá de tomar cautelas para que, em caso de injustiça, ou de sensível mutação nas exigências da vida coletiva, possam os tribunais perfilharem orientação mais consentânea com a atualidade. Idem quando o mesmo assunto é novamente submetido à apreciação do tribunal sob outros fundamentos.

Mostra lapidar é a evocação, mais uma vez, da praxe norte-americana calcada precisamente no labor da Suprema Corte. Esta, no curso de sua história, jamais deu azo à estagnação das idéias consagradas em seus

julgamentos, apesar da carga vinculativa que portam.

Dois exemplos permitirão, com certeza, a compreensão do leitor de que o efeito vinculante não quer dizer estorvo à evolução do pensamento jurídico. Conforme descrito por Christopher Wolfe<sup>68</sup>, a partir da última década do século XIX, a Suprema Corte desenvolveu, com arrimo na Décima Quarta Emenda à Constituição de 1789, a teoria do devido processo legal econômico, com vistas a resguardar da intervenção do Estado a liberdade de contratar, ameaçada pelo crescimento paulatino da esfera da vida social abrangida pela legislação.

Entre muitas, resultaram inconstitucionais: a) lei do Estado de Louisiana, a qual impunha restrições sobre contratos de seguros celebrados em outros Estados (1897, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578); b) lei do Estado de New York, responsável por estatuir a redução do horário de trabalho dos empregados em padarias, que não poderia ultrapassar sessenta horas semanais e dez horas diárias (1905, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45); c) lei do distrito de Colúmbia que instituía salário mínimo da trabalhadora do sexo feminino (1923, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525).

A jurisprudência refletia, no plano jurídico, o pensamento sustentado pelo modelo econômico do *laissez-faire*, dominante à época.

Ocorrida a crise de 1929, o grande país do norte passou a vivenciar, na década seguinte, os efeitos de grande depressão econômica, tendo o Governo de Franklin Roosevelt, para que a situação fosse enfrentada, lançado mão de plano econômico denominado de *New Deal*.

A Suprema Corte não pode ficar alheia aos novos acontecimentos. Louvados na opinião de Holmes, que durante décadas se opôs à filosofia do *laissez-faire*, juízes da estatura de Benjamin Cardozo e Roberts iniciaram a transformação, de modo que, em 1934, no caso *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502), foi validada lei que fixava os valores

máximos e mínimos do leite, com o reconhecimento do poder estatal para regular preços.

Três anos seguintes, essa posição fora definitivamente sedimentada no julgamento do caso *West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397), em que se assentara que a liberdade de contratar não é ilimitada, podendo sofrer condicionamentos legislativos em prol do bem-estar público.

O outro fato pelo qual se conclui que efeito vinculativo e progresso evolutivo do direito não são antagônicos foi a radical mudança do federalismo norte-americano, passando do modelo clássico, previsto na Décima Emenda (texto aprovado em 25 de setembro de 1789), para o de cooperação, sem que, para tanto, fosse necessária alteração constitucional formal, como nos exemplos da Áustria de 1920 e da Alemanha de 1949.

Para que esta pesquisa não se torne demasiado longa, tem-se que a forte carga criativa da Suprema Corte pode ser inferida da leitura de Lêda Boechat Rodrigues<sup>69</sup>.

De notar que o próprio Supremo Tribunal Federal, tido como conservador pelos que se julgam comprometidos pela senda do avanço, já, em várias oportunidades, alterara o entendimento perfilhado em sua jurisprudência remansosa. Podem-se citar os recentes cancelamentos das Súmulas 394<sup>70</sup> e 577<sup>71</sup>, relativas à competência por prerrogativa de função e à exigibilidade do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Discorrendo sobre a possibilidade de estagnação do direito, receio expressado pela classe dos advogados, segura a declaração do mestre Miguel Reale:

“Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção”<sup>72</sup>.

A ofensa ao juiz natural é de ser afastada. A uma, porque, segundo o arquétipo que defendo, o magistrado monocrático, quase sempre o primeiro a tomar conhecimento dos

litígios, poderá ter a liberdade de seguir entendimento outro que não o constante da posição prevalecente, desde que, por meio de sólida motivação, demonstre a não mais adequação do precedente à realidade.

A outra, como bem resulta da exposição, deveras fulgurante, feita pelo mestre Calmon de Passos<sup>73</sup>, os precedentes vinculam em razão do modo de operatividade do sistema judiciário, sem que para tanto haja necessidade de previsão expressa. É que ao Supremo Tribunal Federal a Constituição deferiu o mister de velar pela autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da *Lex Mater*. Da mesma forma, ao Superior Tribunal de Justiça quanto à lei federal. Isso já mostra que o intérprete natural de tais normas, com o encargo de cometer o último equívoco, são as referidas cortes.

Sobremodo tibia a opinião construída em volta de uma suposta incompatibilidade do *civil law*, a que mais se aproxima o nosso direito, com a vinculação dos precedentes. Para afastá-la, basta que se remeta à leitura dos itens 3 e 4 deste estudo, nos quais é descrita a experiência dos países da denominada família romano-germânica com o assunto, bem como o seu desenvolvimento no direito brasileiro.

#### 6. À guisa de conclusão: uma análise das propostas em tramitação congressional

No presente trabalho, procedeu-se a uma descrição do *stare decisis*, tal como é objeto de culto pelo *common law*, mais precisamente à luz do vivenciado na Inglaterra, país de sua origem, e nos Estados Unidos, fruto mais notável do esforço colonizador levado a cabo por aquele país.

Disso não acarretou que ficasse esquecido comentário acerca da influência, considerável por sinal, desfrutada pela força dos precedentes perante os sistemas filiados à família romano-germânica, principalmente em decorrência do fecundo labor das cortes constitucionais do segundo pós-guerra.

Embora aparentando diferenças frente aos moldes do *common law*, pôde-se enumerar o praticado: a) na Itália, por meio das *sentenze di accoglimento* de arguição de inconstitucionalidade; b) na Alemanha, em face da dição expressa do art. 94.2. da Constituição de 1949, a abranger tanto as situações de reconhecimento da constitucionalidade quanto da ilegitimidade constitucional; c) em solo lusitano, no que concerne às sentenças declarativas de inconstitucionalidade, proferidas pelo Tribunal Constitucional, dotadas, nos termos do art. 282º/1 da Constituição da República Portuguesa, de vinculação geral e força de lei, sem obscurecer o predomínio, até recentemente, dos assentos do plenário do Supremo Tribunal de Justiça; d) na Espanha, quer por força do recurso de cassação, a cargo do Tribunal Supremo, quer em virtude das decisões do Tribunal Constitucional, cujas deliberações, na qualidade de intérprete da Lei Maior, hão, *ex vi* da LOPJ, de lograr consideração pelos demais juízes e tribunais ordinários; e) no solo francês, em que, apesar de formalmente o direito somente resultar do legislativo, sem a participação do juiz, a atividade criadora deste é, de fato, bastante relevante tanto no direito privado (Corte de Cassação) como no direito administrativo (Conselho de Estado).

No curso do enfoque, sublinhou-se não haver o Brasil, tradicionalmente jungido aos institutos do direito romano, permanecido inteiramente afastado do precedente. Primeiramente, quando possessão portuguesa se submetera aos assentos da Casa de Suplicação, previstos nas Ordenações Manuêlinas e Filipinas, que aqui tiveram larga vigência, atribuição, no Império, conferida ao Supremo Tribunal de Justiça, que dela não fez uso.

Abolido o instituto pela República, foram engendradas outras alternativas, sem a coercitividade dos assentos, como: a) o prejulgado, consagrado pelas legislações processuais de vários Estados e, durante a vigência da Constituição de 1937, pelo Cód-

go de Processo Civil de 1939; b) as súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, mediante emenda regimental de 1963; c) a uniformização de jurisprudência com o novo Código de Processo Civil.

A previsão, na seqüência evolutiva do sistema pátrio de controle da constitucionalidade, das ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e da argüição de violação a preceito fundamental originou, pela via legal (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único; Lei 9.982/99, art. 10, § 2º), a contemplação de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em tais feitos, desde que, tomadas por maioria absoluta, envolvam reconhecimento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Com isso, podem ser deduzidos alguns remates. O primeiro destes está em que, ante as Leis 9.868/99 (art. 28, parágrafo único) e 9.982/99 (art. 10, § 2º), cujas disposições, no particular do tema tratado, não enveredaram pelo vício do excesso de poder legislativo, é de se reconhecer, de logo, a acolhida, em nossa ordem jurídica, do efeito vinculante antes mesmo da aprovação das reformas constitucionais em andamento.

Em segundo lugar, palmar a perda de objeto, no particular, da PEC 96 – E/92. É que esta, elaborada antes da Emenda Constitucional 03/93, almejava dotar de condão vinculativo as decisões, de procedência ou improcedência, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, tornando desnecessária até a instituição da tão vociferada ação declaratória de constitucionalidade<sup>74</sup>. O legislador, agindo em conformidade com a Lei Maior, atuou de maneira mais célere.

Passemos à PEC 54/95. Inicialmente, merece elogios a circunstância de que a vinculação não se tenha limitado à matéria constitucional, cujo cústode-mor é o Supremo Tribunal Federal. Busca projeção também frente às deliberações pelos Tribunais Superiores, no que concerne à interpretação da lei federal.

Idéia salutar, pois, embora tenhamos uma constituição analítica, não se pode sonegar que a maioria das controvérsias se encerram mediante a interpretação de textos legais e não constitucionais, máxime quando se sabe que o Supremo Tribunal Federal somente conhece de controvérsias quando há ofensa frontal, e não mediata, à Lei Magna.

Quanto às decisões transitadas em julgado anteriormente à súmula, deverão comportar, desde que a estas contrárias, o ajuizamento, sem limite de tempo, de ação rescisória. O postulado da isonomia tornará inelutável alteração na lei processual.

Não faz redução material a dita eficácia. Pode-se salientar, por exemplo, uma incompatibilidade da vinculação com o direito penal. Penso que tal não é decisivo, porquanto há conflitos de índole criminal a ostentar natureza eminentemente objetiva, tais como o de saber se a prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva ou a executória, se o estelionato absorve a falsidade utilizada para a sua prática, etc. Prova disso está calcada no bom número de súmulas editadas, a esse respeito, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>75</sup>.

Também o direito de família seria, à primeira vista, um campo não propício para o instituto, haja vista competir ao magistrado, diante das peculiaridades das situações que lhe são trazidas, adotar solução equitativa, fora das rígidas regras legais.

Mesmo assim, penso que bem atuara o projeto, deixando aos tribunais a difícil tarefa de, caso a caso, deliberar se o assunto discutido comporta ou não o efeito vinculante.

Aspecto de louvor é que, ao contrário do sistema então vigente, a força obrigatória das decisões do Supremo Tribunal Federal será estendida também às decisões interpostas em processos de fiscalização concreta da constitucionalidade (recursos extraordinários, mandados de segurança, ou embargos de divergência), cujo julgamento esteja afetado ao plenário, os quais constituem o maior número dos feitos carreados à Excelsa Corte.

Outro ponto favorável e que, certamente, iria aplacar a ira daqueles que, com verbosidade ácida, combatem o instituto é a restrição de que a súmula vinculante somente abrangerá a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais pende controvérsia atual, no âmbito judicial, ou neste e na Administração Pública, hábil para fomentar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de feitos em que suscitada questão idêntica. Apenas há que se atentar para que não se confira ao adjetivo grave o significado extremado de crise extraordinária.

Em nossa modesta opinião, a vinculação deverá ser capaz de atingir não somente a parte dispositiva do julgado, mas também os fundamentos da decisão. É que estes fixam a orientação do tribunal acerca da interpretação de um determinado instituto jurídico, possibilitando, inclusive, a sua aplicação em outras situações de conflito de interesses que envolvam o mesmo tema.

Isso contribuiria para a melhora da força que os precedentes vêm obtendo na prática, em que os tribunais, ao se defrontarem com uma pleora cada vez maior de feitos, procedem, em muitas oportunidades, à aplicação das orientações jurisprudenciais de forma mecânica, sem correspondência entre a motivação destas e as peculiaridades dos casos similares trazidos a julgamento.

Todavia, devo salientar ser melhor deixar a resolução sobre o alcance da respectiva súmula a critérios estatuídos pelos seus órgãos prolores, quer seja o Supremo Tribunal Federal, ou os Tribunais Superiores.

Correta a previsão de reclamação para que a corte, de onde proveio a orientação sumulada, julgando-a procedente, anule o ato administrativo, ou reforme decisão judicial, proferidos em manifesta contrariedade à súmula. Não existindo tal possibilidade, periclitarão os conaturais resultados a serem produzidos pelo instituto.

Persiste, sem dúvida, o sentimento de que a recalitrância dos magistrados dos tribunais inferiores acarrete uma sobrecarga

de reclamações nos já congestionados tribunais superiores.

Há também pontos da proposta que merecem reparos. A exigência do quorum de três quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, para aprovação ou cancelamento da súmula, é apta a provocar séria ameaça ao prestígio do instituto. Isso porque, em parte ponderável dos conflitos interpretativos, essa maioria qualificada não é possível de ser obtida, situação que se agrava quando se constata que, no Superior Tribunal de Justiça, nem todos os seus integrantes compõem a chamada Corte Especial. Melhor seria optar pela maioria absoluta do plenário ou respectivo órgão especial.

Também se nos afigura negativa a previsão, no texto constitucional, do procedimento a ser observado para o cancelamento da súmula vinculante. De imediato, salta aos olhos a total impropriedade de se inserir na nossa Constituição, já abundante em normas formalmente constitucionais, o modo de superação dos entendimentos sumulados.

A exemplo do que já consta em nosso texto magno quanto à ação declaratória de constitucionalidade, da vinculação escapa o próprio tribunal que editou a súmula. Uma vez verificado que o precedente se mostra extremamente injusto, ou descompassado da realidade social, ou que a questão ainda não fora enfrentada sob outros argumentos, poderá a corte modificá-lo, até mesmo de ofício, no julgamento de recurso sobre o tema, sem que se tenha de percorrer o rígido e exclusivo procedimento preconizado pela PEC 54/95. Assim é que ocorre no *common law* e também sucedia com os assentos do reino português.

Já é suficiente previsão como a do art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a permitir a qualquer dos seus ministros submeter ao plenário a revisão de jurisprudência assentada em matéria constitucional, o que, a meu ver, não impede a iniciativa de outros interessados.

Infeliz a proposta de que a reiterada inobservância da súmula gere, em detrimento do magistrado de grau inferior, o cometimento de crime de responsabilidade, pois tal equivale à tipificação daquilo que, em episódio registrado pela historiografia forense, ficou conhecido como crime de hermenêutica<sup>76</sup>.

Haverá, com a ressalva de opiniões respeitáveis<sup>77</sup>, flagrante atentado à garantia da imparcialidade do julgador, alicerce do devido processo legal. Idem à independência do poder judicial, consagrada como princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito no art. 2º da Norma Ápice.

Bem mais condizente é a adoção de penalidades para aqueles que, ao se utilizarem do direito de recorrer, laborarem em manifesta oposição à súmula vinculante, como já previsto nos arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2º, ambos do CPC, ao depois de suas redações haverem sido alteradas pelas Leis 8.950/94 e 9.756/98. Não descartar a cominação de multas em percentuais mais elevados do que os já existentes.

### Notas

<sup>1</sup> Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico; efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 78-79.

<sup>2</sup> Complementando a informação, Sálvio de Figueiredo Teixeira (As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 142-161, jul./dez. 1998. p. 146) aduz que, no ano seguinte, esse volume fora elevado para 102.054 feitos distribuídos. O mais grave, diz o autor, é que, não obstante o acesso à Corte, mediante recurso especial, somente ser concebível nas limitadas hipóteses do art. 105, III, letras a/c, da CF, mais de 95% dos agravos contra a não admissão do recurso são desprovidos, proporcionando agravos regimentais e embargos de declaração.

<sup>3</sup> Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, a. 61, v. 208, p. 15-18, out./dez. 1964.

<sup>4</sup> A esta estão apensadas as PEC's 112 - A/95 (prevê sistema de controle do Poder Judiciário, tendo como primeiro subscritor o Deputado José Genoíno), 127 - A/95 (proveniente do Deputado

Ricardo Barros, visa alterar o art. 93, VI, da CF, trazendo apensa a PEC 215/95, do Deputado Mateus Schmidt, a prever a possibilidade de jubilação às juízas com menor tempo de serviço), 368 - A/96 (oriunda do Poder Executivo, atribuindo à Justiça Federal competência para o processo e julgamento dos crimes praticados contra os direitos humanos) e 500 - A/97 (propõe a atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade).

<sup>5</sup> A expressão *common law* é, com frequência, utilizada em três sentidos: a) numa acepção ampla, designando o sistema jurídico adotado na Inglaterra; b) em um sentido mais vasto ainda, indicando todos os países aos quais se alargou o modelo jurígeno inglês, ora por a Inglaterra havê-los colonizado, ou sobre eles exercido ponderável influência; c) em um aspecto técnico e restrito, para expressar uma parte da ordem jurídica inglesa, em contraposição com outras duas partes (a *equity* e a *statute law*).

<sup>6</sup> *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1993. p. 341-42.

<sup>7</sup> *Direito comparado*. Ed. rev. e atual. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1982-1983. p. 212-13.

<sup>8</sup> Precedente judicial : a experiência americana. *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, out./dez. 1998. p. 92-75.

<sup>9</sup> Admite-se a utilização pela justiça americana, com força de persuasão, da jurisprudência inglesa.

<sup>10</sup> Precedente judicial : a experiência americana. *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, out./dez. 1998. p. 79.

<sup>11</sup> *Stare decisis*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 90, v. 327, jul./set. 1994. p. 39.

<sup>12</sup> Abarca as ordens jurídicas da maior parte dos países europeus, destes excluídas as cinco ilhas britânicas (Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte e do Sul) e os ex-integrantes da chamada "Cortina de Ferro", espalhando-se à América de base espanhola (México, América Central e América do Sul) e de base lusitana (Brasil). Acrescente-se ainda, na África, as ordens jurídicas derivadas de países francófonos e lusófonos e, na Ásia, as Filipinas, em decorrência da influência do colonizador espanhol. A grécia, cessado o jugo turco, voltou-se ao estilo da família romano-germânica.

<sup>13</sup> É sentida, nos tribunais constitucionais, uma tendência de aproximação com as cortes superiores da *common law*. As semelhanças, basicamente, estariam no(a): a) escasso número de casos julgados; b) pequeno número de magistrados; c) formação, em grande parte, por membros não egressos da magistratura de carreira.

<sup>14</sup> Lo *stare decisis* nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, CEDAM, a. 41, n. 2, marzo/aprile. 1996. p. 1280.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 1.297-300.

<sup>16</sup> “*Tale rilievo è dovuto certamente alla consapevolezza che i giudici costituzionali hanno avuto, ed hanno, relativamente alla circostanza per cui «dall’insieme delle rationes decidendi (della Corte) nasce un diritto pretorio, com tutta l’autorità tipica di questo diritto, non certo di imporre ex lege il vincolo delle motivazioni, ma di influire sulla reale vita dell’ordinamento, affiancandosi se non alle leggi in sé, al diritto come vive e come viene usato dai giudici».* (id. *ibid.*, p. 1.300).

<sup>17</sup> *Diritto Costituzionale*. 3. ed. Padova, CEDAM, 1998. p. 769.

<sup>18</sup> “*perfeitamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte*”. (id., p. 770).

<sup>19</sup> “*Se subraya el peso del Bundesverfassungsgericht en la medida que los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como todos los tribunales y autoridades están vinculados por sus decisiones, y en que las mismas tienen fuerza de ley en cuanto afectan a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas*”. (La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*. Madri, Marcial Pons, 1996. p. 842).

<sup>20</sup> La legislación. In: BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*. Madri, Marcial Pons, 1996. p. 730.

<sup>21</sup> *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1992. p. 1.079-82.

<sup>22</sup> Advirta-se, de logo, que a força de lei, de que fala o autor, não significa dotar as sentenças declarativas de inconstitucionalidade da mesma natureza das leis, uma vez aquelas não serem formalmente atos legislativos. Traduz a mensagem de que aquelas guardam certa semelhança com relação às leis.

<sup>23</sup> Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996. p. 800 e 806-808.

<sup>24</sup> Foi a hipótese do Assento de 03-05-84, revogado pela Lei 24, de 01-08-89.

<sup>25</sup> Cuidou-se do Assento de 23-04-87, declarado incompatível com a Constituição, por meio da sentença 359, de 09-07-91, tendo em vista violar o princípio constitucional da não-discriminação dos filhos nascidos fora do matrimônio.

<sup>26</sup> O instituto teve início com a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, dirigido à anulação das decisões que infringissem a chamada doutrina legal, qual seja a assentada pelo Tribunal Supremo, cria-

do pela Constituição de 1812. Atinge a jurisdição criminal em 1870.

<sup>27</sup> “*si éste puede anular una ley por inconstitucionalidad ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier outra*”. (*Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987 y 1997. p. 296).

<sup>28</sup> “*Officiellement, si l’on peut s’exprimer ainsi, notre droit est entièrement un droit écrit et législatif, sans participation du juge. Les règles de droit procèdent uniquement de la Constitution, des traités, de la loi, des règlements. Le juge interprète les textes et ne crée pas de règles de droit*”. (*Droit administratif*. Paris, PUF, 1997. p. 486-87).

<sup>29</sup> “*Même en droit civil il est évident que, en fait, une partie importante des règles de droit administratif où les règles les plus importantes n’ont, le plus souvent, pas d’autre origine*”. (id., p. 487).

<sup>30</sup> Vale a pena conferir pesquisa levada a cabo por Ivan Lira de Carvalho (Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997. p. 176-78), na qual são discriminados os pontos principais da vasta contribuição da magistratura para a ordem jurídica francesa.

<sup>31</sup> O uso da expressão assento, substantivo derivado do verbo assentar, decorreu da circunstância de os Tribunais Superiores não se fixarem em lugar certo, acompanhando a Corte, tanto que, no Assento nº I (“extingue a pena da marca de ferro no rosto”), consta a indicação que fora feito em Évora, em 27-02-1523.

<sup>32</sup> Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, a. 61, v. 208, p. 16, out./dez. 1964.

<sup>33</sup> Recurso Especial Eleitoral 9.936 – RJ, ac. un., DJU de 11-03-93.

<sup>34</sup> Não perder de alcance que o anteprojeto Buzaid almejou revivescer, nos moldes vigentes em Portugal, a figura dos assentos, sendo, neste particular, alvo das mais fortes críticas.

<sup>35</sup> *Uniformização de jurisprudência*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 46.

<sup>36</sup> DJU de 16-05-77.

<sup>37</sup> O controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jul./dez. 1996. p. 131.

<sup>38</sup> A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: SCARTEZZINI, Ana Maria *et alii*. *Ação declaratória de constitucionalidade*; coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 62-78.

<sup>39</sup> Pleno, mv, rel. Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129/41.

<sup>40</sup> Poder Judiciário. Força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. Reformulação da técnica de declaração de constitucionalidade.



*Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 18, p. 284.

<sup>41</sup> A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: SCARTEZZINI, Ana Maria *et alli*. *Ação declaratória de constitucionalidade*; coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 102-103. O segundo remate consta no trabalho, do mesmo autor, intitulado "O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas" (publicado na revista *DCAP – Direito Administrativo Contabilidade e Administração Pública*, n. 4, abril, 1999. p. 41-43.).

<sup>42</sup> Conferência proferida no dia 07-04-99. In: *Superior Tribunal de Justiça*, 1989 – 1999; Eventos Comemorativos. Brasília, STJ, 1999, p. 94-96. Pontua o autor ser incontestável e plenamente legítimo o apanágio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para sumular as diretrizes básicas sobre as quais não pairam dúvidas, bem com exigir dos juízos inferiores que elas sejam obedecidas.

<sup>43</sup> Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 75-87.

<sup>44</sup> As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 10, n. 2, jul./dez. 1998. p. 160.

<sup>45</sup> A súmula vinculante e a Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jun. 1998. p. 357.

<sup>46</sup> A posição do autor cinge-se à força obrigatória das decisões vinculativas à Administração Pública, sendo indevido que estas maltratem o livre convencimento do juiz (Uma palavra sobre a súmula vinculante, *mimeo*.).

<sup>47</sup> Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 21, n. 84, out./dez. 1996. p. 185.

<sup>48</sup> A defesa que o consagrado professor faz do instituto independe de qualquer previsão constitucional expressa, antes resultando do sistema jurídico e da função dos tribunais superiores, guardando semelhança com o ponto de vista esposado por Miguel Reale. (Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n.1, jan./mar. 1997. p. 171-76).

<sup>49</sup> Precedentes no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n.10, 1995. p. 174-77.

<sup>50</sup> Apregoa a redução do efeito vinculante ao contencioso judicial administrativo e tributário e, mesmo assim, desde que tomadas as cautelas processuais indispensáveis à reabertura da discussão

de determinados temas mediante o surgimento de novos argumentos. (O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27, p. 31).

<sup>51</sup> Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 32, n. 128, out./dez. 1995. p. 185.

<sup>52</sup> Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997. p. 182-183.

<sup>53</sup> Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 4, n. 13, jan./mar. 1996. p. 159.

<sup>54</sup> Efeito vinculante das súmulas : os assentos da casa da suplicação. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 17, n. 35, ago. 1997. p. 448-49.

<sup>55</sup> A questão judiciária. *Revista da AJUFE*, Brasília, a. 17, n. 58, mar./set. 1998. p. 18-19.

<sup>56</sup> Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 63.

<sup>57</sup> Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 739, maio 1997. p. 11-42. Não esquecer que o autor, no item 7 do seu trabalho, formula uma proposta conciliatória, de maneira a admitir o *stare decisis*, contanto que tomadas algumas precauções nas sugestões de modificação constitucional.

<sup>58</sup> Decisão vinculante. Um atentado à liberdade. *Genesis : Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, a. 4, n. 14, jul./set. 1997. p. 668-71.

<sup>59</sup> Judiciário independente e responsável. *Enfoque Jurídico*, n.8, ago. 1997. p. 14-15.

<sup>60</sup> A súmula vinculativa como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, n.4, abr. 1997. p. 40-47.

<sup>61</sup> Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 85, v. 734, dez. 1996. p. 40-47.

<sup>62</sup> O efeito vinculante das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade Livre de Direito no Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, 1994. p. 170.

<sup>63</sup> Do perigo do efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 16, n. 27, jul. 1996. p. 324.

<sup>64</sup> A súmula vinculante e a Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jun. 1998. p. 355-59.

<sup>65</sup> Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista

dos Tribunais, a. 22, n. 87, jul./set. 1997. p. 103-109.

<sup>66</sup> Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 739, maio 1997. p. 18-32.

<sup>67</sup> *Juízes Legisladores?*. Tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999. p. 73-75.

<sup>68</sup> *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*. Madri, Civitas, 1991. p. 209-13, 223-26.

<sup>69</sup> *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro, Forense, 1958. p. 196-208.

<sup>70</sup> Pleno, ac. un., Questão de Ordem no Inquérito 687 – SP, rel. Ministro Sydney Sanches, julg. em 25-08-99, Informativo – STF nº 159, agosto de 1999.

<sup>71</sup> Pleno, mv, RE 193.817 – RJ, rel. Ministro Ilmar Galvão, julg. em 23-10-96, Informativo – STF nº 50, outubro de 1996.

<sup>72</sup> Conferência proferida no dia 07-04-99. In: *Superior Tribunal de Justiça*, 1989 – 1999; Eventos Comemorativos. Brasília, STJ, 1999, pp. 96.

<sup>73</sup> Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n.1, jan./mar. 1997. p. 171-76.

<sup>74</sup> Não obstante, a redação final aprovada pela Câmara dos Deputados, alterando a sistemática prevalecente até a prolação do parecer da em. relator perante a Comissão Especial, Deputada Zulaiê Cobra, aditou a menção “e nas ações declaratórias de constitucionalidade”.

<sup>75</sup> Conferir, entre outras, as Súmulas 17, 18, 40, 171, 174 e 220.

<sup>76</sup> Cuidou-se do rumoroso processo que, em 1896, a mando de Júlio de Castilhos, então governador do Rio Grande do Sul, fora movido contra o juiz Alcides Mendonça Lima, que interpretara, fora dos lindes puramente gramaticais, a lei estadual organizadora do Tribunal do Júri, havendo Rui Barbosa ocorrido em defesa do réu.

<sup>77</sup> Saulo Ramos (Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 4, n. 13, 159, jan./mar. 1996) e Ivan Lira de Carvalho (Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, p. 163, abr./jun. 1997). Este, ao depois de enquadrar o magistrado à condição de servidor público, para fins criminais, entende que a hipótese de desobediência poderá, em tese, configurar o delito de prevaricação (art. 319, Código Penal), desde que a recusa em cumprir a orientação vinculante seja perpetrada com o elemento subjetivo do correspondente tipo. Com a devida licença, penso que tal consideração não justifica eventual quebrantamento da independência do julgador. O problema que se aponta, quando da leitura da proposta de emenda, não é o da responsabilização criminal, a qual o juiz poderá incidir na condição de cidadão ou servidor. O grave é a intenção de extensão aos demais juízes da prática de crime de responsabilidade (atualmente só cabível quanto aos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, II, da CF), infração política, a justificar providências como o *impeachment*, o que, na prática, toldaria a liberdade de pensar do magistrado.

# Concepção jurídica de *povo* (Estado do *povo* ou o *povo* do Estado?)

Carlos Roberto M. Pellegrino

## Sumário

1. Introdução. O sentido de povo. 2. O sentido social. 3. O elemento pessoal do Estado: o pré-Estado. 4. Povo, Estado e governo. 5. Da soberania do povo à idéia de nação. 6. A dinâmica do povo e a coerência constitucional (o Estado nacional em mudança). 7. Aldeia global.

### 1. Introdução. O sentido de povo

Na delimitação do tema proposto para exame, importa considerar o homem na sua dimensão social, na expressão política do *povo*, e o quanto essa realidade coletiva repercute no dizer da sua concepção jurídica. Nessa perspectiva de indagação, nenhuma outra ambiência situacional é mais própria que o Estado, enquanto expressão dessa vontade articulada. Que seja esclarecida, preliminarmente, a impertinência de toda insinuação que pretenda a sobrevalência do Estado sobre a manifestação legítima da vontade determinada do povo, na medida em que este é elemento e razão do Estado.

Estabelecidas as premissas analíticas (porque fundamentais), havemos de sempre lembrar que, a partir da ilustração etimológica dos vocábulos *República* e *Democracia*, é realçada a riqueza significativa evidenciadora do elemento *povo* como expressão da vontade coletiva maior, conformadora do Estado. De então: *República*, de *res publica res populi*, a coisa do *populus*, o que é do *povo*<sup>1</sup>. Não menos eloquente é o vocábulo (também composto) grego *democracia*, empregado no

Carlos Roberto M. Pellegrino, Docteur d'Etat, é Professor Titular da Universidade de Brasília.

referimento ao exercício da autoridade (*cratos*) pelo *povo* (*demo*). Convém, desde então, assentar-se a exata medida conceitual que se estabelece entre *povo* e *população*.

Na perspectiva de uma outra consideração, tributária da sociologia, *povo* não se reduz a mera referência do coletivo de *homem*, porquanto, além desse elemento material, existe o ânimo psicológico de *com-vivialidade* (*cum vivere*) entre os indivíduos pertencentes a um mesmo ambiente cultural. Essa disposição *com-vivencial* é o dado fundamental conformador do Estado. O contínuo esvaziamento do sentido de *povo* causado pela banalização reducionista do termo leva, muita vez, ao menoscabo da importância do fator *povo* para a força constitutiva de sua organização social e política. Sem critérios científicos rigorosos são, de certo modo, compreensíveis os motivos da sinonímia vulgar no emprego de *povo* e *população* sem maiores preocupações conotativas. Contudo, apesar da proximidade conceitual, esses termos possuem evidentes traços discriminantes, como, aliás, distingue Costantino Mortati. O termo *população* encerra idéia menos ampla, referindo-se, mais particularmente, aos cidadãos de uma *comuna*<sup>2</sup>. Dizer do *povo* é aludir ao conjunto de todas as pessoas. Não há dúvida, porém, que no emprego de quaisquer das expressões é sempre possível constatar-se a repercussão jurídica, na medida em que se busque estabelecer relação com um determinado tipo de instituição politicamente organizada, seja a *população* de um município para efeito de estimativa de coeficiente eleitoral, seja o *povo* brasileiro, na expressão da legitimidade constitucional. Autores há para quem o conceito de *população* evoca princípios de natureza demográfica ou econômica<sup>3</sup>, elementos esses insuficientes para a explicação do Estado, como ente político. De qualquer modo é sempre imprestável confundir-se *povo* com *país*, *nação*, *Estado*, *sociedade*, *religião*, etc. Cada uma dessas realidades há de sempre ser tomada em conta na especificidade contextual reveladora de aspectos mais ou me-

nos particulares<sup>4</sup>. Assim, por não emprestar sentido unívoco, o termo *povo* é sempre empregado para evidenciar conceitos ou realidades claramente delimitadas pela intencionalidade – implícita ou explícita – do autor, quando não convém o emprego de *país*, *nação*, *Estado* ou *sociedade*, ou quando pretenda, em um só termo, dois ou mais sentidos referenciais, temporal ou espacialmente, com respeito a seus conteúdos, seja de ordem econômica, jurídica, política, religiosa ou cultural.

## 2. O sentido social

Como salientado, nada é mais evidente que o sentido *com-vivencial* humano para a expressão jurídico-política, sem embargo do fator social da experiência comunitária culturalmente estável, forma ingrediente essencial de nossa própria existência.

A manifestação existencial do homem nos moldes da *vida objetivada*<sup>5</sup>, com vista ao atendimento das necessidades, organiza-se na expressão de caráter normativo formal para regular as ações coletivas ou sociais. O fenômeno jurídico situa-se, portanto, na relação conseqüente, *povo-Estado*.

Na visão de alguns dos filósofos, como Locke, Rousseau, Hobbes, ou até mesmo os teóricos anarquistas como Godwin, Stirner, Proudhon, Bakunin, Kropotkine, a dinâmica do fenômeno relacional – *povo-Estado* – encontra fundamento enquanto realização dos ideais de supremacia individual pelo consenso, sendo que para outros estudiosos, da vertente hegeliana de pensamento, é incontestável a supremacia do Estado, com o caráter de coerção legítima (Weber) sobre o *povo*. Certo é, contudo, que, na prática, tais distinções confundem-se, quando não, desaparecem<sup>6</sup>. Esse é também o quadro no contexto das relações públicas internacionais, quando o Estado deixa de ser o órgão exclusivo para dividir espaço com as organizações internacionais.

Uma vez rememorados esses apontamentos teóricos, importa reparar no momento histórico atual, as conseqüências do

surgimento de uma nova ordem mundial calcada na idéia, em certos aspectos falaciosa, da *globalização*.

A ação concertada no ambiente globalizado tem feito reafirmar certas tendências de vocação hegemônicas em detrimento das sociedades economicamente periféricas, francamente incapazes, por razões conjunturais, de fazer frente à ofensiva dos centros mais fortes e, com isso, atender aos interesses locais e *hiperlocais*. Alterações como essas do quadro econômico internacional, jamais observadas em período histórico tão curto, expõem as conseqüências da rápida superação de algumas instituições jurídicas e conceitos do direito que se mostram *inadaptados* para as circunstâncias emergentes do processo de globalização. Registra-se, por exemplo, a peculiaridade da expansão das relações de natureza privada, sem que aconteça, em contrapartida, uma contração do público com a constante intervenção tutelar do Estado<sup>7</sup>. A necessidade de constantes adaptações e diversificações parece ser mais aguda para os serviços públicos, que deixam de ser geridos pelo Estado para serem efetivamente por ele regulados.

### 3. O elemento pessoal do Estado: o pré-Estado

No processo social da agregação humana, o momento *pré-estatal* antecedente à plena caracterização do Estado tem repercussão meramente sociológica. O complexo das identidades étnicas, geográficas, lingüísticas, religiosas e políticas somente ganha contornos definitivos nos moldes de estrutura estatal quando ocorre a positivação da ordem constitucional. Nessa dimensão, *povo* e *Estado* estabelecem definitivamente as condições de correlação jurídico-política conseqüente. De acordo com o registro de Kelsen, não se pode compreender a essência de uma ordem jurídica nacional, seu *principium individuationis*, sem que se pressuponha a realidade social subjacente no Estado, o *povo* sujeito de direito. Um sistema de normas

possui a unidade e a individualidade em virtude das quais merece o nome de ordem jurídica nacional, unicamente porque numa ou noutra forma se acha referido a um Estado institucional e a sua realidade social preexistente<sup>8</sup>. Somente depois de haver a coletividade humana estabelecido as bases institucionais do ordenamento político estável, regido por normas de um direito público interno (e, em alguma medida, a partir de disposições do direito internacional), é que repercutem as conseqüências jurídicas. Desse acervo regulamentar depende a coletividade para o desenvolvimento estável das suas relações de direito.

Abstraindo-se de certas construções artificiosas, próprias à inteligência humana, é permitido dizer que assim como o Estado não cria o seu povo, tampouco o povo cria o Estado, isso pela simples evidência do caráter de relação essencial dos três elementos imediatamente concorrentes para o surgimento da organização estatal. Do mesmo modo, *Estado, povo e poder* (exercício da autoridade estatal) se interferem reciprocamente e são formados no mesmo instante por virtude do fato constitutivo do Estado<sup>9</sup>.

### 4. Povo, Estado e governo

Conquanto concorrentes para o atendimento do bem comum, do ponto de vista técnico-jurídico, *povo, Estado e governo* mostram-se conceitualmente díspares.

Do paralelismo que se estabelece entre as noções de *povo* e *governo*, emergem, com exatidão, os contornos elementares que compõem a realidade organizacional do Estado. Partindo-se da constatação do *Estado*, projeção de uma realidade política, esta encontra fundamento na solidariedade do grupo social (*povo*), fixada por vínculos culturais gestados nos limites da porção territorial precisamente delimitada.

É certo que nem mesmo na visão doutrinária clássica encontra-se unanimidade quanto aos elementos que concorrem para o surgimento do Estado. Para alguns estu-

osos da questão, tudo se resume à pretensa simplicidade conceitual da soberania e da territorialidade (Santi Romano). É suficiente que se constate o império soberano de uma ordem nacional sobre um território para que haja o Estado. Outros (Ataliba Nogueira) entendem ser necessário acrescer às três expressões de herança clássica: o *povo*, *território* e *soberania* (aí compreendidos o *poder* e a *autoridade*) um quarto elemento, *opoder*. Sem pretender espichar a polêmica, até porque inócua, temos que o *poder* é intrínseco ao exercício da soberania, daí o seu destaque injustificado.

Na expressão de sentido político, *povo* são as pessoas (indivíduos) que *com-vivem* em um determinado espaço físico sob um sistema de organização política e administrativa. Dessa interação de individualidades, na força de sua manifestação coletiva, sobrelevam os *cidadãos*, que são os titulares de direito público subjetivo que lhes assegura o direito de interferir no processo decisório da organização política (*ius honorum*). Essa ação concertada no agir responsável e livremente expressado pelo exercício pleno da *soberania nacional* é decisiva para o atendimento das necessidades comuns da sociedade.

A co-participação das responsabilidades nacionais ganha disciplina tanto ao nível do reconhecimento de uma tábua de direitos e deveres individuais quanto de parte daqueles que recebem – do *povo* – a manifestação da legitimidade da representação política, fazendo-se, institucionalmente, *governo*. A isso resulta o *Estado de Direito*.

O submetimento da administração ao direito, uma das formas mais originárias de garantia dos direitos do *povo*, foi incorporado pelo Estado constitucional de Direito como expressão particular de alguns de seus princípios constitucionais (a supremacia constitucional e a rigorosa sujeição do Estado ao direito). O imperativo de que o poder se expresse mediante leis genéricas, abstratas e vinculantes para o *povo* também é válido para os poderes públicos. Assim como o

*povo* não pode desatender às determinações constitucionais, também as instituições governamentais não podem, a nenhum pretexto, desatender ao que manda o direito, ignorando os legítimos anseios do *povo*. Este, o elemento significativo e preponderante do valor do *povo*, sentido que não pode ser vulgarizado, porque tributária a idéia de Estado. De ser frisado, com a visão kelseniana, que o *povo* constitui-se no âmbito pessoal de aplicação do direito do Estado<sup>10</sup>, ou seja, o conjunto dos destinatários, por excelência, da ordem jurídica estadual<sup>11</sup>. Do quanto se viu, resta que, para conceituar o Estado, é necessário estabelecer referência às relações políticas mantidas entre os homens. Desde o ponto de vista tanto da ciência política e da filosofia política quanto do direito constitucional, a população, aqui tomada no sentido amplo de *povo*, compõe-se de indivíduos. Esse enfoque conduz a filosofia política a estudar os direitos que o homem “deve ter” frente ao Estado. Ao direito constitucional comporta o exame das características formais dos direitos e deveres consagrados no acervo normativo estatal. À ciência política toca indagar como a ação concertada do homem é determinante para o exercício do poder ou é, por ele, afetado. Mas também, a filosofia política, a ciência política e o direito constitucional referem-se ao *homem* participante de um grupo mais amplo. Surgem, então, as diversas possibilidades metodológicas acerca da caracterização dos grupos sociais.

O emprego generalizado e comum, pelos cientistas sociais, do designativo *povo* enquanto idéia de *nação* não encontra mais cabimento científico porque dado absolutamente dispensável à concepção de modelos analíticos de verificação empírica. A ênfase atual desloca-se para a consideração da realidade interativa das *classes* ou *grupos de interesse* (*pressão*) classificadores da população, esses sim, próprios para efeitos de análise política.

A distinção possível de ser estabelecida entre o *povo* – elemento essencial de titulari-

dade da soberania – e o *Estado* – realidade política juridicamente organizada que se manifesta pelos seus órgãos habituais (legislativo, executivo e judiciário) – encontra fundamento para a determinação da estrutura básica da positividade constitucional (especialmente na legitimação das ações administrativas) e suas características estruturais da organização estatal<sup>12</sup>. Nos Estados ocidentais, salvo algumas raras exceções (Cuba), a Constituição resulta do exercício de um direito subjetivo e soberano imanente ao *povo* soberano para dar molde a uma expressão política com efeitos jurídicos.

É certo que o Estado não existe em si e por si; a sua porção de autonomia reflete o grau de autonomia de seu povo, que, de acordo com sua tendência ideológica, estabelece livremente os princípios reitores de sua organização política e escolhe seus representantes. Esse processo *eletivo* feito de modo a assegurar livre participação do *povo* em geral e com igual peso participativo chamamos: *democracia*.

*Governantes* e *governados* (*povo*) têm qualidades específicas na separação de funções, ainda que os *governantes* tenham origem no *povo* (*governados*). Os *governantes* governam na conformidade disposta na Constituição e nas leis às quais devem estrita observância.

O elemento democrático do estamento governamental se encontra no exercício da dúplice virtude: governar mediante estatuto ditado pela Constituição e igualdade dos governantes aos outros cidadãos, de onde, aliás, provêm. O Poder é atributo de mando outorgado aos governantes por ordem dos governados, o *povo*.

##### 5. Da soberania do povo à idéia de nação

Sendo possível falar do Estado em termos de organização política e inclusive de tipo de autoridade ou legitimidade, sobre o conceito de nação, o mesmo não acontece.

Categoria descritiva, denomina-se nação brasileira o conjunto daqueles que receberam do Estado essa nacionalidade. A coletividade dos cidadãos é conjunto tão particular que a palavra “nação” não se aplica, generalizadamente, à população de todos os estados outros de expressão cultural diversa. A nação se define como fundadora do Estado, em vez de ser constituída por ele.

Na perspectiva da moderna observação sociológica, conceitos antigos ganham novo tratamento descritivo, embora seu conteúdo permaneça inalterado. Assim pode ser avaliado o posicionamento de Alain Touraine (1996), que, sem embargo da perspicácia e agudeza de espírito, justifica o fenômeno sócio-político na relação Estado-nação, mas não chega a explicá-lo em termos de superação conceitual. Em outros termos, mudam-se os ângulos de visão, mas os sujeitos permanecem os mesmos. As questões são as mesmas, embora vestidas de novas cores. De acordo com o conceito clássico de *nação*, expressão do coletivo político e cultural, essa figura está associada não somente à atividade instrumental de realização do bem comum, mas também a uma identidade cultural ao constituir-se em espaço de liberdade. Essa concepção básica, de moldes tradicionais, caiu em franco descrédito na medida em que a realidade da ambiência política é sempre fortemente marcada pela determinante ideológica e por forças mobilizadoras da opinião pública, desvirtuando inteiramente o verdadeiro sentido de *nação*, como expressão da identidade cultural do *povo*. Na realidade, a idéia de nação mostra-se tão estreitamente associada àquela de Estado que já não se pode distinguir, com princípios de certeza, um e outro. O Estado, ao mesmo tempo em que manifesta o poder da nação (pela ação de sua força militar, pelo complexo administrativo, a implementação de sua política educacional), tem no elemento populacional (*povo*, *nação*, *população*) uma de suas características físicas.

Países como a França e os Estados Unidos da América tendem a considerar – na

proclamação de suas Constituições – que a nação é a expressão de valores universais, de modo que o interesse superior do Estado deve corresponder ao conjunto dos interesses particulares. Essa concepção muito próxima à da economia liberal, desde Adam Smith até Bentham, está fundada na correspondência do interesse particular e interesse geral ou o bem comum graças à ação de uma mão invisível. Como sociedades políticas, esses países correspondem completamente a essa ideologia que traz em si um risco de estatismo republicano.

Em qualquer dos sentidos que se possa emprestar à noção, o *povo* é não apenas indispensável, mas essencial para a existência e compreensão do Estado, na medida em que este é a realização da vontade coletiva dos indivíduos<sup>13</sup>. De modo geral, pode-se conceituar *povo* como o *conjunto de indivíduos convivendo em um determinado território sob o comando de um governo próprio organizado em um ordenamento jurídico originário (ubi societas ibi ius)*. Toda sociedade requer um direito, normas e instituições, mas a consciência de um povo, enquanto magnitude jurídico-política, dá-se predominantemente no marco estatal.

No âmbito do Estado, o elemento *personalista*, humano (*povo*), manifesta-se como *titular do poder constituinte*, cujo exercício dessa autoridade soberana se dá mediante procedimentos e critérios democráticos – no sentido rigoroso do designativo grego – preconizados numa Constituição. Senhor exclusivo de seu destino, expressão legítima de todo poder e autoridade, o *povo* estabelece os contornos institucionais de sua organização política por meio de representantes (Preâmbulo da Constituição brasileira: “Nós, representantes do *povo* brasileiro...”). O *povo* não se resume, portanto, à simples referência conceitual descritiva, mas é sujeito *operacional*<sup>14</sup>, credor único e insubstituível dos benefícios alcançados pela comunidade estatal e objeto de toda proteção. Na observação de Konder Comparato (1998, p. 14),

“Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político”.

Ainda no século XIII, influenciado pelo neo-aristotelismo que, à época, influenciava nos círculos do pensamento vivo, Marsílio de Pádua (cerca de 1275-1342), antecipando-se em alguns séculos os argumentos rousseauianos, ensina que a autoridade política fundamental não é do governo, mas do *povo*, o “legislador humano”, o conjunto dos cidadãos, que detém o poder soberano para estabelecer as regras de convivência política e social. No *Defensor Minor* (Cap.XII), Marsílio prescreve que

“O supremo legislador humano, desde a época de Cristo, e talvez mesmo há algum tempo antes, até hoje foi, é e deve ser o conjunto de todos os homens ou sua parte mais relevante em cada uma das regiões e províncias, os quais têm de estar subordinados aos preceitos coercitivos da lei”<sup>15</sup>.

Na constatação de Rousseau a respeito do *povo* na perspectiva de sua inserção no Estado,

“antes, pois, de examinar o ato pelo qual um povo elege um rei, conviria examinar o ato pelo qual um povo é povo, pois esse ato, sendo necessariamente anterior ao outro, constitui o verdadeiro fundamento da sociedade”<sup>16</sup>.

Depois de consideradas as condicionantes sociais e políticas acerca de *povo* e *Estado*, sobreleva, pela oportunidade do momento histórico, a indagação prospectiva de Friedrich Müller (1998): quem é este povo e qual a sua participação nos atos do Estado em face do fenômeno da *globalização*?

Respostas a tais perguntas constituem-se, sem dúvida, graves desafios para os estudiosos de uma Teoria do Estado no portal do novo século. Mesmo os teóricos do Direito



Constitucional procuram explicações em face da dogmática constitucional de diversos países que, na literalidade da determinação de suas Cartas fundamentais, remetem ao *povo* a titularidade do poder estatal, inaugurando, assim, um Estado constitucional de Direito. A referência a essa titularidade, como também lembrada por Friedrich Müller (1998, p. 47-53), vem, entre outras Constituições, na do Brasil e na Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

Na condição fundamental para a definição do Estado, o elemento *povo*, consolidado titular do poder estatal, sempre exerceu fascínio no contexto científico da Teoria do Estado. Ora, se efetivamente o *povo* detém a titularidade do poder e o Estado Moderno exerce-o sob as condições e limites convenencionados numa Constituição, entende-se melhor o Estado constitucional de Direito a partir do fundamento da segurança jurídica e da previsibilidade das ações estatais, como lembra Geraldo Ataliba (1985, p. 144 - 152), um dos pilares da submissão do Estado ao Direito.

Contudo, a incidência e destaque doutrinários acerca do fenômeno da *globalização*, notadamente da econômica, sugerem novas reflexões acerca dos elementos característicos do Estado contemporâneo, com especial ênfase ao atributo da *soberania*, enquanto manifestação do poder estatal, o qual é exercido em nome do povo, sob sua legitimação e delegação. Qualquer ensaio tendente à descaracterização da soberania estatal como elemento essencial na definição do Estado não parece correto, mesmo em virtude das conseqüências admitidas como inexoráveis resultantes dos destemperos cometidos a pretexto da globalização. Não se perca de vista que a manifestação da soberania de um Estado decorre de sua Constituição feita pelo *povo*, instrumento, por excelência, de legitimação das ações estatais, e o que somente poderá ser retirado de um *povo* pela violência das armas, com a instalação da tirania, significado antinômico do Estado de Direito.

## 6. A dinâmica do povo e a coerência constitucional (o Estado nacional em mudança)

Sendo a soberania um poder absoluto, supremo na ordem interna e não subjugado na ordem externa, é fácil perceber que não podem coexistir dois poderes no mesmo território ao mesmo tempo, pois apenas aquele que tiver capacidade de impor suas decisões será realmente um poder soberano, não o outro. Dessa forma, como há incompatibilidade entre o poder do Estado nacional e o poder do bloco regional, apenas um deve prevalecer.

Como o Estado nacional baseia-se em vínculos muito mais fortes e duradouros – até porque naturais – que os vínculos que agregam os blocos regionais, é notório que o poder soberano deve ser titularizado pelos Estados nacionais, não pelos blocos regionais, pois sua força é momentânea, lastreada em fatores dinâmicos e frágeis, não resistindo ao confronto com os sentimentos nacionais.

Ademais, além do Estado nacional ser um imperativo natural, pois as nações são muito deferentes umas das outras e tendem a preservar seus costumes e tradições, a manutenção do Estado nacional representa uma questão democrática, uma vez que o povo pode escolher os comandantes dos Estados, mas jamais escolherá os diretores de empresas, razão pela qual o estabelecimento de uma ordem global baseada no poder econômico jamais será uma ordem democrática.

Aliás, Claude Raffestin (1993, p. 155) bem observou que “a grande diferença entre malha política e malha econômica está no fato de que a primeira resulta de uma decisão de um poder ratificado, legitimado, enquanto a segunda resulta de um poder de fato”. De concluir que não existe soberania que seja estranha à realidade nacional do Estado.

Colhe-se de estudos recentes que a eficiência de um Estado homogêneo, universa-

lista, compreendendo um *povo* que se expressa no mesmo idioma, com tradições comuns e um território definido, que não experimenta situações como aquela dos povos maias, que vivem no sul do México e no norte da Guatemala, ou dos mais de duzentos e cinquenta grupos lingüísticos que situam-se no território de Ruanda, Burundi, Zâmbia e Congo, parece desgastada, inoperante. Também o conceito de soberania, tanto na sua manifestação interna (autonomia suprema de decisões no seu território), quanto na externa (independência e igualdade em relação aos outros Estados), parece enfrentar uma “crise de identidade”. E não é sem motivo.

Conseqüência do processo da globalização, acontece o fenômeno da *desterritorialização* e a fragmentação do poder estatal, enquanto reflexo da progressiva e maciça influência do capital externo, empresa e entidades internacionais com repercussão direta (e imediata) no quadros políticos nacionais. A soberania, alvo de críticas e acomodações conceituais, tem sido objeto de constantes tentativas de “relativização” que, embora ainda tida como um elemento do Estado, suas características são cada vez mais discutíveis e discutidas, e sua aplicação limitada por temperamentos de conveniência. Os Estados, sobretudo os periféricos das grandes potências, longe de serem uma realidade unívoca em sua dinâmica estrutural, apresentam-se no contexto de um processo político dialético, cujos momentos resultam na acomodação ou justaposição de interesses díspares, mas de forte conotação multinacional.

### 7. *Aldeia gloal*

Do ponto de vista da organização estatal, a distinção entre os indivíduos *nacionais* e os estrangeiros encontra justificativa apenas para caracterização do que Friedrich Müller (1998, p. 55-58) chama de *povo ativo*, ou seja, o conjunto dos indivíduos titulares de direitos e deveres perante a ordem jurídi-

ca interna, fundada nos direitos e garantias constitucionais, como os direitos políticos, os relativos à seguridade social, enfim, aqueles que são intrínsecos ao exercício constante da cidadania perante o Estado, beneficiados pelas ações estatais, posto que são destinatários naturais destas. Ao contrário, os estrangeiros, provisoriamente albergados pela tutela de um outro Estado que não o seu de origem, porém sob as vistas da ordem internacional, ainda não gozam plenamente das mesmas prerrogativas dos cidadãos nacionais do país. Essa constatação é, sem dúvida, preocupante, sobretudo nesse quadro da história.

A tipificação conceitual do *povo* como sujeito de dominação decorre da idéia de consentimento, surgida na Inglaterra, no século XII, em período próximo à edição da Magna Carta, com a eleição pelo povo, ou parcela significativa deste, pelo menos, dos representantes para comporem o Parlamento, os quais tinham a função (que guardam ainda hoje) de deliberar sobre as relações sociais e limitar as ações estatais pelos critérios da legalidade, da moralidade e da probidade estatais.

Essa participação do *povo* na definição dos fins do Estado não se restringe apenas a eleição de seus representantes para o órgão legislativo, mas também como destinatários dessas mesmas deliberações legislativas (normas jurídicas). Nesse raciocínio, não estão excluídos os não-eleitores, ou seja, os indivíduos que têm direitos políticos relativos de elegerem ou serem eleitos representantes do *povo*.

*Last but not least*, se a Teoria Geral do Direito observa que as normas jurídicas são *genéricas* e *abstratas*, vedando-se destaques individualizadores e direcionamento mandamental, sob a ótica do plano estático da norma, essa generalidade é entendida como sendo a destinação a todos os indivíduos tutelados pela ordem jurídica vigente no Estado.

Ao se pretender a eficiência do Estado contemporâneo, sucessor do modelo liberal

do agonizante Estado Moderno, não há fugir da constatação de que o *povo* vem trilhando um caminho ainda tortuoso na conquista de sua autodeterminação como sociedade civil organizada e detentora do poder estatal. Mas de toda análise resulta a certeza de que, ínsito ao conceito de Estado, o *povo* no sentido amplo da expressão, ou como querem outros, a *nação*, a *comunidade* ou simplesmente os *cidadãos*, mantém-se como fundamento sólido de toda sociedade soberana frente ao ordenamento jurídico internacional, quanto mais a um processo de globalização das relações entre os Estados.

Na perspectiva da *globalização* dos meios de produção e informação – à exclusão de toda extensão que se pretenda com a soberania dos Estados –, é crescente a relação de intersubjetividade entre indivíduos de diversos Estados soberanos. Desse fato, é inegável que a expressão *povo* começa a ganhar nova dimensão em consequência dos efeitos jurídicos mais abrangentes, na medida em que os direitos e garantias constitucionais inerentes à pessoa humana, como assegurados pelas ordens nacionais, são progressivamente estendidos aos indivíduos de origem estrangeira momentaneamente presentes no território do Estado hospedeiro. Ao menos do ponto de vista dos direitos humanos, o momento da globalização terá significado incontestavelmente positivo; a consagração efetiva dos *direitos humanos*, como preconizado pelo ordenamento jurídico internacional.

### Notas

<sup>1</sup> Cicero, DE RE PUBLICA, I, XXV. (...) *respublica res populi; populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. “A república coisa do povo, considerando tal não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum”. – tradução por Amador Cisneiros. São Paulo, Ed. Abril, 1973. p. 155. (Coleção Os Pensadores).

<sup>2</sup> “b) *L'altro elemento costitutivo è dato dalla popolazione, cioè da quei cittadini italiani i quali risiedono stabilmente nel comune, sono perciò iscritti nei suoi registri anagrafici e si chiamano “comunisti” o cittadini comunali.*” Mortati, 1976, p. 996.

<sup>3</sup> Caetano, 1983, p. 123.

<sup>4</sup> Caetano, 1983, manifesta sua preferência à “palavra *Povo* para designar a colectividade humana que, a fim de realizar um ideal próprio de justiça, segurança e bem-estar, reivindica a instituição de um poder político privativo que lhe garanta o direito adequado às suas necessidades e aspirações”.

Interessa, ainda, transcrever trecho do pensamento sempre lúcido do neotomista Jacques Maritain, para quem, “no que toca à própria noção de povo, diria eu que o conceito moderno de povo tem uma longa história, derivando de uma singular diversidade de significados que se fundam entre si. Considerando, todavia, apenas o significado político da palavra, basta-nos dizer que o povo é a multidão de pessoas humanas que, reunida sob o império de leis justas, por uma mútua amizade, e para o bem comum de sua existência humana, constitui uma sociedade política ou um corpo político. A noção de corpo político significa a unidade total composta pelo próprio povo. A noção de povo significa o conjunto de membros organicamente unidos que compõem o corpo político”. MARITAIN, 1966. p. 32.

<sup>5</sup> Cf. Ricasens Siches, 1952, *passim*.

<sup>6</sup> “Mesmo que a autoridade do Estado reine de modo absoluto, tipificando uma relação de superioridade, tramitação entre Estado e sociedade civil envolve uma certa dosagem recíproca de interesses”. Wolkmer, 1983, p. 39.

<sup>7</sup> Moreira Neto, 1995, p. 28.

<sup>8</sup> Kelsen, 1969, p. 216.

<sup>9</sup> Miranda, 1973, p. 206.

<sup>10</sup> “*El pueblo del Estado son los individuos cuya conducta se encuentra regulada por el orden jurídico nacional: trátase del ámbito personal de validez de dicho orden.*” Kelsen, 1969, p. 276.

<sup>11</sup> Miranda, 1973, p. 211.

<sup>12</sup> Gordillo, 1984, p. 45 e ss.

<sup>13</sup> Canotilho, p. 105.

<sup>14</sup> Cf. Comparato, 1998.

<sup>15</sup> No mesmo sentido escreve em *Defensor Pacis, parte primeira, Cap.XIII*: “A autoridade para instituir leis e dar preceito coativo pertence unicamente à totalidade dos cidadãos ou a sua parte mais relevante, como a sua causa eficiente, ou àquele ou àqueles que os cidadãos autorizarem para tal”. Cf. Pádua, 1989; Pádua, 1991.

<sup>16</sup> *Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il seroit bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple; car cet acte, étant nécessairement antérieur à l'autre, est le vrai fondement de la société. Ille contract social. Livre I, chap.V.* (francês da época, NA).

## Bibliografia

- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, s./d.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo 1. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é povo?*. Tradução por Peter Naumann. São Paulo : Max Limonard, 1998.
- GORDILLO, Agustín A. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid : Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.
- JACQUES, Maritain. *O Homem e o Estado*. Tradução por Alceu Amoroso Lima. 4. ed. Rio de Janeiro : Agir, 1966.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Tradução por Eduardo Garcia Maynez. 3. ed. México : UNAM, 1969. p. 216.
- MIRANDA, Jorge. Sobre a noção de povo em direito constitucional. In: *Estudos de direito público em honra do professor Marcello Caetano*. Lisboa : Ática, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Estado brasileiro no processo de globalização. In: *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Cândido Mendes : Imprensa Universitária, a. 1, n. 1, 1995. Nova Série.
- MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 6. ed. Tomo 2. Padova : CEDAM, 1976.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é povo?*. Tradução por Peter Naumann. São Paulo : Max Limonard, 1998.
- PÁDUA, Marsílio. *El defensor de la paz*. Madrid : Tecnos, 1989.
- PÁDUA, Marsílio. *Defensor menor*. Petrópolis : Vozes, 1991.
- REFFESTIN, Claude. *Por uma geografia do poder*. Tradução por Maria Cecília França. São Paulo : Ática, 1993.
- RICASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*. México : Ed. Porrúa, 1952.
- TOURAINÉ, Alain. *Podremos vivir juntos? : el destino del hombre en la aldea global*. Tradução por Horácio Pons. México : Fondo de Cultura Económica, 1996.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Sociedade, Estado e o Direito. In: *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, n. 26, v. 3, set./dez. 1983. p. 39.

# A apropriação do solo no Brasil colonial e monárquico: uma perspectiva histórico-jurídica

Carlos Alberto Bittar Filho

Agora que se comemoram os quinhentos anos do descobrimento do Brasil, nada mais oportuno do que proceder a uma profunda análise da apropriação do solo nos períodos colonial e monárquico. O objetivo do presente trabalho é, com supedâneo em uma perspectiva histórico-jurídica, procurar aclarar quais os títulos jurídicos que, antes do advento do Código Civil (1917), permitiam o acesso à terra.

Uma das formas de apropriação do solo foi a aquisição de sesmarias. Surgidas em Portugal para o povoamento e o aproveitamento útil das terras conquistadas aos mouros, as sesmarias eram terras distribuídas pela Coroa sob concessão. Se a terra concedida não fosse devidamente aproveitada, a Coroa tinha o direito de retomá-la. Falava-se, nesse caso, em *terra devoluta* (= devolvida).

Assim que se iniciou a efetiva colonização do Brasil, inclusive com o estabelecimento das capitanias hereditárias e, posteriormente, dos Governos Gerais, houve a necessidade de que se povoasse o território, garantindo-se a posse efetiva para a Coroa de Portugal e, passadas as ilusões quanto à existência de ouro na faixa litorânea do Brasil, realizando-se o cultivo das terras. Assim, lançou-se mão da experiência da concessão de sesmarias.

O primeiro produto cultivado foi a cana-de-açúcar, em dois pontos fundamentais: São Vicente e Pernambuco. Após um período de prosperidade, São Vicente transfor-

Carlos Alberto Bittar Filho é Procurador do Estado de São Paulo e Doutor em Direito pela USP.

mou-se numa das regiões mais pobres da colônia, principalmente em decorrência de sua distância com relação a Portugal. Mas em Pernambuco a situação foi completamente diversa. A cana adaptou-se extraordinariamente bem ao solo, chamado de massapê, vermelho, oleoso e fertilíssimo. Além disso, o Nordeste tinha o privilégio de encontrar-se mais próximo de Portugal.

A partir de Pernambuco e do Recôncavo Baiano, o cultivo da cana alastrou-se rapidamente por todo o litoral nordestino. A Zona da Mata, quente e úmida, passou a ver, pouco a pouco, o verde da floresta tropical ser substituído pelo verde da cana.

Por que a cana? O açúcar extraído dela substituiu o mel como adoçante nas mesas européias. O cultivo dela já era realizado por Portugal na Ilha da Madeira; os portugueses, portanto, já dominavam o seu cultivo e a tecnologia do fabrico do açúcar. O solo e o clima do Nordeste do Brasil se mostraram extremamente favoráveis ao cultivo em larga escala. Já que a extração em massa do pau-brasil praticamente o havia extinguido e também havia gerado sua desvalorização por excesso de oferta, e como a esperança de encontrar ouro fácil não se confirmou, a cana era a alternativa econômica mais viável de Portugal na sua colônia atlântica. Por fim, a progressiva decadência do comércio com as Índias (Orientais) e a ameaça estrangeira sobre o Brasil (principalmente por parte dos franceses) exigiam da Metrópole medidas mais efetivas de povoamento e colonização.

A cana gerou um ciclo econômico próprio, tendo dado base para o surgimento da primeira aristocracia brasileira; a aristocracia da cana-de-açúcar foi a primeira manifestação da chamada “nobreza da terra”.

Mas a cana tinha as suas exigências. Seu cultivo demandava grandes extensões de terra para apresentar retorno econômico. Necessitava de muita mão-de-obra escrava – primeiramente os índios (“negros da terra”) e, após, os negros africanos –, mesmo porque a população portuguesa na época

do descobrimento era estimada em cerca de um milhão de habitantes. Os escassos recursos técnicos na área agrícola não permitiam aos portugueses enfrentar os desequilíbrios e as incertezas típicas do clima tropical (enchentes, chuvas torrenciais, saúvas, etc.). Para a produção de açúcar em larga escala, para exportação, havia a necessidade de razoáveis cabedais; aliás, eles constituíam um dos requisitos oficiais a serem preenchidos pelo candidato a uma sesmaria.

Estavam geradas as condições que permitiram o surgimento do latifúndio no Brasil. Sesmaria, monocultura de cana-de-açúcar, Nordeste, escravidão, nobreza da terra e fabrico de açúcar para exportação: essas foram as engrenagens fundamentais do sistema latifundiário nos primórdios da colonização.

A mentalidade de época ainda se encontrava profundamente marcada pelo modo de produção feudal e pelos valores a ele relacionados, entre os quais estava a alta reputação da terra. Iniciada a monocultura da cana-de-açúcar, sustentada pelo latifúndio escravista, dentro ainda de uma mentalidade feudal, a terra tornou-se logo alvo de todas as atenções. Afinal, no princípio da colonização, era a grande fonte de poder, riqueza e *status*. Muita vez, o grande sonho do português que desejava fixar-se em solo brasileiro era tornar-se proprietário de terras. Mesmo se fosse comerciante, em conseguindo acumular um certo capital, por vezes pleiteava sua sesmaria e se incorporava à aristocracia açucareira.

Aos latifundiários eram concedidos direitos políticos (por exemplo, participação nos Senados das Câmaras – que tinham poderes legislativos, judiciários e administrativos –, na qualidade de “homens bons”). Eles detinham a terra, que era o bem de produção mais importante, onde plantavam a cana e produziam o precioso açúcar. Dentro de suas terras, tinham um poder quase absoluto sobre tudo e sobre todos. Conseguiram, em certos casos, armar poderosos exércitos de índios flecheiros, negros e mestiços. Dentro da organização da sociedade

colonial, faziam parte da elite. Eram, em grande medida, os senhores feudais do Brasil.

Além do cultivo da cana, outra atividade de importância no Brasil colonial foi a criação de gado. Seu foco inicial de expansão foi o litoral do Nordeste. Como o litoral foi sendo paulatinamente ocupado pelos engenhos de açúcar, a criação de gado foi sendo empurrada para o interior nordestino, até ganhar o sertão. Um dos maiores erros econômicos, aliás, que a nossa história registra foi exatamente essa separação entre agricultura e pecuária, pois, se o gado tivesse sido criado nos latifúndios açucareiros, certamente a produtividade da lavoura teria sido maior (com o aproveitamento, por exemplo, do esterco na adubação dos terrenos destinados à cana).

O sistema de sesmarias foi empregado, alastrando-se a criação de gado pelos sertões. O Rio São Francisco serviu como referencial para a expansão pecuária, a ponto de ser denominado “o rio dos currais”. Utilizou-se a mão-de-obra escrava, principalmente indígena. Empregou-se, no trato com os escravos, a sistemática de parceria, por meio da qual eles recebiam cabeças de gado após alguns anos de serviço. A criação, tipicamente extensiva, deu origem, assim, a uma nova classe de proprietários: os latifundiários do gado.

Mas o gado não se limitou ao Nordeste do Brasil. No Sul, após ter sido introduzido pelos europeus, o gado multiplicou-se livremente, tornando-se praticamente selvagem. Com a expansão paulista para o Sul, em busca de índios para escravizar e vender, bem como em suas constantes guerras com os espanhóis (os “castelhanos”), esses rebanhos selvagens foram sendo progressivamente apropriados, formando-se grandes fazendas de criação, denominadas “estâncias”. Elas também se basearam na extração de um produto vegetal típico da região: a erva-mate. Esses estancieiros, assim, foram os latifundiários do Sul do Brasil. Eram traços seus marcantes a belicosidade e o senso de independência.

As melhores condições climáticas e alimentares permitiram essa extraordinária expansão pecuária no Sul, cujo gado era mais robusto do que o criado no Nordeste, em que o clima semi-árido e a carência de boas pastagens representavam fatores que conspiravam contra a qualidade dos rebanhos. As boas condições naturais logo tornaram a região meridional a fornecedora, por excelência, de charque e tropas de mulas, extremamente importantes para o transporte de cargas e dos produtos das minas, descobertas no final do século XVII.

Mais recentemente, a partir da Monarquia, deve-se registrar o avanço do café. Trazida da Guiana e implantada inicialmente no Pará, a rubiácea foi levada ao Rio de Janeiro, onde se adaptou bem, por conta do clima quente e úmido. A produção de café, reduzida no início, rapidamente se alastrou, até ocupar, no primeiro surto expansionista, toda a região do Vale do Paraíba, ainda sustentada pelo braço escravo.

Constituiu-se uma classe de latifundiários afidalgados. Os escravos negros – cuja fonte de abastecimento, com a proibição do tráfico internacional (Lei Eusébio de Queirós), passou a ser o decadente Nordeste açucareiro –, as queimadas (ou “coivaras”) e o clima quente e úmido sustentavam essa casta de proprietários. Mas, após o pico de produção (entre as décadas de 1850 e 1870), a cultura cafeeira entrou rapidamente em decadência, até reduzir o Vale do Paraíba a um fantasma do que havia sido – de que as cidades mortas foram, indiscutivelmente, o retrato. Os fatores de decadência foram, fundamentalmente, a erosão e o esgotamento dos solos, as técnicas obsoletas de plantio e o relevo montanhoso do Vale. Não se pode deixar de mencionar, igualmente, a Abolição, efetuada por meio da Lei Áurea (13 de maio de 1888).

Após sua passagem pelo Vale do Paraíba, o cigano café seguiu rumo ao Oeste paulista, numa expansão simplesmente avassaladora. A Mata Atlântica, que ocupava a maior parte do atual território do Estado de

São Paulo, gemeu a golpes de machado e a queimadas. O Oeste paulista foi tomado pelo verde dos cafezais, cuja fúria expansionista ia engolindo mais e mais terras e florestas à medida que o café ia ganhando espaço privilegiado no mercado externo (EUA e Europa). Com uma técnica mais aprimorada e já aproveitando a mão-de-obra livre (constituída principalmente de imigrantes), o Oeste paulista viu a agonia e o fim do Vale do Paraíba, passando a ser o maior produtor de café do Brasil.

Neste ponto, é importante que se mencione que a aquisição de sesmarias – que correspondiam à propriedade plena sobre a terra, livre de quaisquer encargos, exceto a tributação sobre os seus frutos – não foi a única forma de apropriação do solo, mesmo porque elas deixaram de ser concedidas por causa da Independência do Brasil (1822). (Aliás, os proprietários de engenho, a fim de aumentar suas propriedades, recorreram a vários expedientes, adquirindo doações em nome de membros de suas famílias ou de amigos.) Duas outras formas foram a ocupação (“posse”) e a compra – além, obviamente, da sucessão hereditária. A fim de que o acesso à terra fosse elitizado, barrando-se a aquisição dela aos escravos e aos imigrantes, já no período imperial, baixou-se a Lei de Terras (1850). Por força dela, apenas a compra era o meio legítimo para a aquisição da propriedade da terra.

A Lei de Terras, regulamentada só alguns anos depois, previa a possibilidade de que as posses até 1854 fossem devidamente regularizadas. Mas essa data fatal para as posses passíveis de regularização foi, de tempos em tempos, dilatada, o que favoreceu os latifundiários. O processo de regularização era administrativo, o que facilitava as fraudes; só com a Revolução de 1930 é que as questões relativas às terras devolutas passaram para a competência do Poder Judiciário.

As fraudes quanto às datas de posse e a transferência das terras devolutas – que passaram a pertencer, com a Independência, ao governo imperial – para os Estados,

após a Proclamação da República (1889), acabaram por dilapidar o patrimônio público, criando-se, às suas custas, imensos latifúndios particulares.

Por fim, o acesso à terra era igualmente legitimado por meio do arrendamento, da enfiteuse e do morgadio.

O arrendamento configurava um contrato entre o proprietário e o arrendatário, cedendo-se a terra por certo tempo, em troca de remuneração em dinheiro ou produtos. Essa relação contratual pôde ser observada, exemplificativamente, no caso dos lavradores de cana cativa, na área canavieira, dos pequenos proprietários voltados para o abastecimento de cidades como o Rio de Janeiro, Salvador e as vilas mineiras, e dos sitiantes nas regiões pecuaristas.

Por meio da enfiteuse, o proprietário – um sesmeiro, originalmente – cedia parte do domínio ao enfiteuta, recebendo em troca o foro (anual) e o laudêmio, quando da transferência do domínio de um para outro enfiteuta. Foi a enfiteuse (ou aforamento) caracteristicamente utilizada por ordens religiosas como fonte de renda (por exemplo, na cidade do Rio de Janeiro e nas suas cercanias).

No que tange ao morgadio, constituiu ele instrumento jurídico tipicamente estamental, garantindo a estratificação da sociedade. Originário de Portugal, foi aplicado no Brasil sobretudo nas propriedades dos senhores de engenho. Lastreava-se no direito de primogenitura, por intermédio do qual somente o primeiro filho herdava o patrimônio paterno, garantindo-se, destarte, a indivisibilidade da propriedade. O morgadio assegurou a estabilidade social e econômica dos senhores de engenho, determinando o destino dos demais filhos: as mulheres recebiam o dote; o segundo filho homem bacharelava-se em Direito em Coimbra; o terceiro filho ingressava em uma ordem religiosa. Em 1835, o morgadio foi abolido por lei.



### Bibliografia

- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Lo Individual y lo Colectivo en la Realidad Brasileña. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, ano 32, n. 128, out./dez. 1995. p. 221 – 9.
- BOMFIM, Manoel. *O Brasil na América*. Rio de Janeiro : Topbooks, 1997.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. São Paulo : UNESP, 1999.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo : Globo, 1991.
- FREYRE, Gilberto. *Açúcar*. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Casa-Grande e Senzala*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1954.
- \_\_\_\_\_. *Interpretación del Brasil*. Trad. México : Fondo de Cultura Económica, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Sobrados e mocambos*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1951.
- \_\_\_\_\_. *Nordeste*. Rio de Janeiro : Record, 1989.
- FRIDMAN, Fania. *Donos do Rio em nome do rei*. Rio de Janeiro : Zahar : Garamond, 1999.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. *A crise agrária*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Quatro séculos de latifúndio*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1988.
- HOLLOWAY, Thomas H. *Imigrantes para o café*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1984.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1997.
- LOBATO, José Bento Monteiro. *Cidades mortas*. São Paulo : Brasiliense, 1955.
- PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo : Brasiliense, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo : Brasiliense, 1995.
- REGO, José Lins do. *Menino de engenho*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Bangüê*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1993.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.
- SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio*. Campinas : UNICAMP, 1996.
- VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1956.
- \_\_\_\_\_. *Populações meridionais do Brasil*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1952.
- \_\_\_\_\_. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1955.
- \_\_\_\_\_. *História social da economia capitalista no Brasil*. Belo Horizonte : Itatiaia; Rio de Janeiro : Universidade Federal Fluminense, 1987.
- WEHLING, Arno e Maria José C. M. *Formação do Brasil colonial*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

# Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke

Vladimir da Rocha França

## Sumário

1. Introdução. 2. Estado da natureza e estado de guerra. 3. Origem, natureza, limites e fins da propriedade. 4. Governo civil: limites e funções. 5. A insuficiência da perspectiva individualista da propriedade.

## *1. Introdução*

Na realidade capitalista dos dias atuais, o sistema de produção e circulação de riquezas vem sofrendo grandes transformações em sua estrutura, procurando adequar o modo de produção que hoje domina a maioria das nações, quebrando e deixando de lado processos ultrapassados pela tecnologia, de modo a pôr em seu lugar métodos mais informatizados e eficientes de produção, circulação e acumulação de riqueza.

Contudo, a essência do sistema capitalista tem-se mantido similar, acreditamos, ao momento quando foram lançadas as primeiras sementes do Estado Liberal, próximo do apagar das luzes do absolutismo e do mercantilismo.

Não é preciso muito para se identificar, na era da globalização, a manutenção da separação entre as classes sociais, basicamente, entre os proprietários dos meios de produção e os proprietários estritos da força de trabalho. Embora se possa constatar a presença de outras classes e grupos sociais como a “classe média” e o maior acesso do proletariado aos bens de consumo, vitrine do sistema capitalista, a propriedade como

Vladimir da Rocha França é Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP.

elemento indicador de status social e influência junto aos seus semelhantes se mantém intacta, ao nosso ver.

Para compreender a propriedade privada, essência do sistema capitalista, é preciso partir daqueles que indicaram os primeiros preceitos filosóficos e políticos do Estado Liberal. Entre os pensadores que se destacam entre os “fundadores” do liberalismo econômico, temos John Locke.

John Locke é considerado como um dos primeiros construtores do pensamento liberal, que ainda possui forte influência na sociedade. O “Segundo Tratado do Governo Civil”, de 1690, representa um dos marcos do pensamento político moderno, como “a primeira e mais completa formulação do Estado liberal” (Bobbio, 1992, p.37).

Entre as questões tratadas pelo filósofo inglês, destaca-se a propriedade, entendida por ele como um dos próprios fundamentos da existência do Estado. No presente trabalho, centraremos nossa análise da relação do Estado com a propriedade segundo os postulados construídos por Locke, para tentar compreender a perspectiva individualista da propriedade, e, no momento seguinte, confrontar a visão liberal da propriedade com as exigências da interdependência social.

Mas antes de entrarmos na análise das idéias de Locke, é preciso fazer algumas advertências para a compreensão do presente trabalho.

Partimos de um conceito de direito que procura privilegiar a coesão e a interdependência social como finalidades básicas do controle social exercido pelo direito, para a conservação da espécie (mesmo correndo o risco de sermos acusados de jusnaturalistas). Se é certo que o direito tem a função de distribuir a violência legítima e neutralizar os conflitos, bem como a de fornecer a base argumentativa para as decisões jurídicas do poder (cf. Adeodato, 1995, p. 45), pode toda a Jurisprudência existir apenas em razão dessa tarefa?

Consoante as lições de Cláudio Souto (1992, p. 9), há três ciências jurídicas bási-

cas: a ciência formal do direito, a ciência social do direito e a ciência filosófica do direito.

Cabe à ciência formal do direito, mais conhecida por dogmática jurídica, determinar as diretrizes formais da concretização judicial ou administrativa de normas jurídicas preexistentes e que compõem um ordenamento jurídico sistematizado e coerente, oferecendo solução para todos os conflitos levados à apreciação do Estado ou outras instâncias reconhecidas pelo ordenamento jurídico (cf. Souto, 1992, p. 10-11 e Adeodato, 1995, p. 44).

A ciência social do direito “é aquela que investiga através de métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos) o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social” (Souto, 1992, p. 11).

Lembra Cláudio Souto (1992, p. 12), que cabe à ciência filosófica do direito o aprofundamento dos estudos sobre o fenômeno sócio-jurídico, a partir do conhecimento científico-empírico e científico-formal, pois, “no ponto onde a ciência empírica do direito encerra as suas explicações por não poder ir mais longe – se inicia o trabalho que vai além do investigado, agora em vôos mais largos, soltos, vôos nem comprovados, nem comprováveis, por métodos e técnicas de ciência empírica”.

Adverte João Maurício Adeodato (1995, p. 39, cf. Souto, 1992, p. 12-13), que a filosofia do direito não deve ser limitada ao científico-empírico, mas também pode (e deve) partir de perspectivas mais complexas, como a ética.

O jusfilósofo pernambucano aponta três campos de atuação da filosofia do direito:

“A filosofia do direito envolve pelo menos três lados: *primeiramente o científico, na falta de melhor nome, isto é, a descrição de fenômenos, objetos, fatos, relações, como se queira chamar a multiplicidade de percepções, incluindo o processo de estabelecer laços conceituais entre os objetos observados dentro de uma teoria*

*em certa medida coerente, sistematizável, transmissível, como dito.* Em segundo lugar a filosofia vezes cuida do lado ético, pode-se até dizer existencial, com o objetivo pragmático de nortear o ser humano para viver o mais adequadamente possível, segundo parâmetros que ele próprio elege, em suas interações com seus semelhantes, auxiliando a decidir conflitos, a agir no mundo. E, finalmente, uma perspectiva que podemos denominar *metafísica*, no plano das ‘idéias’ de que falava Kant, a filosofia ocupa-se daquelas questões que o filósofo sabe não poder responder definitivamente mas que, inobstante, inquietam um bom número de seres humanos” (Adeodato, 1995, p. 39, grifo do autor).

Procuramos, aqui, permanecer no primeiro campo de atuação da filosofia indicado, na busca da compreensão do proprietarismo, ou seja, a fé na propriedade privada, e a sua relação com o Estado, a partir das idéias de John Locke<sup>1</sup>.

## 2. Estado da natureza e estado de guerra

Consoante John Locke, antes do surgimento do poder político, os homens viviam em plena liberdade e igualdade, regidos pelas leis da natureza e da razão. Estes, natureza e razão, como concessões de Deus à sua criatura.

Na condição natural do homem, há absoluta liberdade para decisão e disposição sobre as suas ações, pessoas e bens, delimitada por um “direito natural”, independente do arbítrio de outro homem (cf. Locke, 1994, p. 83).

Junto à liberdade, existe também um estado de igualdade, determinado pela reciprocidade e pela equiparação entre os homens no uso e gozo das faculdades e vantagens concedidas pela natureza (Locke, 1994, p. 83).

Mas o estado de natureza não constitui um “estado de permissividade”, em que o poder dos homens se faz de forma arbitrá-

ria e ilimitada. Os homens são regidos por direitos naturais, informados pelas leis da natureza e da razão, que delimitam e atribuem a cada um o poder de controlar a conduta de seus semelhantes em prol da humanidade:

“(…) o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação” (Locke, 1994, p. 83).

Rege-se o estado da natureza

“(…) por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todopoderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém” (Locke, 1994, p. 83).

Locke (1994, p. 84) nega a existência de uma hierarquia entre os homens, que autorizasse a destruição mútua e a instrumentalização de um homem por outro homem, tal como se faz com os animais.

A violação dos direitos alheios é impedida pelo poder concedido a cada um de nós de aplicar a lei da natureza, de “punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações” (Locke, 1994, p. 85).

Não se trata de um poder arbitrário ou absoluto, mas sim de uma prerrogativa concedida ao homem para preservar a comunidade natural, exercendo-a na proporção do necessário para reparar ou prevenir a violação da lei da natureza:

“(…) Tratando-se de uma violação dos direitos de toda a espécie, de sua

paz e de sua segurança, garantidas pela lei da natureza, todo homem pode reivindicar seu direito de preservar a humanidade, punindo ou, se necessário, destruindo as coisas que lhe são nocivas; dessa maneira, pode reprimir qualquer um que tenha transgredido essa lei, fazendo com que se arrependa de tê-lo feito e o impedindo de continuar a fazê-lo, e através de seu exemplo, evitando que outros cometam o mesmo erro. E neste caso e por este motivo, todo o homem tem o direito de punir o transgressor e ser executor da lei da natureza” (Locke, 1994, p. 86).

Transgredida a lei da natureza, o prejudicado pode buscar a reparação do dano injusto, que constitui, ao contrário da punição do crime para a prevenção (direito de todos), direito exclusivo da vítima (cf. Locke, 1994, p. 87).

Quanto à existência real do estado da natureza na história, Locke (1994, p. 89) acredita que os governantes absolutistas e independentes viviam neste estado em toda a sua plenitude, estejam ou não vinculados entre si. Lembra o pensador inglês que “não é toda convenção que põe fim ao estado de natureza entre os homens, mas apenas aquela pela qual todos se obrigam juntos e mutuamente a formar uma comunidade única e constituir um único corpo político”.

É interessante notar no pensamento do filósofo inglês que há harmonia entre os homens no estado da natureza, ao contrário do que pensa Thomas Hobbes (p. 102):

“(...) os homens têm por natural tendência ofenderem-se uns aos outros, que, além disso, o direito de cada homem a cada coisa permite a cada um usurpar com direito, e ao outro com direito resistir, os homens vivem assim numa desconfiança perpétua e empregam-se a encontrar os meios de se surpreenderem uns aos outros; o estado do homem nesta liberdade natural é o estado de guerra”.

Hobbes (p. 103), reitera que quem “deseja viver num estado tal como o estado de liberdade e do direito de todos a tudo, contradiz-se a si mesmo”, pois “todo o homem, por necessidade natural, deseja o seu próprio bem, a que esse estado é contrário, porque assenta no combate entre homens por natureza iguais e capazes de se destruírem uns aos outros”.

Giorgio del Vecchio (1979, p. 93-94), aponta como falha do pensamento de Hobbes ao estabelecer o egoísmo como única face da natureza humana. Lembra o jusfilósofo italiano que o altruísmo é tão natural ao homem como o egoísmo, havendo em cada ser vivo um espírito de autoconservação que o impele à compaixão e ao convívio social, pois “a vida social, com todas as exigências, com todas as limitações que ao indivíduo impõe, é a primeira condição necessária para o homem poder existir”, sendo co-natural ao homem o instinto social.

Quanto mais desenvolvida e complexa a divisão das funções sociais, mais a coesão social se torna um fator essencial para a integração geral da sociedade (cf. Durkeim, 1980, p. 102); justamente pela necessidade do homem em se manter na sociedade por ter afinidades e necessidades similares a outros homens, bem como de satisfazer anseios e aptidões diferentes dos demais, cuja realização depende do intercâmbio de serviços<sup>2</sup>.

É certo que o homem não representa tão-somente um poço de virtudes generosas e abundantes, possuindo naturalmente um lado vil, autodestrutivo e egoísta. Mas os homens são naturalmente submetidos ao impulso da conservação individual e da espécie, procurando adaptar-se ao meio físico-químico, biológico e social no qual está obrigado a viver (cf. Souto, Anuário..., p. 63). Embora alguns homens vejam somente em si mesmos os requisitos necessários a sua subsistência, fatalmente são chamados ou sentem-se atraídos pela demanda por uma interdependência social estável e pacífica. Bem ou mal, o homem é socializado e ins-

truído de suas funções, deveres e prerrogativas dentro do corpo social (cf. França, 1997, p. 464-465).

Voltemos à Locke (1994, p. 83):

“E temos aqui a clara diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra, que, embora alguns homens confundam, são tão distintos um do outro quanto um estado de paz, boa vontade, assistência mútua e preservação, de um estado de inimizade, maldade, violência e destruição mútua. Homens vivendo juntos segundo a razão, sem um ser superior na terra com autoridade para julgar entre eles, eis efetivamente o estado da natureza. Mas a força, ou uma intenção declarada de força, sobre a pessoa de outro, onde não há superior comum na terra para chamar por socorro, é estado de guerra: e é a inexistência de um recurso deste gênero que dá ao homem o direito de guerra ao agressor, mesmo que ele viva em sociedade e se trate de um concidadão. Assim, este ladrão, a quem não posso fazer nenhum mal, exceto apelar para a lei, se ele me roubar tudo o que possuo, seja meu cavalo ou meu casaco, eu posso matá-lo para me defender quando ele me ataca à mão armada; porque a lei, estabelecida para garantir minha preservação contra os atos de violência, quando não pode agir de imediato para proteger minha vida, cuja perda é irreparável, me dá o direito de me defender e assim o direito de guerra, ou seja, a liberdade de matar o agressor; porque este não me deixa tempo para apelar para nosso juiz comum e torna impossível qualquer decisão que permita uma solução legal para remediar um caso em que o mal pode ser irreparável. A vontade de se ter um juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de natureza; o uso da força sem direito sobre um homem provoca um

estado de guerra, haja ou não um juiz comum”.

Justamente na prevenção do estado de guerra, “que exclui todo apelo exceto ao céu, e onde até a menor diferença corre o risco de chegar, por não haver autoridade para decidir entre os contendores”, Locke (1994, p. 94), explica uma das razões mais importantes para o abandono do estado da natureza e a reunião do ser humano em sociedade, constituindo uma autoridade terrena para assegurar a prevenção e a reparação causada pelo homem aos seus semelhantes.

### 3. *Origem, natureza, limites e fins da propriedade*

Desde o momento do nascimento do homem, este teria o direito a sua preservação. Deus concedeu o mundo aos homens em comum, bem como a razão, para que possa subtrair da terra “o maior benefício de sua vida e de suas conveniências” (Locke, 1994, p. 97). Os bens se apresentam originariamente em seu estado natural, necessitando sua apropriação de um meio que os tornem proveitosos.

Para o filósofo inglês, é por meio do trabalho que pode haver a apropriação dos bens da natureza, convertendo-os em particulares (Locke, 1994, p. 98):

“Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este

trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade”.

Não é preciso o consentimento dos outros homens para que se possa transformar um bem no estado natural, por meio do trabalho, em direito privado. Pois, se “fosse exigido o consentimento expresso de todos para que alguém se apropriasse individualmente de qualquer parte do que é considerado bem comum, os filhos ou os criados não poderiam cortar a carne que seu pai ou seu senhor lhes forneceu em comum, sem determinar a cada um sua porção particular” (Locke, 1994, p. 99). O trabalho retira das mãos da natureza o bem comum e o transforma em propriedade.

A vontade irrestrita não justifica inteiramente a retirada do bem da natureza e sua conversão em propriedade individual:

“Tudo o que um homem pode utilizar de maneira a retirar uma vantagem qualquer para sua existência sem desperdício, eis o que seu trabalho pode fixar como sua propriedade” (Locke, 1994, p. 100).

O que exceder a esse limite não pode ser apropriado individualmente e deve permanecer no domínio, pois “Deus não criou nada para que os homens desperdiçassem ou destruíssem” (Locke, 1994, p. 100).

Os frutos da terra e os animais que nela subsistem podem ser apropriados pelo trabalho, tal como a própria terra que os contém. O trabalho constitui uma imposição divina, decorrente das limitações do homem, pois aquele que:

“(…) em obediência a este comando divino, se tornava senhor de uma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça” (Locke, 1994, p. 101).

Mas a apropriação de uma parcela de terra pelo trabalho demanda a existência de outras parcelas de terra que possibilitem sua apropriação por outros homens, não viabilizando de forma alguma os benefícios a serem auferidos pelo trabalho na terra.

Para Locke (1994, p. 101), é inconcebível que Deus tenha criado o mundo para que a terra permanecesse inerte, sem as comodidades da vida que ela oferece aos homens dispostos a investir o seu trabalho para se apropriar de um bem da natureza que nasceu de todos:

“Ele a deu para o uso industrioso e racional (e o trabalho deveria ser o título), não para satisfazer o capricho ou ambição daquele que se mete em querelas e disputas” (Locke, 1994, p. 101).

A extensão do trabalho humano e a conveniência da vida constituem a medida da propriedade natural:

“(…) ousou corajosamente afirmar que a mesma regra de propriedade, ou seja, que cada homem deve ter tanto quanto pode utilizar, ainda permaneceria válida no mundo sem prejudicar ninguém, visto haver terra bastante para o dobro dos habitantes, se a invenção dinheiro e o acordo tácito entre os homens para estabelecer um valor para ele não tivesse introduzido (por consentimento) posses maiores e um direito a elas” (Locke, 1994, p. 103).

Os homens só podem se apropriar, por meio do trabalho, daquilo que possam efetivamente utilizar em seu benefício. Consiste num desperdício de recursos naturais tomar ou produzir mais do que o realmente necessário para sua própria subsistência, e, por conseguinte, um atentado à lei comum da natureza e uma invasão do direito dos outros homens em retirar da mesma as condições de sua subsistência. Em face disso, os homens, ao se agruparem em cidades, começaram a desenvolver limites e leis internas que disciplinaram a apropriação dos bens comuns da natureza.

O trabalho constitui o elemento que atribui o verdadeiro valor do bem apropriado, desde que aliado à busca das efetivas condições de subsistência do homem:

“Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros” (Locke, 1994, p. 108).

Embora, como Karl Marx (1993, p. 183), visse no trabalho a essência da propriedade, Locke acreditava ser perfeitamente aceitável a apropriação do bem da natureza por meio do trabalho alheio, fruto talvez de sua origem social. Numa época de pré-capitalismo, ainda não se encontravam rijos e incontestáveis os alicerces que possibilitariam a ascensão futura e definitiva da burguesia no controle dos meios de produção e do poder político emanado pelo governo civil; assim como não se vislumbravam ainda as transformações e efeitos que a vitória política (Revolução Francesa) e econômica (Revolução Industrial) da burguesia traria para aqueles que ocupavam os setores mais humildes da população.

Mas de qualquer modo, ao colocar no trabalho o valor e a essência da propriedade, o filósofo logrou uma afirmação de certa forma revolucionária para o seu tempo.

Locke (1994, p. 109) explica desse modo a transformação que o direito de propriedade sofreu no processo de evolução e desenvolvimento das sociedades humanas:

“Assim, no começo, por pouco que se servisse dele, o trabalho conferia um direito de propriedade sobre os bens comuns, que permaneceram por muito tempo os mais numerosos, e até hoje

é mais do que a humanidade utiliza. No início, a maior parte dos homens contentava-se com o que a natureza oferecia para as suas necessidades; e embora depois, em algumas partes do mundo (onde o aumento do número de pessoas e das reservas, com o uso do dinheiro, tornaram a terra escassa e por isso de algum valor), as várias comunidades tenham estabelecido os limites de seus distintos territórios e, por leis internas, tenham regulamentado as propriedades particulares de sua sociedade, e desta forma, por convenção e acordo, determinado a propriedade iniciada pelo trabalho e pela indústria – e os tratados que foram feitos entre vários estados e reinados, seja expressa ou tacitamente, renunciando a toda reivindicação e direito sobre a terra em posse do outro, puseram de lado, por consentimento comum, todas as suas pretensões a seu direito comum natural, que originalmente tinham em relação àqueles países; e assim, por um acordo positivo, estabeleceram em partes e parcelas distintas da terra – embora ainda existam vastas extensões de terra cujos habitantes não se juntaram ao resto da humanidade para concordar com o uso da moeda comum; elas permanecem baldias, e são mais do que as pessoas que ali habitam utilizam ou podem utilizar, e assim ainda continuam sendo terra comum; mas isso ocorre raramente naquela parte da humanidade que consentiu no uso do dinheiro”.

O excedente da produção retirada da natureza padecia do risco de que não imediatamente consumida ou trocada por outra, provocou a necessidade da convenção de valor sobre uma mercadoria que, embora em si mesma não necessária para a subsistência do homem, poderia ser por um longo tempo para que pudesse ser trocada pela mercadoria demandada. A partir daí,



“(…) podia guardar com ele a quantidade que quisesse desses bens duráveis, pois o excesso dos limites de sua justa propriedade não estava na dimensão de suas posses, mas na destruição inútil de qualquer coisa entre elas. Assim foi estabelecido o uso do dinheiro – alguma coisa duradoura que o homem podia guardar sem que se deteriorasse e que, por consentimento mútuo, os homens utilizariam na troca por coisas necessárias à vida, realmente úteis, mas perecíveis” (Locke, 1994, p. 110).

E, também, a invenção do dinheiro acabou viabilizando a expansão das posses:

“(…) é evidente que o consentimento dos homens concordou com uma posse desproporcional e desigual da terra; através de um consentimento tácito e voluntário, eles descobriram e concordaram em uma maneira pela qual um homem pode honestamente possuir mais terra do que ele próprio pode utilizar seu produto, recebendo ouro e prata em troca do excesso, que podem ser guardados sem causar dano a ninguém; estes metais não se deterioram nem perecem nas mãos de seu proprietário. Esta divisão das coisas em uma igualdade de posses particulares, os homens tornaram praticável fora dos limites da sociedade e sem acordo, apenas atribuindo um valor ao ouro e à prata, e tacitamente concordando com o uso do dinheiro. Pois nos governos as leis regulam o direito de propriedade, e a posse da terra é determinada por constituições positivas” (Locke, 1994, p. 112).

O direito “natural” de propriedade, fruto do trabalho e da apropriação de bens da natureza para a subsistência humana, acabou sendo descaracterizado pela própria evolução das relações sociais que giravam em torno da apropriação privada dos “bens comuns a todos”.

Se antes o trabalho determinava exclusivamente a propriedade, com a admissão do

acúmulo de propriedade privada além das necessidades de subsistência do homem acabou-se gerando uma nova classe dominante, liberta dos laços divinos e aristocráticos que justificavam a deificação do poder e da intangibilidade daqueles que acreditavam na sua superioridade devido à sua família ou nome.

O dinheiro permitiu que qualquer um alcançasse *status* social elevado no corpo político. Lembra Karl Marx (1993, p. 234), que o dinheiro representa um poder que rompe os laços sociais do indivíduo, eliminando toda a possibilidade de se manter entidades imutáveis ou sacras, pois constitui

“(…) a inversão geral das individualidades, transformando-as nos seus opostos e associando qualidades contraditórias com as suas qualidades”.

Marx (1993, p. 235), define como precisão a realidade trazida pelo dinheiro:

“O que para mim existe através do dinheiro, aquilo que eu posso pagar, isto é, o que o dinheiro pode comprar, sou eu, o próprio possuidor do dinheiro. O poder do dinheiro é o meu próprio poder. As propriedades do dinheiro são as minhas – do possuidor – próprias propriedades e faculdades. Aquilo que eu sou e posso não é, pois, de modo algum, determinado pela minha própria individualidade. (...) O dinheiro é o bem supremo, e deste modo também o seu possuidor é bom. Além disso, o dinheiro poupa-me ao esforço de ser desonesto; por consequência, sou tido na conta de honesto; sou estúpido, mas o dinheiro constitui o espírito real de todas as coisas: como poderá ser o seu possuidor estúpido? Ademais ele pode comprar para si as pessoas talentosas: quem tem poder sobre as pessoas inteligentes não será mais talentoso do que elas? Eu, que por meio do dinheiro posso tudo o que o coração humano ambiciona, não possuirei todas as capacidades humanas? Não transfor-

mará assim o dinheiro todas as minhas incapacidades em contrário?”.

Não há resposta em Locke para essas indagações.

O dinheiro e sua posse, o que pode comprar, bastam para superar o problema do desperdício e da exclusão do resto da sociedade no acúmulo de propriedade privada para além das necessidades de subsistência humana?

O pensamento de Locke influenciou profundamente a disciplina jurídica das relações jurídicas entre o Estado e a propriedade, principalmente em países de tradição anglo-saxônica, como os Estados Unidos. Tanto que o direito natural de propriedade faz parte do corpo formal de quase todas as constituições revolucionárias dos estados norte-americanos, por ocasião de sua independência (Cunliffe, 1978, p. 4-5).

Sob influência de Locke, a palavra propriedade passou a designar todos os direitos naturais, com um conteúdo valorativo neutro ou intrinsecamente bom, indicando os requisitos indispensáveis para uma existência digna (Cunliffe, 1978, p. 5). Dentro do pensamento liberal vigente naquele tempo, “pouca preocupação havia quanto à implicação de cobiça na palavra propriedade”, parecendo natural “equacionar a independência nacional e individual com a posse e o desenvolvimento da terra pertencente a cada um”, pois somente quem “tivesse alguma propriedade seria verdadeiramente senhor de si”. Ou seja: como propriedade e personalidade estavam intrinsecamente ligadas, o homem valia pelo que possuísse (Cunliffe, 1978, p. 6).

#### 4. Governo civil: limites e funções

O estado de natureza confere aos homens os poderes paterno (família), político (propriedade) e despótico (guerra)<sup>3</sup>. Para a melhor preservação da liberdade prescrita pelas leis da natureza, os homens renunciam tais faculdades naturais em favor do governo civil.

Logo no início de seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, o pensador já adverte (Locke, 1994, p. 82):

“Por poder político, então, eu entendo o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público”.

Legitimado pela convenção entre os homens, o governo civil deve construir as leis positivas em compatibilidade com os direitos naturais do homem, por meio da tripartição dos poderes de elaborá-las (poder legislativo), aplicá-las (poder executivo) e garantir a segurança da comunidade civil (poder federativo). Locke é apontado como um precursor da teoria da separação dos poderes investidos no Estado, bem como do contratualismo (Bobbio, 1992, p. 37-42 e Adeodato, 1989, p. 49-51). Não nos aprofundaremos aqui sobre questões relacionadas com esse aspecto de sua obra, pois o que nos interessa aqui é examinar como o pensador inglês tratou as relações entre a propriedade e o governo civil, como prefere denominá-lo.

No estado civil, os homens estabelecem por meio do consentimento uma sociedade política, em que superam as instabilidades e precariedade do estado da natureza, facilmente convertido em estado de guerra. A sociedade política passa a acumular o poder natural de todos os seus membros, tornando-se o árbitro de todas as controvérsias, baseado em regras imparciais cuja execução está autorizada a intentar:

“Aqueles que estão reunidos de modo a formar um único corpo, com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com outros; mas aqueles que não têm em comum

nenhum direito de recurso, ou seja, sobre a terra, estão ainda no estado da natureza, onde cada um serve a si mesmo de juiz e de executor, o que é, como mostrei antes, o perfeito estado de natureza” (Locke, 1994, p. 133).

Constitui tal fato, para Locke, a origem dos poderes executivo e legislativo, o julgamento por meio de leis estabelecidas para punir os atentados cometidos no seio da sociedade política, determinando,

“(…) por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias de fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando força de todos os membros sempre que for necessário” (Locke, 1994, p. 134).

O poder no qual é investido o estado civil não é absoluto. Dependerá sempre do consentimento entre os membros da comunidade social em partilhar as mesmas leis e se submeter ao julgamento e execução dessas normas, em igualdade de condições, consoante a decisão de sua maioria<sup>4</sup>. Por isso lembra Locke (1994, p. 138):

“Por este meio, cada pessoa considerada individualmente, igual às outras, mesmo às mais humildes, ficou sujeita a leis que ela mesma estabelecia, como parte integrante do legislativo; e ninguém, por sua própria autoridade, podia escapar à força da lei estabelecida ou por qualquer pretensão de superioridade solicitar isenção de seus próprios erros ou daqueles de seus dependentes. Nenhum homem da sociedade civil pode ser imune às suas leis. Se houver um homem que se veja no direito de fazer o que lhe apraz, sem que se possa evocar qualquer recurso sobre a terra para reparar ou limitar todo o mal que ele fará, gostaria que me dissessem se não é verdade que ele permanece no estado de natureza sob sua forma perfeita e que portanto não pode se integrar de maneira nenhuma à sociedade civil; a menos

que alguém me diga que estado de natureza e sociedade civil são uma única e mesma coisa, mas ainda não encontrei ninguém tão defensor da anarquia para afirmá-lo”.

Locke era adversário do Estado Absolutista. Para o pensador inglês, não podia ser admissível que tanto poder pudesse ser acumulado nas mãos de um só homem, pondo em perigo a vida e os bens dos homens, e nenhuma das teorias construídas para justificar o absolutismo, então predominante, encontravam fundamento em sua teoria, pois,

“(…) a menos que se queira fornecer argumentos àqueles que acreditam que todo governo terrestre é produto apenas da força e da violência, e que em sua vida em comum os homens não seguem outras regras senão as dos animais selvagens, em que o mais forte é quem manda, e assim justificando para sempre a desordem e a maldade, o tumulto, a sedição e a rebelião (coisas contra as quais protestam tão veementemente os seguidores dessa hipótese), será preciso necessariamente descobrir uma outra gênese para o governo, outra origem para o poder político e outra maneira para designar e conhecer as pessoas que dele estão investidas”(Locke, 1994, p. 82).

O governo civil, segundo Locke (1994, p. 156-157), tem por finalidade máxima a defesa e manutenção da propriedade dos homens, cujo gozo no estado da natureza é precário e vulnerável ao estado de guerra, afastada das vicissitudes do exercício irregular e incerto do poder natural de cada um de nós. Lembra Marcus Cunliffe (1978, p. 8), que, na formação dos Estados Unidos,

“(…) a aquisição de propriedade por indivíduos era bem vista, desde que cumpridas algumas pré-condições, entre as quais a igualdade de acesso aos cargos políticos, à eleição e à oportunidade econômica. O maior número de indivíduos deveria ter a oportunidade do benefício da propriedade,

e isso, por sua vez, beneficiaria a sociedade”.

Os homens renunciam em favor do governo civil a dois poderes que lhe são inerentes no estado da natureza: ao poder de fazer tudo o que achar conveniente para sua própria preservação e a da espécie, submetendo-se à disciplina estabelecida pelas leis da sociedade política e à restrição da liberdade ditada pela lei da natureza; e, ao de punir pessoalmente e segundo seu arbítrio os atentados a sua vida e ao seus bens, confiando ao poder executivo da sociedade política a preservação da integridade de sua pessoa e de seus bens (Locke, 1994, p. 158).

### 5. A insuficiência da perspectiva individualista da propriedade

A perspectiva individualista da propriedade vem sendo contraditada pela força da interdependência social, acelerada pelos novos e mais ágeis processos de interação social.

Embora Locke tenha alertado quanto à instabilidade social que poderia ser provocada quanto ao desperdício do bem apropriado, não levou em consideração o impacto que sua injusta utilização poderia ter na preservação da espécie humana, mesmo quando a propriedade se encontra legitimada pelo “trabalho honesto” e pelas leis do governo civil; trabalho que hoje encontra ainda subjugado essencialmente ao condenado por Karl Marx (1993, p. 157-172).

Adverte Duguit (1996, p. 16), que constitui uma abstração o

“(...) homem natural, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência”, pois “nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva”.

Em si mesma, a perspectiva individualista é insuficiente para justificar a apropriação

privada dos bens materiais<sup>5</sup>. Se há o aumento da interdependência social, necessariamente toma-se o impulso de integrar todos os homens numa dada sociedade aos ditames de um ordenamento jurídico informado por uma maior sensibilidade quanto às questões sociais. Nas tentativas de quebra dessa interdependência social, todas as pretensões nesse sentido tendem a instabilizar a própria sociedade e tornar insegura a preservação da propriedade.

Se a posse privada de bens materiais não traz tensão e nem compromete a coesão social, o uso, gozo e disposição da propriedade privada não representa um risco para a sociedade. Pode-se até opor que a própria propriedade privada constitui uma violência ou um fator que afasta os homens dos benefícios da vida coletiva, mas todos a desejam.

Com a queda dos regimes que procuraram abolir a propriedade privada, acabaram enfrentando uma dura realidade. Ao expropriar os homens dos bens materiais cuja posse, de certo modo, estimulavam-nos a crescer e a produzir para a sociedade, coletivizando tudo o que não for de estrito consumo pessoal, tais nações comprometeram sua vida econômica produtiva. Os homens não se sentiam mais estimulados para progredir, pois sabiam que nasceriam e morreriam do mesmo modo, com as mesmas poses, com o mesmo *status social*.

Ao se retirar a propriedade de um homem, certamente, parte de sua personalidade fica prejudicada. É a propriedade privada que satisfaz o impulso egoísta do homem e o liberta da inveja, cobiça e da desordem. Dá também dignidade, possibilitando o acesso aos bens culturais e econômicos que são indispensáveis à sua vida.

Por outro lado, a propriedade pode atrair tensão, conflito e desordem social, solapando os alicerces do ordenamento jurídico, se houver a manutenção da instituição da propriedade privada a custo da coesão social.

A propriedade não se justifica em si mesma como fazem Locke e os defensores do

liberalismo econômico, como algo inerentemente bom e virtuoso. Não se pode falar em um direito natural de propriedade pois ele se encontra tão condicionado e submetido às leis estatais. Não raras vezes, a propriedade mais obriga do que atribui faculdades.

Vivemos numa era em que os povos tendem a uma maior interdependência. Nos novos tempos de globalização, como atribuir legitimamente a propriedade a um homem excluindo todos os demais?

Não pretendemos nesse estudo estabelecer o que é ou não direito natural, ou mesmo discutir se eles existem ou não, mas apenas pôr em dúvida a tese de que o direito de propriedade é absoluto, perpétuo e incondicionado.

Reiteramos: a estabilidade da propriedade privada não depende de si mesma. Se efetivamente bastasse possuir para plenitude do direito de propriedade diante da Jurisprudência, como admitir os latifúndios improdutivos que provocam a migração do campo para as cidades, o desperdício de terras férteis e os conflitos de terra e o surgimento de movimentos radicais? Há legitimidade jurídica somente no possuir, sem qualquer preocupação ou sensibilidade para o conjunto da sociedade?

A cegueira liberal a tudo que lembrasse vagamente e arbitrariamente o coletivismo estatal não tem mais razão para existir. Embora reconhecido em nosso ordenamento jurídico, na Constituição Federal, que a propriedade deve atender a sua função social, ainda se insiste em desconsiderar a força e a potencialidade dessa prescrição. Esquecem-se que, sem o compromisso social, a propriedade e seu regime jurídico fica vulnerável à contestação das massas e de movimentos sociais organizados, trazendo desordem institucional.

Não deixa de ser o governo civil um defensor da propriedade quando a limita ou a expropria. Agressão maior à propriedade vem justamente de quem se utiliza de modo irresponsável ou negligente, diante de sua função social, comprometendo a posse legítima

de quem produz e constrói para si e para a sociedade.

Mais do que um discurso retórico, a função social da propriedade pode representar uma nova fase de evolução do regime capitalista, tornando-se melhor adaptado às novas tensões entre as classes sociais e os interesses político-econômicos divergentes nos novos tempos de globalização.

O que definirá, ao nosso ver, a legitimidade jurídica da propriedade privada será justamente o atendimento da função social que lhe é imposta pela sociedade. O problema central da regulação jurídica da propriedade privada é justamente o critério a ser utilizado para definir sua finalidade social, que não pode estar distante da utilização de métodos e técnicas de ciência.

Como bem diz Adeodato (1995, p. 40):

“O conhecimento, sobretudo o científico que se pretende mais digno de crédito do que nossas outras formas de contato com o mundo, assume enorme importância, significando ao mesmo tempo saber, poder, legitimação, eficácia, substituindo a religião para definir a verdade”.

Locke acreditava que, em face da abundância da natureza, sempre haveria sobra de propriedade para todos. Entretanto, a propriedade hoje se encontra escassa, não porque haja pouca quantidade, mais sim porque há poucos proprietários.

A melhor forma de defender os beneficiários da instituição da propriedade privada para a sociedade é democratizar o seu acesso, dificultando a posse antijurídica dos bens materiais, e, desse modo, assegurando a manutenção e a estabilidade do sistema capitalista. Ao se tentar isolar ou elevar a propriedade privada em relação à sua função social, está-se comprometendo sua própria existência.

Excluídos sempre existiram, e a segregação social faz parte do sistema capitalista. Destina-se também a função social da propriedade à manutenção de um nível tolerável de excluídos para que não se compro-

meta a permanência da opção feita pela maioria do mundo civilizado. Não há nada de revolucionário querer aumentar o número de proprietários.

Tanto melhor se os mais fortes forem os mais justos (cf. Bobbio, 1995), e, por conseguinte, mais inteligentes. Do contrário, somos uma espécie condenada à extinção pelas nossas próprias mãos, algo hoje perfeitamente viável pela tecnologia atual.

### Notas

<sup>1</sup> O termo “proprietarismo” é de Marcus Cunliffe (1978, p. 4), “Na tentativa de indicar a mistura de elementos que compõem a fé americana na propriedade privada, cunhei a palavra ‘proprietarismo’, que para mim tem várias conotações, todas intimamente ligadas quais sejam: individualismo, liberdade pessoal, oportunidade de adquirir propriedade”.

<sup>2</sup> Duguit (1996, p. 23), define a primeira hipótese como solidariedade por semelhança e, a segunda, solidariedade por divisão de trabalho. Cf. Vladimir da Rocha França (1997, p. 458-464).

<sup>3</sup> “(...) deve-se distinguir o poder de um magistrado sobre um súdito daquele de um pai sobre seus filhos, de um patrão sobre seu empregado, de marido sobre sua esposa e de um senhor sobre seu escravo. Considerando-se que uma mesma pessoa, levando-se em conta todos os seus relacionamentos, exercesse simultaneamente todos esses poderes distintos, isto pode nos ajudar a distinguir uns dos outros e mostrar a diferença entre o dirigente de uma sociedade política, um pai de família e o capitão de uma galera”(John Locke, *op. cit.*, p. 82). Sobre a diferença entre os poderes paterno, político e despótico, ver Locke (1994, p. 187-190).

<sup>4</sup> Cf. Locke, 1994, p. 139-155. “(...) quando a maioria não pode decidir pelo resto, as pessoas não podem agir como um único corpo e este imediatamente entra em dissolução” (Locke, 1994, p. 41).

<sup>5</sup> Mas pondera Duguit (1996, p. 13): “As nossas leis e códigos inspiram-se, em sua maior parte, nesta doutrina. A doutrina individualista, embora não absolutamente exata em seus fundamentos, prestou imensos serviços e inspirou consideráveis progressos, levando a conceber, pela primeira vez, a limitação dos poderes do Estado pelo direito”.

### Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício. Filosofia do direito e dogmática jurídica. In: *Direito em Debate*. Ijuí : [s. n.], a. 5, n. 5, 1995.
- ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade : no rastro do pensamento de Hanna Hrendt*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 49-51.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução por Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília : Editora UnB, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Tradução por Alfredo Fait. Brasília : Editora UnB, 1992.
- CUNLIFFE, Marcus. Liberdade, propriedade e Estado. Tradução por Jorge Arnaldo Fortes. In: *Diálogo*. Rio de Janeiro : [s. n.], 11(4), 1978.
- DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Tradução por Mário Pugliesi. São Paulo : Ícone, 1996.
- DURKEIM, Emile. Divisão do Trabalho social e direito. Tradução por Maria Inês Mansinho e Eduardo Farias. In: FALCÃO, Joaquim; SOUTO, Cláudio (orgs.). *Sociologia do direito : leituras básicas de sociologia jurídica*. São Paulo : Pioneira, 1980.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Instituição da propriedade e sua função social. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife : ESMEP, v. 2, n. 6, out./dez. 1997. p. 458-464.
- HOBBS, Thomas. *Elementos do direito natural e político*. Tradução por Fernando Couto. Porto Alegre : Resjurídica, s./d. p. 102.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre Governo Civil e outros escritos*. Tradução por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis : Vozes, 1994.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. Tradução por Artur Mourão. Lisboa : Edições 70, 1993. p. 183.
- SOUTO, Cláudio. Modernidade e pós-modernidade científicas quanto ao Direito. In: *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife : [s. n.], n. 6, s./d.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito : uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : SAFE, 1992. p. 9.

# **Imprensa e controle da opinião pública (informação e representação popular no mundo globalizado)**

Roberto Amaral

## **Sumário**

Introdução. 1. Opinião pública: do iluminismo ao autoritarismo. 1.1. A morte da opinião pública. 2. Nossa sociedade autoritária. 3. A despolitização da pólis e a atrofia da ágora. 4. Tecnologia e exclusão. 5. Novas tecnologias comunicativas, velhos modelos de dominação. 6. Altos investimentos e grande concentração na televisão das elites. 7. Internet: a comunidade tecnológica dos iniciados. 8. Globalização: a universalização da propriedade em cruz.

“(...) e, dopo, tutto sarà lo stesso mentre tutto sarà cambiato.”

Il gattopardo

Tomasi di Lampedusa

## *Introdução*

O tema, analisado do ponto de vista da representação popular, requer desdobramento metodológico, a saber: opinião pública, meios de comunicação de massas e sufrágio, donde eleger-se como questão central a identificação dos condicionantes da representação popular legítima. Tem-se, consensualmente, como pré-requisito da democracia representativa, a existência de uma opinião pública autônoma servida por meios de comunicação de massas antes de tudo livres, isentos, ou plurideológicos ou não-uniformes, ou não-unilaterais. Admitese, finalmente, como pressupostos indispensáveis, o exercício do direito à informação concomitantemente ao usufruto da informação livre, isto é, não-contaminada. Outra

Roberto Amaral é Advogado, jornalista e escritor, ensaísta e ficcionista, Professor da PUC – Rio.

questão – igualmente estratégica mas alheia às presentes considerações – é a possibilidade, de logo posta em dúvida, de uma informação livre na sociedade de massas, mercê do papel inafastável de mediação exercido pelos meios de comunicação.

O simples enunciado desses pressupostos declara a tese: as noções correntes de opinião pública e representação são incompatíveis (i) com a convergência de um sistema de comunicação de massas unilateral, sob o prisma ideológico, e monopolizado, seja como propriedade, seja como emissor de conteúdos, seja pela audiência que atinge; e (ii) com uma sociedade concentracionista, fundada, por conseqüência, na exclusão econômica, na exclusão política, social e cultural. Isto é, em sociedade na qual a cidadania é exercida segundo os padrões econômicos: assimetricamente. Uma vez mais a vida imaterial é a produção e reprodução da vida material, implicando a produção e reprodução das relações econômicas e sociais globais.

A própria essência do sufrágio popular, e, dele derivada, da representação, e, portanto, da democracia representativa, entra em crise quando a imprensa – cuja função cívica é orientar a opinião do cidadão – transforma-se em objeto de monopólio e de mercantilização.

Essas as questões que estudaremos, como se segue.

### *1. Opinião pública: do iluminismo ao autoritarismo*

O binômio concentração-exclusão é característica do autoritarismo brasileiro, assim percorrendo, entranhadamente, toda a história nacional, donde o agrafismo, a desorganização social e a desinformação, atingindo as grandes massas, subalternizadas, dominadas, mantidas fora da cidadania<sup>1</sup>. O Estado moderno consolida os padrões da sociedade colonial.

A civilização autoritária logrou construir uma sociedade de massas e ingressar na

modernidade sem, todavia, apartar-se de seus valores; daí uma sociedade industrial avançada, tecnologicamente, mas atrasada do ponto-de-vista social; concentracionista, mas eletrônica, informatizada, apetrechada para criar a opinião pública como uma manufatura (um automóvel, um quilo de pão, um sabonete, um refrigerante), transformando-a em produto pronto para o consumo, cuja demanda, por sua vez, estimula. A opinião pública é manipulada de acordo com a demanda estimulada, e essa opinião pública construída, operada, cinzelada, é servida à sociedade, às instituições, ao sabor dos interesses dominantes, no Estado, e nos anéis burocráticos<sup>2</sup> que cercam o Estado, na sua acepção mais ampla, rompendo as barreiras dos limites políticos *stricto sensu*, compreendendo coerção (ou monopólio da violência) e hegemonia (de um grupo social sobre a sociedade nacional)<sup>3</sup>. Assim, a opinião pública não é, seja espontânea, seja racional (postulados do liberalismo), para ser artificial e irracional. E, acima de tudo, produzível e manipulada.

Se os meios de comunicação de massas não têm o monopólio da formulação ideológica, têm a hegemonia de sua difusão.

A consciência de que a opinião pública é um produto manufaturado deve ser assumida em todas as conseqüências, pois implica a afirmação de que sua matéria-prima, a informação, também é produto de consumo. Ou seja, a informação, ademais de mediatizada, é consumida segundo os padrões da sociedade de classes que professa a concentração de renda, isto é, que distribui a riqueza desigualmente. Daí constituir-se hipótese de difícil demonstração a possibilidade de opinião pública em país no qual 50% dos mais pobres consomem 11,6% da renda nacional e os 20% mais ricos consomem cerca de 63,3%<sup>4</sup>. País em que a renda dos 10% mais ricos da população é sete vezes maior do que a renda dos 40% mais pobres<sup>5</sup>.

Esta a primeira tese: se a informação é um bem de consumo (e, antes, uma manufa-



tura), é também um produto consumido desigualmente, como o sabonete, o pão, a casa própria, o emprego, o salário. Como a saúde, a educação, a cultura, a política.

Em outras palavras, estamos afirmando – é a segunda tese – constituir mera fantasia liberal a existência de opinião pública em sociedade ágrafa, manipulada por um sistema de comunicação de massas que transita do oligopólio para o monopólio, fazendo com que interesses particulares e comuns a uma só classe se imponham como o interesse geral da sociedade. Caso brasileiro.

Finalmente: se, na sociedade moderna, mediática, o contato do cidadão com a realidade depende dos meios de comunicação de massas, são eles que constroem seus valores e constroem antes de tudo a política, e o discurso político, modificando a política.

### *1.1. A morte da opinião pública*

A opinião pública não existe mais e não pode mais existir. Não existe mais reduzida que foi a um agregado estatístico de opiniões individuais privadas, dissimulada pelo tratamento jornalístico que insinua distanciamento.

As sondagens, com seu aparato científico, são instrumento de contrafação, pois, mais do que revelar uma opinião, constroem a opinião; mais do que dar sustentação ao noticiário, são o noticiário. Luis Felipe Miguel – apoiando-se em Bourdier<sup>6</sup> – destaca a abordagem marcadamente mercadológica das sondagens, para observar que as pesquisas

“promovem a adulteração do sentido de ‘opinião pública’, transformada no simples somatório das opiniões particulares. Os pressupostos, de caráter plebiscitário, são de que as questões colocadas pelos entrevistadores interessam igualmente a todos, que todos têm iguais condições de responder e que todas as opiniões têm o mesmo peso social. Nada disso efetivamente acontece. Por isso, o sentido original de ‘opinião pública’ é o conjunto das

opiniões que vêm a público, isto é, que querem se fazer ouvir, através de cartas aos jornais, passeatas, abaixo-assinados, greves, pressões sobre parlamentares”<sup>7</sup>.

A grande vítima das ‘sondagens’, porém, é a vida política. Elaboradas antes de desencadeados os processos político-eleitorais, as pesquisas condicionam a escolha dos candidatos pelos partidos e a aceitação dos candidatos pelo eleitorado, transformando o processo eleitoral, de processo político, em processo que mede a aceitação ou a rejeição, induzida, dos candidatos pelo eleitorado. Com isso, a imprensa, que promove essas sondagens – e ela mesma possui institutos de pesquisa ou a eles se associa –, no que alimenta e divulga essas pesquisas, afasta do processo político as discussões em torno de programas, de plataformas, de partidos ou mesmo em torno dos candidatos, pois a cobertura da imprensa se reduz à cobertura pura e simples do resultado das sondagens. As sondagens também condicionam a cobertura pela imprensa dos candidatos, que têm suas campanhas ‘cobertas’ (tempo e espaço) segundo a colocação nas pesquisas de intenção de voto. Em todas as hipóteses, a imprensa manipula a vontade eleitoral, exagerando a importância dessas sondagens como previsão do comportamento eleitoral<sup>8</sup>.

Escolhido o candidato, sua preocupação deixa de ser defender uma plataforma política, um programa de governo, as propostas partidárias, mas tão-só conhecer o que as sondagens dizem que é a opinião do eleitorado, para veiculá-la, para expressá-la, para reproduzi-la (na pretensão de bem situar-se nas pesquisas) e assim simplesmente renuncia ao seu papel de liderança e de pioneirismo, de modificação e transformação, e de fato, sem talvez ter consciência desse suicídio, renuncia à política, enquanto o debate público, suprimido, é substituído pela pasmaceira, a gelatina de programas repetidos da direita à esquerda, porque a fonte comum não é a diversidade progra-

mática, mas a interpretação comum da suposta opinião pública. O político deixa de ser líder e se auto-exila como prisioneiro sem *sursis* da parcela mais instável da multidão detectada pelas sondagens. Buscando agradar à opinião pública das sondagens, as campanhas renunciam às propostas ideológicas, e, na ausência do debate ideológico, todos se confundem, direita, esquerda e centro. A imprensa conclui a despolitização, porque não há mais cobertura das campanhas políticas, mas tão-só do festival das sondagens, e cada órgão de imprensa, cada canal de tevê e cada jornal tem a sua sondagem e sobre sua sondagem particular sobre a opinião pública cada jornal, cada tevê, cada rádio pauta a cobertura de uma campanha eleitoral que deixa de existir.

As 'sondagens' e a pauta da imprensa, em interação, disciplinam o que deve ser a campanha e o candidato que desejar beneficiar-se com um mínimo de espaço e tempo terá de entregar-se a essa pauta, e assim ficam todos dizendo a mesma coisa, fazendo programas similares, aparições similares, programas eleitorais similares no rádio e na televisão, pois todos perseguem o mesmo padrão estético e o mesmo padrão político. E todos, ao final da campanha, denunciam a despolitização do eleitorado, ou descobrem que o eleitorado não persegue mais partidos ou ideologias, sem compreenderem que as diferenças político-ideológicas tornaram-se irrelevantes para o eleitorado porque antes essas diferenças haviam sucumbido à vitória da dupla sondagens de opinião/*marketing* eleitoral.

Examinemos um modelo de manipulação. Frequentemente, o meio levanta uma tese e discorre seguidamente sobre ela, para, após essa reiteração, promover uma 'pesquisa de opinião'. Assim, por exemplo, no início do ano de 2000, após um ciclo de manifestações do MST, a *Folha de São Paulo*<sup>9</sup> estampou uma série de reportagens sobre as invasões de prédios públicos pelos militantes da reforma agrária, arguindo irregularidades, ilegalidades e prejuízos ao patri-

mônio público, ao cabo das quais seu instituto de pesquisa, o *Data Folha*, em campo, indaga do cidadão se ele é favorável às invasões, para, com base em números e estatísticas e gráficos e análises, concluir o óbvio, agora apresentado com foros de revelação: 'a opinião pública paulistana é contra as invasões'. E, a seguir, uma outra série de matérias é publicada, já agora comentando a resposta dos cidadãos à pergunta do *Data Folha*. A temática já não é o fato (as invasões), mas a resposta aferida pela pesquisa do jornal em seqüência à reação provocada pelo noticiário, ou seja, a matéria é a 'pesquisa' inventada pelo jornal. Depois de haver feito o cidadão salivar como o cão pavloviano diante de um naco de carne, pede-se sua opinião, e sua opinião é festejada porque inevitavelmente vem confirmar a tese do jornal. A grande maioria dos paulistanos é contra a invasão de prédios públicos (e quem não o é?). E a partir dessa resposta 'surpreendente', são desenvolvidas, desdobramento do mesmo tema, outras matérias. Assim, é dada ao cidadão a ilusão democrática de que existe opinião pública e que sua opinião é levada em conta, porque não há nada melhor para dominar a opinião do que dominar o 'real' sobre o qual se faz com que ela reaja<sup>10</sup>.

Essa metodologia da manipulação, que induz o leitor a formular como sua a opinião do veículo (e ainda sugere a sensação de que está 'opinando', de que está influenciando o curso dos acontecimentos – afinal, para quê se apura a 'opinião pública' ?), é levada aos extremos no jornal, nas emissoras de rádio e na televisão. O mais famoso canal de televisão do Brasil, ao final de seu programa-revista da noite de domingo<sup>11</sup> (campeão de audiência), convida seus telespectadores a escolher o tema da reportagem da próxima semana, elegendo, por telefone, uma de três alternativas que oferece. Ocorre que um dos temas propostos é a temática da reportagem sensacionalista daquela noite, enquanto os dois outros são temas neutros e frios, ali incluídos para compor a tríade e

induzir a escolha. O telespectador escolhe o tema inevitável (ou pré-escolhido pela produção) e o programa termina dizendo que ele (o público) escolheu a reportagem da próxima semana: “Você escolheu”. Essa mesma ‘interação’ é posta em prática para a eleição dos filmes a serem exibidos no correr da semana.

A questão, porém, se coloca para além da manipulação, porque opinião apurada não significa, necessariamente, mesmo quando apurada corretamente, opinião pública. Lendo Bourdier, o professor Lima, da UnB, observa que

“(...) a opinião pública, ao contrário de sua origem histórica, pode hoje referir-se a resposta dada a uma questão proposta ao público pelo pesquisador mas que, de fato, não se refira a uma questão de interesse do público, mas apenas ao interesse do pesquisador. Na sua concepção inicial, a opinião pública referia-se a questões do público, no público e a questões formuladas pelo próprio público, em situações também públicas”<sup>12</sup>.

Isso não ocorre mais porque, como assinala o pesquisador da *École des Hautes Études en Sciences Sociales*, “o que existe é a estimulação de respostas a perguntas que, não necessariamente, brotaram do público, mas foram formuladas por aqueles que estão interessados em conhecer, para seus próprios fins, a resposta do público sobre determinado assunto”<sup>13</sup>. No fundamental, a opinião pública apurada é um reforço, pois simplesmente apura a eficiência da manipulação pelos meios de comunicação de massa. Não há alternativa: opinião pública, na sociedade moderna, é a opinião publicada, uma vez que a pesquisa tem por finalidade sancionar, com ritual científico, a opinião que o meio vem veiculando, fazendo-a, assim, de tão reiterada, pública.

O círculo vicioso pesquisa-opinião é o centro da política, que, ao tempo em que persegue a ‘opinião pública’, forma a opinião e por ela é conduzida. Mas o objeto es-

sencial do meio já não é mais transmitir informação, é formar opinião, não só opinião pública mas opinião comercial: no altar do meio de comunicação reina a Deusa audiência-circulação, a que tudo o mais está submetido. Carmen Gómez Mont, alimentando-se em Régis Debray<sup>14</sup>, assinala:

“El motor de la obediencia parte de la opinión; el estatuto del individuo se torna un consumidor a seducir; el mito de la identificación parte de la creación de estrellas; el dictado de autoridad de la televisión; el régimen de autoridad simbólica no es sino lo visible, es decir, el acontecimiento o lo creíble, y la unidad de dirección social está constituida por lo uno aritmético, es decir, el líder de todo este cuadro es el principio estadístico, el sondeo y la audiencia. Es así como también se forman las nuevas corrientes de opinión, tendencias que a final de cuentas llegan a influir en la toma de decisiones”<sup>15</sup>.

Não mais existe opinião pública por todos os motivos expostos por Bourdier e por todas as razões por ele não nomeadas, a saber, o caráter das sociedades de massas, o caráter e o papel desempenhado pelos meios de comunicação de massas que se transformam em agentes, atores, construtores e manipuladores da realidade, cada vez mais ideológica.

E real não é o que ocorre: é o que é narrado pelos meios de comunicação de massa, e como é narrado<sup>16</sup>. A revelação é que torna o fato real.

Desde o iluminismo, a opinião pública vinha ou vem sendo pensada como a “organização do público sobre algo ou sobre questões que são públicas”, ou seja, uma opinião pública que é também uma opinião política, ou uma opinião pública que transcendeu ao privado, sem ser o somatório de cada uma e de todas, resultado do intercâmbio, do conflito, do diálogo, entre opiniões diferentes. O que, para ser correto, requeria cidadania, ou seja, cidadãos aptos a ter

opinião. Cidadãos aptos a ter opinião são aqueles que, tendo acesso à mercadoria chamada informação, estão habilitados a processar essa informação, ou seja, a proceder a um juízo de valor.

Mas o que é opinião pública hoje senão um agregado estatístico de opiniões individuais privadas? Que está nas mãos dos meios de comunicação de massas senão o monopólio da difusão do conhecimento?

Opinião pública é o que o meio nos diz que é, ao mesmo tempo em que usa a pesquisa de opinião para legitimar sua pauta, para legitimar suas afirmações. Ademais, é muito difícil considerar a possibilidade de difusão de informações se a mediação é levada a cabo por uma imprensa que recusa o contraditório e professa a unilateralidade ideológica. Imprensa que, historicamente, enfrentou e contestou o poder político, mais e mais se identifica com ele, e essa identificação é tanto mais perfeita quanto se desenvolve o capitalismo, e nele os meios de comunicação são empresas comerciais-industriais, ou propriedade de grupos econômicos:

“Há muito tempo as relações de poder entre a mídia e o Estado estão de cabeça para baixo, ou melhor, foram colocadas de cabeça para cima pela celebrada ‘revolução das comunicações’. Os partidos, os governos e os fatos políticos só existem pela via dos meios de comunicação. O poder real há muito migrou para os cérebros e as mãos dos donos da informação, que se entregam ao trabalho de ‘orientação’ das massas desarvoradas. O eleitor pode mudar de partido, o espectador de canal, e tudo continua na mesma. Os amigos dos reis costumam contra-atacar, argumentando que é ridículo supor uma conspiração entre a mídia, os governos e os negócios. Têm toda a razão: o pior é que não há mesmo nenhuma maquinação. São apenas consensos produzidos pelo andamento normal dos negócios”<sup>17</sup>.

Não se diz que falta liberdade (em face do Estado) à imprensa; afirma-se que lhe falta o desejo de possuí-la, de exercê-la, pois não lhe interessa o dissídio ideológico.

Opinião pública exige um mínimo de autonomia, portanto, um mínimo de informação, ou seja, o acesso à informação limpa, o que requer a existência de veículos independentes e isentos, de juízo crítico, e de uma classe média educada, autônoma e, portanto, exercendo a cidadania, ao invés de sociedade de classes. Ao invés de proletários com possibilidade de acesso à propriedade, temos a divisão da sociedade entre possuidores e excluídos. Firma-se nessas relações de poder, a começar pela disjuntiva proprietários *versus* assalariados. Proprietários da informação (porque proprietários de outros bens econômicos) e assalariados (ou seja, não-proprietários). Faltam ao cidadão comum os pressupostos sociais para a igualdade de oportunidades, para que qualquer um com pertinência e sorte possa conseguir o *status* de proprietário, e com isso as qualificações de um homem privado, admitido à esfera pública: formação cultural e propriedade (capacidade de adquirir bens, inclusive bens simbólicos).

Mas no Brasil o meio de comunicação, a imprensa, é um partido político.

## 2. *Nossa sociedade autoritária*

Qual é, porém, nossa sociedade? Trata-se de sociedade, desde suas origens, autoritária, segregacionista e excludente, um estado privatizado pelos interesses das classes dominantes, um estado corporativo que processa a exclusão e que exerce a mais elevada concentração de renda do mundo. Sociedade assim organizada desde suas raízes coloniais produz os excluídos econômicos, os excluídos sociais e políticos, os sem-escola, os sem-informação, os sem-sem. Somos sociedade ágrafa, de analfabetos<sup>18</sup> e de alfabetizados que são analfabetos funcionais, porque não lêem. A informação disponível é audiovisual. E a informação audio-

visual é, por definição, por essência, por necessidade, uniforme. Uniformizada. Unilateral e, principalmente, fragmentada. E, assim, não enseja, nem a reflexão, nem o juízo crítico. Não possibilita a visão de conjunto<sup>19</sup>, descontextualiza, desenraíza, desistoriciza, autonomiza os fatos, rompe com o nexos causal, dilacera a realidade, destrói o pensamento político e a possibilidade de opinião.

Na era da televisão, a imagem – que estava presa na imprensa gráfica e escondida, para ser imaginada, no rádio – passa a ser o fato, a notícia, o acontecimento, a revelação. A percepção da realidade é modificada tanto pela quantidade de informação – uma sucessão de imagens-informação, uma sequência de imagens-ícones-fotogramas-frames-quadros-dados emitidos em grande velocidade que o cidadão não consegue digerir – quanto pelo tratamento da imagem, pela trucagem, pelo movimento, pelo enquadramento, pelos métodos modernos e sofisticados de edição, pela apresentação e pela velocidade da sequência. Por isso, o discurso ideal da televisão é o *videoclip*. A imagem não é mais, como no tempo da imprensa gráfica, uma coadjuvante da notícia, uma peça de convencimento. É agora protagonista absoluta. Em regra, mostrando, esconde.

*O homo sapiens cede lugar ao homo ocular.* Personagem inteiramente dependente das imagens, e, portanto, com muito menos capacidade de crítica ou reflexão. Informação, assim, passa a ser o que é ou pode ser visível, ou seja, apenas aquilo que pode ser mostrado rapidamente através de uma imagem, e, necessariamente, de forma fragmentada.

É a educação para a passividade, que desarma os indivíduos e compromete a cidadania.

Os meios de comunicação de massas não procedem mais à intermediação entre a sociedade e o Estado. Entre a política e a cultura. Deixam de reportar, para interferir no fato e passam a ser o fato; não narram, invadem o andamento do fato em narração; não

informam, formam opinião; não noticiam, opinam. São o novo espaço da pólis, com pensamento próprio, com projeto próprio.

Em resumo, a comunicação de massas, como a política, é um bem de consumo, matizado pelo neoliberalismo, isto é, pela apropriação desigual dos bens de consumo, de bens materiais, de bens simbólicos e de cidadania.

A ideologia do consumo, a prima-dona, rege a sociedade mediatizada, porque o consumismo depende da sociedade da comunicação. E desde que foi ensinado ao telespectador que o mundo é consumível – e não transformável – as grandes representações que dele são oferecidas serão selecionadas, condicionadas e dimensionadas como produtos, porque ‘a felicidade é uma soma de felicidades, e essas pequenas felicidades são, precisamente, as pequenas compras’<sup>20</sup>. Na nova era da comunicação, assinalada pela reunião contemporânea dos avanços tecnológicos da informática e da comunicação de massas com o desenvolvimento capitalista, e a concentração-exclusão nos países periféricos, a informação se reduz a uma simples mercadoria cujo valor varia de acordo com a relação do binômio oferta e procura.

### 3. A despolitização da pólis e a atrofia da ágora

Os meios de comunicação de massas reproduzem a sociedade em que atuam – e que ajudaram a moldar – e, por isso, no Brasil, caracterizam-se pela concentração de veículos e pela exclusão das grandes massas. A modernização aqui operada nas últimas décadas é servidora desse modelo concentracionista: nela, as mudanças se fizeram para que não ocorressem mudanças políticas. Quando dizemos que reproduzem a sociedade, não estamos dizendo que atuam passivamente, pois, entre nós, os meios de comunicação de massa são agentes políticos, interferem na ordem política, têm voz ativa no processo eleitoral, tomam partido e são um partido. Servem à manutenção do

*statu quo*. Porque há coerência entre os interesses instalados no Estado e os interesses representados pelos meios. Nesse sentido eles não são meros reprodutores passivos da sociedade, mas, principalmente, defendem esse modelo de sociedade.

O processo de concentração/exclusão – que da economia transborda para a política, nela atingindo os meios de comunicação de massas — tem fundamentos ideológicos e está na lógica de um projeto de dominação centro-periferia. Mas não é tudo. A concentração é já um imperativo da essência do próprio desenvolvimento capitalista e do caráter da apropriação/acumulação condicionante/condicionada pela globalização/monopolização, que anula tanto a ('livre') concorrência quanto o pluralismo ideológico. Esse mesmo processo é, por seu turno, estimulado pelo desenvolvimento tecnológico, caracterizado, também ele, pela concentração e alto emprego de capital, num círculo permanente e crescente de substituição de mão-de-obra por novas tecnologias – a informática e a robótica – e a busca de mão-de-obra mais barata, o que leva à sobre-exploração dos assalariados dos países periféricos, sobre-exploração facilitada pela ação das elites locais, que, em contrapartida à carência de capital, oferecem às multinacionais, como atrativo compensatório aos seus investimentos, os baixos salários que impõem aos seus trabalhadores.

Dessa conjunção deriva uma apropriação assimétrica dos bens econômicos e, daí, culturais e políticos. O esvaziamento da política e do Estado se dá tanto no âmbito interno/nacional, quanto no âmbito internacional, na relação política nacional/política internacional, Estado periférico/Estado central. Donde, nos planos nacionais internos e internacional, uma economia subalternizada, uma cultura subalternizada, uma informação subalternizada e uma política (cidadania) subalternizada.

Exatamente quando o acesso a procedimentos simbólicos (e informação) sofisticados é (seria) um imperativo atual para tra-

balhar e consumir, a distonia material/econômica, cultural e política entre e interclasses, intrapaíses, sociedades e nações é reforçada pelo controle metropolitano das novas tecnologias, alienando as sociedades nacionais do processo produtivo, no primeiro plano, e, a seguir, do consumo, de bens materiais, de bens políticos e do exercício da cidadania. Este é desviado da pólis para a sociedade civil, em que as formas de integração se operam menos por princípios ou direitos da cidadania e mais pela inserção frágil e periférica, desnivelada e desigual no consumo.

As novas formas de organização social têm como substrato e projeto o esgotamento da política.

Como “crise da política”, no geral, tem-se identificado o esvaziamento da vida pública e da vida política, mediante o gradual processo de privatização do público e do Estado. É a outra face da falência das instituições clássicas, quando organismos extra-estatais – o grande empresariado, as grandes corporações, as multinacionais, os conglomerados dos meios de comunicação de massas, os bancos e as agências internacionais, os FMI's etc. – passam a exercer funções públicas, desempenhando, sem limites de fronteiras, papéis antes reservados ao Estado e à política, ocupando mesmo o papel de agentes das relações internacionais. Assim, uma das características das velhas e modernas democracias representativas, fundadas nominalmente na soberania do voto popular, passa a ser o governo de instituições constituídas à margem do sufrágio...

É nesse quadro que surge a “nova” fase da organização da sociedade civil<sup>21</sup> ('civil', aí, em oposição à 'política'), cujo objetivo é superar as mediações, quaisquer, entre a população (a cidadania, digamos) e o Estado, *stricto sensu*, abolindo, no primeiro plano, a mediação dos partidos políticos (para o que teoricamente eles se destinam), e, no segundo momento, superando a própria mediação da representação (mandatária) popular.

Assim, a esses novos atores de uma ‘nova’ política (sem ‘política’ e sem partidos) tem cabido a direção dos movimentos populares, das mobilizações coletivas e de massas, resguardando-se aos partidos políticos ou o papel puramente referendador (ou de legitimação institucional) ou as funções de retaguarda das ações. No mais das vezes, é pedido aos partidos que se conservem alheios, para ‘não estreitar’ o movimento. Ora, o que se devia cobrar desses partidos seria justamente resgatar o espaço da política, sem o que não há nem democracia, nem representação popular, nem politização da sociedade.

O papel essencial dos partidos é, dessa forma, freqüentemente transferido para outras instituições, e a mobilização popular passa a ser uma dependência do monopólio da comunicação de massas, que passa a estabelecer, autonomamente, isto é, a partir de seus próprios interesses, a pauta da sociedade.

Os meios de comunicação de massas, escrevendo a pauta da política, não apenas se revelam independentes das demandas e necessidades da sociedade: no mais das vezes, ditam essas demandas e criam essas necessidades. Alimentado pelos efeitos combinados da desregulamentação e da privatização com o desenvolvimento e proliferação de novas tecnologias, foi acelerado em todo o mundo – principalmente a partir dos anos 80 – o processo de mundialização da comunicação, que também é servidor do neoliberalismo e da globalização. E à medida que mais se transnacionalizam e se globalizam, mais se livram de qualquer controle das sociedades sobre as quais atuam e livres se encontram diante da inexistência de uma regulamentação externa eficaz, produto da fragilidade do Estado-nação e da decadência da soberania clássica, acentuadas pela globalização neoliberal que minimiza a capacidade regulatória dos Estados. Desregulamentação e privatização caminham de mãos dadas, e juntas também significam a vitória da comunicação comercial

globalizada, o que de resto importa o fim do interesse público, social e nacional. A audiência e, por seu intermédio, a receita publicitária e o lucro são os deuses que reinam no altar da nova religião comunicacional. Mesmo quando o Estado nacional preserva seu poder regulamentar, seus efeitos se revelam secundários, em face da mundialização da comunicação, via transmissão por satélite, via tevê por assinatura, via rede mundial de computadores.

#### 4. Tecnologia e exclusão

A primeira característica do sistema brasileiro de comunicação de massa é a concentração, tanto de meios quanto de empresas. No Brasil, o sistema de televisão aberta (UHF/VHF) é controlado (ideológica e economicamente) por três redes nacionais, uma das quais, o maior conglomerado de comunicação do país e da América Latina, e um dos maiores do mundo, atua em todos os campos da indústria cultural. A mesma concentração no plano da televisão (tanto aberta quanto por assinatura) se repete relativamente às emissoras de rádio e à imprensa gráfica. A televisão por assinatura está controlada por duas grandes redes, NET e Directv-TVA, a primeira das *Organizações Globo*, e a segunda do Grupo *Abril*, maior conglomerado de imprensa gráfica do país, o que se repete com a rede de computadores, no Brasil dominada pelos portais da *Globo* e pela associação *Abril-Folha de São Paulo-FSP* (UOL). A mesma *FSP*, que na Internet está associada ao Grupo *Abril*, lançou, em parceria com o grupo *Globo*, o jornal nacional *Valor Econômico*. Esse sistema de exploração reflete o processo nacional de concentração acentuado pelo neoliberalismo, a concentração política (a concentração dos poderes na União em prejuízo dos Estados e Municípios; no Executivo em prejuízo dos demais poderes), a concentração econômica (regional e oligopolística, via conglomerados) e a concentração de renda, *per capita* (a maior do mundo) e intraregional. É o que denomi-

namos de *macrocefalia*, um sistema monopolístico que incorporou ao seu poder, como se legítimo fora, a capacidade de, narrando ou omitindo a revelação do fato, interferir no seu andamento porque, no Brasil, o meio de comunicação é um partido político, e, sem os riscos da arena eleitoral, é agente do processo histórico.

Uma derivação da macrocefalia é o *monopólio em cruz*, com o que estamos designando o processo mediante o qual o mesmo sistema de comunicação, já macrocefálico, atuando em todos os campos da indústria cultural, o rádio e a imprensa gráfica (jornais, revistas, livros, fascículos etc.), a indústria fonográfica, a indústria de vídeo, a indústria cinematográfica, de *shows*, a produção de eventos etc., verticaliza sua própria criação, produção, comercialização e distribuição, inviabilizando o desenvolvimento de uma indústria e produção nacional independente.

O mesmo sistema (modelo: *Organizações Globo*) que, nacionalmente, monopoliza a comunicação e a informação, liderando as emissões de televisão e rádio, liderando o jornalismo impresso (a maior rede nacional de televisão e rádio é também proprietária do maior jornal do país), reproduz-se, tal qual, em cada Estado, como um subsistema, que, à imagem e semelhança do sistema central, controla, à sua vez, a televisão local, a radiofonia local, a imprensa gráfica local (em cada Estado, a liderança da televisão regional é ocupada pelo canal reproduzido do sinal da rede *Globo*; a esse canal, propriedade do grupo ou de grupo a ele associado, está sempre ligado um jornal, sempre o de maior circulação local, e o jornal de maior circulação local – e não há mais de dois periódicos dignos deste nome por Estado – é sempre ligado a um canal de televisão, sempre o canal reproduzido do sinal da rede *Globo*). É o que denominamos de *dominação fractal*, pela qual o sistema local repete o modelo de dominação nacional, ou, dito por outros meios, o sistema central, macrocefálico, repete-se, miniaturizado, em cada Estado, em

cada cidade, fractalmente, incontrolavelmente.

Nesse quadro é politicamente de importância secundária a distribuição de canais regionais de rádio e de televisão com políticos de segunda classe, pois, esses canais, meros repetidores, serão sempre reprodutores dos conteúdos das grandes redes.

O fenômeno da concentração, todavia, é mundial, como mundial é o modelo capitalista.

Apenas nove empresas dominam a comunicação no mundo; 50% da receita dessas grandes corporações decorrem de operações fora de suas respectivas sedes<sup>22</sup>. Menos de cinquenta empresas são responsáveis pela imensa maioria da produção mundial de filmes e de programas de tevê, além de serem as donas de canais de transmissão por cabo e de sistemas de cabo e satélite, publicação de livros, revistas e do mercado fonográfico<sup>23</sup>. Já no início dos anos 80, um terço das horas de transmissão de televisão em todo o mundo era preenchido com programação importada, a maioria norte-americana<sup>24</sup>.

Se, na era da informação, os meios de comunicação de massas conhecem a mais significativa expansão econômica de sua história (embora, e talvez conseqüentemente, decaíam o número de jornais e as tiragens dos periódicos, em todo o mundo), cresce a concentração, seja dos meios, seja das empresas, dos grupos econômicos controladores da informação e dos meios de comunicação de massa. Há a concentração internacional em dois ou três canais, há a concentração geográfica, em canais norte-americanos e há a concentração em cada país. E há, finalmente, a concentração nas fontes internacionais de notícias e de cultura.

É a versão econômico-comunicacional da nova ordem econômico-política internacional.

No modelo neoliberal – que compreende a globalização e a crise do Estado-nação –, verifica-se a superposição, em cada espaço nacional, de dois sistemas de comunicação:



o nacional e o estrangeiro, ou transnacional, ou internacional, cujo símbolo é indiscutivelmente a CNN, a mais importante rede mundial de televisão<sup>25</sup>. Os Estados periféricos, ademais de abrirem suas fronteiras ao fluxo internacional de informação, alinham suas práticas internas ao modelo neoliberal, vale dizer, transformam seus próprios sistemas em aparelhos reprodutores do modelo central, norte-americano, cujos valores, padrões e interesses, os interesses tutelados pelo Departamento de Estado, passam a reproduzir, sem consideração com os interesses culturais, éticos e políticos nacionais. Nossa visão de mundo, nossos valores, os valores veiculados nos países periféricos, passam a ser os valores dos canais-matriz. Assim, nos definimos sobre a paz e a guerra, e assim nos definimos sobre nós próprios.

No Brasil, a presença da televisão mundial, a CNN, opera (1) por meio do acesso direto aos seus canais (cabo) em espanhol e inglês; (2) pelo fornecimento de imagem aos canais nacionais que, em decorrência, em seus noticiários internacionais, transformam-se em meros repetidores do canal norte-americano; e (3) mediante a assimilação de seus padrões de produção, formais, estéticos e ideológicos.

O fluxo informativo, dominante, Norte-Sul, centro-periferia, não é, todavia, fenômeno recente e vem sendo dissecado desde os estudos (anos 70) da Comissão MacBride (UNESCO) e, deles resultante, pela luta dos países do Terceiro Mundo visando à construção de uma Nova Ordem Mundial da Informação (NOMIC), pois uma das formas de controle da imprensa nacional é o controle das fontes da informação, as agências noticiosas internacionais, com sede nos Estados Unidos<sup>26</sup>, na França<sup>27</sup> e na Inglaterra<sup>28</sup>. É pelos olhos dessas agências que o noticiário de todo o mundo vê o mundo.

A promoção do capitalismo financeiro é o objetivo central do modelo anglo-americano de informação – baseado no ‘livre’-fluxo da informação (matizado como vimos) e na

compressão das culturas nacionais — e coloca as redes de informação internacional entre os vetores que traçam esse modelo para conquistar o mundo<sup>29</sup>. Nesse processo de dominação, desempenha papel fundamental a ideologia de um mundo livre das soberanias estatais, porque o que se convencionou chamar de ideologia do neoliberalismo tem por principal adversário o Estado-nação naquilo que ele pode representar como espaço de resistência da cultura nacional<sup>30</sup>.

O modelo econômico – a concentração e a exclusão como resultados da liberdade de mercado e da globalização – transborda para a comunicação e para a política, desde os meios clássicos – jornais gráficos e televisão aberta – aos meios ‘alternativos’ – a televisão por assinatura, paga, por exemplo, e as redes fechadas.

No Brasil, existem, hoje, 32 milhões de residências com aparelhos de televisão<sup>31</sup>, ou, noutros termos, 87% dos domicílios possuem um ou mais aparelhos<sup>32</sup>. A audiência nacional é estimada em 100 milhões de espectadores. São números da televisão ‘aberta’. Em contrapartida, apenas 3%, ou 2,7 milhões<sup>33</sup>, têm tevê paga seja MMDS (10%), seja satélite (32%), seja cabo (58%), que chega a apenas 7% dos lares brasileiros<sup>34</sup>. Ora, isso não pode configurar surpresa, se considerarmos que a adesão ao sistema de tevê por assinatura custa cerca de 94 dólares, e sua mensalidade, 39 dólares, numa democracia liberal cujo salário mínimo é de 84 dólares, o menor do MERCOSUL, e um dos menores do mundo... Eis por que 97% dos usuários dessa televisão ‘alternativa’ estão entre os 1% mais ricos, 42% têm renda superior a 5.600 dólares, isto é, quase 67 vezes o salário mínimo<sup>35</sup>.

A informação gradualmente se transfere dos canais abertos para os canais de televisão por assinatura, paga, oferecendo à minoria que a ela pode ter acesso a informação abundante e refinada – negada ao telespectador tradicional, que se conformará com a ‘antiga’ televisão aberta –, que vai desde a

possibilidade de ter acesso a um universo de 151 canais<sup>36</sup>, até mesmo ao noticiário internacional, em inglês, preferentemente. Para isso mesmo está aí a CNN (em inglês e espanhol). Mas, não só ela. Se quiser, o telespectador brasileiro disporá de outros canais, embora não tenha aumentado seu leque de opções. Senão, vejamos. Se for assinante da NET, por exemplo, poderá preferir o canal *MTV-Music Television* (videoclips americanos), ou o *Deutsche Welle* (programas jornalísticos e variedades em alemão, inglês e espanhol), ou o TV5 (canal público, mantido por consórcio constituído pelos governos da França, Canadá, Bélgica e Suíça; programas jornalísticos e culturais e filmes em francês), o *Cartoon Network* (desenhos animados americanos), ou o *Fox Kids* (seriados infantis e videoclips, da *Fox...*), ou o *Nikelodeon* (desenhos animados e programas infantis), ou o *BBC World* (notícias e comentários em inglês), ou o *MGM* (filmes e seriados da *MGM*), ou o *RAI* (italiano), ou o *Animal Planet*, ou o *GNT* (documentários, entrevistas), ou o *Multishow*, ou o *People+Arts*, ou o *AXN* (filmes e esportes radicais), ou o *USA* (filmes norte-americanos), ou o *TNT* (filmes e esportes), ou o *Warner* (filmes e desenhos da *Warner Bros.*), ou o *Discovery Channel*, ou o *The Superstation* (*shows* e programas jornalísticos), ou o *Fox* (filmes, desenhos adultos, da *Fox*), ou o *Bloomberg Television* (indicadores econômicos em inglês e português), ou o *ESPN* (rede americana de esportes), ou o TVE (televisão espanhola), ou um dos cinco *Telecines* (filmes). Pode ainda clicar nos canais da *Playboy* ou do *SexyHot* e assistir a filmes eróticos... Para que não se diga que ao público brasileiro não se oferece qualquer alternativa de uma programação ligada à sua cultura, uma vez que mudando de canal não muda de programação, pois não há variação no bombardeio ideológico, cabe assinalar também a existência de canais nacionais na rede por assinatura, como a Rede SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), o Canal Rural (da Rede Globo), a *Globo News* (uma mixagem da pro-

gramação aberta da Rede Globo), o canal Futura (canal educativo da Rede Globo) e o Canal Brasil (filmes nacionais, *videoclips* e reportagens)<sup>37</sup>. Há, ainda, os canais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Mas o telespectador brasileiro pode optar pela TVA. Nessa hipótese, a quais canais terá acesso? *CNN International* (inglês), *Cartoon Network*, *E! Entertainment Television*, *Discovery Kids*, *Fox*, *Fox Kids*, *Nikelodeon*, *People+art*, *TNT* (todos esses transmitidos ao vivo, via satélite, de seus países), *RTPi* (telegiornal cultural europeu), *AXN*, *ESPN international*, *ESPN Brasil*<sup>38</sup>, *Eurochannel*, *F&A*, *HBO/HBO2* (filmes), *Sony* (filmes) e *Warner Bros* (filmes).

O assinante brasileiro da TVA teve à sua escolha, no mês de outubro de 2000, nada menos de 800 filmes. Eram 614 películas norte-americanas, 63 inglesas, 43 francesas, 26 italianas, 15 espanholas, nove australianas, oito canadenses, seis alemãs, cinco suíças, duas dinamarquesas, duas argentinas, uma polonesa, uma portuguesa, uma russa, uma chinesa, uma coreana, uma irlandesa e, finalmente, uma brasileira<sup>39</sup>. A exposição é puramente estatística. Não estamos discutindo o conteúdo das películas.

Mas, como dissemos, o sistema de televisão por assinaturas tem duas redes, e assim, o telespectador brasileiro tem escolha. Pode optar pelos serviços da NET. Nessa hipótese, o que lhe seria oferecido no mesmo mês? O assinante da NET teve à sua disposição, no mês de outubro de 2000, nada menos de 788 filmes: 494 películas norte-americanas, 121 brasileiras, 66 inglesas, 48 francesas, 17 italianas, 17 canadenses, oito alemãs, sete espanholas, duas australianas, duas novazelandesas, uma de Israel, uma chinesa, uma islandesa, uma argentina, uma dinamarquesa<sup>40</sup>.

De novo a exclusão; o continente, que já havia construído os cidadãos de primeira, segunda e terceira classes, constrói agora telespectadores de primeira, de segunda e terceira classes... Mas todos desinformados, ou ilusoriamente informados. Pois, crescen-

do a possibilidade de troca de canais, não cresce a possibilidade de acesso a conteúdos diferenciados. Mas fica o sonho de um contato mais próximo com o resto do mundo<sup>41</sup>.

Não é distinto no plano da rede mundial de computadores.

Se um extraterrestre desembarcasse hoje em qualquer país da América Latina e fosse conhecer esse país e o planeta pelas vias da Internet, teria diante de si um mundo anglófono, ocidentalizado, branco e consumista. Ora, a grande promessa de democratização da informação é hoje – e por quanto tempo ainda? – um instrumento de afirmação de uma nação, de uma cultura, de uma língua, forâneas, agindo na direção centro-periferia, em que uma vez mais é veículo de elitização da cultura, da informação e da política.

O prometido mundo da liberdade – a rede mundial de computadores – é, em nossos dias, refém de uma empresa monopolística norte-americana, a poderosa *Microsoft*, fabricante dos programas DOS/Windows, que equipam algo como 90% dos computadores domésticos e cerca de 85% dos computadores corporativos de todo o mundo. Atualmente está sendo processada pela justiça de seu país, acusada de *dumping* e monopólio, por tentar esmagar os concorrentes de seu *Explorer*, o programa de ligação com a Internet.

A concentração é globalizada.

Os países ricos — com apenas 15% da população mundial — concentram 80 % dos usuários da Internet. Na América do Norte, com menos de 5% da população, encontram-se mais de 50% dos usuários mundiais<sup>42</sup>.

Dos 269 milhões de usuários da Internet em todo o mundo, nada menos de 137 milhões estão nos Estados Unidos e 26 milhões no Japão. Na Europa, são 82 milhões. Desse total, 56% residem no Reino Unido, Alemanha e Itália<sup>43</sup>.

A promessa de liberdade dos novos meios guarda simetria com a desigualdade do desenvolvimento mundial. Assim, há me-

nos linhas telefônicas em toda a África negra que na cidade de Tóquio, e nos países africanos a conexão e o uso mensal custam em média 100 dólares norte-americanos, dez vezes mais do que nos Estados Unidos<sup>44</sup>. Depois da África, o continente menos servido é a América Latina, e aqui a maioria das conexões está na Argentina, Brasil e México.

Estão nos Estados Unidos nada menos que 50% das 70 mil redes que compõem a Internet<sup>45</sup>, que não pode ser ‘navegada’ se o usuário brasileiro não dispuser de um computador, de uma placa *modem*, de *softwares* adequados para ingressar na rede, de uma boa linha telefônica, de acesso a um provedor, de um certo padrão educacional, um certo adestramento para manipular o computador e conhecimentos razoáveis de inglês, que não é, apenas, o meio de comunicação da rede, mas, igualmente, uma maneira de pensar. Na medida em que mais acumula informação, em que mais concentra informação e oferece ao plugado um número elevado de portas de acesso a essas informações, via *webs*, a Rede condiciona o acesso ao *site* ao domínio de uma senha que, à sua vez, depende de uma assinatura, paga... E a que terá acesso? Nada menos de 93% da informação que circula nos *sites* da Internet são escritos ou falados na língua inglesa, 4% em francês, 3% em todas as demais línguas<sup>46</sup>. O internauta que não conhecer inglês navegará muito pouco fora dos *sites* brasileiros<sup>47</sup>.

A promessa do novo sistema, de realizar o ideal da democratização da informação, rompendo com as barreiras que afligem ainda hoje os meios de comunicação de massas, a começar pela vigilância estatal, ainda está por objetivar-se. Antes, reconstruiu a nova Idade Média (que seja breve), transformando a informação em mercadoria para iniciados. Num mundo de pouco mais de 6 bilhões de habitantes (algo como 9 bilhões no ano 2030), apenas 200 milhões são usuários de computadores pessoais, donde o público da Internet estar limitado a menos de 4% da população do planeta<sup>48</sup>. Menos de

10% dos possuidores de computadores no mundo têm acesso direto à Internet; menos de 5% dos lares do mundo têm computadores domésticos; menos de 4% da população americana tem acesso em tempo real à Internet<sup>49</sup>.

Não estamos questionando a potencialidade da rede mundial de computadores. Estamos denunciando a concentração de renda (donde concentração de informação). Por enquanto, ela aumentou sim o círculo da informação, mas entre os que já possuíam a informação, por serem portadores da cultura dominante. Classe média, pequena burguesia, intelectualidade, aprofundando, dessa maneira, o fosso informativo (e portanto o acesso à cidadania) entre povo e elite econômica. Estamos afirmando que, em um país com mais de 150 milhões de habitantes<sup>50</sup>, o Brasil, dispomos, no ano 2000, de 2,5 milhões de usuários de Internet, ou seja, pouco mais de 2 % da população, nesse montante agregadas ligações privadas, públicas, governamentais, empresariais, todas enfim<sup>51</sup>.

A disponibilidade de informação em abundância e a possibilidade de sua circulação ultra-rápida não têm significado mais e melhor informação, nem têm contribuído para maior liberdade de informação. Ao contrário, estamos assistindo à construção de uma nova forma de desigualdade entre os povos; o mundo, já dividido entre nações ricas e pobres, poderosas e exploradas, constrói agora a divisão entre cidadãos ricos em informação e cidadãos pobres em informação.

##### *5. Novas tecnologias comunicativas, velhos modelos de dominação*

Num quadro de características comuns da América Latina, o caso brasileiro pode oferecer alguns exemplos que se repetem com peculiaridades próprias. O ingresso do Brasil nos padrões contemporâneos da produção e consumo cultural tem como pano de fundo uma escandalosa desigualdade

social, que é, aliás, a característica mais permanente e mais notável da América Latina. Em 1999, quase 57 milhões de brasileiros – o equivalente a 35% da população – viviam em condições de pobreza com renda inferior à de seus pares no México ou na Argentina<sup>52</sup>. Décima, ou nona, ou oitava potência econômica do mundo, o Brasil ostenta, porém, a mais perversa concentração de renda! Neste país, uma população com padrões de consumo conspícuos similares ao Primeiro Mundo, mais ou menos um terço de seus habitantes, divide seu *habitat* com outra população miserável ou que está no limiar da miséria e da exclusão social, econômica e política quase absolutas<sup>53</sup>. Característica atávica das nossas sociedades latino-americanas, hoje exacerbada num cenário em que a globalização e suas consequências desfavoráveis são tidas, pelos governos nacionais, como inevitáveis, e cujas perspectivas são de salários cada vez mais raros e menores e da falta de empregos, associadas à ineficiência, insuficiência ou ausência de políticas sociais, gradualmente reduzidas com a provocada diminuição do tamanho e da importância e competência do Estado-social, de quem se procura retirar, em nome da livre concorrência, até!, o papel de mero regulador adamsmithiano do mercado... Essa iniquidade social tem, historicamente, definido os traços principais de uma cultura política de exclusão, aprofundando o fosso entre as cidadanias de primeira, segunda e terceira classes, sabido que, se há mais de uma cidadania, não há cidadania alguma. Essa cultura política da exclusão dispõe, num mesmo espectro, atitudes das mais arcaicas às mais modernas e define modos próprios de as sociedades latino-americanas viverem a cidadania e de se integrarem nesta rede de produção-consumo cultural majoritariamente orientada pelos meios de comunicação de massa. A introdução das novas tecnologias comunicativas ocorre nesse quadro político-cultural marcado pela desigualdade. Seus usos e apropriações, reduzidos os meios de comu-

nicação de massa a simplesmente um negócio lucrativo, apartado de qualquer princípio ou deontologia, reduzem a nada o prometido papel de panacéia democrática, fazendo ressaltar, ao contrário, sua função potencializadora das desigualdades e das distâncias sociais, entre os países, e de suas populações no interior de cada um deles. Ou seja, à alta inovação tecnológica necessariamente não corresponde uma proporcional inovação social. Apesar de suas potencialidades técnicas, notadamente interativas e democratizantes, as novas tecnologias passam a ser vítimas das velhas regras de mercado e das limitações políticas, no caso, elitistas, das sociedades em que se instalam. E essas políticas são i) aquelas concentracionistas e regulatórias da propriedade e do uso de tais canais, hoje conduzidas por Estados nacionais cuja opção preferencial é pelo neoliberalismo e pelas regras do mercado; e ii) aquelas derivadas de uma política econômica concentradora de renda e de uma política educacional incapaz de oferecer habilitação e competência cultural necessárias aos potenciais usuários dessas novas tecnologias, estabelecendo o círculo vicioso: o pobre será cada vez menos informado e, porque desinformado, excluído das novas relações de produção e trabalho e do consumo, de bens materiais e culturais e políticos. A exclusão perfeita.

Com o uso intensivo das novas tecnologias informatizadas, aos problemas de um analfabetismo letrado aliam-se os do analfabetismo tecnológico, num mundo no qual a importância do trabalho material cede cada vez mais terreno ao trabalho imaterial e gera uma divisão de trabalho sem precedentes ao impor a separação espacial dos trabalhadores e inviabilizar a construção da identidade no/pelo trabalho. Não mais a fábrica, com sua linha de montagem localizada num mesmo espaço e organizando o proletariado, mas uma rede bastante dispersa e fragmentada de fornecedores de peças desarticuladas de um produto que não está à vista, coordenada pela inteligência infor-

matizada que isola o operário e tende a esvaziar o proletariado, seu ser coletivo.

O uso intensivo das tecnologias comunicativas transforma não só o consumo cultural em um negócio, mas também o mundo da política. Os meios de comunicação de massa – um negócio – cumprem o papel de ator político por excelência, influenciando não só na escolha dos candidatos, mas mesmo na condução de processos políticos notáveis. O narrador se transforma em construtor, criador da realidade, e assim os destinos da política – vale dizer, a condução histórica – têm seus contornos traçados pela intensa cobertura (ou ausência de) dos meios de comunicação de massa, transformados em tribuna pública, embora concentrada nas mãos de pouquíssimos e poderosos grupos privados, seus controladores<sup>54</sup>.

Um dos novos papéis dos modernos meios de comunicação de massa, uniformemente orientados ideologicamente, é paupar as ações do Estado.

#### *6. Altos investimentos e grande concentração na televisão das elites*

O modo como, no Brasil, foi implantada a televisão por assinatura e o uso ainda restrito da rede de computadores – a Internet – apontam para o crescente processo de redução das margens democráticas, mesmo formais, e para o predomínio da cultura da exclusão, como política. Não se trata mais de mera (se bem que relevante) consequência da disfunção econômica; é já um projeto político.

A implantação da tevê por assinatura no Brasil tem início oficial em 1991<sup>55</sup>. Representa já hoje um mercado em acelerada expansão, cujo modelo de desenvolvimento não difere da tradicional tendência nativa da manutenção dos monopólios dos meios de comunicação de massa que prevalece no sistema de televisão aberta, um mercado desigualmente partilhado por três redes.

O crescimento da tevê por assinatura, por outro lado, afina-se com o modelo interna-

cional da formação dos grandes oligopólios dos meios de comunicação de massa detentores de numerosos meios de comunicação, estendendo-se por vários países, em associações as mais diversas com os empresários locais-nacionais. Essas relações, antes veladas, são agora explícitas, legais e legitimadas pelo discurso neoliberal. Nesse contexto concentracionista é que cresce o mercado de TV por assinatura, hoje liderado por duas operadoras: a *NET* (associada à *SKY*), das *Organizações Globo*, com 64% do mercado, e a *TVA* (associada à *DirectTV*), do grupo *Abril*, com 25% de participação. Empresas independentes reúnem 7% do mercado<sup>56</sup>.

Esses grupos receberam suas concessões em 1989, quatro meses após a aprovação da Constituição de 1988 (em permanente reforma, desde então), e começaram a operar em 1991. A regulamentação só ocorreria em 1995, depois de essas operadoras terem adquirido grandes vantagens técnicas e o controle do mercado de assinantes das principais cidades do país. A lei que viria regulamentar a tevê a cabo absteve-se de qualquer proteção do mercado contra a formação de monopólios, oligopólios e a concentração em cruz da produção e da propriedade; não cogitou ainda menos de proteger o cidadão contra o monopólio da informação.

Para explorar a tevê de assinatura por satélite, que entrou em operação em 1996, o grupo *Globo*, do empresário Roberto Marinho, e a *News Corporation*, do megaempresário Rupert Murdoch, formalizaram acordo para a expansão, na América Latina, do *Direct Home TV*, o sistema de transmissão direta de TV por assinatura via satélite, possível de ser captada por miniantenas parabólicas<sup>57</sup>. Enquanto isso, o Grupo *Abril* associou-se à *Hughes Communications* para lançar o serviço em toda a América Latina, com transmissão de 144 canais em espanhol e português, além de 60 canais de música para a região por meio do satélite norte-americano *Galaxy Latin American* (GLA).

Tais associações dos oligopólios nacionais com os grandes grupos estrangeiros dos

meios de comunicação de massa tornam explícitos os aportes, antes velados, dos capitais estrangeiros aos meios de comunicação nacionais, embora a legislação da tevê a cabo brasileira, por exemplo, tenha assegurado o controle majoritário, de 51%, aos empresários nacionais<sup>58</sup>. Não existe, porém, no cenário da globalização, qualquer mecanismo regulatório que faça restrição à propriedade cruzada dos meios de comunicação de massa em termos nacionais ou internacionais. Assim, a concentração da propriedade ultrapassa, em escala até agora desconhecida, as fronteiras nacionais e, na ausência de Estados-nacionais reguladores fortes, ou de qualquer mecanismo supranacional de regulamentação, os monopólios internos dos meios de comunicação de massa ficam ainda mais fortalecidos pelo ingresso de capital internacional, tornando debilíssimas quaisquer iniciativas societárias, empresariais ou não-governamentais locais, ante a concorrência financeira e a competência técnica já acumulada por esses grupos, processo de fragilização nacional e de desproteção do cidadão/usuário que também se observaria na política de privatização e desnacionalização do sistema nacional de telecomunicações<sup>59</sup>.

Com a implantação da tevê de assinatura por satélite, repete-se o mesmo percurso da tevê a cabo. As empresas *Globo* e *Abril* implantam-na, e depois de as melhores fatias do mercado haverem sido entre elas distribuídas, em acordo, e acumulados conhecimentos técnicos e mercadológicos para a exploração do novo veículo, o Estado cuida da regulamentação legal. É o último ato, sancionador do fato consumado, homologador de uma ocupação de mercado que não pode mais ser alterada, pois qualquer tentativa de concorrência, daí em diante, revela-se impensável.

O processo de implantação dessas duas inovações da tecnologia televisiva não só tem apontado para a notória monopolização da propriedade e do controle desse meio massivo – anunciado como a ‘tecnologia’

da democratização... – como está dificultando o acesso à tevê das multidões que não dispõem de renda suficiente para tornarem-se telespectadores desse sistema pago de televisão. Ao elitizar o mercado, cobrando taxas de ingresso e mensalidades, as tevês por assinatura vedam o acesso a grandes parcelas da população que ficarão relegadas ao consumo da programação das emissoras abertas, nas quais os complexos empresariais deverão investir cada vez menos, posto que seus canais estarão dirigidos ao público de menor renda, e, portanto, de menor poder de compra, determinando, já no médio prazo, a migração da publicidade para os canais segmentados da televisão por assinatura.

Por outro lado, a expansão dessas tecnologias televisivas não implica um ingresso importante de recursos na produção de programas; há pouco jornalismo, em quaisquer de suas formas. No geral, trata-se de repetição ou mixagem dos programas do canal líder da rede de tevê aberta a que pertence o canal por assinatura. Em outras palavras, é quase zero o estímulo econômico/cultural à produção televisiva ou cinematográfica nacional. Os noticiários são essencialmente norte-americanos e europeus, e os filmes, em sua maioria esmagadora, norte-americanos.

Na tevê por assinatura, a língua predominante dos canais internacionais é o inglês e o padrão cultural, político e estético é essencialmente norte-americano. Uma televisão que conjuga outra língua, outra cultura e outra estética. O fato de ser uma televisão por assinatura, paga, serve, assim, ao projeto segmentante/elitizante/excludente.

### *7. Internet: a comunidade tecnológica dos iniciados*

A nova tecnologia da rede de computadores – Internet –, apesar de seu potencial ampliador do fluxo de informações, não pode ser referida como um meio de comunicação de massa. Ainda mais cara e inacessível

que a televisão paga, o acesso à rede de computadores, como vimos, requer mais recursos financeiros dos usuários, o que, presentemente, torna-a restrita a um número relativamente reduzido de consumidores, tomada a população em termos absolutos<sup>60</sup>.

O ideal de exclusão não é atingido pela televisão aberta, mas pela Internet, o novo altar do saber, do conhecimento e da informação. Para os seus eleitos.

Um cultuado sentimento de aparente igualdade de que desfrutam os usuários da rede, é real... se pensado nos limites da própria rede, ou seja, se desconsiderarmos todos aqueles não-usuários, não-partícipes dessa comunidade tecnológica transnacional elitizada.

Contrapondo-se à possibilidade teórica de um fluxo livre e irrestrito de informações no interior das redes, a realidade objetiva aponta para seu crescente e amplo uso comercial. A Rede é, assim, mais um negócio no grande mercado. A tendência a olhos vistos é sua apropriação pelos mesmos conglomerados dos meios de comunicação de massa, notáveis tentáculos que sucessivamente passam a abarrotar a rede com uma quantidade quase ilimitada de informações, noticiosas e outras, geradas em seus outros meios. Por esses fornecedores de informações 24 horas, a Rede será apropriada como mais um canal comunicativo e lucrativo. É a conquista do ‘novo’ meio pelos ‘velhos’ meios... Em outras palavras, a nova tecnologia é absorvida pela velha tecnologia, o conteúdo da nova tecnologia é partilhado com os conteúdos da antiga tecnologia e, finalmente, a promessa de democratização é substituída pelo aprofundamento da concentração e do monopólio.

No caso brasileiro, por exemplo, em que o uso da Internet está mais avançado do que nos demais países latino-americanos, praticamente todos os jornais, não só os grandes jornais nacionais mas também os jornais de província, as revistas e os magazines, todos os canais de televisão e mesmo canais de rádio, estão disponíveis na Inter-

net, como estão disponíveis a CNN e seus diversos canais, inclusive sua rádio, inclusive em uma versão em português, em tempo real. Embora possa haver outros jornais alternativos, hoje editados na própria rede, a força noticiosa pertence a esses consolidados meios que descobrem na Internet mais um espaço de expansão de seus respectivos impérios e de suas visões de mundo. O maior portal brasileiro é o Universo *on line* (UOL), resultado da fusão do *web site* Brasil *on line* (BOL), do grupo *Abril*, com o Universo *on line* (do grupo *FSP*), e seu projeto é atuar em toda a América Latina. Possuiria 500 mil assinantes no Brasil. Mais recentemente, o grupo *O Globo* lançou seus serviços *on-line* inspirando-se nos *America On-line*, *CompuServe* e *Prodigy*. O crescimento desse tipo de serviço está a depender, tão-só, do aumento do número de provedores no País e da expansão das linhas telefônicas.

O uso da Rede também está sendo operado, de forma diferenciada e ainda tímida, pelas emissoras de televisão aberta, para, por meio da linguagem específica da Internet, divulgar e oferecer arquivos de sua programação e noticiosos<sup>61</sup>.

#### 8. *Globalização: a universalização da propriedade em cruz*

Crescentemente menos independente e livre, porque crescentemente integrada no sistema de poder, no qual ocupa espaço próprio, com interesses muitas vezes autônomos, a imprensa se vê ligada a poderosos grupos econômico-financeiros, os quais perseguem projetos próprios, projetos econômicos e projetos políticos. Ela não está apenas a serviço do poder, como aparelho ideológico do Estado, para usar a expressão cunhada por Althusser<sup>62</sup>. Ela atua na constituição do poder, ela tem assento no Olimpo, senta-se ao lado do Príncipe, como um par. A imprensa não tem contradições com o sistema e quando entra em conflito com o governante é porque, antes, este entrou em contradição com o poder. Não se diz apenas que o

meio de comunicação de massa tem um papel para além de mero aparelho reprodutor do Estado. Afirma-se que é agente no processo político-ideológico, com interesses próprios (como grupo econômico que é) na mesa de composição dos interesses dominantes no seio da hegemonia de classe que controla o Estado.

De outra parte, esses mesmos grupos econômico-financeiros, nacionais e internacionais, que controlam as empresas produtoras e comercializadoras de informação, são eles também responsáveis pelos grandes empreendimentos e pelas receitas de publicidade de que depende diretamente a sobrevivência dos meios. A busca desenfreada pela publicidade põe numerosos veículos em situação de dependência em face dos anunciantes que chegam a ser, em inúmeras oportunidades, os proprietários clandestinos de muitos veículos<sup>63</sup>. Os meios de comunicação de massa são, conscientemente, instrumentos de expressão dos interesses dominantes, dos interesses econômicos e dos interesses políticos, e, assim, reforçam o reacionarismo, o conservadorismo e o discurso único. Estão a serviço do sistema de dominação no qual têm assento como agentes.

Na maioria das vezes, a globalização tem representado a intensificação dos processos privatistas e oligopolistas neoliberais, justificados, sob novos discursos, em escala mundial. Enquanto os países do Norte – o caso europeu nos parece notório – procuram integrar desenvolvendo uma crítica política que tenta manter fortalecidas as identidades culturais e políticas regionais/nacionais, os países do Sul respondem de modo enfraquecido aos requisitos dessa nova ordem. Suas políticas não resultam das necessidades internas de suas sociedades, e seus acordos econômicos emergem como subtratados a serviço de uma nova ordem mundial operada pelos países do Norte, notadamente os Estados Unidos, em sua política de expansão extraterritorial de soberania. Mais do que uma ruptura natural com o mundo moderno, os novos meios,



nessas realidades latino-americanas, intensificam as relações históricas de subalternidade.

A informação irrelevante, a informação fragmentada, a informação de terceiro nível, será oferecida à população brasileira, àquele brasileiro que puder ter o televisor ligado à sua frente; mas a grande informação, instrumento de poder, será reduzida àqueles que neste país puderem ter acesso às redes de televisão por assinatura ou à Internet.

Não sei se é possível neste país, com tais características, falar em opinião pública e falar em democracia e democracia representativa.

Satélites, informática, sistemas de comunicação digitais, a promessa de interatividade e a rede mundial de computadores e a interação Internet-televisão, a rede em tempo real, mais do que a descentralização prometida e a interação, mais do que a libertação da informação dos limites dos meios, a realidade parece conduzir para o aprofundamento da dominação e do controle, alimentando a ameaça do *big-brother* orwelliano. Pois o que temos é uma comunicação crescentemente concentradora e dirigida no sentido Norte-Sul, centro-periferia, países desenvolvidos-países em desenvolvimento – donde a inexistência de livre fluxo da informação internacional – crescentemente mundializada e antinacional, com a coarctação do local aprofundada pelo caráter antinacional do sistema brasileiro, dependente em suas fontes ideológicas e dependente de tecnologias desenvolvidas no centro do poder, reinando sobre sociedade desigualmente desenvolvida e desigualmente conectada com os novos meios.

Em mais uma experiência histórica, fica evidente que a dominação é também um atributo da modernidade, tanto quanto o desenvolvimento tecnológico pode constituir-se em mais um elemento de sotoposição da subjetividade humana. A crença, quase religiosa, no absolutismo do potencial emancipatório da ciência e da tecnologia não per-

mitiu que os marxistas oficiais, ou positivistas, anteviessem as possibilidades de emprego desses recursos de dominação na Alemanha nazista e na União Soviética. E faz com que, hoje, uma sociologia ligeira se encante com os recursos da tecnocrônica, como entidade autônoma, e assim também sem olhos para ver seu papel real na sociedade real dos homens.

Há uma tese final: o desenvolvimento tecnológico (que, aliás, sempre esteve ligado a estratégias políticas e militares) não é suficiente, em si, para garantir o uso dos meios em benefício do livre-fluxo da informação, da liberdade e dos interesses das grandes massas. Se a democratização dos meios de comunicação é ponto de partida para a democratização da sociedade brasileira (o que implica descentralização), é impossível pensar em meios democráticos em sociedade autoritária. Não é a tecnologia que define o uso, mas a política. Mas a mudança no plano político depende do papel desempenhado pelos meios de comunicação que, no Brasil, têm *locus* próprio, no qual desempenham papel próprio. Aqui são agentes.

### Notas

<sup>1</sup> Tratamos da temática do autoritarismo em diversos ensaios, particularmente em *Intervencionismo e autoritarismo no Brasil*. São Paulo : Difel, 1974, e nos artigos 'Notas visando à fixação de um conceito de autoritarismo'. In: *Comunicação & política*, vol. 1, n. 1, mar./mai. 1983. p. 43-52 e 'O exílio do povo: alienação da história (segundas notas sobre o autoritarismo)', *ibidem*, n. 8, p. 119-130.

<sup>2</sup> A noção de 'anéis burocráticos' está em CAR-DOSO, Fernando Henrique. In *Autoritarismo e democratização*. Rio : Paz e Terra, 1974, p. 208: "(...) círculos de informação e pressão (portanto, de poder) que se constituem como mecanismo para permitir a articulação entre setores do Estado (inclusive das forças armadas) e setores das classes sociais".

<sup>3</sup> Evidentemente, estamos citando Gramsci, para quem a concepção de Estado comporta duas esferas principais: "a sociedade política (que o autor dos *Quaderni* também chama de 'Estado em sentido estrito' ou de 'Estado-coerção'), que é formada

pelo conjunto dos mecanismos através dos quais a classe dominante detém o monopólio legal da repressão e da violência e que se identifica com os aparelhos de coerção sob o controle das burocracias executiva e policial-militar; e a sociedade civil, formada precisamente pelo conjunto das organizações responsáveis pela elaboração e/ou difusão de ideologias, compreendendo o sistema escolar, as igrejas, os partidos políticos, os sindicatos, as organizações profissionais, a organização material da cultura (revistas, jornais, editoras, meios de comunicação de massa), etc.”. COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. Ed. amp. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1999. p. 127.

<sup>4</sup> Fonte: IPEA, do Ministério do Planejamento.

<sup>5</sup> Fonte: Banco Mundial

<sup>6</sup> ‘L’opinion publique n’existe pas’. In: *Questions de sociologie*. p. 222-235.

<sup>7</sup> MIGUEL, Luis Felipe Miguel. *Mito e discurso político*. Campinas : Imprensa Oficial-Editora da Unicamp, 2000. p. 82.

<sup>8</sup> Estudamos essas questões em AMARAL, Roberto. Controle das eleições e informação: o papel dos meios de comunicação de massa. In: *Comunicação & política*. [S.l. : s.n.], n. 2, mai./ago. 2000. p. 146-159.

<sup>9</sup> A referência ao jornal paulista é puramente aleatória e não procura acentuar qualquer particularidade. Trata-se, o modelo de conduta em exame, de prática comum a toda a imprensa brasileira.

<sup>10</sup> BRUNE, François. A era da passividade. *Le Monde Diplomatique*. Ed. bras. Ano 1, n. 3.

<sup>11</sup> Referimo-nos evidentemente, ao ‘Fantástico’, da Rede Globo de Televisão.

<sup>12</sup> LIMA, Venício A. de. *Cobertura jornalística, opinião pública e democracia* (versão xerográfica).

<sup>13</sup> BOURDIER, Pierre. A opinião pública não existe. In: THIOLENT, Michel, (org). *Crítica metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo : Polis, 1980.

<sup>14</sup> *Manifestes Médialogiques*. Paris : Gallimard, 1994.

<sup>15</sup> *Comunicación y sociedad*. [S.l. : s.n.], n. 30, mai./ago. 1997. p. 303-316.

<sup>16</sup> Desenvolvemos esse tema em A contradição público versus privado e a construção da realidade pelos meios de comunicação de massa. In: *Comunicação & política*. [S.l. : s.n.], n. 1,2, mai./jun. 1984. p. 53-62.

<sup>17</sup> BELUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. Democracia na América. In *Folha de São Paulo*. 02.09.2000.

<sup>18</sup> O analfabetismo atinge 15,8 milhões de pessoas no Brasil (dados de 1997), o que corresponde a 14,7% de sua população (Fonte: *Almanaque Abril 2000*. 26. ed. São Paulo : Abril, 2000).

<sup>19</sup> Outra coisa é a aplicação dessas técnicas à campanha eleitoral, basicamente à campanha elei-

toral no rádio e na tevê: a comunicalização da política e a carnavalização do processo eleitoral, virtualmente extinguindo o debate e substituindo-o pela informação fragmentada por meio de *spots*, que são tanto mais perfeitos quanto mais se aproximam de comerciais, de guaraná ou de cerveja, por exemplo.

<sup>20</sup> BRUNE, François. Op. cit.

<sup>21</sup> Aqui empregada no sentido corrente, de comunidade, organizações leigas, organizações não-governamentais, associações profissionais e de caráter corporativo, associações estudantis, sindicais e gremiais em geral.

<sup>22</sup> McCHESNEY, R. W. ‘The global media giants: the nine firms that dominate the World’. *Extra!* New York, N.Y., v. 10. n. 6, 1997. p. 12-13 apud BIERNAZKI, Willians E. Globalização da comunicação. In: *Comunicação & educação*, [S.l. : s.n.], a. 7, set/dez. 2000, p. 49.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> GERSHON, R.A. *The transnational media corporation: Global messages and free market competition*. Mahwah, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1997, apud BIERNAZKI, Willians E., cit. p. 55. SINCLAIR, JACK e CUNNINGHAM (eds). *New patterns in global television: Peripheral vision*. Oxford : Oxford University Press, 1999, trabalham sobre o papel da televisão influenciando mudanças e mudando países e povos.

<sup>25</sup> Cf. WINSECK, D. Gulf War in the Global Village: CNN, Democracy, and the Information Age. p. 60-74 citado por DEMERS, François. Crisis del Estado nación y comunicación política interna. In: MOUCHON, Jean et alli. *Comunicación y política*. Barcelona : Gedisa Editorial, 1998. p. 297.

<sup>26</sup> *Associated Press (AP) e United Press International (UPI)*.

<sup>27</sup> *Agence France Presse (AFP)*.

<sup>28</sup> *Reuters*.

<sup>29</sup> ALBERT, M. *Capitalisme contre capitalisme*. Paris Editions Seuil, 1991.

<sup>30</sup> Neste sentido observa DEMERS, François. Crisis del Estado nación y comunicación política interna, apud GAUTHIER, GOSSELIN e MOUCHON (organizadores) *Comunicación y política*. Barcelona : Gedisa Editorial, 1998. p. 302: “Los objetivos nacionales que siguen [os Estados], por ejemplo em matéria de idioma e cultura, entran aí, salvo en el caso de los países dominantes, en contradicción con las tecnologías supranacionales y los mercados globales, y por lo tanto con los intereses de las grandes corporaciones. Por otra parte, a lo largo de las últimas décadas las redes de comunicación internacional de estas grandes empresas han estado realizando un trabajo de zapa constante de las fronteras nacionales”.

<sup>31</sup> Fonte: IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

<sup>32</sup> Fonte: *Almanaque Abril*, op. cit.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Cf. *FSP*, 15.10.2000, suplemento *TVFolha*, p. 6. Segundo a mesma fonte, reportando-se a pesquisa da empresa *PTS – Pay-TV Survey*, o Brasil possuiria 3.164.853 assinantes.

<sup>35</sup> Cf. Grupo Abril inaugura TV digital. In *Jornal do Brasil*. Ed. 21.06.96. p. 19 e Pesquisa traça perfil de quem assiste à NET. *O Globo*. Idem, p. 25.

<sup>36</sup> Fonte: Direct TV.

<sup>37</sup> Cf. *Guia de Programação Net*. Ano 7. n. 8, out. 2000.

<sup>38</sup> A *Globosat* anunciou a compra de 25% do Canal *ESPN Brasil* de que resultou a criação do canal de esportes *ESPN Fox Sports*, numa parceria com a *ESPN* e a *Fox*. Cf. *FSP*, 19.10.2000, p. E10.

<sup>39</sup> Cf. *TVA*. 2000/Ano 9, n. 107 e [www.tva.com.br](http://www.tva.com.br)

<sup>40</sup> Cf. *Guia de Programação Net*. Ano 7. n. 80, out. 2000.

<sup>41</sup> LANDO, Vivien. Regalos da tevê a cabo. *Gazeta Mercantil*. 1<sup>o</sup>.10.2000, p. 17.

<sup>42</sup> Fonte: *Almanaque Abril*, op. cit.

<sup>43</sup> Fonte: Nielsen/NetRatings. In: *Gazeta Mercantil*. Ed. do Rio, 18.9.2000, p. 6.

<sup>44</sup> Fonte: *Almanaque Abril*, op. cit.

<sup>45</sup> Cf. CHARLAB, Sérgio. Entidade infalível e indomável. In: *Jornal do Brasil*. Ed. 12.05.96. p. 18.

<sup>46</sup> Cf. ZAPPA, Regina. A vez da inteligência na Internet. In: *Jornal do Brasil*, 15.5.96, p. 18.

<sup>47</sup> A *Media Metrix*, empresa norte-americana especializada em medição de audiência na Internet, divulgou a lista dos 25 domínios mais visitados no Brasil: quinze são norte-americanos, seis brasileiros (entre eles o Ministério da Fazenda), dois espanhóis e dois portugueses. Cf. *Gazeta Mercantil*. Op. cit. Apenas um terço dos internautas brasileiros que têm acesso à Internet em suas residências visitam a Web. Cf. *FSP*, 19.10.2000, p. B4.

<sup>48</sup> Cf. RAMONET, Ignacio. *La Tyrannie de la communication*. Paris : Galilée, 1999. p. 109.

<sup>49</sup> Fonte: Morgan Santley & Co. In *Jornal do Brasil*. 12. 05.96. p. 18.

<sup>50</sup> O Censo Demográfico de 2000, ainda não divulgado oficialmente, estima a população brasileira em 167 milhões de habitantes.

<sup>51</sup> *Relatório de Desenvolvimento da Humanidade*. ONU. 1999 (Fonte: *O Globo*, 11.7.1999). Há divergências quanto a esse número. Segundo o IBOPE (Fonte: [www.ibope.com.br/digital/produtos/internet](http://www.ibope.com.br/digital/produtos/internet)), os usuários brasileiros somariam, em outubro de 2000, 4,8 milhões, a saber, pouco mais de 3% da população. Ou seja: ainda um quase nada. Segundo Rafael Tonelli, da Apek Telecom, “cerca de 58% das pessoas que acessam a Internet ainda não possuem computador em casa. E as que possuem representam a ínfima porcentagem de 3% da população brasileira” (Cf. ‘Orelhão.com’, *Ícaro Brasil*, n. 194, out. 2000, p. 22).

<sup>52</sup> Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Apli-

cada – IPEA. O órgão governamental brasileiro considera pobres aqueles que possuem uma renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo. Em 2000, esse salário mínimo correspondia a 83 dólares.

<sup>53</sup> Esses dados foram retirados do ‘Relatório sobre Desenvolvimento Humano’, divulgado no Brasil pela ONU e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, do Governo Federal.

<sup>54</sup> Um estudo sobre o papel da televisão moldando o fato político: GUIMARÃES, Roberto; AMARAL, Roberto. ‘La televisión brasileña: una rápida conversión al nuevo orden’. In FOX, Elizabeth. *Medios de comunicación y política en América Latina*. Ediciones C. Gili. S.A.: México, 1989. É vasta a literatura nesse sentido. Ver, entre outros muitos, BOURDIER, Pierre. *Sobre la televisión e Contrafuegos* (edis. cits), RAMONET, Ignacio. *La Tyrannie de la communication* (cit), PAOLOZZI, Vitor. *Murro na cara-o jeito americano de vencer eleições*. Ed. Objetiva. S. Paulo.1996, AMARAL, Roberto (Coord). *FHC: os paulistas no poder*. Casa Jorge Editora. Rio. 1995, MIGUEL, Luis Felipe. *Mito e discurso político*. Editora da Unicamp. Campinas. 2000.

<sup>55</sup> O Brasil foi um dos últimos países da América Latina a instalar serviços de tevê por assinatura, após a Argentina, a Colômbia, a Bolívia e a Venezuela.

<sup>56</sup> In *Relatório*, op. cit.

<sup>57</sup> A associação da Globo (54%) com a *News Corporation*, de Murdoch (36%), e a PCI, maior empresa de tevê a cabo paga dos EUA (10%), visa a controlar o mercado latino-americano, estimado em 30 milhões de usuários.

<sup>58</sup> As autoridades do Ministério das Comunicações, no entanto, reconhecem que a principal dificuldade do governo está em analisar e identificar a composição acionária de cada empresa: ‘São grupos empresariais que formam estruturas muito complexas’.

<sup>59</sup> Tramita no Congresso Nacional projeto de emenda constitucional permissiva da presença de capital estrangeiro no controle acionário de empresas nacionais de comunicação, vedada pela Constituição de 1988.

<sup>60</sup> A própria rede encarrega-se de interrogar-se sobre o perfil de seus usuários por meio de formulários eletrônicos na WWW. Há duas pesquisas divulgadas no *site* da *Survey Net*, cujos resultados foram obtidos a partir da resposta a 5.098 questionários respondidos através da própria rede, e uma outra do Instituto de Pesquisa Nielsen, que entrevistou mil usuários nos Estados Unidos e no Canadá. Embora as pesquisas possuam diferenças de abrangência e rigor, permitem traçar um perfil do usuário dominante da Internet: possui de 26 a 30 anos; pertence ao sexo masculino; tem formação superior e trabalha; utiliza em primeiro lugar o WWW e em segundo o *e-mail*; utiliza a Internet

para aquisição de informação. Em resumo: usuários com qualificação cultural e financeira.

<sup>61</sup> SINCLAIR *et alli*, op. cit., p. 6, observam que a televisão foi reforçada pela introdução das novas tecnologias que pareciam suas concorrentes.

<sup>62</sup> ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do Estado: posições 2*. Rio de Janeiro : GRAAL, 1980. p. 62.

<sup>63</sup> ROMANET, Ignacio. Médias en danger. *Le Monde Diplomatique*. [S.l. : s.n.], fev. 1996.

# Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural

Alexandre de Moraes

## Sumário

1. A jazida de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos como bens públicos. 2. A atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural enquanto atividade econômica. A questão do monopólio em face da alteração do art. 177 da Constituição Federal pela EC nº 9/95. 3. Natureza jurídica do contrato de concessão de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Concessão de exploração de bem público. 4. Responsabilidade da concessionária perante terceiros e perante o Poder Público. 5. O papel da ANP na atividade de exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

### *1. A jazida de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos como bens públicos*

A Constituição Federal, em seu artigo 20, IX, estabelece que “são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo”; em seu artigo 176, que “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”; e, finalmente, em seu artigo 177, que “constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos”.

Assim, em relação ao regime jurídico desses bens, a Constituição Federal estabelece três regras básicas:

Alexandre de Moraes é Promotor de Justiça – assessor do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor do Curso de pós-graduação (mestrado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie e dos Cursos de Especialização das Escolas Superiores dos Ministérios Públicos de São Paulo e da Bahia.

- em relação à propriedade: o art. 20, IX;
- em relação à exploração de forma ampla: art. 176 e parágrafos;
- em relação, especialmente, às atividades relativas ao petróleo e gás natural.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, o legislador constituinte estabeleceu a domínialidade da União, no sentido dado por Marcello Caetano, para quem

“o domínio público corresponderá, pois, ao conjunto dos direitos reais que a Administração Pública tem por lei sobre o território e seus espaços, coisas próprias nele individualizadas ou bens alheios, conferidos para serem exercidos no regime peculiar do Direito Público”<sup>1</sup>.

Esse é o entendimento de Celso Bastos, para quem “as jazidas petrolíferas compõem a domínialidade pública. São bens públicos que integram o patrimônio da União”<sup>2</sup>. Também Ives Gandra, ao analisar o artigo 20, IX, da Constituição Federal, afirma que “os recursos minerais são considerados bens da União”<sup>3</sup>. No mesmo sentido, Pinto Ferreira, quando afirma que “os recursos minerais são bens públicos da União”<sup>4</sup>.

Em se tratando de jazida de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos de bens públicos, importante classificá-las.

Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os bens públicos podem ser de *uso comum do povo*, de *uso especial* e *dominiais*, para concluir que

“o critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instalados as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os

mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo poder público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis”<sup>5</sup>.

Dentro dessa clássica classificação, parece-nos que as jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos são bens públicos de uso especial, uma vez que têm uma destinação pública definida constitucionalmente, qual seja, a exploração e aproveitamento de seus potenciais; bem como, sob o seu aspecto jurídico, esses bens públicos são do domínio público do Estado.

Assim, não se deve perder de vista que, mesmo a partir da EC nº 9/95, a União permaneceu com a titularidade do domínio sobre os recursos minerais, inclusive em relação ao petróleo e gás natural, conforme já analisado no artigo 20, IX, da CF; porém, a nova redação do parágrafo primeiro do artigo 177 passou a permitir à União uma opção, qual seja, a possibilidade de escolher entre a manutenção do sistema de pesquisa e lavra atual ou a adoção de um novo sistema, com a conseqüente contratação de empresas estatais ou privadas, nos termos da lei.

## *2. A atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural enquanto atividade econômica. A questão do monopólio em face da alteração do art. 177 da Constituição Federal pela EC nº 9/95*

Entendemos que a atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural constitui atividade econômica, pois não se encontra no rol daquelas funções típicas do Poder Público que se direcionam à satisfação das necessidades básicas da coletividade; mas sim, em virtude de imperativos da segurança nacional e de relevante interesse coletivo, a própria Constituição (art. 176) e

a legislação infraconstitucional entenderam por bem prever a intervenção estatal no domínio econômico, de maneira a reservar ao Estado a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Saliente-se, porém, como feito por Eros Grau, que o serviço público constitui uma espécie de atividade econômica, cujo desenvolvimento compete de forma essencial ao Poder Público. Ensina o citado autor que

“a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente, ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado”<sup>6</sup>.

São tênues as diferenças existentes entre a prestação de serviço público e a participação na atividade econômica por parte do Estado, sob monopólio.

Pietro Virga aponta a inexistência de definição pacífica na doutrina sobre serviço público, apontando, porém, que o mesmo se caracteriza por uma atividade prevalentemente direcionada a fornecer ao cidadão uma utilidade pública<sup>7</sup>.

Como define Pinto Ferreira, citando Gross, monopólio estatal é “a deliberada subtração de certas atividades privadas das mãos do particular, a fim de colocá-las sob o controle da nação por motivo de interesse público”<sup>8</sup>.

Assim, a diferença básica entre serviço público e monopólio estatal poderia ser apontada em relação à natureza da atividade, pois enquanto no primeiro caso a ati-

dade é eminentemente pública, no segundo, o Poder Público subtraiu uma atividade do particular, em face de relevante interesse público.

Ensina Eros Grau que

“monopólio é a atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação de serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio<sup>9</sup>. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionárias ou permissionárias (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, c, da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – art. 21, XII, e; 30, V, e 25, §1º, da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito. O que importa salientar é a não intercambiabilidade das situações nas quais de um lado o serviço público é prestado, titulares ainda os concessionários ou permissionários de certo privilégio, por mais de um deles e o regime de competição que caracteriza o exercício da atividade econômica em sentido estrito em clima de livre concorrência”<sup>10</sup>.

Igualmente, como ressaltado por Celso Bastos, ao analisar os monopólios previstos no artigo 177 da Constituição Federal,

“o monopólio de que se trata aqui não é aquele de fato, isto é, que surge pela desnaturação do regime de competição, fazendo emergir um único fornecedor de um dado produto. Este monopólio é reprimível. O que faz a Constituição é autorizar a criação por lei, em favor do Poder Público, do regime de monopólio. Não há que se confundir no nosso sistema constitucional o monopólio com o serviço público. Este

também leva a um regime monopolístico, mas não se cifra a isso. Há também, neste caso, um regime jurídico especial. No monopólio esta especialidade de regime não é de sua essência”<sup>11</sup>.

Constatada essa diferenciação e fixada a premissa de que a atividade estatal de exploração de petróleo e gás natural não constitui prestação de serviço público, mas sim intervenção estatal no domínio econômico, devemos analisar se após a EC nº 9/95 essa intervenção continua a ser exercida em regime de monopólio estatal.

Uma atividade de monopólio pode ser desenvolvida em virtude de três motivos:

- previsão legal;
- circunstâncias fáticas de mercado que impossibilitem, parcial ou totalmente, a concorrência;
- ilegalmente com abuso de poder econômico (*trust*).

A hipótese de exploração de petróleo e gás canalizado, historicamente, trata-se de monopólio legal, pois, a partir da Lei nº 2.004/53, instituiu-se o monopólio da União sobre atividades petrolíferas no país, executando-se, somente, a distribuição. Esse monopólio foi transformado em norma constitucional pela Constituição de 1967 e alterações promovidas pela EC nº 1/69, que em seu art. 169 previu “a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei”.

Ocorre, porém, que esse monopólio legal do petróleo e do gás canalizado sempre se caracterizou como intervenção estatal no domínio econômico por absorção, ou seja, a assunção integral pelo Estado, que age como sujeito econômico, dos meios de produção nesse setor da atividade econômica.

Como classificado por Eros, são três hipóteses de intervenção estatal no domínio econômico: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e intervenção por indução. Dessa forma, salienta que,

“no primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no cam-

po da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve a ação, então, como agente (sujeito econômico). Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor”<sup>12</sup>.

Ora, no momento em que a Constituição Federal, a partir da EC nº 9/95, mantém como monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, mas autoriza a contratação de empresas estatais ou privadas para a realização dessas atividades, desde que observadas as condições estabelecidas em lei, acaba por conceder ao Poder Público a possibilidade de opção pela manutenção do sistema atual ou pela adoção de um sistema em que se permita a concorrência nessa atividade.

Trata-se, pois, de uma nova concepção de monopólio, não mais relacionado à intervenção estatal no domínio econômico com exclusividade no controle dos meios de produção (intervenção por absorção), mas sim relacionado ao *monopólio de escolha do Poder Público*, que poderá, conforme as normas constitucionais, optar entre a manutenção da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos por uma só empresa, ou ainda pela contratação com empresas estatais ou privadas.

A EC nº 9/95 encerrou o monopólio estatal no *exercício* da atividade econômica relacionada a petróleo e gás natural, mantendo, porém, o *monopólio da própria ativi-*



dade, ou seja, a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos continuam constituindo monopólio da União, no sentido de que somente o Poder Público é que poderá decidir, com exclusividade, quem poderá exercer essa atividade econômica. É o que nos referimos como *monopólio de escolha do Poder Público*.

Nesse sentido, ao tratar da referida EC nº 9/95, afirma Eros Grau que “aí a perda, pela Petrobrás, de exclusividade no *exercício* do monopólio estatal do petróleo”<sup>13</sup>.

Essa alteração conceitual não passou despercebida de Gastão Alves de Toledo, ao afirmar que,

“na verdade, a Constituição veio permitir que a União se despojasse das prerrogativas do monopólio, quando lhe aprouvesse, para tanto propondo a edição de lei que pudesse regular o ingresso de novos participantes no cenário petrolífero. Aliás, vale recordar que o exercício do monopólio, pela Petrobrás, não subsistiu a partir da promulgação da Emenda 9, a despeito de não se terem comportado assim nem a União nem a estatal”,

para a seguir concluir que “toda a arquitetura jurídica em que se funda o conceito de monopólio, objeto do art. 177 da Carta Federal, está sujeita a uma substancial mudança interpretativa porque o termo *monopólio* neste contexto, deixou de ter o alcance que lhe é peculiar”<sup>14</sup>.

### *3. Natureza jurídica do contrato de concessão de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Concessão de exploração de bem público*

Entendemos que a concessão de petróleo não se enquadra como modalidade de concessão de serviço público.

A partir da definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que ensina ser concessão “o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço

público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”<sup>15</sup>,

podemos afirmar que a concessão de petróleo não corresponde a concessão de serviço público, uma vez que a Administração Pública não delegou a outrem a execução de um serviço público, mas, sim, a possibilidade de exploração de um bem que é público, conforme já analisado no item 1.

Dessa forma, trata-se de *concessão de exploração de bem público*. Assim, estabeleceu-se um novo regime jurídico para concessões, visando a exploração da atividade econômica no campo petrolífero, cujas normas legais apresentam algum distanciamento das regras gerais estabelecidas para as concessões de serviço público<sup>16</sup>.

Conforme prescreve o já citado artigo 177, §1º, da Constituição Federal, “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas”, desde que “observadas as condições estabelecidas em lei”.

A lei nº 9.478/97 estabelece, em seu art. 5º, que a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos poderão ser exercidas mediante *concessão* ou *autorização*.

Dessa forma, na hipótese de realização de contrato de concessão para exploração de bem público, serão, basicamente, as normas de Direito Público que regerão a contratação de empresas estatais ou privadas para a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, uma vez que se trata de contrato administrativo.

Como ensina Jean Rivero, os contratos administrativos por natureza apresentam alguns elementos. Assim, uma das partes deve ser pessoa jurídica de direito público. Além disso, uma de duas possibilidades deve estar presente. Ou o objeto do contrato se liga à própria execução do serviço público ou o contrato deve conter cláusula exorbitante do direito comum<sup>17</sup>.

Nas hipóteses de concessão de exploração de bem público, como já analisado, não se trata de execução de serviço público, mesmo porque a atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural constitui atividade econômica; mas os outros dois elementos necessários estão presentes: *presença de uma pessoa jurídica de direito público e de cláusula exorbitante do direito comum*.

A *pessoa jurídica de direito público* presente, conforme a Lei nº 9.478/97, é a ANP – Agência Nacional do Petróleo –, autarquia especial conforme se verifica em posterior item.

Em relação a *cláusula exorbitante do direito comum*, ensina Jean Rivero que,

“fora dos casos de participação na própria execução do serviço, um contrato, mesmo que tenha por objeto um serviço público, só é administrativo se as partes tiverem manifestado vontade de se subtraírem ao direito civil, adotando cláusulas que se afastam dele. Neste caso é a cláusula exorbitante ou derogatória do direito comum que constitui pois o critério decisivo do contrato administrativo”<sup>18</sup>.

Na presente hipótese, a própria Lei nº 9.478/97, em seu artigo 43, estabeleceu cláusulas essenciais aos contratos dessa espécie, que acabam por afastar as normas do direito comum, bem como diferenciá-los das tradicionais concessões, adequando-os às exigências dessa espécie de atividade econômica.

Assim, prescreve o art. 43 da citada lei que o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

- a definição do bloco objeto da concessão;
- o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação;
- o programa de trabalho e o volume de investimentos previsto;

- as obrigações do concessionário quanto às participações;
- a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase;
- a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens;
- os procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato;
- a obrigatoriedade de o concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;
- os procedimentos relacionados com a transferência de contrato;
- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução e conciliação e a arbitragem internacional;
- os casos de rescisão e extinção do contrato;
- as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

Obviamente, não devemos esquecer-nos da advertência, integralmente aplicável à hipótese presente, feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao recordar que,

“ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo direito público, e ainda que o Poder Público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que

emperram hoje a atuação da Administração Pública Direta e Indireta”<sup>19</sup>.

#### 4. Responsabilidade da concessionária perante terceiros e perante o Poder Público

O Estado muitas vezes causa danos ou prejuízos aos indivíduos, gerando a obrigação de reparação patrimonial, decorrente da responsabilidade civil. Assim, enquanto sujeito de direito, o Estado submete-se a responsabilidade civil, prevendo a Constituição Federal que

“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” (CF, art. 37, § 6º).

Essa responsabilidade não se confunde com a responsabilidade civil contratual do Estado, que deve ser analisada sob a ótica dos contratos administrativos.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado passou por constantes alterações e evoluções, em cada período histórico:

- *1ª fase: Irresponsabilidade* – “O Rei nunca erra” – Observe-se, porém, que mesmo nesses casos não ficavam os indivíduos a descoberto de qualquer proteção, pois, em atuando os agentes públicos com dolo ou culpa, estes responderiam, individualmente, por seus atos, mesmo quando no exercício de cargo público. Isso porque, em violando o direito, não agiam em nome do Estado, como seu preposto, mas em nome próprio.
- *2ª fase: Responsabilidade subjetiva – doutrina civilista*: essa teoria dividia-se em relação a atos de gestão ou ato de império do Poder Público. Em relação aos primeiros, havia responsabilidade civil do Estado desde que houvesse, no caso concreto, culpa do agente público.

- *3ª fase: Publicização da culpa – teoria francesa da culpa administrativa ou da ‘faute du service’ (falta do serviço)*: decorre de quatro pontos principais e não diferencia atos de gestão de atos de império, mas sim da correta ou incorreta atuação do serviço público. A falta do serviço público não depende de falta do agente, mas do funcionamento defeituoso do serviço, do qual decorre o dano. Assim, a falta do serviço ocorre quando o serviço público não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Essa é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva. Dessa forma, a *faute du service* era fundamentada ou na culpa individual do agente causador do dano, ou na culpa do próprio serviço, culpa anônima, já que não é possível individualizá-la, cabendo à vítima comprovar a não-prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo.
- *4ª fase: Responsabilidade objetiva – a teoria do risco administrativo* fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente.
- *5ª fase: Responsabilidade objetiva – a teoria do risco integral*: o Estado é responsável por qualquer dano causado ao indivíduo, na gestão de seus serviços, independentemente da

culpa da própria vítima ou de caso fortuito ou força maior.

A Constituição Federal adotou, em seu artigo 37, §6º, a teoria objetiva do risco administrativo, ao prever que 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.

Essa responsabilidade engloba todas as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

Assim, as características básicas do preceito constitucional consagrador da responsabilidade civil objetiva do Poder Público (CF, §6º do art. 37) são:

- 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;
- a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deve reparar esses danos, indenizando-os, independentemente de ter agido com dolo ou culpa;
- os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexos causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; a oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;

- no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou, ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;
- havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização;
- a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instâncias independentes. Assim, a absolvição do servidor no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima;
- a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;
- a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ocorre, porém, que a premissa constitucional para aplicação da Teoria da Responsabilização Objetiva do Risco Administrativo refere-se, como já verificado, à existência de uma prestação de serviço público, o

que inexistem nas hipóteses de exploração de petróleo e gás natural, seja por parte do Poder Público, seja por parte, a partir da EC nº 9/95, da pessoa jurídica de direito privado, concessionário do Poder Público.

Trata-se, na hipótese, conforme analisado no item 2, de atividade econômica e não de serviço público e, conseqüentemente, conforme verificado no item 5, de concessão de exploração de bem público e não de concessão de serviço público.

Essa premissa também é salientada por Di Pietro, que adverte:

“a responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da *execução de serviço público*, é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado *prestadoras de serviços públicos*”<sup>20</sup>.

Portanto, parece-nos que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal não se aplica em relação à responsabilidade da concessionária perante terceiros e perante o Poder Público, devendo ser aplicada a teoria da responsabilização subjetiva, por ausência da necessária previsão constitucional que consagre a responsabilidade objetiva também nessa hipótese.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se Gastão Alves de Toledo, ao afirmar que

“toda teoria sobre a responsabilidade objetiva do Estado se radica na sua exigibilidade, enquanto o mesmo é prestador de serviços públicos.... Ao mesmo tempo em que o Texto Constitucional ampliou os destinatários da norma, para incluir, não só as pessoas jurídicas de direito público, mas, igualmente, as de direito privado, também qualificou, restritivamente, a atividade cujo desempenho ficou submetido a esta violenta responsabilidade. Ora, não pode a lei comum ampliar a aplicação de um instituto, em si mesmo, excepcional, captado pela Constituição para gravar a atuação do Es-

tado nesse campo (serviços públicos). Se ela (Constituição) pretendesse que outros ramos da atividade estatal fossem abrangidos pela responsabilidade objetiva extracontratual, não teria se utilizado daquela expressão, excluente dos demais setores onde ele opera. No que respeita a atuação do Estado (*latu sensu*), somente a Constituição pode estabelecer o grau de responsabilidade a que estará sujeito, e bem assim seus concessionários, pessoas de direito privado”<sup>21</sup>.

Igualmente concordamos com o citado autor, quando aponta a inconstitucionalidade do art. 44, V, da Lei nº 9.478/97, que estipulou a responsabilidade objetiva nessas hipóteses.

#### 5. O papel da ANP na atividade de exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos

A principal finalidade da criação da ANP – Agência Nacional do Petróleo – foi garantir a manutenção de várias prerrogativas do Poder Público na alteração de sistemas de exploração do petróleo. Assim, a passagem de um sistema tradicional de monopólio para um novo modelo, em que se permite a concorrência, tornou necessária a criação da ANP, para proteção do Poder Público.

A ANP foi instituída sob a natureza jurídica de *autarquia especial*, nos termos da Lei nº 9.478/97.

Dessa forma, enquanto *autarquia especial*, a ANP sujeita-se a todos os princípios gerais de direito público.

Assim, prevê o artigo 7º da citada lei que “fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia”.

Igualmente, em seu artigo 8º, estipula as competências da ANP, para que possa cum-

prir sua finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Para alcançar sua finalidade legal, deverá a ANP:

- implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;
- promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;
- regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospeção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;
- elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;
- autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;
- estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta lei;
- fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;

- instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;
- fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente;
- estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento;
- organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo;
- consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação;
- fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques estratégicos de Combustíveis de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8-2-1991;
- articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE;
- regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Percebe-se, claramente, pelo rol de funções da ANP, que a mesma passou a assumir o papel que caberia ao Poder Público,

ao planejar, implementar e promover a política nacional de petróleo e gás natural, e ainda celebrar contratos, fiscalizar e aplicar penalidades.

A ANP, portanto, é uma pessoa jurídica de direito público – *autarquia especial* – com competência para atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do artigo 174 da Constituição Federal, que dispõe que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Assim, a ANP deve atuar como *agente normativo*, nos moldes definidos por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem,

“como agente normativo, cabe ao Estado fixar diretrizes para a economia. Igualmente, realizar aquilo que os economistas denominam de intervenção conforme. Ou seja, a que orienta os agentes econômicos e os influencia por meio de uma política global, financeira, monetária, social, sem lhes eliminar a livre determinação. É a que atua sobre as grandes linhas da atividade econômica – nível de demanda, condições de repartição etc”<sup>22</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> Caetano, 1996, p. 324.

<sup>2</sup> Bastos, 1990, v. 7, p. 167.

<sup>3</sup> Idem, ibidem, v. 3, p. 83.

<sup>4</sup> Ferreira, v. 1, 1994, p. 486.

<sup>5</sup> Di Pietro, 1999, p. 518.

<sup>6</sup> Grau, 1999, p. 131.

<sup>7</sup> Virga, *Diritto amministrativo*, 1994, p.330.

<sup>8</sup> Ferreira, v. 6, p. 387.

<sup>9</sup> Por isso, ensina Marcello Caetano (1996, p. 240), “o serviço público para ser concedido tem de estar legalmente subtraído à livre concorrência. A actividade só pode ser concedida a certa pessoa se não for livre o seu exercício por qualquer pessoa”.

<sup>10</sup> Grau, p. 144.

<sup>11</sup> Bastos, v. 7, p. 165.

<sup>12</sup> Grau, p. 156.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 200.

<sup>14</sup> Toledo, 1999, p. 189.

<sup>15</sup> Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 266.

<sup>16</sup> Note-se que essa espécie de concessão não é tradicional, como se verifica no clássico estudo de Jean Rivero, ao analisar os principais contratos administrativos. Nesse tópico se refere tão-somente à concessão de serviço público e à concessão de obras públicas (Rivero, 1981, p. 129).

<sup>17</sup> Idem, ibidem, p. 133.

<sup>18</sup> Idem, ibidem, p. 136.

<sup>19</sup> Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, p. 67.

<sup>20</sup> Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 272.

<sup>21</sup> Toledo, 1999, p. 200.

<sup>22</sup> Ferreira Filho, 1995, v. 4, p. 14.

### Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, v. 3 e 7, 1990.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra : Almedina, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo : Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública*. 3.ed. São Paulo : Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. [S.l. : s.n.], v. 30, s.d. p. 173.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, v. 1 e 4, 1995.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, v.1, 4 e 6, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra : Almedina, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo : RT, 1995.
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *La privatización de la empresa pública*. Madri : Montecorvo, 1991.
- TOLEDO, Gastão Alves de. Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a agência nacional de petróleo – ANP. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo : RT, n. 28, 1999.
- VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo*. Milano : Giuffrè, 1994.

# Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

## Sumário

1. Introdução. 2. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno brasileiro. 2.1. Natureza “constitucional” das normas emanadas de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (CF, art. 5º, § 2º): sistema brasileiro. 2.2. Incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro (CF, art. 5º, § 1º). 3. Conclusão.

### *1. Introdução*

A proposta deste trabalho é estudar a maneira por meio da qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressam no ordenamento brasileiro. Vale dizer, importa examinar a dinâmica da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e seu impacto e repercussão no direito pátrio.

Para se enfrentar corretamente o presente tema, necessário se faz a discussão de: *a*) como os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos fundamentais incorporam-se ao direito interno; *b*) qual o *status* que suas normas detêm no ordenamento brasileiro; *c*) como se dá a aplicação desses tratados no Brasil.

### *2. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito interno brasileiro*

Passamos a estudar, então, a maneira por meio da qual a Constituição de 1988 disci-

Valerio de Oliveira Mazzuoli é graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente – SP.



plina o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, mister seja compreendido o que são, em realidade, os *direitos humanos*.

A definição do que seja “direitos humanos”, como explica Flávia Piovesan, aponta para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, opta-se pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, fundada na universalidade e indivisibilidade desses direitos. Diz-se universal “porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”; e indivisível “porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade” (Cf. Piovesan, 1999, p. 92).

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, claríssima a esse respeito, dispõe no seu parágrafo 5º que:

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

A existência de uma base normativa internacional, iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948<sup>1</sup>, e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (v.g., o Pacto Internacional sobre

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos assinados no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969), passa, assim, a evidenciar o traço distintivo dos “direitos humanos contemporâneos” (Weiss, 1999, p. 18).

Nascidos dos horrores da Segunda Guerra Mundial, tendo como fonte o surgimento do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (*International Human Rights Law*), esses acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explica Louis Henkin (1993, p. 375-6),

“institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”.

A partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de consequência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos<sup>2</sup>. Antes disso, a proteção ao homem estava mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. Surge, então, no âmbito

da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter *geral* (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), como de caráter *específico* (v.g., as Convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.).

Mas a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção *global*, de que são exemplos, entre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e cujo código básico é a chamada *international bill of human rights*, abrange também os instrumentos de proteção *regional*, aqueles pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano (v.g., no sistema americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes.

Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público “são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito”, as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por objetivo “estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado” (Weis, 1999, p. 21). É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

Sem embargo, ainda não se tem chegado a um grau mínimo de respeitabilidade dessas normas. Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito aos direitos humanos, é preciso que se busque, seja no direito nacional, seja no internacional, saídas eficazes para solução do problema diário da violação dos direitos internacionalmente garantidos pelos tratados internacionais. É certo que já se percebe, mesmo que de forma lenta, nesses últimos tempos, o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação à proteção dos direitos humanos, principalmente dessa nova geração de juristas. Atualmente, não mais se cogita, para esse novo grupo, em monismo e dualismo, o que já estaria (e efetivamente está!) por demais superado<sup>3</sup>. Pretende-se dar às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, e isto é certo, o seu devido valor, ainda pouco reconhecido. Não mais se admite a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional do País. Ao contrário: deseja-se ver aqueles compromissos internacionais igualados em grau hierárquico às normas constantes da Lei Fundamental do Estado.

Nesse diapasão, dispõe o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica que:

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes...”.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que de resto já foi, ainda que

brevemente, estudada, tem, como já se viu, dispositivo expresso a respeito no seu art. 27, que assim dispõe:

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

A Declaração de Princípios Americanos, assinada em Lima aos 24 de dezembro de 1938, da mesma forma, proclama, no item 4, que “as relações entre os Estados devem obedecer às normas do Direito internacional”. A Declaração do México, firmada aos 6 de março de 1945, dispõe no item primeiro que “o Direito internacional é a norma de conduta para todos os Estados”. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 30 de dezembro de 1948, estabelece, no seu art. 5º, letra *a*, que “o Direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas”; no art. 7º, ademais, prescreve que “todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados, de acordo com o Direito internacional”, ao passo que, nos arts. 9 e 10, repete os dizeres dos arts. 3 e 6 da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevidéu aos 26 de dezembro de 1933, que traz disposição no sentido de que “o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional” (art. 3º), o que significa reconhecer *oprimado do direito internacional* como limitador do exercício das competências do Estado<sup>4</sup>.

Com isso, assentou-se a posição de que a *primazia* dos tratados internacionais sobre o direito interno constitui-se um *princípio* de Direito Internacional.

*2.1. Natureza “constitucional” das normas emanadas de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (cf. art. 5º, § 2º): sistema brasileiro*

Em vista dessas disposições convencionais, essa nova doutrina, mais aberta a essa nova realidade atual, apóia a supremacia

do produto normativo constante daqueles tratados internacionais de direitos humanos, no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como se vê, três são as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais:

*a)* direitos e garantias *expressos* na Constituição (v.g., os elencados nos incisos I a LXXVII do art. 5º). Frise-se, porém, que não é só no seu art. 5º que se encontram tais direitos. A Carta Magna de 1988 bem claramente se refere aos direitos e garantias expressos “nesta Constituição”, ou seja, em toda a Carta Constitucional, de forma que podem ser encontrados no decorrer do texto constitucional outros direitos e garantias que não expressamente inscritos no seu art. 5º. Nesse diapasão, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trata-se de *cláusula pétrea*, por exemplo, aquela garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, “b”, da Carta de 1988, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (princípio da anterioridade em matéria tributária), pelo que a Emenda Constitucional n. 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva, estaria violando o limite material previsto no art. 60, § 4º, IV, da Carta da República. É dizer, a EC n. 3, de 17 de março de 1993, que instituiu o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade ao dispor, no parágrafo 2º do art. 2º, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, “b”, e VI, da Constituição, por se tratar de garantia constitucional do cidadão (cf. ADIn n. 939-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches – medida cautelar, RTJ 150/68). Em suma, como decidiu o STF, “admitir que a União,

no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados” (Trecho do voto do Min. Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do STF, *Ementário*, n. 1.730-10/STF);

b) direitos *implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados; e

c) direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Alguns juristas, entretanto, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 88) e José Afonso da Silva (1997, p. 191), pecam, nas palavras de Flávia Piovesan, ao equiparar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. O Professor José Afonso da Silva faz uma distinção, em três grupos, dos direitos individuais: (1) *direitos individuais expressos* na Constituição, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; (2) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida etc. (art. 5º, II); e (3) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, “aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori*” (Silva, 1997, p. 191). Na mesma esteira está a lição do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 88), para quem a Constituição, “além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, ‘decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados’, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais”, terminando por dizer que “quais sejam estes direitos implícitos é difícil apontar”. A Professora Flávia Piovesan (1997, p. 87-88), propondo a classificação que acabamos de fazer, bem leciona no sentido de que, se os direitos decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados “não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado”, sendo direitos de “difícil caracterização *a priori*”, o mesmo não pode ser afirmado quanto aos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, posto serem eles *expressos* e claramente elencados, não podendo ser considerados de “difícil caracterização” ou “difícil de apontar”. E acrescenta:

“Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos” (Piovesan, 1997, p. 89).

Segundo o que expôs o Ministro José Carlos Moreira Alves (1988, p. 22), do Supremo Tribunal Federal, em conferência inaugural ao Simpósio “Imunidades Tributárias”, coordenado pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, o § 2º do art. 5º da Carta da República “só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 e ingressam como lei ordinária”. Saliou ainda naquele evento que, quanto aos tratados posteriores, não seria de se aplicar o referido parágrafo, pois, “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, sendo que tra-

tado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação” (Moreira Alves, 1998, p. 22).

Tratando-se do afirmado pelo ilustre Ministro, sem embargo de sua posição, pensamos que tal interpretação se ressent de equívoco, um tanto quanto justificado, tendo em vista os inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, como já foi visto anteriormente neste trabalho. Entretanto, mesmo em vista dos vários precedentes do Pretório Excelso a respeito do assunto, é de se estranhar a afirmação de que o parágrafo 2º do citado art. 5º “só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988”.

Ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógica, e muito menos jurídica, uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, *a*, da Carta de 1988 somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois, como já se viu, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental (Cf, Barroso, 1999, p. 30). Esse é um ponto.

De outra parte, a assertiva de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “ingressam como lei ordinária” no nosso ordenamento interno não prospera. Se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses *outros* direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor. Ademais, a afirmativa de que “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, em virtude de que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”, como veremos, é, *data*

*máxima vênia*, absolutamente descabida. Primeiro, porque os tratados de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte tornam-se *sim* petrificados por antecipação, pelo fato de terem aplicação imediata, segundo o mandamento do § 1º do art. 5º da Carta de 1988, desde a data de suas respectivas ratificações. Segundo, porque, como veremos, sem embargo de não poderem tais tratados “emendar” o texto constitucional, podem eles, entretanto, em caso de conflito com uma norma constitucional menos benéfica, fazer com que se inaplique o dispositivo constitucional prejudicial, aplicando-se o texto do tratado que traz disposição sobre a mesma matéria, de forma mais favorável ao cidadão.

O que ocorre é que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, referido pelo Ministro Moreira Alves, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente *aberto* (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não-fechado e não-taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio da não-identificação ou da cláusula aberta)<sup>5</sup>. De forma que a cláusula do parágrafo 2º do art. 5º da Carta da República está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no *mesmo* grau hierárquico das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Confusa, a esse respeito, é a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, em comentário ao § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, após reconhecer que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte “acrescentam-se aos direitos fundamentais enunciados na Constitui-

ção”, não podendo ser abolidos “por força da cláusula ‘pétrea’ constante do art. 60, § 4º, IV”, leciona no sentido de que, em caso de conflito do tratado com o texto constitucional, deve prevalecer o comando estabelecido pela Carta Magna “na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado *tem hierarquia de lei ordinária* e não de regra constitucional (...)” (Ferreira Filho, 1997, p. 85) (grifo nosso).

Parece evidente a contradição. Ou se admite que os tratados de *direitos humanos* têm índole e nível constitucional, ou se admite que os mesmos ingressam no ordenamento pátrio ao nível da legislação ordinária. Impossível uma tal conciliação.

Nessa esteira é que o Juiz Antonio Carlos Malheiros, no julgamento do *habeas corpus* n. 637.569-3, da 8ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, deixou assentado o seu entendimento de que “os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equívalem-se às próprias normas constitucionais”. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por isso, têm o que chamamos de *efeito aditivo*, pois podem vir a adicionar novos direitos ao texto constitucional, por meio da cláusula aberta do parágrafo 2º do citado art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Ora, se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º) é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garan-

tias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade” (Mazzuoli, 2000, p. 32). Segundo o magistério de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, à expressão “não excluem” constante do parágrafo 2º do art. 5º da Carta Magna brasileira “não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (...) Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição mas têm valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adotamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega” (Pereira, 1993, p. 117, 121). E assim o fazendo, o *status* do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia Piovesan (1997, p. 82), que, quando a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrariu sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. E conclui a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo: “Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”. Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação essa consoante com o princípio da máxima

efetividade das normas constitucionais (Cf. Piovesan, 1997, p.82-103). De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional<sup>6</sup>. A própria função do Estado de proteger e promover a *dignidade da pessoa humana* já indica essa tal impossibilidade (Cf. Weis, 1999, p. 28).

Dessa forma, tanto os *direitos* como as *garantias* constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos<sup>7</sup>. É também a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, para os quais todas as garantias processuais penais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o *mesmo nível hierárquico* das normas inscritas na Lei Maior” (Grinover, 1997, p. 76) (grifo nosso). A Professora Ada Pellegrini, a esse propósito, bem leciona:

“... a partir de 6.11.92, com a promulgação do Decreto n. 678, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento pátrio. E as normas de garantia da Convenção guardam, no plano interno, o mesmo nível hierárquico das regras do artigo 5º da Constituição, porquanto, nos termos de seu § 2º, ‘os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República do Brasil seja parte’”<sup>8</sup>.

Para o Prof. Celso de Albuquerque Mello (1999, p. 25), aliás, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não apenas empresta “hierarquia constitucional” aos tratados de proteção dos direitos humanos, mas mais que isso, chega ao ponto de afirmar-se “ainda mais radical no sentido de que a norma

internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma Constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, postura essa “que tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”. Nessa esteira é que, seguindo o ilustre professor, Carlos Weis (1999, p. 33-34) se mostra categórico ao afirmar que

“o artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (art. 102, III, “b”) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais (...) possuem ‘privilegio hierárquico’ em relação aos demais, conferido pela Constituição Federal de 1988, em atenção à sua natureza e finalidade”.

Em suma, um Estado que pretende ter seu ordenamento em grau superior ao do direito internacional dos direitos humanos certamente está desvinculado do movimento internacional de proteção de direitos, regional e universalmente reconhecidos, não tendo, por isso, direito de afirmar seu propósito na proteção dos direitos humanos (Cf. Pacheco G. (apud Weis, 1999, p. 34).

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versam sobre *direitos humanos* não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída justamente do citado art. 102, III, *b*, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: *b*) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. O termo “inconstitucionalidade dos tratados”, frise-se, surgiu pela primeira vez com a Carta de 1967, emendada em 1969, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em

única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (art. 119, III, *b*). A conclusão que se extrai do dispositivo é a de que os tratados internacionais (*tradicionais* ou *comuns*, tão-somente) apresentam a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo, portanto, aplicável, no caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*<sup>9</sup>. Foi inclusive com base nesse dispositivo que o STF, desde 1977, passou a adotar a já comentada teoria da *paridade*, equiparando o tratado às leis federais.

Veja-se, a propósito, algumas decisões do STF, que nos traz Luís Roberto Barroso (1998, p. 235, nota 28), *in verbis*:

“A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política” (STF, *DJU* 02.08.96, p. 25.794, ADIn 1.480-3, desp. do presidente em exercício, Min. Celso de Mello).

“Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...). Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política” (STF, *RTJ* 121/270, RE 109.173-SP, rel. Min. Carlos Madeira).

Deve-se insistir, porém, que essa teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de “direitos humanos”. Note-se que o § 2º do art. 5º da CF fala em *direitos e garantias expressos na Constituição*, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de *direitos e garantias* individuais é que estão

amparados por essa cláusula, chamada por isso mesmo de *cláusula aberta*, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o *status* de “norma constitucional”. A isso se acrescenta o argumento, sustentado por boa parte da doutrina publicista, “de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*” (Piovesan, 1997, p. 96). Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, aliás, têm o caráter de serem normas interpretativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é Direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter<sup>10</sup>. Assim, somente surgindo nova norma de direito internacional geral é que os tratados existentes que estejam em oposição com essa norma tornar-se-ão nulos e terminarão<sup>11</sup>.

E, ao interpretar o § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sugere Pedro Dallari (1994, p. 162):

“Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comuni-



dade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva”.

Nessa esteira, Cezar Augusto Rodrigues Costa (1998, p. 201), em artigo publicado na *Revista Cidadania e Justiça*, após transcrever aquele já citado aresto do STF (HC 72.131-RJ), cujo conteúdo é contrário ao nosso posicionamento, faz o seguinte comentário:

“Sem embargo da autoridade que emana do aresto mencionado, principalmente pela qualidade intelectual de seus elaboradores, fato é que nesse caso não parece aflorar qualquer conflito negativo, dado a clareza do parágrafo segundo do art. 5º da Carta Política, que constitucionaliza os tratados internacionais, não para conferir-lhes a natureza infraconstitucional, *mas para equipará-los às normas fundamentais do sistema constitucional vigente*” (grifo nosso).

Trata-se de opinião da qual concordamos inteiramente, e que, no nosso entender, deve sempre prevalecer<sup>12</sup>.

Em suma, “entre nós, por vontade constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nas convenções ratificadas pelo Brasil têm *status* de norma constitucional”, sem embargo de que as autoridades do Executivo e do próprio Judiciário, “por falta de afinidade com a aplicação das normas de Direito Internacional, têm se equivocado com frequência, em detrimento dos princípios que devem reger as boas relações internacionais” (Cintra Júnior, 1996, p. 69). Não fosse assim, perderia todo o sentido a previsão do parágrafo 2º do art. 5º da nossa Carta Magna.

Frise-se, ademais, que os direitos e garantias individuais têm sido mesmo considerados na dogmática jurídica constitucional, junto às funções e limites do poder estatal, como núcleo material mínimo das Constituições contemporâneas, apontado por alguns como resultado de invariantes axioló-

gicas construídas no decorrer da evolução histórica da humanidade (Cf. Reale, 1993, p. 10-11).

Como observa Canotilho (1993, p. 68),

“o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *par excellence*, a organização do poder político (informada pelo princípio de divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o ‘enriquecimento’ da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica)”.

Aliás, na medida em que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles *restringem* sua soberania e isso constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre direito interno e direito internacional<sup>13</sup>. Nesse sentido já assinalara Pasquale Fiore que só se pode reconhecer aos Estados uma *independência limitada* pelas exigências da sociedade internacional, o que A. Pillet caracterizou como sendo uma situação de *interde-*

*pendência* das nações, nestes termos: “L’indépendance de l’État n’existe pas, telle est la conséquence fatale de l’existence du commerce international... Une même loi gouverne donc la vie des individus et des peuples: la loi de l’interdépendance”<sup>14</sup>.

Para Kelsen, bem como para os solidaristas franceses, a idéia de soberania tradicional deveria ser eliminada, por acarretar obstáculos ao desenvolvimento do direito internacional e à evolução da comunidade das nações rumo a uma *civitas maxima*:

“De même que la théorie subjectiviste du contract social a été vaincue en même temps, que l’idée de la souveraineté de l’individu, et que la validité objective de l’ordre étatique a été ainsi mise hors de doute, de même en éliminant la dogme de la souveraineté, de l’État, on établira qu’il existe un ordre juridique universel, indépendant de toute reconnaissance et supérieur aux États, une *civitas maxima*”<sup>15</sup>.

Cabe ao direito internacional, dessa forma, “depois de vencidas as últimas resistências que lhe opõe o conceito atual de soberania, instituir a paz universal sobre fundações profundas e sólidas (...), realizando assim a aspiração medieval da *civitas maxima* que é, no fundo, o ideal comum dos contemporâneos” (Cf. Martins, 1998, p. 2).

Assim é que muitos autores chegam mesmo a negar a soberania do Estado, posto não passar de uma competência delegada pela comunidade internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que existe não só um direito internacional, mas também um direito supranacional ou *humano*, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto pelo outro<sup>16</sup>. Há, pois, nesse cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos, flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário-Geral das Nações Unidas, B. Bou-

tros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara:

“Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional”<sup>17</sup>.

Nesse compasso, o art. 11 da Constituição italiana, já inserto dentro desse novo contexto, preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas *limitações de soberania* necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações” (grifo nosso)<sup>18</sup>.

Historicamente, a regra pela qual os tratados pactuados pelos Estados passam a fazer parte de seu ordenamento interno deriva do axioma firmado por Blackstone no século XVIII, segundo o qual *the Law of Nations is held to be a part of law of the land* (ou... *International Law is part of the law of the land*), que já de há muito dava prevalência ao primado do Direito Internacional, reforçando a corrente monista internacionalista<sup>19</sup>. Verdross, ao comentar essa regra, lecionava no sentido de que o seu significado refere-se à aplicação interna do direito internacional, querendo ela dizer que uma regra de direito internacional comum não vale somente *entre* Estados, mas também *dentro* dos Estados, devendo, por isso, ser aplicada pelos Tribunais e autoridades internas do mesmo, como qualquer outra norma do direito positivo

nacional, sem a necessidade de que seja, antes, recolhida por uma lei interna<sup>20</sup>.

O *direito das gentes* era, dessa maneira, aplicado inclusive em oposição aos *acts of parliament*, do direito britânico, o que levou Blackstone a fazer a seguinte afirmação, registrada por Lauterpacht:

“O Direito internacional (todas as vezes que surge uma questão que com justo título dependa de sua jurisdição) é adotado aqui, em sua totalidade, pelo Direito do País, e é considerado como formando parte deste. E os *acts* do Parlamento, que de quando em quando se aprovam para assegurar a aplicação dessa lei universal ou para facilitar a execução de suas decisões, não devem ser considerados como introdutores de meras normas, mas simplesmente como declarativos de velhas constituições do reino, sem as quais este cessaria de fazer parte do mundo civilizado”<sup>21</sup>.

Mas, ressalte-se que, no caso brasileiro, somente no que se refere aos tratados de *direitos humanos* é que se aplicará o primado do Direito Internacional frente ao ordenamento interno, pois, como se viu, por disposição expressa da Carta de 1988, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, à medida que ratificados, “se incluem” no nosso ordenamento com *status* de norma constitucional, e mais que isso, de norma supraconstitucional.

## 2.2. Incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro (cf. art. 5º, § 1º)

Além de supranacional, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos por nós ratificados passam, ainda, a incorporar-se *automaticamente* em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do art. 5º da nossa Carta:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A inserção dessa norma no Título correspondente aos “direitos e garantias fundamentais” na Carta Magna de 1988, fora influenciada, por certo, pelo anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, em seu art. 10, continha preceito semelhante, o qual estabelecia que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata”.

Frise-se que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 dá aplicação imediata a *todos* os direitos e garantias fundamentais. É dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos arts. 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo consoante a regra do § 2º do seu art. 5º.

É justamente este último caso (aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos) que nos interessa neste estudo. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos arts. 5º a 17 da Constituição da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte<sup>22</sup>.

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter *aplicabilidade imediata*, dispensando-se, dessa forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano inter-

nacional. Já nos casos de tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, esse decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário<sup>23</sup>. Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o *monismo internacionalista kelseniano*, dispensando-se da sistemática da incorporação o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples *ratificação* do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

Esclareça-se que não é da edição do Decreto Legislativo que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos passam a ter aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro, mas sim em face de sua posterior *ratificação* pelo Presidente da República, a quem compete privativamente celebrar tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII). A ratificação é imprescindível, mesmo porque a vigência de um tratado internacional no Brasil depende da anterior vigência internacional do ato, só alcançada por meio dela.

No mesmo sentido, a lição de Flávia Piovesan (1997, p. 106-107), para quem

“em face da incorporação automática os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao direito nacional *em virtude do ato da ratificação*. (...) Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o *ato da ratificação*, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Esta sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o

Direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna” (grifos nossos).

Não é outra a lição de Virginia Leary, nestes termos:

“Em outros Estados, que possuem um sistema diferente, os tratados ratificados se transformam em lei interna *em virtude da ratificação*. Este método é chamado ‘incorporação automática’ e é método adotado, dentre outros, pela França, Suíça, Países Baixos, Estados Unidos e alguns países latino-americanos, africanos e asiáticos. É importante observar que, em muitos Estados, a promulgação ou publicação dos tratados podem também ser atos necessários para que eles entrem em vigor no Direito Interno”<sup>24</sup> (grifo nosso).

Ao contrário, com relação aos tratados internacionais comuns, o Brasil passou a acolher a concepção dualista, que exige a edição de *decreto de execução* para que passem a irradiar seus efeitos.

Além de o artigo 5º, § 1º, da Carta da República impor essa conclusão, a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis (Cf. Pfeiffer, 1998, p. 223, nota 27). Para Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 34):

“Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da auto-aplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subsequentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas deve prevale-

cer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter auto-aplicável (*self-executing*) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, ‘uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional’”.

Aliás, Constituições de diversos países do ocidente têm igualmente consagrado o primado do direito internacional, bem como a auto-aplicabilidade das normas emanadas de tratados internacionais. Nessa esteira é que a Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 16, n. 1) dita a regra de que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, acrescentando que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 16, nº 2). A Carta Portuguesa admite ainda a *recepção automática* das normas internacionais, dispensando qualquer tipo de procedimento legislativo ou executivo que as integre internamente, inclusive estabelecendo a superioridade hierárquica das normas da Comunidade Econômica Européia sobre a legislação interna (art. 8º)<sup>25</sup>. A Constituição Espanhola, por seu turno, em seu art. 9º n. 2, estabelecendo verdadeira regra de interpretação, chega a afirmar que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”; e no art. 96, n. 1, dita a regra de que “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha, farão parte da ordem interna es-

panhola”. Por último, e da mesma forma, seguindo a tendência das demais, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabeleceu em seu artigo 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm *hierarquia constitucional* e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

Como se já não bastasse, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*, passam a ser *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1º, IV)<sup>26</sup>. É o que se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º da Lei Fundamental, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta. Isso porque o § 1º do art. 5º da Constituição da República, como se viu, dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

As cláusulas pétreas impõem limites materialmente explícitos de reforma constitucional. Essas *limitações materiais explícitas* constantes do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição impedem, na via de emenda constitucional, qualquer proposta tendente a abolir: (I) a forma federativa do Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; e (IV) os direitos e garantias individuais. Observe-se que, neste último caso, a respectiva cláusula pétrea só alcança direitos e garantias *individuais* e não coletivos. Logo, só os direitos individuais enunciados por tratados é que são resguardados por cláusulas pétreas e não os coletivos<sup>27</sup>.

Dessa forma, os direitos inseridos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos passam a ser *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, que diz:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.”

Ora, se a Constituição Federal permite que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno brasileiro, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e dispondo o produto normativo desses tratados sobre *direitos e garantias individuais*, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1º do art. 5º e do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo por meio de Emenda à Constituição. Ou seja, a partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituir *cláusulas pétreas*, não mais podendo ser suprimidos por qualquer maneira.

Nessa esteira, dando a Carta Magna aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados a natureza de “norma constitucional” e passando os direitos inclusos nesses tratados a constituir *cláusula pétrea*, nos termos de seu art. 60, § 4º, IV, por se tratar também de um *direito*, será igualmente *cláusula pétrea* aquela norma de interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (*supra*: art. 29), que passa a ter também aplicabilidade imediata no que assegura que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada *no sentido de permitir a qualquer dos Estados-partes a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos...*

### 3. Conclusão

I - O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 tem um caráter eminentemente *aberto* (norma de *fattispecie* aberta),

pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. O parágrafo 2º do art. 5º da Carta da República, assim, está a admitir que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no nível das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária. Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º) é porque está ela própria a autorizar que esses direitos internacionais constantes dos tratados internacionais pelo Brasil ratificados “se incluem” no nosso ordenamento, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. E assim o fazendo, o *status* do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira “norma materialmente constitucional”.

II – Os demais tratados internacionais que não versam sobre *direitos humanos* não têm natureza de norma constitucional; terão, sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, III, *b*, da Carta Magna de 1988.

III – Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos por nós ratificados passam a incorporar-se *automaticamente* em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do art. 5º da nossa Carta: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas consti-

tucionais”, passam os tratados de direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter *aplicabilidade imediata* no ordenamento brasileiro, dispensando-se, dessa forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Foi adotado no Brasil o *monismo internacionalista kelseniano*, dispensando-se da sistemática da incorporação o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples *ratificação* do tratado pelo Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

IV – Todos os direitos inseridos nos referidos tratados de proteção dos direitos humanos, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*, passam a ser *cláusulas pétreas*, não podendo ser suprimidos nem mesmo por Emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1º, IV). Essa conclusão se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º da Constituição de 1988, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta. Observe-se que no caso em que estamos tratando a respectiva cláusula pétrea só alcança direitos e garantias *individuais* e não coletivos. Somente os direitos individuais enunciados por tratados é que são resguardados por cláusulas pétreas e não os coletivos. Se a Constituição permite que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento nacional, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e dispondo o produto normativo desses tratados sobre *direitos e garantias individuais*, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1º do art. 5º, e do § 4º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo por meio de Emenda à Constituição.

## Notas

<sup>1</sup> Resolução 217-A (III) da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

<sup>2</sup> Como destaca Carlos Weis (1999, p. 21): “A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano”.

<sup>3</sup> Na lição de Antônio Augusto Cançado Trindade (1996, p. 16): “O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da ‘competência nacional exclusiva’; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser ‘transformadas’ em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas”.

<sup>4</sup> Cf. Gerson de Britto Mello Boson (1958, p. 174-5). *Curso de direito internacional público*, p. 174-175. Para este autor: “O primado do Direito das gentes é um dos maiores postulados da teoria geral do Direito internacional. Existe ainda quando falte nas Constituições o seu reconhecimento expresso, porque, na verdade, os Estados, juridicamente, só dispõem da liberdade para fixar a modalidade da aplicação *interna* do Direito internacional. O Estado, no exercício de suas competências, pode praticar atos contrários ao Direito das gentes, mas incorre em responsabilidade, ajuizável perante tribunais internacionais, ainda quando o ato ilícito impugnado tenha sido praticado de acordo com a lei interna, pois o próprio exercício das funções legislativas pode ser constitutivo de um ato internacionalmente anti-jurídico. Tem, portanto, toda proce-

dência a declaração, repetida, de vários tribunais internacionais, de que as leis internas são em face do Direito das gentes, meros fatos suscetíveis de serem valorados com respeito à sua conformidade ou discrepância com o Direito internacional. A validade superestatal deste é independente da vontade dos Estados, já submetidos à sua obrigação”.

<sup>5</sup> Cf. Jorge Miranda (1998, p. 153), *in verbis*: “O n. 1 do art. 16 da Constituição [portuguesa] aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração *aberta*, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1, de *cláusula aberta* ou de não tipicidade de direitos fundamentais” (grifos nossos).

<sup>6</sup> Não assiste razão, assim, a Alexandre de Moraes (2000, p. 302-304), para quem: “A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, *de caráter infraconstitucional*, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E, apoiado em decisões do STF, conclui: “As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos *normativos infraconstitucionais*, de mesma hierarquia às leis ordinárias (RTJ 83/809; STF – Adin. n. 1.480-3 – medida liminar – rel. Min. Celso de Mello), subordinando-se, pois, integralmente, às normas constitucionais” (grifo do autor).

<sup>7</sup> É também a opinião de Clèmerson Merlin Clève (1997, p. 527), que conclui atribuir a Constituição “aos direitos humanos definidos em tratado internacional o *status* de norma constitucional”.

<sup>8</sup> *Boletim do IBCCrim*, edição especial, n. 42, jun./1996, p. 01.

<sup>9</sup> Cf. Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 91. Para Pedro Calmon (1956, p. 158), “*referendando* o Congresso os tratados internacionais, estes são transformados em *Lei*, equivalente à demais leis Federais”.

<sup>10</sup> Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 53. Segundo este mesmo artigo, “é nulo todo tratado que, no momento de sua celebração esteja em oposição com uma norma interpretativa de direito internacional geral”, a exemplo das normas de *jus cogens*, que são obrigatórias. Cf. ainda, André Gonçalves Pereira e Fausto de

Quadros, para quem “um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma ‘supra-legalidade internacional’” (Pereira, 1993, p. 277).

<sup>11</sup> Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 64.

<sup>12</sup> Assim conclui Flávia Piovesan (1997, p. 98): “Em suma, a natureza constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, parágrafo 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional”.

<sup>13</sup> Cf. Pedro Dallari, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público: o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988*, trabalho acadêmico. Para Hans Kelsen, a questão, todavia, consiste em saber em que medida a soberania do Estado é limitável pelo direito internacional, e admite que a resposta não pode ser deduzida, quer do primado do direito internacional, quer do primado do direito interno nacional (cf. *Teoria pura do direito*, p. 457).

<sup>14</sup> *Revue Générale*, 1898, p. 77 e 86. Para Mirtó Fraga (1998, p. 9): “(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela *encontra seus limites nos direitos individuais*, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional” (grifo nosso).

<sup>15</sup> Hans Kelsen. *Recueil des Cours*, n. 14, p. 326. Vide, Gerson de Britto Mello Boson, *op. cit.*, p. 179, nota n. 287.

<sup>16</sup> Cf. A. Mandelstam. La protection internationale des droits de l’homme. *Recueil des Cours*, n. 38, p. 192; cf., ainda, León Duguit. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris : E. de Boccard, v. 1, 1930. p. 588.

<sup>17</sup> BOUTROS-GHALI, B. Empowering the United Nations. In: *Foreign Affairs*, v. 89, 1992/1993, p. 98-99. (*Apud* Henkin *et al.*, p. 18).



<sup>18</sup> Na lição de Paolo Barile, Enzo Cheli e Stefano Grassi (1998, p. 140): “I limiti alla sovranità del nostro Stato che derivano dall’attribuzione dei poteri normativi agli organi comunitari, trovano fondamento nel principio di cui all’art. 11 C., che “consente, in condizioni di parità com gli altri Stati, le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni”, ed invita l’Italia a “promuovere” e “favorire” le “organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”: le Comunità europee sono nate – come si è accenato – com scopi analoghi a quelli indicati dall’art. 11 C., come risulta anche dai preamboli dei rispettivi trattati”.

<sup>19</sup> Cf. Celso D. de Albuquerque Mello. *Direito Internacional Público*, p. 104.

<sup>20</sup> Alfred von Verdross. *Derecho internacional publico*, p. 73. Cf. também, Gerson de Britto Mello Boson, *op. cit.*, p. 175.

<sup>21</sup> Vide Gerson de Britto Mello Boson, *Ibidem*, p. 175-176.

<sup>22</sup> A esse propósito, Fernando Luiz Ximenes Rocha (*RIL*, p. 81), ressalta a “posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal” (“A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro”.

<sup>23</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli (2000, p. 35).

<sup>24</sup> Virginia Leary. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1982. p.36. Apud. Piovesan, (1997, p. 106).

<sup>25</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): “Art. 8º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

<sup>26</sup> Cf. MAZZUOLI (2000, p. 36), “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, *cit.*, p. 36.

<sup>27</sup> Cf. Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 98, nota 105.

## Bibliografia

- BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna : Società Editrice il Mulino, 1984. (impressão: 1992).
- BARILE, Paolo, Cheli, Enzo, GRASSI, Stefano. *Istituzioni di diritto pubblico*. 8. ed. Padova : CEDAM–Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de direito internacional público*. 1. v. Belo Horizonte : Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.
- CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 4. ed. Rio e Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1956.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra : Livraria Almedina, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.
- CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos. In: *Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, n. 2, a. 1, jul./dez. 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*. [S.l. : s.n.], n. 736, fev. 1997. p. 503-532.
- COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Da prisão civil por dívida. In: *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*. [S.l. : s.n.], ano 2, n. 4, 1. semestre de 1998.
- DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. In: *Revista especial do Tribunal Regional Federal, 3.ª Região – Escola dos Magistrados – Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos*

- direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. vol. 1, 2. ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 1997.
- FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Revista dos Tribunais*. [S.l. : s.n.], n. 710, dez. 1994. p. 21-31.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3th. ed. Minnesota : West Publishing, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria para do direito*. 6. ed. Tradução por João Baptista Machado. Coimbra : Armênio Amado Editora, 1984.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo : Editora Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- MARTINS, Pedro Baptista. Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional. Atualizada por Luís Ivani de Amorim Araújo. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. 1. ed. Campinas : Agá Juris, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos & relações internacionais*. 1. ed. Campinas : Agá Juris, 2000.
- \_\_\_\_\_. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto : Nacional de Direito Livraria Editora, a. 1, v. 6, jun. de 2000. p. 26-50.
- \_\_\_\_\_. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 53, jun. 2000. p. 83-106.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo 4. Coimbra : Coimbra Editora, 1998.
- MODUGNO, Franco. *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, s.d.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2000. (coleção Temas Jurídicos, nº 3).
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural*. In: Martins, Ives Gandra da Silva (coord.). Conferência inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998. (Pesquisas tributárias. Nova série, n. 4).
- PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro — interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. In: *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. (Série Estudos n. 11).
- PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo : [s.n.], 51/52, jan./dez. 1999. p. 81-102.
- PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. In: *Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, a. 1, n. 2, jul./dez. 1996. p. 109-118.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. São Paulo : Max Limonad, 1998.
- PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. 1. vol. São Paulo : Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1993.
- REALE, Miguel. Sentido da Constituição e de sua Reforma. In: *Revista Trimestral de Direito Público – I*. São Paulo : Malheiros Editores, 1993.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio : Forense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Direito internacional público: curso elementar*, 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, n. 130. s./d.
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1981.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

# Os paradigmas constitucionais, o princípio da igualdade e o direito à educação

Guilherme Wagner Ribeiro

Algumas “palavras viajantes” permeiam toda a evolução do constitucionalismo moderno, sofrendo processos de resignificação na mudança dos paradigmas constitucionais, como salientou J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 12). Entre as que mencionou esse renomado jurista português – Constituição, Lei, Estado, direitos individuais –, poder-se-ia incluir, sem dúvida, o *princípio da igualdade*. Neste trabalho, pretende-se analisar a viagem do princípio da igualdade pelos paradigmas constitucionais, tendo como referência o reflexo desse princípio no direito à educação.

Antes, é preciso explicitar, ainda que de forma sumária, o entendimento ora adotado de paradigma e o processo de suas mudanças (Kunh, 1978). No embate teórico dos diversos campos do conhecimento, os profissionais de cada área comungam, em determinado momento histórico, de uma constelação de crenças, valores, técnicas e premissas, “consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo” (Carvalho Neto, 1996, p. 126). Tal constelação irá compor o paradigma prevalecente naquele momento, cujos conceitos e instrumentos de pesquisa são amplamente aceitos e prevalecem enquanto conseguem oferecer respostas minimamente satisfatórias às questões levantadas pelas

Guilherme Wagner Ribeiro é Consultor da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Mestre em Educação pela UFMG. Professor de Direito Constitucional da Fundação Educacional Monsenhor Messias. Professor de Legislação Social da Fundação João Pinheiro. Advogado.

práticas sociais, ainda que as respostas sejam divergentes. Quando tais respostas vão perdendo sua força explicativa, gradativamente mas de forma acelerada, os profissionais da área vão adotando novos conceitos e revendo os anteriores, o que implica um processo de ruptura com o paradigma anteriormente adotado e a emergência de um novo.

Dentro do constitucionalismo, reconhecemos três paradigmas, a partir das próprias nomenclaturas utilizadas pelas constituições. No Século XVIII, assiste-se ao surgimento do *Estado de Direito*, cujas constituições asseguram os direitos individuais e estabelecem a organização do Estado na perspectiva de lhe restringir ao máximo o exercício do poder. Nas primeiras décadas do século XX, emerge o *Estado Social*, que pretende assegurar a todos os direitos sociais, como trabalho, saúde, previdência, educação. Nas últimas décadas, inscreve-se nas constituições uma nova denominação de Estado, como ocorreu com a Carta Magna brasileira promulgada em 5 de outubro de 1988, cujo art. 1º declara ser a República Federativa do Brasil um *Estado Democrático de Direito*. Posto isso, retomemos o propósito supra-anunciado.

O ideal da igualdade requer sempre um qualificativo. Enquanto a frase “A é livre” é suficiente para expressar um ou vários sentidos, o mesmo não pode ser dito de “A é igual”. Igual a quem? Igual em quê? Os liberais do século XVIII apresentaram a seguinte resposta a tais indagações: *todos* são iguais *em liberdades*. Todos têm igualmente o direito às liberdades de se locomover, de professar uma crença, de se expressar e de vender sua força de trabalho a quem e onde lhe convier. Esse conjunto de liberdades compõe a cidadania civil, tal como trabalhada por T. H. Marshall em sua obra clássica. A dimensão revolucionária da proposição liberal encontra-se no “todos”, porque opõe-se à separação medieval e absolutista entre povo e nobreza. O alvo dessa concepção de igualdade é, pois, o Estado estamental, em que a

própria lei institui a distinção, abrindo-se caminho para a construção do Estado liberal, que é um Estado limitado em relação às suas funções – *Estado mínimo* – e quanto a seus poderes – *Estado de Direito*. Trata-se, assim, *da igualdade de todos perante a lei*, concepção que ignora as diferenças materiais que separam os homens. Aliás, segundo Rolf Kunts (1994, p. 144),

“desde Locke, o liberalismo sempre se deu mal com aquela noção (de igualdade). Não podia dispensá-la como ponto de partida, mas também não podia carregá-la, sem problemas, por muito tempo”.

Essa contradição é perfeitamente traduzida no que tange ao direito à educação. Nas mudanças de paradigmas, às políticas educacionais é atribuído um papel central, como meio para se divulgarem novas referências, idéias e valores. Na emergência da sociedade liberal, era preciso, por exemplo, tornar laicos o saber e a política, separando nitidamente fé e razão. Daí a importância de que todos os cidadãos tivessem acesso à educação, que lhes possibilitaria comungar de uma nova compreensão do mundo. Todavia, os estudos avançados seriam necessários apenas àqueles que iriam tornar-se dirigentes da sociedade. É o que revelam, aliás, as seguintes passagens do livro *A Didática Magna*, de Cornelius, de 1632, *in verbis*:

“Devem ser enviados às escolas não apenas os filhos dos ricos ou dos cidadãos principais, mas todos, por igual, nobres e plebeus, ricos e pobres, rapazes e raparigas em todas as cidades, aldeias e casas isoladas” (1996, p. 139)

“(…) as escolas inferiores, a materna e a primária, exercitam a juventude de ambos os sexos; a escola de latim deve educar, sobretudo, os adolescentes que aspiram às coisas mais altas que os trabalhos manuais; e as Academias devem formar os doutores e futuros condutores dos outros, para que, nem às escolas, nem às adminis-

trações públicas, faltem dirigentes competentes” (1996, p. 413).

Inicialmente, a igualdade limitava-se aos direitos civis, não estendendo sequer aos direitos políticos. Sustentava-se que o direito de votar e de ser votado estava restrito aos “homens bons”, entendendo-se como tal os cidadãos possuidores de renda. Esses liberais assistiram à passagem do capitalismo mercantilista para o capitalismo industrial e, com este, a formação da classe operária. Essa população, embora igual à burguesia perante a lei, vivia, quanto às condições materiais da vida, em situação de elevada desigualdade em relação aos burgueses. E foi a luta dessa maioria que fez com que, no interior do pensamento liberal, começassem a prevalecer aqueles que admitiam o direito de participação da classe trabalhadora no processo eleitoral. Tal noção foi-se ampliando até alcançar o sufrágio universal, o que ocorreu somente neste século.

Saliente-se que a expansão dos direitos civis e políticos não interfere na concepção de Estado liberal e de mercado no capitalismo dos séculos XVIII e XIX, marcado exatamente pelo oposto da igualdade material e da diversidade, ou seja, pela desigualdade e pela exclusão. É a luta contra essas marcas do capitalismo que alimenta o princípio da igualdade e, sobretudo no paradigma do Estado democrático de direito, o direito à diferença. Debrucemo-nos um pouco sobre essas marcas. Na desigualdade, o sujeito se integra ao sistema de forma subordinada: quem está em baixo está dentro e sua posição é indispensável ao sistema. Na exclusão, quem está em baixo está fora. Marx foi o principal teórico da desigualdade, enquanto Foucault é quem melhor demonstra o sistema de exclusão nos séculos XVI a XVIII. A situação extrema da desigualdade é a escravidão, enquanto o extremo da exclusão é o extermínio (Santos, 1995). São essas marcas da modernidade que precisam ser enfrentadas por qualquer política de democratização que busque promover a igualdade e a diversidade.

São precisamente as vítimas da desigualdade e da exclusão que sustentam ideologias e propostas que não se limitam à concepção liberal de igualdade. É no contexto do movimento operário que cresce o ideal de uma igualdade material, de uma sociedade socialista. Em resposta à luta dessas vítimas, o Estado liberal elabora suas políticas sociais no século XIX, a maioria das quais visava a controlar a exclusão, não a atenuar a desigualdade. É bem verdade que há distinção entre as diversas políticas sociais daquele século, não se podendo, por exemplo, estender a compreensão da *poor in law* inglesa (ela própria tendo sofrido mutações desde o século XVI) às leis sociais de Bismark, na Alemanha recém-unificada. Como regra, as políticas sociais não eram compreendidas como um direito de todos os cidadãos, mas apenas uma assistência àqueles que não podiam vender sua força no mercado de trabalho. As políticas sociais visavam, naquele século, a atender aos indigentes, como forma de demarcar mais claramente sua exclusão:

“os indigentes abriam mão, na prática, do direito civil da liberdade pessoal devido ao internamento na casa de trabalho e eram obrigados por lei a abrir mão de quaisquer direitos políticos que possuísem (...) Aqueles que aceitavam assistência deviam cruzar a estrada que separava a comunidade de cidadãos da companhia dos indigentes” (Marshall, 1967, p. 72).

Apenas neste século, as políticas sociais passam a corresponder a direitos sociais fundados no princípio da igualdade, na medida em que buscam atenuar as desigualdades sociais. A superação (sempre parcial) da política social como assistência aos desvalidos e o seu reconhecimento como um direito social corresponde à formação do segundo paradigma, qual seja, o Estado Social. Esse modelo de Estado é resultado do processo contraditório do capitalismo: por um lado, é uma resposta à luta do proletariado, que se encontrava influenciado pelas

propostas comunistas e anarquistas de superação do sistema capitalista; por outro, o *Welfare State* respondia a uma necessidade de sobrevivência do próprio capitalismo. Era preciso integrar os trabalhadores não apenas como força de trabalho, mas como consumidores, conforme afirmou Keynes, que demonstrou a importância do pleno emprego para o desenvolvimento do capitalismo naquele período.

O *Welfare State* corresponde a um pacto no qual os trabalhadores cedem em suas reivindicações mais radicais, como a superação do sistema capitalista, enquanto o capital cede parte de seus lucros e de sua liberdade econômica, restringida pela intervenção do Estado. O capitalismo sustenta seu crescimento em uma circularidade composta pelos seguintes elementos: investimento, expansão da produção, pleno emprego e aumento real dos salários, consumo em massa, ganhos em escala e, novamente, investimentos. Dos salários, do consumo e dos ganhos em escala os Estados retiram sua receita fiscal, capaz de financiar as políticas sociais que materializam o princípio da igualdade ou, pelo menos, atenuam a desigualdade social.

Contudo, a circularidade acima referida funciona dentro da *economia nacional*, na qual os Estados nacionais têm um papel fundamental. O Estado nacional, provedor de políticas sociais, torna-se uma referência a partir da qual as pessoas organizam e projetam suas vidas, o que faz com que a identidade nacional seja valorizada em detrimento de outras identidades baseadas, por exemplo, na etnia, religião ou naturalidade. Dessa forma, a promoção da igualdade inerente às políticas sociais do *Welfare State* correspondeu a um desprezo pelo direito a uma identidade própria, pelo direito à diferença. Esse conflito pode ser mais bem compreendido por meio do conceito de *universalismo* que,

“paradoxalmente, pode assumir duas formas na aparência contraditórias: o *universalismo antidiferencialista*, que

opera pela negação das diferenças, e o *universalismo diferencialista*, que opera pela absolutização das diferenças” (Santos, 1995).

O universalismo diferencialista afirma com tal ênfase a diferença – seja baseada na raça, na etnia ou no gênero – que rompe qualquer canal de comunicação entre culturas diferentes. Nele se fundamenta a doutrina do “igual, mas separado”. Assim, no final do século passado, a Suprema Corte americana sustentou ser constitucional a lei estadual que previa lugares separados para brancos e negros na rede ferroviária.

“Somente em 1954, em *Brown versus board of Education*, a Suprema Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas” (Barroso, 1993, p. 48).

O universalismo antidiferencialista impõe um padrão de política social que busca a homogeneidade, como regra, em torno dos objetivos do Estado que desenvolve a política social. Um dos marcos que define os princípios do *Welfare State* é o Relatório *Reveridge*, de 1942, sobre o sistema de previdência social inglês. Esse documento aponta para um sistema apoiado nos seguintes princípios: a generalização, indicando que deve alcançar a todas as pessoas; a uniformidade, ou seja, prestações uniformes, independentemente dos redimentos dos envolvidos, bem como a centralização, sistema concentrado em um único serviço público. Observa-se que o referido relatório foi redigido durante a II Guerra Mundial, indicando a estreita relação entre as políticas sociais e a necessidade de que o cidadão se identifique com seu país, dispondo-se a participar do conflito armado.

O universalismo antidiferencialista faz com que a identidade nacional prevaleça sobre as demais identidades e, para isso, os sistemas educacionais são estratégicos. Utiliza-se das escolas para promover os valores nacionais, em detrimento de outros valores culturais que possam ter os estudantes. Por isso, em plena fase de expansão da

escolaridade na década de trinta no Brasil, o governo de Vargas determina o fechamento das escolas mantidas pelas comunidades italianas e alemãs na Região Sul do país. Aliás, o próprio Manifesto da educação nova,

“além da defesa da gratuidade, obrigatoriedade e laicidade da escola pública como dever do Estado, afirmará a importância de um processo de homogeneidade básica, a partir da escola primária, visando à identidade da consciência nacional” (Cury, s/d).

O fato é que o *Welfare State*, ao promover o princípio da igualdade, comprometeu o espaço para a valorização das culturas que não se baseiam na identidade nacional. Mais do que isso, a própria autonomia dos cidadãos ficou prejudicada, uma vez que se desenvolveu uma simbiose entre o indivíduo e o Estado.

“... a segurança e a redistribuição mínima asseguradas pelo Estado-Providência são obtidos à custa da dependência dos cidadãos, convertidos em clientes de máquinas burocráticas muito pesadas, uma dependência caracterizadora e, afinal, inferiorizadora, na medida em que é indiferente às necessidades e às aspirações dos diferentes grupos de cidadãos” (Santos, 1995).

A circularidade acima referida apresentou resultados quanto ao crescimento do capitalismo e à extensão dos benefícios sociais enquanto os Estados foram capazes de regulamentar as economias nacionais. Na medida em que o Estado não foi capaz de compensar as crises cíclicas do capitalismo, foi crescendo o volume de recursos que circulavam sem controle estatal e desencadouse um processo de revolução tecnológica, enfim, a globalização. O modelo do *Welfare State* entrou em crise.

Seja porque a globalização impõe certa homogeneização cultural por meio dos instrumentos de comunicação, seja porque o Estado nacional se deteriora como referên-

cia a partir da qual as pessoas organizam suas vidas, o fato é que os indivíduos têm buscado novos ou velhos espaços para se identificarem. Segundo Eric Hobsbawm (1995), “ao mesmo tempo em que o mundo se globaliza, existe uma tendência psicológica das pessoas de olhar para algumas coisas com as quais elas possam se identificar, uma espécie de refúgio da globalização.”

No novo contexto mundial, o princípio da igualdade tem sido criticado e a desigualdade tem aumentado vigorosamente. As críticas ao princípio da igualdade vêm dos neoliberais, segundo os quais as políticas sociais independentes do mérito de cada um desestimulam o indivíduo, que se torna mais acomodado. Ademais, esperam que a acumulação de capital converta-se em investimento no setor produtivo, possibilitando a retomada do crescimento do capitalismo.

Por outro lado, a reestruturação do setor produtivo vem alterando bruscamente a divisão do trabalho, extinguindo muitos postos de trabalho, criando alguns novos. O fato é que, além do desemprego, por si só marco de desigualdade, os empregos existentes colocam uma elite de trabalhadores – altamente qualificada e responsável pelos postos de trabalho criados pela alta tecnologia – distante da massa dos assalariados, cujos vínculos empregatícios cada vez mais tornam-se precários.

Estamos sugerindo que, a partir do processo de globalização, inverte-se a política em que se baseou o *Welfare State*, qual seja, políticas sociais que buscavam a igualdade ou, pelo menos, atenuavam a desigualdade em detrimento do direito à diferença. Atualmente, os esforços para atenuar a desigualdade têm sido em vão e, pelo contrário, conquistadas nesse sentido registradas na ordem jurídica com base no modelo do *Welfare State* estão sendo “desregulamentadas”. Por outro lado, o declínio do Estado nacional e a resistência a um processo de mundialização da cultura têm despertado a consciência do direito à diferença, a uma identidade cultural própria. A crise do *Welfare State*



“tem, pelo menos, o mérito de mostrar que o universalismo antidiferencialista que subjaz a tal gestão reduziu a um simplismo intolerável as complexas relações entre igualdade e identidade, entre desigualdade e diferença” (Santos, 1995).

A constatação dessa inversão não importa na conclusão de que a igualdade e o direito à diferença são antagônicos, como se a promoção de um implicasse a restrição do outro. Pelo contrário, no contexto do paradigma do *Estado democrático de direito*, somente é possível promover o princípio da igualdade se forem consideradas as diferenças entre as pessoas, ora compensando-as, ora respeitando e promovendo-as, como em relação às diferenças culturais. Pode-se resumir esse equilíbrio na seguinte máxima:

“temos o direito de ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza: temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.” (Santos, 1995)

Essa tensão construtiva entre a igualdade e o direito à diferença – ao qual também se atribui uma dimensão principiológica – é uma marca do paradigma do Estado democrático de direito, que supera a perspectiva homogeneizadora do princípio da igualdade no Estado Social.

No âmbito do direito à educação, a Constituição Federal de 1988 pauta-se pelo equilíbrio entre igualdade e diferença. O art. 206 estabelece, como princípio da política educacional, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, por um lado, e o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, por outro. “O atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, conforme estatuído no inciso III do art. 208, reflete o reconhecimento da diferença na perspectiva não apenas de possibilitar ao educando portador de deficiência a convivência com as demais crianças, mas a estas a oportunidade de aprender a repartir, com naturalidade, o espaço com pessoas que exigem cuidados es-

peciais. O § 2º do art. 210 da Carta Magna assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

É verdade que as diretrizes e bases da educação nacional fixadas pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, priorizam o reconhecimento do direito à diferença, não dando a devida ênfase à igualdade. Segundo o professor Cury (1997, p. 111),

“a lei em pauta não foi tão enfática no princípio da igualdade quanto o é na assinalação do direito à diferença. (...) Ela reconhece, com maior ênfase, o valor da diversidade cultural, a dimensão de gênero, de idade, a assinalação da especificidade das zonas rurais e o reconhecimento dos portadores de necessidades especiais”.

A lei em exame cede à tendência provocada pela globalização, qual seja, a ampliação das desigualdades sociais e regionais.

De qualquer forma e como contraponto a essa tendência, o reconhecimento de que os esforços pela construção de uma sociedade igualitária deve pautar-se pelo respeito e valorização das diferenças individuais e culturais é uma marca indelével do Estado democrático de direito.

### Bibliografia

- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- BUFFA, Ester. Educação e cidadania burguesas. In: *Educação e cidadania: quem educa o cidadão?* São Paulo : Ed. Cortez/ autores associados, 1987.
- CANOTILHO, Jose J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra : Livraria Almedina, 1991.
- CARVALHO NETO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação por obras realizadas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília : OAB, v. 63, a. 26, jul./dez. 1996. p. 123-152.
- CORNELIUS. *Didática magna*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.

- CURY, Carlos Roberto Jamil. *Educação e constituição: diretrizes constitucionais e educação*. Belo Horizonte : Mimeo, 1994.
- . A nova Lei de diretrizes e bases da educação nacional: Uma reforma educacional? In: CURY, HORTA, BRITO. *Medo à liberdade e compromisso democrático: LDB e plano nacional de educação*. São Paulo : Ed. do Brasil, 1997.
- HOBSBAWM. Eric. Entrevista. *Folha de São Paulo*, Caderno 5, p. 7, 30.07.95.
- MARSHALL, T.H.. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro : Zahar, 1967.
- SANTOS, Boaventura Souza. A construção multicultural da igualdade e da diferença. Palestra proferida no VII Congresso Brasileiro de Sociologia. Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de 4 a 6 de Setembro de 1995.
- KUHN, S. Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo : Perspectiva, 1978.
- KUNTS. Rolf. A redescoberta da igualdade como condição da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994.

# **Cobrança de honorários advocatícios extrajudicial – cláusula abusiva – Código do Consumidor**

Plínio Lacerda Martins

Ao proceder a leitura do excelente artigo do colega Leonardo Roscoe Bessa, Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor<sup>1</sup>, sob o título “A cobrança extrajudicial de honorários do consumidor”, não resisti ao apelo de tecer algumas considerações a favor do tema abordado, adicionando aspectos de interesse do consumidor<sup>2</sup>.

Com muita propriedade, sustentou Leonardo Roscoe a abusividade da cobrança dos honorários advocatícios por escritórios de advocacia, da parte vulnerável, que é o consumidor, em razão de débitos em atraso com o fornecedor, fundamentando que o referido escritório “só recebe o pagamento se houver o acréscimo dos encargos (juros de mora e multa) além de honorários advocatícios, que variam de 10 a 20% do valor devido”.

Destacou ainda o renomado autor que “a questão não é se o profissional deve ou não receber os honorários advocatícios, e sim quem deve arcar com o pagamento de tal verba”, sustentando que o consumidor não efetuou nenhum contrato com o escritório de advocacia, devendo arcar com o pagamento dos honorários o fornecedor, quem realmente contratou os serviços advocatícios.

Arrimado a esse fato, registra-se que o fornecedor, ao contratar os serviços advocatícios, “não aceita mais receber a parcela vencida, que deve ser paga diretamente ao advogado”.

Plínio Lacerda Martins é Titular da Promotoria do Consumidor/JF, Professor de Direito do Consumidor/UGF e Mestre em Direito.

Após laboroso comentário jurídico e juntar jurisprudência a respeito do tema, acrescenta Roscoe que o próprio Estatuto da

Advocacia (Lei nº 8.906/94) dispõe, em seu artigo 22, a possibilidade da cobrança dos honorários advocatícios em três situações: “quando há convenção entre as partes, arbitramento judicial ou sucumbência”, hipóteses essas que não legitimam a cobrança de honorários da parte que não contratou, como é o caso do consumidor, reforçando a tese da abusividade da cobrança.

Nesse sentido, acrescentamos alguns argumentos para reforçar a tese defendida por Roscoe, que traduz o nosso entendimento à luz do Código do Consumidor.

Há casos, conforme o artigo retrata, em que o consumidor não efetuou contrato com o advogado, logo, não deverá arcar com o pagamento dos honorários, conforme já expressado. E como fica o caso do consumidor que assume determinada obrigação contratual, com a cláusula prevendo expressamente que, em caso de inadimplemento, o consumidor arcará com o pagamento dos honorários advocatícios? Estará o consumidor obrigado a efetuar o pagamento dos honorários do causídico que objetiva agir contra os interesses/direitos do consumidor?

*A priori*, verificamos que, por disposição contratual, o consumidor assumiu livremente a obrigação de efetuar o pagamento dos honorários advocatícios, em consonância com o dispositivo legal previsto no art. 22 do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), que autoriza a cobrança “quando há convenção entre as partes”; logo, ao entendimento da Teoria Contratual, o consumidor deve honrar esse compromisso.

Todavia, ao nosso juízo, a cláusula que autoriza o pagamento de honorários de advogados em razão de inadimplemento de obrigação assumida, apesar de lícita, é abusiva, sendo necessário o reconhecimento e a aplicação da Teoria da Abusividade na Relação de Consumo em prol do consumidor, objetivando declarar a nulidade absoluta da cláusula.

Nesse enfoque prende-se a nossa análise, buscando acrescentar de forma singela ao trabalho primoroso desenvolvido uma

extensão da abordagem, sem contudo esgotá-lo, haja vista a imensidão do tema sugestivo.

Abordaremos o caso do contrato de adesão, contrato de massa que foi referendado pelo nosso Código do Consumidor, deixando portanto para uma posterior análise os contratos paritários nas relações de consumo.

É de conhecimento geral que o nosso Código do Consumidor, no art. 54, estabeleceu o contrato de adesão como sendo “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

É cediço que no contrato de adesão não há liberdade contratual, conforme consignado no conceito de contrato de adesão, vigorando não obstante a liberdade de contratar; por isso, faz-se necessária a tutela da parte vulnerável, em razão da ausência de discussão das cláusulas contratuais, como é comum acontecer na pactuação dos contratos paritários.

O STJ já se pronunciou a respeito da nulidade de cláusula contratual no caso da denominada *cláusula mandato*, que autoriza a emissão de título cambial por procurador, prescrevendo a Súmula nº 60 do STJ: “é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante no exclusivo interesse deste”<sup>3</sup>.

Sempre foi do nosso entendimento que esse tipo de cláusula, constante inclusive em contratos bancários, era uma cláusula abusiva, importando um desequilíbrio na relação de consumo, consagrado na desvantagem outorgada à parte mais fraca que não contratou os serviços daquele profissional.

Da análise de diversas reclamações formuladas por consumidores em contratos de adesão, como financiamentos, abertura de créditos e até mesmo confissão de dívida, restou patente a cobrança por parte dos fornecedores/instituições bancárias de até

20% de honorários de advogados, devidos tão-somente pela cobrança extrajudicial, fato esse que ao nosso aviso é considerado abusivo.

Fato interessante ocorreu com a edição da Portaria nº 4/98 da SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça), que tipificou como abusiva a cláusula contratual que obriga o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios, sem ajuizamento de ação.

A referida Portaria adita ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90 e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97 outras cláusulas abusivas, prescrevendo como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que *obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que haja ajuizamento de ação correspondente*. (item 9 da Portaria nº 4/98).

O Despacho nº 132 do Secretário de Direito Econômico de 12/5/98 expressou nota explicativa a respeito dos motivos da edição da Portaria nº 4 de 13.3.98, em conformidade com a decisão unânime extraída da 19ª Reunião do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, realizada em Brasília, esclarecendo, em relação ao item 9, que “o consumidor não está obrigado ao pagamento de honorários ao advogado do fornecedor. Os serviços jurídicos contratados diretamente entre o advogado e o consumidor não se enquadram neste item”<sup>4</sup>.

Na Europa, por exemplo, o Conselho das Comunidades Europeias estabelece “Diretivas”, por meio de propostas, aos estados membros sobre cláusulas consideradas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, como forma de controle.

Permitimo-nos realçar ainda que na França a Comissão das cláusulas abusivas já havia elencado, como cláusula abusiva, o fato de obrigar o consumidor a reembolsar os custos e honorários para a cobrança judicial<sup>5</sup>.

A Legislação francesa apresenta, por meio da Comissão das Cláusulas Abusivas, várias Recomendações, entre elas a Recomendação nº 79-02, que estabelece a respeito

da cobrança de honorários no item 7, recomendando a exclusão desse tipo de cláusula dos contratos entre profissionais e não-profissionais ou consumidores<sup>6</sup>.

O art. 6, IV, do CDC estabelece que um dos direitos básicos do consumidor é o de proteção contra cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos ou serviços, sendo que o CDC enumerou várias cláusulas abusivas no art. 51.

O art. 51, *caput*, estabelece que são nulas de pleno direito, “entre outras”, as cláusulas ali enumeradas, traduzindo o entendimento que o rol expresso é meramente exemplificativo, vale dizer, não é *numerus clausus* e sim *numerus apertus*, demonstrando assim a ilimitação das cláusulas.

Cláusulas abusivas, no conceito de Nelson Nery Junior, “são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. São sinônimos de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas (...)”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, chega-se a conclusão que a cláusula é abusiva quando imputar o ônus ao consumidor em desvantagem exagerada, ofendendo o direito do consumidor, que constitui arcar com os honorários de advogado para agir contrário aos seus próprios direitos/interesses.

O art. 51, XII, do CDC estabelece como sendo nulas as cláusulas contratuais que “obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor”, deixando patente que, se o fornecedor estipular unilateralmente o ressarcimento do custo da cobrança em cláusula contratual, tal disposição é considerada nula. O dispositivo legal busca assegurar o respeito à bilateralidade, assegurando assim no contrato que ambos, consumidor e fornecedor, podem ressarcir do custo da ação ajuizada por um ou outro.

Constata-se que o legislador brasileiro preferiu, ao invés de enumerar exaustivamente as cláusulas abusivas (como o elenco

do art. 1.341 do Código Civil Italiano, que a doutrina entende como taxativo, ou mesmo a lei alemã que apresenta a lista negra e lista cinza, etc.), adotar a fórmula exemplificativa de cláusulas, admitindo a existência de inúmeras cláusulas que não somente aquelas elencadas no art. 51 do CDC.

Outro aspecto interessante é que, uma vez identificado que a cláusula é abusiva, opera-se o regime da nulidade de pleno direito (art. 51, *caput*). De sorte que, pela sistemática do Código do Consumidor, é possível o Juiz, diante da conjuntura do caso real, reconhecer a abusividade da cláusula e, portanto, declarar a mesma nula de pleno direito.

É necessário destacar que o Código do Consumidor consagrou o princípio da boa-fé, constante no art. 4, *caput* e inciso III do *codex* citado, sendo que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada como abusiva. Nesse sentido, o art. 51, XV, do CDC estabelece que são abusivas as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

É indispensável, para o controle das cláusulas abusivas, para a definição do exercício normal ou abusivo do direito, para as exigências da atuação criadora, quando o dever determina ao Juiz não só a captação da realidade social e econômica em que está sendo operado o contrato, mas também a compreensão da sua tipicidade, a aferição da lealdade das partes e, finalmente, a elaboração da norma para o caso concreto<sup>8</sup>.

A lei espanhola de defesa do consumidor estabelece, no art. 10, item 3, a respeito do conceito de cláusula abusiva: *As Cláusulas Abusivas, entendendo-se como tais as que prejudiquem de maneira desproporcionada ou não equitativa o consumidor, ou comportem no contrato uma posição de desequilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes em prejuízo dos consumidores ou usuários*<sup>9</sup>.

Na verdade, cada parte no contrato deve ao outro o auxílio necessário à execução daquilo que foi objeto de pactuação, devendo-se abster de qualquer ato que possa tornar mais onerosa para as partes.

O Código de Defesa do Consumidor consagra o princípio da transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º), definindo como abusiva a cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatível com a boa-fé e equidade (art. 51, IV), preceituando que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), impondo-se, nos contratos de adesão, que estes sejam redigidos em termos claros de modo a facilitar sua compreensão (art. 54, § 3º).

Assim, a cláusula prevendo a cobrança de honorários advocatícios é abusiva, imputando o pagamento do causídico para agir contrário aos seus próprios interesses, consistindo numa cláusula mandato a que, como já foi visto, o STJ já pronunciou, por meio de súmula, a nulidade.

O pagamento de honorários advocatícios é abusivo, pois se mostra excessivamente oneroso para o consumidor, consolidando em vantagem exagerada para o fornecedor, que, em face da Teoria do Risco Empresarial, repassa o risco da operação à parte vulnerável.

Impõe-se consignar que a norma do consumidor é a responsável pela releitura da teoria contratual, estabelecendo como princípio básico o equilíbrio no negócio jurídico, assegurando assim a Justiça contratual entre as partes, restringindo ou eliminando a rigidez de cláusulas que impõem uma manifesta desvantagem ao consumidor.

Destarte, restou demonstrado que o Código do Consumidor fulmina de nulidade de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas, entre elas a cláusula que atribui ao consumidor o ônus de arcar com o pagamento dos honorários advocatícios contrários ao seu interesse, haja vista que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé, importando em desequilíbrio para a parte mais fraca.

É oportuno registrar que o art. 51, § 4º, faculta a qualquer consumidor requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente

ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

### Notas

<sup>1</sup> Titular da Segunda Promotoria de Defesa do Consumidor, professor de Direito Civil e mestrando pela Universidade de Brasília.

<sup>2</sup> Publicado no Jornal do comércio de 5/9/00 (caderno suas contas/apontamentos), Rio.

<sup>3</sup> No mesmo sentido, Nelson Nery leciona que é nula a cláusula contratual pela qual o devedor nomeia o credor, caráter irrevogável e irrevogável, seu procurador, para emitir cambial em favor e no exclusivo interesse do credor. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 1381.

<sup>4</sup> O Despacho nº 132 do Secretário de Direito

Econômico foi publicado no *Diário Oficial da União*, em 18/5/98.

<sup>5</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 162.

<sup>6</sup> Recommendation CCA nº 79-02 du 30 janvier 1979, La Commission des clauses abusives, *Code de la consommation*, Paris, Dalloz, 1996. p.406-407.

<sup>7</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p.1379.

<sup>8</sup> Sobre cláusulas abusivas, recomendamos o trabalho jurídico da professora Maria Cecília Nunes Amarante – Monografia apresentada no curso de Doutorado da Universidade Gama Filho, para obtenção dos créditos avulsos na Disciplina Jur. 250, Direito do Consumidor, sob o tema: *A filosofia de ação em defesa do consumidor*, Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, 1999.

<sup>9</sup> *Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, lei 26/84, editada em 19 de julho de 1984, preferimos a tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca em *Clausulas Abusivas nos Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p.170-172.

# O meio ambiente como objeto de direito no Mercosul

Fabíola Santos Albuquerque

## Sumário

1. À guisa da introdução. 2. O meio ambiente sob a égide constitucional. 3. Meio ambiente *versus* desenvolvimento econômico ante o processo de integração. 4. A harmonização da legislação ambiental. 5. Princípios norteadores do direito ambiental. 6. Recomendações gerais.

### *1. À guisa da introdução*

Hoje, de maneira incontestada, o meio ambiente é tido como uma categoria, por excelência, de direito difuso, ou seja, tem na transindividualidade e na internacionalização seus maiores expoentes. O primeiro se manifesta diante da impossibilidade de identificar os titulares do interesse, por estarem dispersos na coletividade, significando dizer que é direito de todos, indistintamente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é pressuposto essencial à sadia qualidade de vida e à preservação das presentes e futuras gerações. Já a internacionalização do meio ambiente diz respeito à propagação que um dano ecológico pode causar na dimensão mundial, ele é transfronteiriço, desconhece limites e, no mais das vezes, seus efeitos são imprevisíveis, por maiores que sejam os recursos tecnológicos utilizados para impedi-los.

A tomada de consciência da imprescindibilidade do meio ambiente para o homem, infelizmente, é um dado bastante recente, pois a experiência demonstra que o meio ambiente sempre foi relegado a segundo

Fabíola Santos Albuquerque é professora assistente da FDR/UFPE, Mestre e Doutoranda CPGD/UFPR.



plano. A meta era exaurir as fontes naturais na busca de riquezas. Prevalencia a equivocada concepção de ser uma fonte inesgotável de recursos.

Somente com o despertar do valor do meio ambiente, para a própria preservação da espécie humana, esse passou a ser objeto de tutela do direito.

Como diz José Afonso da Silva em sua obra *Direito ambiental constitucional* (1995, p. 9, 13-14),

“o problema da tutela jurídica do meio ambiente se manifesta a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar, não só o bem-estar, mas a qualidade de vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano [...]. A crescente intensidade desses desastres ecológicos despertou a consciência ambientalista ou a consciência ecológica por toda parte, até com certo exagero, mas exagero produtivo, porque chamou a atenção das autoridades para o problema da degradação e destruição do meio ambiente [...]. Daí proveio a necessidade da proteção jurídica do meio ambiente, com o combate pela lei de todas as formas de perturbação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, de onde foi surgindo uma legislação ambiental em todos os países”

e daí o advento do regime jurídico do meio ambiente.

Como dissemos, a tutela jurídica ambiental tomada nas dimensões atuais é um processo recente, aprofundado nas últimas décadas. O divisor de águas foi a Declaração Universal do Meio Ambiente, quando da Conferência das Nações Unidas em Estocolmo em 1972, que elencou uma série de princípios inspiradores e orientadores à humanidade para a importância da preservação e melhoria do ambiente, o qual foi alçado à categoria de direito fundamental. Essa declaração foi considerada como um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Claro que, anteriormente a essa data, inúmeros atos internacionais, a exemplo de tratados, convenções, protocolos, acordos, convênios, em matéria ambiental foram firmados. Vale ressaltar, todavia, que esses atos regulavam situações ambientais específicas, a exemplo da caça e da pesca, da energia nuclear, das florestas, das minas e jazidas, da fauna e da flora. Era uma tendência protetiva singular, destituída de qualquer pleco sistêmico exigido para a compreensão de meio ambiente própria dos dias atuais, ou seja, dotado de pluralidade.

Um outro documento, importantíssimo, e também com conotação mundial, foi a declaração de princípios de proteção ambiental, ratificados na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, comumente chamada de ECO/92, sediada no Brasil, que praticamente reafirmou os princípios anteriormente pactuados (Cf. Silva, 1995, p. 37-42).

Entre nós, as décadas de 70 e 80 significaram um fértil período de produção legislativa ambiental. Boa parte das leis ordinárias em vigor datam dessa época. Entre tantas, merece destaque a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Sem exageros, essa lei desempenhou um papel vital à questão ambiental no Brasil.

Deixando de lado a legislação ordinária, vamos localizar agora o meio ambiente na seara da Constituição.

## 2. *O meio ambiente sob a égide constitucional*

A nossa Carta Magna de 1988 representou um marco para o meio ambiente. Pela primeira vez na história constitucional foi destinado um capítulo inteiro à matéria, claramente influenciado pelos princípios expressos na Declaração Universal do Meio Ambiente (72), sem contar com as inúmeras referências disseminadas ao longo do texto, dando-lhe um jaez progressista e paradigmático, e embuído da tendência internacio-

nal de celebrar o meio ambiente como direito comum a todos os povos e como pré-requisito essencial à sadia qualidade de vida, bem como a atribuição transindividual de preservá-lo às presentes e futuras gerações.

A Constituição, como sistema normativo que é, condensa em sua estrutura inúmeros princípios, mas para a abordagem ambiental destacaremos dois, são eles: o do art. 4º, parágrafo único, e o do art. 170. O primeiro dispõe acerca do compromisso da República Federativa do Brasil no sentido de concentrar esforços na busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Já o segundo está inserido no título da ordem econômica e financeira e encontra-se adstrito à observância de alguns princípios, entre eles o da defesa do meio ambiente (art. 170,VI).

Qual a reflexão que podemos fazer a partir da ilação desses dois artigos?

De maneira concisa, temos de um lado o compromisso do Brasil de constituir um mercado comum, o qual perpassa com primazia pelo âmbito econômico, e de outro a liberdade econômica atrelada/condicionada à defesa do meio ambiente. Denota-se o papel conciliador da Constituição, que garante e incentiva o desenvolvimento econômico, mas desde que este se dê em consonância com o meio ambiente e conforme os ditames da justiça social.

O fenômeno da globalização é uma realidade irreversível. É um modelo de desenvolvimento que afeta indistintamente todos os países do mundo e, em razão disso, solidifica a necessidade de os Estados superarem suas fronteiras e aproximarem-se uns dos outros. Verifica-se entre eles um crescente grau de interdependência, seja econômica, política, social e inevitavelmente jurídica, elementos fomentadores de construção dos blocos regionais.

Entre nós, não obstante a existência de experiências integracionistas anteriores, na América Latina, talvez não seja nenhum

exagero afirmar que o Mercosul diferencia-se das demais, e isso evidencia-se com o crescimento paulatino dos níveis de discussões travadas, a própria institucionalização dos órgãos integrantes de sua estrutura orgânica, além de uma série de procedimentos favoráveis à concretização e ao êxito da integração entre os países do Cone Sul.

A grande dificuldade surge na complicada tarefa de conciliar e atingir um grau de otimização entre desenvolvimento econômico, peculiar a um processo de integração regional, e a proteção do meio ambiente.

### 3. Meio ambiente versus desenvolvimento econômico ante o processo de integração

Para o progresso, é *condictio sine qua non* o desenvolvimento econômico, o qual requer a utilização de novas técnicas de produção, de pesquisas, de exploração de recursos, e esse conjunto de fatores associados refletem diretamente no meio ambiente, cuja exaustão provocará um caos econômico e um refreamento do progresso.

Para o bom funcionamento da economia, necessariamente há extração de recursos (matéria-prima e combustível). Entretanto, havendo produção, são deixados para trás lixo, poluição, resíduos e/ou recursos quimicamente transformados, cujo efeito é sentido imediatamente no meio ambiente. Não há como impedir nem tampouco é interessante a estagnação econômica em prol do meio ambiente, como também não pode haver um ganho econômico desmedido e indiferente àquele.

Desenvolvimento econômico e meio ambiente são interdependentes, caminham lado a lado. A correlação é percebida a olhos vistos. Até hoje, nenhuma construção prática foi capaz de isolá-los, no que tange à não-incidência de efeitos. Trata-se de uma relação reflexiva, de uma reação circular.

Não restam dúvidas que encontrar o ponto de equilíbrio entre os dois institutos é uma tarefa árdua, mas essa questão é leva-

da tão a sério que atualmente já se discute a criação do

“ramo ambiental da economia ou Economia do Meio Ambiente, que busca avaliar a importância econômica da degradação ambiental, procurar as causas econômicas dessa degradação e desenhar políticas de incentivo econômico para reduzir, e até mesmo preservar os atuais níveis de degradação” (Guerra, 1996, p. 91).

No plano constitucional, a alternativa encontrada foi consagrar a defesa do meio ambiente como um dos princípios gerais da atividade econômica. Constitui proposição indutiva de uma mudança no comportamento dos que exercem qualquer atividade econômica, servindo para incutir a necessidade de uma conscientização ambiental e propiciar o exercício de atividades ecologicamente corretas, e assim garantir o chamado desenvolvimento sustentável ou sustentado. Hoje, a inquietação em assegurá-lo perpassa obrigatoriamente pela busca do pleno equilíbrio ecológico. Pois, somente assim é possível propiciar uma melhoria da qualidade de vida e preservar as presentes e futuras gerações, além de desmitificar a idéia de que desenvolvimento econômico e defesa do meio ambiente são situações antagônicas, independentes e incompatíveis.

Uma outra consequência, decorrente da assunção da defesa do meio ambiente à categoria de princípio da atividade econômica, diz respeito à interpretação dos dispositivos normativos.

A lei consagra como regra o princípio da liberdade quanto ao livre exercício de qualquer atividade econômica e, excepcionalmente, exige autorização. Uma das exceções é a prevista na hipótese de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, para a qual há exigência de estudo prévio de impacto ambiental, sob pena de não ser autorizada\*.

O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira e impõe àquele que ex-

plore recursos minerais a obrigatoriedade de recuperar o meio ambiente degradado.

Ainda com base na liberdade da atividade econômica, obriga uma conduta ecologicamente correta, pois, sendo considerada lesiva ao meio ambiente, o infrator (pessoa física ou jurídica) responderá penal, civil e administrativamente.

A realidade denuncia que esse nível de equilíbrio entre desenvolvimento econômico e meio ambiente ainda não foi implementado na prática e pelo jeito ainda custará a se efetivar. Urge a adoção de medidas bruscas, caso contrário, quanto maior tempo demandar para alcançar um patamar de consciência ambiental, mais o cenário futuro tornar-se-á infausto. A situação exige urgência e é a preservação da espécie humana que está em xeque.

E no plano integracionista, mais precisamente no âmbito do Mercosul, como essa questão vem sendo discutida e enfrentada? Felizmente, os dados revelam o compromisso de os estados-partes buscarem mecanismos propiciadores ao desenvolvimento econômico em consonância com a preservação do meio ambiente. Tanto assim que o Tratado de Assunção (26/3/91), o qual institui a criação de um Mercado Comum entre os países do cone sul – MERCOSUL, o qual tem como objetivo ampliar as dimensões dos mercados nacionais, como condição fundamental ao processo de desenvolvimento econômico, expressa em seu preâmbulo que esse objetivo deverá ser alcançado, entre outros meios, mediante o aproveitamento dos recursos disponíveis à preservação do meio ambiente.

Curioso, no entanto, é a ausência de um subgrupo de trabalho ambiental do grupo mercado comum, ao contrário de outros que foram criados, para fins de coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais, quando do Tratado constitutivo do Mercosul, ausência que só foi suprida algum tempo depois.

Deixando de lado a crítica, é de se ressaltar ainda o acordo-quadro inter-regional

de cooperação firmado entre a Comunidade Européia e o Mercosul, cuja meta é o aprimoramento do processo de integração regional e o reforço das relações comerciais entre os blocos, o qual ratificou a cooperação em matéria de proteção do ambiente (Madi, dezembro/95).

A inclusão do compromisso de atrelar o desenvolvimento econômico à proteção ambiental é de suma importância, mas o diferencial revelar-se-á no momento em que a harmonização das legislações ambientais entre os países torne-se realidade. Sendo assim, defendemos o empenho político efetivo a fim de acelerar o compromisso da harmonização, que é o mecanismo mais eficaz para concretizar o equacionamento entre desenvolvimento econômico e meio ambiente.

#### *4. A harmonização da legislação ambiental*

Quando se fala em harmonização, talvez duas idéias venham à tona: a primeira diz respeito ao sentido semântico do termo e a outra, a da codificação.

Vamos fazer breves comentários sobre os dois aspectos.

O Tratado de Assunção envida o compromisso de os Estados-membros harmonizarem suas legislações nacionais, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Os impactos oriundos de um processo de integração plena não se restringem ao âmbito econômico. Há desdobramentos institucionais, sociais e, principalmente, jurídicos, os quais representam o maior desafio do processo de integração. Sendo assim, para que se dê um processo de integração, é necessário o cumprimento de um estágio prévio, qual seja: a harmonização das legislações.

É muito comum a utilização do termo unificação como sinónimo de harmonização das legislações, mas são situações distintas. Em geral, na unificação há a pretensão de dotar os países envolvidos de uma

legislação comum, afastando o princípio da soberania interna. Ao passo que na harmonização se pretende eliminar as divergências entre os ordenamentos, mas cada um permanece com a autonomia da sua legislação. Busca-se uma convergência principalmente no que diz respeito às normas gerais.

O recurso à uniformização não é o mais acatado principalmente se for levado em conta a sua inflexibilidade.

“À rigidez da unificação, na forma de direito supranacional com vigência em vários estados, buscou-se a alternativa de uma fórmula mais leve e arejada, encontrada na harmonização que significa, corretamente, a adaptação das legislações internas a uma diretriz comum tomada externamente. A escolha entre a unificação e a harmonização está intrinsecamente ligada à questão de como se quer uma comunidade econômica: com maior ou menor perda de soberania, construindo um Superestado ou cedendo o mínimo de individualidade para a autoridade central. Essa questão, como se vê, tem fundo filosófico, político e ideológico, parecendo claro que a opção pela forma mais atenuada da harmonização é a que mais se amolda aos princípios liberais e democráticos.

Por outro lado, a tarefa gigantesca de unificação pode ser substituída pela mera adoção uniforme de princípios gerais ou de pontos essenciais de determinada relação jurídica, o que também indica o caminho da harmonização como o mais adequado para atingir-se a uniformidade, ainda que parcial mas, sem dúvida no seu aspecto fundamental.

E entre a unificação completa, instituída em todos os níveis e que deve ser evitada, e o completo isolamento dos sistemas jurídicos dos Estados, que deve ser igualmente rejeitado, há um caminho intermediário que é o da harmonização” (Pabst, 1997, p. 35-36).

A harmonização é a alternativa mais salutar para segurança jurídica. Por meio dela é possível uma interpretação coesa, reduzindo a margem de equívocos jurídicos. Inzano conceber um operador do direito ser sabedor de toda a legislação vigente nos países do Mercosul. Mas quais são os caminhos para se chegar à harmonização? Nos filiamos aos argumentos do professor Luiz Olavo Baptista quando defende que se chega à harmonização

*“através de textos escritos, de forma diferente ou semelhante, não importa, o mesmo resultado. Para tanto, é preciso que se saiba quais são os resultados visados e portanto, desenvolver princípios gerais de direito, específicos em cada caso”* (Baptista, 1997, p. 112).

Como vimos, o Tratado de Assunção é taxativo quanto à harmonização das legislações, essa tarefa, no entanto, será realizada com muito mais nitidez no momento em que surja um órgão supranacional garantindo uma interpretação e aplicação uniformes do Tratado.

Esse é mais um dado revelador da imprescindibilidade de um Tribunal de Justiça comunitário no âmbito do Mercosul.

Quanto ao aspecto da codificação a partir da harmonização, temos opiniões distintas entre os juristas. Para os que a defendem, argumentam a falta de sistematização da legislação esparsa como prejudicial ao conhecimento, sem contar com o enorme trabalho de pesquisa que suscita e em razão disso ser um favorecedor quanto ao surgimento de dúvidas, ocasionando interpretação díspare e imprecisão na aplicação diante de um caso concreto.

Já os opositores apegam-se ao fato de que a codificação tornaria as normas rígidas e as mudanças só ocorreriam seguindo um procedimento próprio, o que seria desastroso em razão da dinamicidade basilar do direito ambiental. As duas ordens de argumentos são pertinentes, mas a experiência demonstra a impossibilidade de os códigos responderem concretamente a todas as si-

tuações. Hoje há uma tendência no sentido de optar pela liberdade normativa, no sentido de utilizar-se dos conceitos abertos que terão seus conteúdos preenchidos a cada tempo em consonância com aquilo que a experiência social valere. Permite-se construir uma unidade harmônica entre o Direito e a sociedade, extirpando o fosso que tende a existir. A criação de um sistema aberto permite uma maior liberdade no momento de regulamentar situações novas e a utilização da técnica normativa aberta, por meio da utilização dos princípios, apresenta-se como a melhor alternativa. Em contrapartida, render-se a essa concepção irradiadora das cláusulas gerais, em substituição à velha idéia da plenitude legislativa imbuída nos códigos, requer um Judiciário preparado, autônomo e livre para exercer seu poder de densidade normativa, da mesma maneira que requer um legislador isento dos vícios do passado. O ponto de partida são os princípios constitucionais que se pautam substancialmente na ética, na boa-fé, na dignidade da pessoa humana e, no caso específico do meio ambiente, os da cooperação e da prevenção que estão em consonância com a ordem ambiental internacional.

### *5. Princípios norteadores do direito ambiental*

Reiterando os ensinamentos de Gomes Canotilho (1995, p. 166), o sistema jurídico é um sistema dinâmico normativo. As normas constitucionais revelam-se tanto sob a forma de princípios como de regras. Inúmeras são as distinções apontadas na doutrina para classificá-los; ainda segundo o autor, os princípios contêm um grau elevado de abstração, o que os tornam conceitualmente vagos e indeterminados, requerendo uma operação secundária de mediações concretizadoras, ao contrário das regras, que primam pela clareza e pela possibilidade de aplicação imediata, recorrendo-se às vias interpretativas, numa incidência menor que os primeiros, ou com menor mediação semântica.

Como afirmamos anteriormente, no plano interno, a elevação do meio ambiente à condição de objeto de direito é recente – Lei nº 6.938/81, sendo essa a primeira a expressar alguns princípios próprios. Não devemos esquecer também dos ratificados na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, comumente chamada de ECO/92.

Todavia, há os que propugnam pela inexistência de princípios ambientais específicos, sendo toda a principiologia porventura utilizada na seara ambiental oriunda dos princípios gerais e dos outros ramos do direito.

Mesmo com toda a ausência de clareza quanto à existência ou não de princípios ambientais próprios, filia-mo-nos a correntes que vislumbram sua aplicação freqüente e ainda indicam os mais importantes, podendo, assim, ser indicados:

- a) princípio da prevenção;
- b) princípio da cooperação;
- c) princípio da reparação;
- d) princípio do poluidor-pagador;
- e) princípio da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Todos indiscutivelmente apresentam um grau de importância e são interdependentes, no entanto, escolhemos apenas três para servir de algumas considerações: o princípio da cooperação, o da prevenção e o da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, por acreditarmos que todos incidem no plano jurídico interno e internacional.

Internamente, o princípio da cooperação se materializa a partir do texto constitucional, quando esse dispõe que a proteção e defesa do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações, é atribuição tanto da sociedade como do Poder Público, atribuindo a esse a competência legislativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à proteção do meio ambiente (art. 23,VI), ou seja, exige o comprometimento de todos.

Na esfera internacional, temos o próprio Tratado de Assunção, os acordos bilaterais firmados entre Brasil e Argentina (promulgado pelo dec. legislativo nº 6 de jan/97) e Brasil e Uruguai (promulgado pelo dec. legislativo nº 2.241 de jun/97), ambos sobre cooperação em matéria ambiental, e o já citado acordo-quadro inter-regional de cooperação firmado entre a Comunidade Europeia e o Mercosul, o qual ratificou a cooperação em matéria de proteção do ambiente (Madri, dezembro/95).

E mais recentemente podemos citar a Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, que expressamente contempla o princípio da cooperação internacional para a preservação do meio ambiente (artigos 77 e 78).

O princípio da prevenção tem como corolário a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, o qual fornece elementos precisos no controle prévio de algumas atividades, que, se não coibir, ao menos minimize os efeitos do impacto ambiental, apontando com relativa perícia os efeitos positivos e negativos oriundos de alguma obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental (art. 225, § 1º, IV Constituição de 1988).

Muito mais que reparar os danos, é muito mais eficaz e ambientalmente correta a prevenção, pois, em regra, as agressões ao meio ambiente são de difícil ou impossível reparação, sem contar com as incertezas e os custos.

Relevante lembrar que o patrimônio ambiental que será herdado pelas gerações futuras é decorrência direta do presente, demandando uma preocupação com a prevenção, pelo menos em tese.

Em que pese a importância da prevenção dos danos ambientais, sabe-se que a prática nos revela dados em total dissonância com a teoria. Dessa forma, para se visualizar uma concretude da tutela ambiental e criar um sistema completo de preservação e conservação do meio ambiente, é mister um arcabouço jurídico eficaz e sancionador

da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

É sabido que a Constituição Federal sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a três esferas de sanção: a penal, a administrativa e a civil (art. 225, § 3º). Para nossa análise principiológica, deter-nos-emos à sanção civil.

E essa, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, a Constituição recepcionou, a chamada teoria da responsabilidade civil objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, o que significa um enorme avanço da legislação. De acordo com os ensinamentos de renomado jurista,

“a responsabilidade civil tem procurado libertar-se do conceito tradicional de culpa. Esta é, às vezes, constritora e embaraça com frequência a expansão da solidariedade humana. A vítima não consegue, muitas vezes, vencer a barreira processual, e não logra convencer a Justiça dos extremos da imputabilidade do agente. Desta sorte, continuando, embora, vítima, não logra o ressarcimento.

Atentando na necessária evolução do pensamento, entendemos que a ordem jurídica, em casos expressamente previstos na lei, deve abstrair a idéia de culpa, estabelecendo *ex lege* a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não foi contrário à pre-determinação de uma norma. Uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu proponente” (Pereira, 1997, p. 365-367).

Ressalte-se que a previsão legal da responsabilidade civil objetiva não representa ineditismo constitucional, conforme se depreende, por ex., da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e contém a seguinte redação:

“Art. 14, *caput* – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação

federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente de existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade...”

Um aspecto merecedor de crítica, e ferrenha, diz respeito ao veto total ao art. 5º da supracitada Lei nº 9.065/98, pois seu teor dispunha expressamente sobre a responsabilidade civil objetiva, eis seu conteúdo: “quem causar danos à natureza, independentemente da existência de culpa, é obrigado a reparar os prejuízos ou indenizar terceiros afetados por seus atos”.

Muito preocupante e desastroso esse veto, além de revelador do retrocesso acometido à tutela ambiental.

Como expusemos acima, a escolha daqueles três princípios, ora analisados, deuse em razão da demonstração de serem exemplos da internacionalização da tutela ambiental em consonância com as tendências dos ordenamentos jurídicos.

Infelizmente, constata-se que o plano teórico corre a passos lentos do plano real. Isso é claramente percebido quando nos deparamos com situações concretas e percebemos o quanto a legislação ambiental é vítima de todas as querelas e lentidão legislativas. Nem a relevância da matéria e o seu reconhecimento como tal o fazem escapar dos vícios do legislativo, principalmente se levarmos em consideração o compromisso assumido de harmonizar a legislação ambiental dos países do Mercosul.

E o mais grave, até o momento não há nenhum protocolo ambiental firmado no âmbito do Mercosul, transformado em norma jurídica interna, ou seja, a celeridade própria de um processo de integração aca-

ba esbarrando na burocracia do processo legislativo, pois, segundo previsão constitucional, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados (art.84, VIII) e ao Congresso Nacional resolvê-los definitivamente (art.49, I).

Esse modelo constitucional adotado deixa patente o apego à visão tradicionalista, clássica do Direito Internacional Público, quer dizer, impõe a intervenção estatal para que se verifique a inserção dos tratados no ordenamento jurídico interno. É o chamado fenômeno da recepção, ou seja, o tratado, para ser incorporado ao direito interno, precisa atender às exigências constitucionais, o que em regra demanda muito tempo.

Há ainda um dado revelador da dissimetria existente entre os países-membros do Mercosul. O Brasil, assim como o Uruguai, comete o mesmo erro contumaz, seja em relação à ausência de submissão a uma ordem jurídica supranacional, seja na questão da hierarquia constitucional dos tratados. Na ordem inversa, temos a Argentina e o Paraguai, que coadunam da teoria monista, submetem-se a uma ordem jurídica supranacional e garantem a hierarquia constitucional dos tratados sobre as leis internas.

Essa diferença de tratamento só demonstra o quanto é tênue e ilusório o sistema jurídico do Mercosul, se é que podemos falar em sistema, no sentido literal que o termo importa.

Para corroborar com nossa preocupação, tomemos como exemplo o ocorrido no mês de julho p.p., quando foi registrado o maior acidente ambiental, em razão de um vazamento de cerca de 4 milhões de litros de óleo cru, da Refinaria Presidente Getúlio Vargas em Araucária (PR), unidade da Petrobrás, por motivos de falhas técnica e humana. Adicionado ao problema local, que atingiu pelo menos dois rios do Estado do Paraná, havia o receio de que a mancha ultrapassasse a fronteira do país chegando até as Cataratas do Iguaçu, pois o rio Iguaçu, maior atingido pelo óleo, é afluente do rio Para-

ná, que divide a Argentina e o Paraguai e se une ao rio Uruguai, chegando a ser declarado o estado de emergência ecológico na província argentina de Misiones (Folha de São Paulo, c. 3). O pior não aconteceu mas serviu para assustar as autoridades.

Esse caso exemplar calhou para evidenciar que a disparidade de tratamento constitucional no plano jurídico prejudica em demasia o processo integracionista, pois a produção legislativa conjunta, materializada por meio dos tratados, que requer rapidez e dinamicidade, perde essas características em razão do tempo que leva para sua conversão em lei.

E no plano ambiental a situação ainda é mais grave porque até a presente data qualquer documento que tenha sido firmado no âmbito do Mercosul não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico interno. Isso, por si só, é demonstrativo do quanto é premente consolidar a harmonização.

Casos como o citado anteriormente não estão isentos de ocorrer novamente e diante de um desastre ecológico é assaz punir exemplarmente os culpados. É certo que a empresa recebeu uma multa altíssima em razão da reincidência, mas será que, no momento em que haja uma legislação específica dos países do Mercosul, as sanções não terão uma repercussão muito maior, até mesmo perante a comunidade internacional? E o efeito junto ao(s) poluidor(es)? Será que não serão mais eficazes ao desmitificar a idéia de que a compensação dos danos é o bastante? Será que não inibiria mais as condutas e atividades e ao mesmo tempo não serviria como alavanca para estimular o desenvolvimento de uma cultura preventiva entre os países do bloco?

A essas perguntas não temos as respostas desejadas, mas supostamente, se já tivéssemos alcançado a dimensão do que representa um processo integracionista pleno, por certo os princípios da cooperação, da prevenção e o da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente estariam reluzindo com muito mais



intensidade e servindo de norte para os outros princípios.

Temos de caminhar muito ainda para alcançar um estágio pleno de integração e autodenominarmos como mercado comum.

### 6. Recomendações gerais

- A necessidade premente de equacionar harmonicamente o desenvolvimento econômico e o meio ambiente, e, na hipótese de eventual conflito ou colisão entre eles, optar pelo método do balanceamento ou de ponderação, de sorte a sopesar os valores e interesses em cada caso concreto;

- Tornar concreto o compromisso da harmonização das legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração;

- Unificar as Constituições dos Estados-partes, de maneira a extirpar as dissemelhanças existentes, principalmente nos textos do Brasil e do Uruguai, de maneira a contemplar expressamente a hierarquia e auto-aplicação dos tratados sobre as normas domésticas, suplantando o estágio da recepção clássica; e por fim,

- A submissão da ordem interna a uma ordem jurídica supranacional, impondo a necessidade premente de Reforma Constitucional.

### Notas

\* A respeito do licenciamento das atividades, ver Decreto nº 99.274/90, artigo 17 e parágrafos.

### Bibliografia

- BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem e mediação entre particulares no Mercosul. Dayse Ventura (org.). *Direito Comunitário do Mercosul*. [S.l.: s.n.], 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1995.
- GUERRA, S. M-G., HINOSTROZA, M. Questões ambientais e implicações econômicas: visão introdutória. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, a. 1, n. 2, abr./jun., 1996.
- PABST, Haroldo. *Mercosul: direito da integração*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. *Folha de São Paulo*. Cotidiano. C3, 19/07/00.

# O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito

Alexandre Santos de Aragão

## Sumário

1. Colocação do tema. 2. As atribuições das entidades reguladoras diante da separação dos poderes. 3. A descentralização normativa no Estado contemporâneo. 4. O poder normativo das agências reguladoras e os princípios do Estado de Direito. 5. A delegificação. 6. O caráter não exclusivo da competência normativa do chefe do Poder Executivo. 7. Conclusão.

*“On ne voit rien de juste ou d’injuste qui ne change de qualité en changeant de climat; trois degrés d’élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; une méridien décide de la vérité... le droit a ses époques... plaisante justice qu’une rivière borne, vérité en deça des Pyrénées, erreur au delà!”*

Pascal<sup>1</sup>

## 1. Colocação do tema

Vivemos uma época de revisão de dogmas, em que conceitos e valores antigos, reminiscências, sobretudo da Revolução Francesa e do subsequente modelo napoleônico, centralizado, de organização administrativa do Estado<sup>2</sup>, não foram de todo abandonados, ao mesmo tempo em que o porvir ainda não se consolidou integralmente.

De toda sorte, diversos institutos de um novo Direito Público já se concretizaram na legislação, na jurisprudência e na doutrina dos países, inclusive do Brasil.

A partir principalmente do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, veri-

Alexandre Santos de Aragão é Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor da Pós-Graduação em Direito Econômico Internacional da Pontifícia Universidade Católica – PUC/RJ, Mestrando em Direito Público pela UERJ e advogado no Rio de Janeiro.

ficou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados.

A tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para todos os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios.

Surgiram órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido.

Em um primeiro momento, a autonomia no desempenho de parcelas das atividades estatais se deu através da criação pelo Estado de pessoas jurídicas a ele paralelas, denominadas entre nós de entidades da Administração Indireta, sujeitas, no entanto, a uma forte tutela da Administração central.

Posteriormente, foi revista a própria estrutura do Estado, ou seja, da sua Administração Direta, até então concebida em termos exclusivamente unitários e hierarquizados. Foram criados órgãos e agentes com variável autonomia em relação ao Chefe do Poder Executivo.

Esses fenômenos, em razão da grande onda de privatização dos serviços públicos<sup>3</sup>, verificada nos últimos anos em quase todos os países, foram fortalecidos pela criação de novas entidades e órgãos independentes<sup>4</sup>, encarregados da sua supervisão e normatização. A formatação jurídica que tomaram é diversa em cada Direito Positivo, mas mantém em todos eles os traços de autonomia em face do poder central do Estado.

A esse respeito, Giampaolo Rossi<sup>5</sup>, após expor o malogro das tentativas de desregulação da economia<sup>6</sup>, afirma que grande parte da atividade reguladora vem sendo confiada a autoridades administrativas independentes e especializadas, que “surgem como cogumelos depois do sereno do outono” (*sorgono come funghi dopo la pioggia in autunno*).

Os ordenamentos setoriais ou seccionais, desenvolvidos pelas agências reguladoras independentes, vieram, então, a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a impotência dos seus mecanismos regulatórios<sup>7</sup> tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade sócio-econômica multifacetária com a qual se deparara.

Coube ao grande publicista italiano, Massimo Severo Giannini, apreender essa realidade social e jurídica e construí-la em termos dogmáticos<sup>8</sup>. A Teoria por ele engendrada é de grande importância e aplicação para que seja vencida a crise regulatória do Estado (*regulatory failures*).

Analisando a necessidade de setorização para que o Direito possa desenvolver uma regulação efetiva, sem desrespeitar a autonomia dos demais subsistemas sociais (economia, educação, ciência, saúde, etc.), Gunther Teubner<sup>9</sup> expôs:

“Os actos jurídicos devem “satisfazer” a autopoiesis de ambos os sistemas: disto depende o respectivo sucesso regulatório. (...)”

A solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho “mais inteligente”; ou seja, *o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado* e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos dos sistemas envolventes.”

Não há dúvida que a construção do Direito Público de um Estado liberal, de um Estado democrático de Direito, social ou de outra espécie cujo surgimento esteja em curso<sup>10</sup>, não é aleatória, mas inerente às contingências ideológicas, políticas e sociais de cada momento histórico.

O Direito Público, enquanto posituação dos postulados políticos vitoriosos ou consensualizados em dado *iter* da história, mais

que todos os ramos do Direito, é, dialeticamente, influenciado e, por vezes, constituído por esses elementos metajurídicos, e vice-versa<sup>11</sup>.

Apesar da vigente Constituição brasileira e da quase totalidade das constituições ocidentais proclamarem haver instituído Estados democráticos e sociais de Direito, não há como fechar os olhos para as transformações que vêm ocorrendo na sociedade, o que confirma a recíproca influência existente entre a ordem jurídica e a ordem social na qual se insere.

Até meados dos anos oitenta, os Estados eram, direta ou indiretamente (por meio de entidades da Administração Indireta), fortemente interventores na economia. Tal fato devia-se a razões de equidade social e a imperativos do próprio sistema econômico, tais como a criação de infra-estruturas vultosas não lucrativas ou de lucratividade diferida, a necessidade de evitar a monopolização de setores da economia e o fomento de regiões menos desenvolvidas<sup>12</sup>.

A partir dos anos oitenta, começou a haver um refluxo dessa tendência com o fim ou o retraimento da publicização de vários setores econômicos, inclusive o de serviços públicos (desestatizações, privatizações, parcerias com o setor privado, etc.).

As razões dessa tendência, interdependentes entre si, podem, de maneira não exaustiva, ser elencadas<sup>13</sup>: (a) mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnico-especializados; (b) aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; (c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais<sup>14</sup>; (d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia pro-

ductiva (capital - trabalho), ocupação, por sinal, crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc.); (e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto a montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, EU, etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico, etc.); e, por esses motivos, (f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu*.

Observa-se, contudo, que, da mesma forma que o Direito não pode ficar infenso às alterações da conjuntura econômica e social, não há como esta se abstrair do direito para reger-se apenas por suas regras intra-sistêmicas.

Noutros termos, as mudanças de conjuntura não “revogaram” os Estados democráticos e sociais de direito constitucionalmente estabelecidos<sup>15</sup>. Por outro lado, estes não podem ignorá-las, mas devem tratá-las sob o seu prisma, ou seja, do prisma de Estados não omissos diante da promoção do bem-estar da coletividade, inclusive no que diz respeito à melhoria das condições de vida da população, à competitividade econômica e à eficiência e modicidade dos serviços públicos<sup>16</sup>.

Manifestando essa preocupação, Konrad Hesse pronunciou-se no sentido de que “o movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível”<sup>17</sup>.

A respeito dos critérios de admissibilidade dos mecanismos de influxo do dinamismo sócio-econômico no sistema jurídico, notável é a obra de Gunther Teubner<sup>18</sup>, que, em certa passagem, observa que

“a unidade e identidade de um sistema deriva da característica funda-

mental de auto-referencialidade de suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial.”

É sob essa perspectiva que o poder normativo das agências reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais<sup>19</sup>, deve ser valorizada como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais envolventes (econômico, familiar, cultural, científico, religioso, etc.).

Apesar da sua origem relativamente antiga, que tem como principal marco a *Inters-tate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário<sup>20</sup>, as agências reguladoras independentes constituem, cada vez mais, um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão do seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor a sua própria lógica<sup>21</sup>.

Entre as transformações ocorridas no Direito Público, merece destaque a pluralização das fontes normativas, não mais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo, a descentralização do aparato estatal por meio da criação de entes ou órgãos autônomos, dotados de independência frente aos tradicionais Poderes do Estado, e, ainda, a relativização do modelo hierárquico e vertical de Administração Pública, com a emergência de mecanismos gerenciais e finalísticos de organização, ou seja, de instrumentos de administração autônoma gerencial, como as agências executivas, organizações

sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, contratos de gestão, acordos de programa, etc.

A atitude dos juristas em relação às mudanças dos paradigmas do Direito Público tem sido muitas vezes extremada, quer para negá-las *tout court*, quer para aceitá-las incondicionalmente.

Os primeiros, que denominaremos de tradicionais, vêem nas inovações um grave e irremediável atentado à democracia, à moralidade pública, às prerrogativas dos poderes públicos e, até mesmo, às garantias e direitos de liberdade dos indivíduos. Com impressionante misoneísmo, dogmatizam e mitificam as concepções jurídicas oitocentistas de maneira não imaginada sequer por seus próprios formuladores.

A esses autores são aplicáveis as observações de Joan Prats I Catalá<sup>22</sup>, segundo o qual a impossibilidade de apreender as novas realidades com os instrumentos e marcos conceituais dos paradigmas tradicionais tem levado o Direito Administrativo a um crescente isolamento, demonstrando que, conforme afirmam Mintzberg e Kuhn, os seres humanos muitas vezes tendem mais a ver o que crêem, do que o inverso.

No outro extremo, temos os que, não apenas aceitam os propalados novos institutos do Direito Público, como, sem muita atenção ao Direito Positivo e à elaboração científica realizada ao longo dos tempos, vêem-nos como uma realidade já acabada e óbvia. Muitas vezes, ao fundamentar suas teses, dão preponderância a idéias que, independentemente de sua procedência ou não, são desprovidas de caráter propriamente jurídico, como imperativos econômicos, “queda do muro”, etc.<sup>23</sup>

Também essa postura é criticada pelo autor ibérico acima citado, que a considera um grave erro, já que implica o menosprezo e marginalização do Direito, manifestada em programas e “modernizações” administrativas que expressam uma grande confusão intelectual: tendo chegado à acertada conclusão de que “não se muda a Adminis-

tração por Decreto”, acreditam que se pode mudá-la à margem do Direito e, atuando assim, provocam desordem e riscos de arbitrariedade, além de, pelo exagero, desperdício de muitos esforços válidos de transformação<sup>24</sup>.

Tais posturas doutrinárias, como não poderia deixar de ser, refletem-se decisivamente na autonomia normativa das agências reguladoras: enquanto uns pretendem reduzi-la a quase nada, equiparando-as, nem sempre declaradamente, às outras entidades da Administração Indireta, cuja independência não é constitucional ou legalmente assegurada; outros as isolam do conjunto das normas da Constituição, colocando-as à parte do ordenamento jurídico global que constitui o seu esteio.

Entendemos que a questão das agências reguladoras independentes deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva dos seus interesses.

Devemos estar também atentos para distinguir as verdadeiras novidades do Direito Público daqueles institutos e nomenclaturas que, ou não são consentâneos com o nosso Direito positivo, ou, juridicamente, a ele nada acrescentam. Muitas vezes supostas inovações não passam, substancialmente, de medidas retóricas, de manifestações de vontade política.

No trato da matéria, temos, sobretudo, que prestigiar os valores do ordenamento jurídico constitucional, que, todavia, não se reduzem ao mero emprego desta ou daquela forma jurídica historicamente contextualizada no século XVIII.

Devemos ainda evitar que as mudanças no Direito Público cheguem ao ponto de descaracterizá-lo como tal<sup>25</sup>, propiciando a “fuga do Estado para fora do Direito Públi-

co”<sup>26</sup>, ou, até mesmo, a sua descaracterização como Direito, desprovendo-o de toda cogência<sup>27</sup>.

Devemos, enfim, estar atentos para a necessidade da renovação dos modelos de Administração Pública se dar concomitantemente à coerente transformação do seu Direito. Os dois processos de mudança são interdependentes e devem visar ao efetivo atendimento das exigências do Estado democrático de Direito. Esses processos não estão isentos de contradições e tensões, que, além de não serem inéditas na história do Direito Público, vêm, ao longo dos tempos, constituindo a grande força motriz da sua evolução<sup>28</sup>.

A fim de evitar conservadorismos ou modismos jurídicos, seguiremos o método sugerido por Giampaolo Rossi<sup>29</sup>, segundo o qual, para adentrarmos em temas jurídicos surgidos em momentos históricos ainda fluidos e incertos<sup>30</sup>, devemos examinar o fenômeno jurídico-social na inteireza do ciclo que lhe determinou, ao invés de tomar em conta apenas o momento fugaz da posição pendular em que se encontra.

A mesma necessidade de análise dos fenômenos jurídicos no conjunto do seu percurso histórico foi afirmada pelo Mestre de todos, Pontes de Miranda:

“É difícil ao jurista de direito público, principalmente do político, livrar da influência do caso concreto, histórico, que o cerca, o seu pensamento teórico. Só a preço de grande disciplina mental tal libertação é possível; mas essa libertação é indispensável, tratando-se de cientista”<sup>31</sup>.

Essa metodologia é designada na filosofia de Gilles Deleuze e Felix Guattari como o método de desterritorialização, consistente no “ato de extrair um fenômeno, um afeto, um trabalho ou procedimento, um conceito ou um termo, de seu contexto territorial, para desenvolvê-lo alhures em uma certa independência ou autonomia flutuante. (...) Procura extrair conceitos gerais do fluxo da empiria”<sup>32</sup>.

## 2. As atribuições das entidades reguladoras diante da separação dos poderes

As agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

Como afirma Bernard Schwartz<sup>33</sup>, e ressaltadas as peculiaridades do Direito norte-americano, que aqui não se mostram fundamentais, o traço fundamental das agências administrativas independentes é o fato de possuírem uma combinação das funções de legislador, promotor e juiz. Iniciam processos, de ofício ou quando provocadas, julgando-os segundo as normas por elas próprias estabelecidas.

Em igual sentido, Juan Carlos Cassagne<sup>34</sup> observa que os poderes conferidos a esses órgãos e entidades são de “variada natureza e extensão”. O panorama é amplíssimo, abrangendo os clássicos poderes administrativos relacionados com a fiscalização das atividades desenvolvidas pelos particulares, cumprimento das regras estabelecidas nos contratos de concessão, nas licenças ou nas autorizações, incluindo o estabelecimento de eventuais tarifas, poderes disciplinares, sancionatórios e preventivos de condutas prejudiciais aos interesses coletivos tutelados, etc.

Ainda possuem competência para resolver controvérsias, envolvam essas o Poder Público ou apenas particulares, como se dá, por exemplo, nas lides entre usuários e prestadores de serviços públicos ou entre acionistas minoritários e a direção de companhias abertas, no Brasil solucionadas, respectivamente, pelas agências reguladoras de serviços públicos e pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Também são conferidos amplos poderes normativos em matéria de segurança da atividade regulada, procedimentos técnicos de

medição, possibilidades de suspensão da prestação dos serviços, acesso a imóveis, qualidade dos serviços ou das mercadorias comercializadas, etc.

Seus inúmeros poderes, além de abrangearem aspectos de todas as funções da clássica divisão tripartite dos Poderes, são, em razão dos termos bastante genéricos pelos quais são conferidos, exercidos com grande grau de liberdade frente a quaisquer desses Poderes.

Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como independente. O fato de os ordenamentos setoriais, cujo desenvolvimento é a elas conferido, serem uma subespécie dos ordenamentos jurídicos derivados (*in casu*, do estatal) faz com que devam possuir certa liberdade de atuação, notadamente de natureza normativa.

Sendo assim, podemos fazer as seguintes indagações: as agências reguladoras independentes exercem concomitantemente poderes administrativos, persecutórios, jurisdicionais e legislativos? A conjunção de tantas funções acabaria por distingui-las, no seu complexo conjunto, das funções estatais até então tradicionalmente conceituadas? Constituiriam as funções das agências reguladoras independentes, em sua globalidade, uma nova função estatal? A resposta positiva a qualquer das indagações anteriores implicaria a violação do princípio da separação dos poderes<sup>35</sup>?

Mais uma vez confirma-se que toda importante questão do Direito Público leva o jurista, mais cedo ou mais tarde, ao tão polêmico quanto antigo<sup>36</sup> princípio da separação dos poderes.

Preliminarmente, devemos observar que a doutrina de Montesquieu, além de ter sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nunca foi aplicada em sua inteireza<sup>37</sup>.

Ademais, não existe “uma separação de poderes”, mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos<sup>38</sup>.

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias.

As considerações de Karl Loewenstein<sup>39</sup> a respeito da forma com que o princípio da separação dos poderes deve ser hodiernamente focado são, neste sentido, muito esclarecedoras:

“O que na realidade significa a assim chamada ‘separação de poderes’, não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. (...) O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de “poderes”, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa.”

Prossegue o constitucionalista alemão, afirmando que

“é necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das

funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo. O descobrimento ou invenção da teoria da separação de funções foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia nos séculos XVII e XVIII.”

Similar tratamento à separação dos poderes é dispensado por Reinhold Zippelius<sup>40</sup> ao observar que

“a ‘clássica’ divisão dos poderes assenta na distinção entre os âmbitos funcionais mais importantes do Estado. Os objetivos supremos da actividade do Estado devem ser permanentemente elaborados, revistos, harmonizados entre eles, e modificados na medida do necessário.(...) Desta maneira se projectam antecipadamente futuros modelos de ordenação e planos de acção relativos à política interna e externa. Tudo isto, que vai para além da mera execução das leis, é tarefa do governo que, como suprema actividade directiva do Estado, não se encaixa, portanto, sem problemas no esquema ‘legislação, jurisdição e poder executivo’”.

Com efeito, “na atualidade o sistema de divisão e limitação dos poderes se desenvolveu a partir de vários pontos de vista, não apenas na conhecida e tradicional trindade da divisão horizontal de acordo com as funções mais importantes: legislativo, executivo e judicial. Mas também *entram em jogo a configuração de unidades de decisão e órgãos coletivos, a autonomização de instituições específicas* não submetidas a instruções, e a constituição ainda de instâncias de controle tampouco submetidas a instruções, *a margem da divisão tripartite ‘clássica’*”<sup>41</sup>.

A “separação de poderes” deve ser atualmente encarada pelo prisma do pluralis-



mo existente na sociedade, que “tem o significado de colocar perante várias instâncias da máquina estadual as reclamações ou o apoio de vozes diferentes. E assim resulta numa potenciação da divisão de poderes na organização interna do Estado, que ganha outra vez o valor duma divisão política. Só que, em vez da fórmula do século XIX de uma separação taxativa entre pretendentes ao poder, cada um com o seu veículo de expressão numa “função” do Estado, vamos encontrar um sistema bem mais complexo e subtil (...). *O pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro alargado de separação de poderes*, e representa uma função positiva na organização dum estado moderno”<sup>42</sup>.

Especificamente sob o prisma da independência das entidades reguladoras, o Mestre de Valladolid, Javier García Roca<sup>43</sup>, coloca como um dos principais aspectos da concepção contemporânea da separação dos poderes, ou, melhor dizendo, da divisão das funções estatais, o aparecimento de “novos órgãos auxiliares dos poderes supremos, muitos deles de relevância constitucional e não meramente criados pelas leis, dotados de independência funcional no exercício de suas funções”. Após citar como exemplo desta realidade os *ombudsmen*, os Tribunais de Contas e os Bancos Centrais, faz expressa referência aos “*órgãos auxiliares e com perfis técnicos, mas igualmente independentes no exercício desta função do Governo*”.

Na doutrina brasileira, Bilac Pinto<sup>44</sup>, em obra pioneira sobre o assunto, asseverou que “o fato da outorga, pelo Estado moderno, de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos além dos que as monopolizaram, até o fim do século passado (Poder Legislativo e Poder Judiciário), constitui fenômeno universal, cujas proporções se avolumam cada vez mais”.

Com escusas pelas citações, acreditamos ter demonstrado que, se retirado o caráter mítico e absoluto da idéia “clássica” da separação dos poderes, a complexidade e a autonomia das competências conferidas às

agências reguladoras independentes em nada contraria a divisão de funções estabelecida pelas constituições contemporâneas e os valores do Estado de Direito, que, afinal, constituem o principal parâmetro da admissibilidade ou não do exercício de distintas funções pelo mesmo órgão ou entidade pública<sup>45</sup>.

Bem ao contrário disso, as competências complexas das quais as entidades reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos<sup>46</sup>.

Destacando, por exemplo, a necessidade de a entidade reguladora ser apartada do Poder Concedente do serviço público regulado, Augustín Gordillo<sup>47</sup> considera-a mesmo uma imposição “do mesmo princípio atualizado, da divisão de poderes e do sistema de freios e contra-pesos acolhidos pela Constituição”.

Manifestando a mesma preocupação, Zippelius chega a afirmar que, “contra um aparelho de Estado totalitário com as dimensões descritas por Orwell, existem, pelo menos, prevenções, que por enquanto ainda funcionam. Elas residem na pluralidade estrutural e na divisão de funções”<sup>48</sup>.

Note-se que nos Estados Unidos da América do Norte, que também possuem uma Constituição presidencialista, dotada formalmente de uma separação de poderes até mais rígida que a nossa<sup>49</sup>, o conjunto dessas entidades independentes chega a ser chamado de “*headless forth branch*”<sup>50</sup>.

Nessa perspectiva, Peter Strauss<sup>51</sup> afirma que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser hoje integrado por considera-

ções ligadas à proteção das garantias individuais, mediante a imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, e por preocupações inerentes ao “sistema de freios e contrapesos” entre os diversos órgãos e entidades estatais. Assevera ainda que a separação do poder “*into three separate branches*” apenas diz respeito à cúpula do Estado, sendo as *agencies* irredutíveis a um só dos poderes. A vitalidade e legitimidade destas adviria, ao contrário, exatamente do equilíbrio entre os influxos sobre elas exercidos pelos três tradicionais poderes do estado.

Também Santi Romano<sup>52</sup>, já no início do século passado, assinalava que

“pode haver, com diversas finalidades e características jurídicas, uma série de órgãos fora de quaisquer dos poderes. (...) São órgãos que, sob certos aspectos, devem ser considerados órgãos únicos; sob outros, ao revés, podem ser considerados como um complexo de órgãos, ou melhor, como órgãos complexos”.

Espancando quaisquer perplexidades, o clássico Jean Dabin<sup>53</sup>, com percuciência, asseverou:

“Se idealmente fundada a distribuição de funções entre instituições ou órgãos distintos e independentes, ela não possui, todavia, senão um valor de meio, não de um dogma, o que vale dizer que o princípio comporta uma série de exceções. As exceções serão justificadas, em primeiro lugar, toda vez que razões de interesse geral as imponham. A hipótese é bastante frequente, mas sempre especial. Normalmente, por outro lado, do ponto de vista teórico, a solução derogatória é aplicada ou pela história das instituições ou por considerações de oportunidade. (...) Para o bem ou para o mal, nos parece que *o argumento da especialização, que constitui uma das razões do princípio dito da separação dos poderes, milita, na espécie, contra a separação*”.

Gérard Timsit, em colóquio realizado na Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne sobre o tema, afirmou que o apego a antigos e, já de algum tempo, ultrapassados dogmas do Estado inviabiliza qualquer elaboração teórica consistente acerca das entidades reguladoras independentes. Conclui asseverando que

“o problema, em um Estado que desejamos que se mantenha como um Estado de Direito, não é o de absorver ou excluir, de alinhar ou de refutar estas novas instâncias ou instituições. O problema é antes de inventar novas formas e técnicas de controle sobre os novos tipos de autoridades”.

### 3. A descentralização normativa no Estado contemporâneo

O pluralismo e complexidade da sociedade, agregados ao número cada vez maior de atividades dotadas de grandes particularidades técnicas a serem, se não prestadas diretamente pelo Estado, por ele reguladas, inviabilizou o ideal liberal oitocentista<sup>54</sup>, racional e formalmente igualitário, de um ordenamento monocêntrico uniforme que, concebido de maneira inteiramente geral e abstrata, abrangesse todas as atividades e atores sociais sem levar em conta as suas particularidades<sup>55</sup>.

Inicialmente, a complexidade social levou o legislador a elaborar regulamentações especiais destinadas a determinados setores da sociedade ou a certas relações jurídicas. Essa atitude manifestou-se, por exemplo, na criação do Direito do Trabalho, até então considerado apenas como um ramo especializado do Direito Civil, e na edição de estatutos de direito civil exógenos à codificação<sup>56</sup>.

Posteriormente, verificou-se que não bastava a edição de leis especiais pelo Poder Legislativo. Impunha-se também a especialização das fontes do Direito e dos respectivos órgãos emanadores. O Poder Legislativo, essencialmente político e atuando medi-

ante processos necessariamente lentos, viu-se incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias que demandavam a sua atuação.

Tornou-se, então, imperioso, não apenas a especialização das matérias a serem reguladas, como também dos órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, que, em virtude dos seus amplos poderes, deveriam, para exercê-los satisfatoriamente e com observância dos cânones do Estado de Direito, estar, na medida do possível, livres das injunções políticas parciais.

A conjunção desses fatores – criação de *órgãos independentes* encarregados da *regulação de atividades específicas* dotadas de grande *conteúdo técnico*, resultou nos ordenamentos setoriais.

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, o fenômeno é de grande importância em razão de, sem haver levado à perda da unidade sistêmica do Direito, ter acarretado na quebra da unidade das suas fontes, tanto do ponto de vista material, como orgânico-formal e procedimental, setorizando-as.

Sob o prisma da organização do aparato administrativo, o florescimento dos ordenamentos setoriais desenvolvidos por agências independentes faz com que aquele dificilmente retorne ao caráter unitário projetado nos oitocentos, e que já começara a ruir com o advento dos entes locais autônomos e das entidades da administração indireta. Com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, esse processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento, por imposições práticas, teoricamente elaboradas, dos órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira autonomia.

Vital Moreira, citando Breuer, considera-os como a

“resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto, uma consequência, em termos de diferen-

ciação e especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas”

Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como “policêntrica” afirma, desta vez valendo-se de Brohm, que

“quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos”<sup>57</sup>.

O que se verifica é a transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo de competências normativas, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos<sup>58</sup>.

#### *4. O poder normativo das agências reguladoras e os princípios do Estado de Direito*

O poder normativo da Administração Pública confirma que são exatamente as questões fundamentais e vetustas do Direito as que, até hoje, mais geram polêmicas.

O homem sempre precisou de normas estáveis e previsíveis pelas quais pudesse pautar o seu comportamento, criando ao longo da história os mais variados fundamentos para que se conformasse com os ditames limitadores da sua liberdade.

A disciplina jurídica das atividades humanas, durante muito tempo, foi fundada na autoridade de Deus, manifestada por meio dos clérigos ou do Rei, ambos portadores da sua vontade na terra. Em um mo-

mento posterior, a vontade do Monarca passou a fundar-se em sua própria autoridade.

Com a Revolução Francesa, houve uma mudança desse paradigma, passando a lei, então, a fundar-se na “vontade popular”. Criou-se a lei parlamentar, no fundo, um dos vários procedimentos técnicos possíveis de formulação de normas jurídicas<sup>59</sup>.

Colocado o fenômeno “lei do parlamento” em seus devidos termos, e sem jamais desmerecer os seus méritos e a elevada função de estabilização e coordenação social que desempenha, podemos passar a analisar a matéria com mais realismo.

Primeiramente, devemos destacar que o objetivo do liberalismo do século XVIII, do absoluto império da lei, nunca foi atingido. Logo foi verificada a incompletude da lei, o que exigiu, tanto no direito privado, como no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora mesmo de novos institutos (teoria da imprevisão, responsabilidade civil do Estado, desvio de finalidade...).

Especificamente em relação à atividade administrativa, Maurice Hauriou<sup>60</sup>, tratando da história da discricionariedade<sup>61</sup>, afirmou:

“A lei foi colocada sob um pedestal e uma teoria jurídica foi construída para reconduzir todo o direito à regra de direito e para subordinar a esta todo o poder, recusando ao poder discricionário qualquer relevância jurídica. Para responder a estes exageros, será suficiente recordar que mesmo na França pós-revolucionária, a supremacia da lei escrita lentamente declinou e que, por um movimento inverso, restaurou-se lentamente o poder dos juízos discricionários, a ponto de que fosse restabelecido, entre os dois domínios, um novo equilíbrio”

Deu-se então, com impressionante rapidez, o que Eros Roberto Grau<sup>62</sup> chamou de processo de “transformação (na verdade, involução)” do princípio da legalidade, que

“originariamente implicava em que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres, etc., modos e seqüência dos procedimentos, atos e efeitos de cada um dos seus componentes e requisitos de cada ato – do que resultava a concepção do Poder Executivo como *administração* e da administração como *execução*”

Essa “transformação” do princípio da legalidade em relação à sua concepção inicial, que nunca chegou a ser implementada, acentuou-se ainda mais com a concessão de poderes normativos à Administração Pública para estabelecer normas gerais e abstratas.

Se esses poderes administrativos de caráter normativo já haviam se imposto no Estado liberal, essencialmente absentéista, tiveram e têm a sua importância e âmbito de atuação multiplicados após o advento do Estado pluriclasse, gestor de inúmeras atividades sociais e econômicas ou, mais recentemente, delas regulador.

Em 1955, Georges Ripert<sup>63</sup>, apesar do tom crítico, reconheceu o fato de que

“o papel da Administração cresceu quando a abundância e rápida sucessão das leis destruiu a estabilidade do regime legal. Os sujeitos de direito não sabem mais quais são os seus direitos e obrigações e se atém cegamente àqueles que lhes ditam a conduta. O dirigismo econômico que desenvolveu a ação administrativa. Os juristas se apagam frente aos tecnocratas, já que, somente eles, possuem os conhecimentos necessários para saber como conduzir a economia. A Administração tornou-se a Senhora da atividade econômica e mesmo de toda atividade humana”

J. J. Gomes Canotilho<sup>64</sup> denota que “as leis continuam como elementos básicos da democracia política (...), mas deve reconhecer-se que elas se

transformaram numa *política pública* cada vez mais difícil, tornando indispensável o afinamento de uma *teoria geral da regulação jurídica*. (...) A idéia de que a lei é o único procedimento de regulação jurídico-social deve considerar-se ultrapassada (A. Rhinow, N. Achterberg, U. Karpen, E. Baden). A lei é, ao lado das decisões judiciais e das “decisões” da administração, um dos instrumentos da regulação social”

As mudanças na teoria da legislação não foram, porém, apenas de natureza formal, consubstanciadas na sua “desparlamentarização”, mas também materiais, refletidas na redução das suas pretensões à generalidade, ou seja, à abrangência de todo o corpo social sem levar em conta as características especiais de parcelas da sociedade ou de determinadas atividades. É, de fato, importante notar como, “*de uma concepção de lei geral e abstrata de tradições liberais oitocentistas a uma legislação de caráter administrativo própria do Estado interventor, se esteja delineando uma tendência à expansão das normatizações setoriais, fruto de um ordenamento policêntrico e pluralista*”<sup>65</sup>.

Disso, não se pode, entretanto, inferir o fim do Estado DE Direito, já que este não se confunde com o Estado legal ou Estado DO Direito<sup>66</sup>.

O Estado legal ou DO Direito consiste apenas no estabelecimento de uma regra de competência atributiva da sobrepujança do Poder Legislativo sobre os demais. O Estado DE Direito, ao revés, consubstancia-se numa ordem axiológica da sociedade<sup>67</sup>. “Se o Estado DO Direito se caracteriza essencialmente por suas formas e suas estruturas jurídicas, é, no Estado DE Direito, a participação ideológica que prevalece sobre a arquitetônica jurídica e liga a esperança da liberdade à sua realização”<sup>68</sup>.

O que devemos ter realmente em mira, independentemente de qual seja o Poder ou a entidade emanadora, é que as normas jurídicas devem, em qualquer hipótese, atender ao devido processo legal, em suas di-

mensões adjetivas e substantivas, e visar à realização dos valores constitucionais.

Prevenindo-nos contra quaisquer perplexidades, Carlos Ari Sundfeld<sup>69</sup> explica

“porque a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminou o Estado de Direito: ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não os favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um “catálogo de mandamentos” que excluirá o arbítrio. (...) Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo)”

Será nesta perspectiva – a perspectiva do Estado democrático de Direito – que abordaremos o poder normativo das agências reguladoras independentes. A tarefa é, no entanto, dificultada, por um lado, pelo conservadorismo de parte da doutrina e, por outro, pela total profusão e confusão da nomenclatura existente na matéria: regulamentos meramente executivos, interpretativos, autônomos, independentes, delegados, organizativos, livres, integrativos, de necessidade, etc.<sup>70</sup>

Para evitar esse emaranhado estéril, optamos por não fazer referência a denominações específicas de espécies regulamentares<sup>71</sup>, até porque, em última análise, a diferença entre elas concerne tão-somente ao grau, à amplitude com que a discricionariedade ou o poder normativo<sup>72</sup> são conferidos aos órgãos ou entidades não integrantes do Poder Legislativo.

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilida-

de, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

Detalhando essa necessidade, Giuseppe Abbamonte<sup>73</sup> adverte que, diante de uma realidade de grande complexidade, decorrente da crescente concentração dos centros de poder econômico, se requer ações capazes de identificar e individualizar obrigações, acompanhar o seu cumprimento, fixando, inclusive, regras de comportamento, inserindo-se na realidade, guiando-a e, possivelmente, corrigindo-a, ou, ao menos, reequilibrando as tendências desestabilizadoras. Deve haver a capacidade de coordenação do público e do privado, de modo a “receber material de primeira mão”, calibrar a ação em relação às circunstâncias e, ao mesmo tempo, em relação às possibilidades concernentes aos vários ramos de atividades econômicas, na seqüência do tempo e na diversidade de lugares”.

Observa Silvano Labriola<sup>74</sup> que, não consistindo a regulação numa disciplina destinada a conformar a atividade privada, mas a ditar as regras e condições gerais do seu desenvolvimento, a relação entre a lei e as normas das autoridades independentes é tão atípica que faz com que se questione se estas estão realmente subordinadas àquela.

“O Legislador, de fato, se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pela autoridade(...). A autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária”

A lei, portanto, sem dar início *de per se* a uma normatização mais completa, e, muito

menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente.

Essas leis integram a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador. O objetivo das leis assim formuladas é “introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa”<sup>75</sup>.

Destaque-se que a referência aos “quadros estabelecidos pela lei” não concerne apenas a determinado diploma legislativo, mas sim ao conjunto do ordenamento jurídico. É este que, explícita ou implicitamente, em seu sistema, confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria, não nos sendo dado ficar presos apenas à letra da lei<sup>76</sup>.

Nesse particular, é grande o âmbito do poder regulamentar atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, muitas vezes implicitamente pela própria Constituição (por que haveria poder para regulamentar leis ordinárias e não a própria lei constitucional?)<sup>77</sup>. Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio)<sup>78</sup>.

Com isso, não estamos “forçando” o conteúdo da Constituição, mas apenas apli-

cando o princípio dos “*implied powers*”, concebido por Marshall nos seguintes termos<sup>79</sup>: “legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Velloso, inferiu da competência conferida pelo art. 237 da Constituição Federal ao Ministério da Fazenda para “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais”, a possibilidade deste, independentemente da existência de lei formal, vedar a importação de pneumáticos usados<sup>80</sup>.

Quanto à orientação do STF, merece menção a recente análise feita por Hamilton Dias de Souza<sup>81</sup>, específica em relação ao poder normativo das agências reguladoras, mesmo antes de caracterizarem-se como independentes: nos E.U.A.,

“aventou-se a questão de se tratar de um quarto poder, mas a jurisprudência atual é no sentido de validar os poderes normativos das agências. E no Brasil? No Brasil também e este é um dado extremamente importante. Eu me recordo de um acórdão, falando de um acórdão antigo, no caso do Instituto do Açúcar e do Alcool, que o plenário do STF, num julgado de longo voto do Ministro Nery da Silveira, que fazia todo um histórico da intervenção do Estado no setor sucroalcooleiro para, por final, concluir que era possível ao Instituto fixar, independentemente de lei e sem que estivesse escrito isso na lei, cotas de produção e cotas de comercialização de açúcar. Posteriormente, o I.A.A. legislou farta-mente, como também o I.B.C.”

Todavia, a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a

legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.

Ocorre que também esses parâmetros podem ser extraídos, tanto da letra de alguma disposição legal, como, de forma implícita, do seu espírito ou do sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, a Suprema Corte Norte Americana chegou a decidir que o mero estabelecimento da finalidade de alcançar o “interesse público”, a ser perseguida no exercício do poder regulamentar de certa agência independente, já era capaz de legitimar o seu exercício: “o termo “interesse público”, tal como empregado, não é um conceito desvestido de critérios, mas possui relação direta com a adequação dos serviços de transporte, com as suas condições essenciais de economia e eficiência (...)”<sup>82</sup>.

Podemos inferir da exposição a grande relatividade da nomenclatura usualmente empregada pela doutrina<sup>83</sup> para distinguir as diversas espécies de regulamentos (executivos, autônomos, etc.), razão pela qual, como acima advertimos, optamos por não priorizá-las. Com efeito, se aos poderes regulamentares até aqui tratados for atribuído um conceito de “execução” amplo, abrangendo qualquer desenvolvimento de normas, todos os regulamentos poderão ser considerados como “de execução”<sup>84</sup>. Por outro lado, se deitarmos o foco sobre o caráter de alguma forma sempre criativo da atividade do administrador público (ou mesmo do juiz)<sup>85</sup>, esses regulamentos serão, em maior ou em menor medida, “autônomos” ou “independentes”, dependendo da nomenclatura adotada.

## 5. A delegificação

O instituto da delegificação, do qual pasaremos a tratar nas próximas linhas, cons-

titui fenômeno inteiramente distinto das manifestações de poder regulamentar acima analisadas. Nestas, o legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais. Os regulamentos assim expedidos não podem revogar leis anteriores e são revogáveis por leis posteriores. Por isso, entendemos que não podem ser impugnados mediante o argumento de ter havido delegação de poder legislativo – integram o Direito positivo, mas não possuem força de lei.

De maneira diversa, a delegificação consiste, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>86</sup>, na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”<sup>87</sup>.

O Mestre Eduardo García de Enterría<sup>88</sup> conceitua a delegificação ou deslegalização como

“a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não

seria possível se não existisse previamente a lei degradadora”

Mais adiante, destaca que a lei de deslegalização “não é uma lei de regulação material, não é uma norma diretamente aplicável como *norma agendi*, não é uma lei cujo conteúdo deva simplesmente ser completado; é uma lei que limita seus efeitos a abrir aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada por lei”<sup>89</sup>, ressalvadas as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal, como são, no Direito brasileiro, os tributos e os crimes<sup>90</sup>.

Por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

Essas observações decorrem do princípio da essencialidade da legislação, pelo qual, segundo J.J. Gomes Canotilho<sup>91</sup>, a Teoria da Legislação

“deve contribuir para a clarificação da forma dos actos normativos, quer na escolha da forma entre os vários escalões normativos (exemplo: opção entre a forma legal ou a forma regulamentar) quer dentro da mesma hierarquia normativa (exemplo: opção por lei ou decreto-lei, decreto regulamentar ou portaria). Uma das orientações hoje sugeridas é a de que, no plano das decisões estaduais, interessa não



só ou não tanto o reforço da legitimação democrática, mas que a decisão seja justa. A ‘justeza’ da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o ‘órgão’ mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão”

Há, contudo, opiniões que sustentam que tal deslocamento de sede normativa só pode ser operado pela própria Constituição, isto é, que a liberdade do legislador, em um regime de Constituição rígida, não pode chegar ao ponto de abrir mão dos seus poderes, delegando-os. Para essa assertiva, pouco importaria que a Constituição vede ou não expressamente a delegação de poderes, vez que a vedação decorreria da própria divisão constitucional de competências. Sendo assim, afirmam esses autores, a delegificação por via legislativa implicaria a derrogação infraconstitucional de competências fixadas pelo Poder Constituinte<sup>92</sup>.

Vezió Crisafulli<sup>93</sup>, cuja inestimável contribuição à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais tantas marcas deixou na doutrina brasileira, expressa a sua opinião nesse sentido, ao afirmar que

“o fenômeno consistiria, então, na desqualificação, disposta expressamente pela lei, de determinada norma, originariamente legislativa, a qual viria a ser atribuída estatura regulamentar: de maneira que, não seria o regulamento sucessivo que adquiriria (inadmissivelmente) força de lei, mas as normas delegificadas que viriam a ter força passiva de fontes regulamentares. A reconstrução gera, todavia, perplexidade, porque, desqualificando algumas de suas próprias disposições ou de outra lei, a lei estaria em substância, demitindo-se da força que por natureza lhe é própria, contrastando com as normas constitucionais que a disciplinam enquanto lei”

Refutando esse argumento, Eduardo García de Enterría observa que

“um setor da doutrina italiana, tratando sempre do conceito de delegação como transferência de poder, tem, sob este pressuposto, visto a delegação como transferência do poder ab-rogatório da lei. Porém, o argumento, que é sutil, não é todavia, correto. A ab-rogação da lei anterior por norma deslegalizada não é um poder próprio, mas uma simples consequência da degradação normativa legalmente operada. Por outro lado, a Administração se utiliza da delegação ínsita na deslegalização não apenas no momento do primeiro exercício da mesma, como também posteriormente, quando substitui esta primeira norma por outras igualmente regulamentares, momento no qual é evidente não está ab-rogando ou inovando leis, mas suas próprias disposições regulamentares anteriores. A técnica da deslegalização se limita a esse plano formal de manipulação sobre o grau hierárquico (manipulação que também se conhece em sentido contrário, com uma elevação da hierarquia normativa de uma regulação regulamentar)”<sup>94</sup>.

De nossa parte, entendemos que, apesar de ambas as posições possuírem grande plausibilidade, após um primeiro momento de perplexidade por parte de setores da doutrina e da jurisprudência brasileiras, contumazmente infensos a mudanças de posições tradicionais, as necessidades práticas de uma regulação social ágil e eficiente irão, em um espaço de tempo não muito largo, impor o amplo acatamento do instituto da delegificação, até porque, além das razões de ordem prática, reveste-se de sólidos argumentos jurídicos<sup>95</sup>.

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, em face da complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações,

transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico. Porém, mesmo nesses casos resguarda o Poder Legislativo o balizamento e a coordenação dessas regulações plurifórmicas e pluricêntricas<sup>96</sup>.

Nota-se, com isso, a grande conexão existente entre os ordenamentos técnico-setoriais, as entidades reguladoras independentes e a proliferação de sedes normativas não parlamentares, aí inclusas, com destaque, as propiciadas pelas delegificações. Todos esses fenômenos constituem o reflexo no Direito da complexidade da sociedade contemporânea.

*A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.*

Dessa forma, parece-nos que, em princípio, *as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário.*

Nesse sentido, Felice Giuffrè<sup>97</sup> sustenta que, mesmo quando as entidades reguladoras independentes não tiverem sede constitucional, deve-se

“admitir que a atribuição de funções de regulação e decisão, a serem exercidas através do exercício conjunto de competências normativas, executivas e contenciosas, a órgãos postos em uma posição, mais ou menos intensa de distância ou separação do poder político-partidário, e caracterizados por uma elevada especialização no respectivo setor, demonstra como o ‘mandato em branco’ conferido pelo Parlamento a outros centros de competência normativa representa a afirmação da incapacidade do legislador em dominar, por si próprio, o complexo cada vez menos decifrável dos interesses sociais”.

Também Paola Bilancia<sup>98</sup> percebe que, com a atribuição de funções normativas a instituições de caráter técnico, não diretamente derivadas dos poderes representativos e em relação a eles neutros e independentes, dá-se uma transferência das funções decisórias da tutela dos interesses públicos, do circuito político, para autoridades capazes de, sempre com base em uma lei de conteúdo genérico, tomar decisões de caráter técnico-jurídico.

Abordando a matéria, Marco Aurélio Greco<sup>99</sup> certa feita indagou:

“será que numa interpretação do direito positivo nós não deveríamos interpretar legalidade com eficiência, e, óbvio, eficiência com legalidade? Mas em que a legalidade deixa de ser um desenho formal para ser um instrumento funcional de obtenção de resultados, de atingimento de objetivos? E talvez dentro deste contexto e a partir deste desenho é que nasceriam essas agências, com reflexos, automaticamente, no seu poder regulamentar, que em certa medida, acredito que até extravasa a figura do regulamento clássico”.

Ressaltamos que, mesmo para os que não acolhem a delegificação por via legislativa, o instituto tem grande importância no Direito positivo brasileiro, já que, em diversos casos, é a própria Constituição que delegifica matérias para entidades estatais e não estatais: em favor das entidades desportivas privadas (art. 217, I)<sup>100</sup>, dos órgãos reguladores da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e da exploração do petróleo (art. 177, § 2º, III)<sup>101</sup>, das universidades em geral (art. 207)<sup>102</sup>, etc.

Em todas essas hipóteses, por sua sede constitucional, temos uma reserva inquestionavelmente legítima de poder normativo delegificado em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E mais, como essas esferas normativas autônomas fundamentam-se diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as in-

gerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, mormente as concernentes à Administração Pública, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter político – não técnico – pelo Poder Legislativo<sup>103</sup>.

### 6. O caráter não exclusivo da competência normativa do chefe do Poder Executivo

Uma derradeira observação deve ser feita para prevenir-nos de qualquer posição que, partindo de uma interpretação literal e isolada do art. 84, IV, *in fine*, da Constituição Federal, entenda que o poder regulamentar só possa ser exercido pela Administração central do Estado, em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo.

Muitas vezes a lei confere poder regulamentar a Titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder executivo. Trata-se, na expressão de San Thiago Dantas<sup>104</sup>, de “descentralização do poder normativo do Executivo” para órgãos ou entidades “tecnicamente mais aparelhados”. Afirma ainda o grande jurista brasileiro que

“o poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias”

Também Vezio Crisafulli<sup>105</sup>, ao comentar dispositivo da Constituição italiana<sup>106</sup> análogo ao art. 84, IV, *in fine*, da Constituição brasileira, constata que

“nenhum problema particular de admissibilidade se põe, em fim, sempre partindo da premissa que o sistema constitucional das fontes é fechado

apenas ao nível das fontes legislativas e constitucionais, aos estatutos e regulamentos de autonomia dos entes públicos institucionais (entes ditos paraestatais, instituições públicas de assistência social, etc.). Aqui também estamos – da mesma forma que quando diante do poder normativo dos entes territoriais – na presença do fenômeno da autonomia”<sup>107</sup>.

Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa a órgãos específicos da Administração Direta ou a entidades da Administração Indireta, notadamente se titulares de autonomia propriamente dita – descentralização material, independência –, a ingerência do Chefe do Poder Executivo neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal ou constitucional<sup>108</sup>.

### 7. Conclusão

Esperamos, com o presente estudo, ter trazido alguma contribuição para a construção da dogmática jurídica da atividade regulatória descentralizada do Estado brasileiro, que tem representado um desafio para muitos dos operadores e pensadores do Direito, em razão da nossa tradição de centralização política e administrativa.

Este é o momento para que a doutrina, os aplicadores do Direito e os administradores públicos se empenhem para resguardar a incolumidade de numerosas entidades reguladoras independentes, que têm tudo para se consolidar como importantes instrumentos em favor da sociedade e do país, mas que devem ser protegidas de interferências exógenas.

Os seus dirigentes devem ter em mente que a independência da qual são dotadas só será capaz de propiciar os benefícios sociais para os quais foram instituídas se a própria entidade, no seu âmago, atender aos princípios maiores da Administração Pública e do Estado de Direito, mantendo-se sempre plurais e transparentes diante dos

diversos segmentos que a compõem e do meio social envolvente.

Serão, enfim, os controles sociais, a responsabilidade e o espírito público dos agentes estatais e privados que determinarão a manutenção e a potencialização das entidades independentes, dotadas de autonomia normativa, ou, ao revés, o lamentável retorno à regulação jurídica unitária, hierarquizada, e, já a conhecemos, ineficiente.

### Notas

<sup>1</sup> In, Pensées. [S.l.] : Ed. Jacques Chevalier, T.1,1925. p. 126.

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterría descreveu o modelo administrativo napoleônico da seguinte maneira: “as funções ativas se reservam apenas aos órgãos com agentes individuais ou monocráticos, os quais se relacionam entre si mediante a técnica do escalonamento hierárquico, enquanto os órgãos colegiais ficam reduzidos a funções consultivas ou deliberativas situadas lateralmente à linha hierárquica, assistindo-a e complementando-a, mas sem diminuir a sua substantividade e prevalência” (in: *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed.[S.l.] : Civitas,1998, p. 125).

<sup>3</sup> Como sói acontecer no Direito Público, a discrepância de nomenclatura é grande. No particular, adotaremos, com Celso Antonio Bandeira de Mello (in: *Privatização e serviços públicos, RTDP*. [S.l.:s.n.], 22, p. 172-180), o termo “privatização” para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada e “desestatização” para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais.

<sup>4</sup> Naturalmente que o termo “independência” aqui utilizado não é equivalente a “soberania”, mas sim a uma efetiva descentralização autônoma, conceito que, como será delimitado mais adiante, não exclui a coordenação pela Administração central.

<sup>5</sup> In: Pubblico e privato nell’economia di fini secolo, constante da obra coletiva *Le trasformazioni del diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995. p. 238.

<sup>6</sup> Corroborando a assertiva, afirmou Reinhold Zippelius: “Na sociedade industrial, a auto-regulação dos processos econômicos ou até de todos os processos sociais, esperada pelo liberalismo, não funciona na medida exigível. Na sociedade abandonada a si própria, formam-se grandes grupos de poder econômico, provocando um grave risco para uma harmonização equilibrada e justa dos interesses” (in: *Teoria geral do Estado*. Fundação Calouste

Gulbenkian, 3. ed., Tradução por Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho.1997. p. 462).

<sup>7</sup> Quanto à nomenclatura adotada, mister se faz um esclarecimento. Alguns autores (entre outros, Gunther Teubner, in: *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 127 e ss.), ao verem a mudança da atuação estatal sobre a economia, “dão ênfase à migração dos aspectos de modelação e controlo para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente”, qualificando aqueles, próprios dos anos 50/80, como “regulamentação” e estes como “regulação”. Entendemos, no entanto, juntamente com Fernando Herren Aguiar (in: *Controle Social de Serviços Públicos*. [S.l.] : Max Limonad, 1999. p. 163/286), que os termos podem ser usados indistintamente, tendo em vista que, mesmo que nos dias de hoje o Estado busque preferencialmente soluções indutivas e consensuais, nada impede que, no exercício das mesmas competências, tenha que atuar de maneira vertical, coercitiva ou mesmo interventiva. Pela sua maior atualidade, daremos preferência ao termo “regulação” para designar ambas as formas de exercício da mesma atividade estatal, qual seja, a de adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade, competência essa que, substancialmente, não é alterada pelo uso de estratégias distintas em face do meio envolvente. De toda sorte, a regulação, em qualquer dos sentidos acima aludidos, possui três principais aspectos: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.

<sup>8</sup> Veja-se, entre os trabalhos de Giannini a respeito da matéria, *Diritto Amministrativo*. 3.ed. Milão: Giuffrè Editore, v.1, 1993. De grande valia também é o recente trabalho de Sandro Amoroso, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d’una categoria teorica: l’archetipo del settore creditizio*. in: *Le trasformazioni del diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995. p. 1-24 e a obra *Gli Enti Pubblici : L’Amministrazione per Settori organici*, que constitui o volume oitavo do *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigido por Giuseppe Santaniello, Padova: CEDAM, 1990.

<sup>9</sup> In *O direito como sistema autopoietico*. Tradução por José Engrácia Antunes. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 162, grifo nosso.

<sup>10</sup> Elisabetta Bani, por exemplo, considera que já ocorreu a passagem do Estado Social para o “Estado Regulador” (in: *Stato regolatore e autorità indipendenti*, constante da obra coletiva *Le trasfor-*

mazioni del diritto amministrativo. Milão : Giuffrè Editore, 1995. p. 20/23).

<sup>11</sup> Gunther Teubner, op. cit., vê o Direito, assim como a economia, a religião, a família, a ciência, etc., como subsistemas do sistema social, todos eles autônomos e fechados em si, comunicando-se por meio de signos e processos de integração comuns, decorrentes da afinidade existente em razão de integrarem o mesmo sistema – o sistema social. Tratando dessa concepção do Direito, na doutrina brasileira, Willis Santiago Guerra Filho, in: Auto-poiese do direito na sociedade pós-moderna. Porto Alegre : Ed. Livraria do Advogado, 1997.

<sup>12</sup> Giampaolo Rossi, op. cit., p. 229.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 230-242.

<sup>14</sup> Por exemplo, a média das alíquotas dos impostos incidentes sobre o comércio exterior que, nos anos cinqüenta, era de 40%, passou a 5% após a Rodada Uruguai do GATT de 1993 (cf. autor e op. cit., p. 230-231).

<sup>15</sup> Nas Constituições dos Estados sociais, manteve-se a iniciativa econômica privada, que, no entanto, foi condicionada, ao menos retoricamente, em favor das parcelas menos favorecidas da população. Mesmo, porém, a parte não propriamente excluída da população por vezes via-se (e vê-se) impotente diante do crescimento e concentração dos grupos econômicos. Bernard Schwartz coloca exatamente esta como sendo a mais importante razão que ensejou o surgimento das *agências* norte-americanas, mais especificamente a insatisfação dos fazendeiros do meio-oeste com as companhias ferroviárias, até então livres de qualquer regulação (in *American Administrative Law*. London : Sir Isaac Pitman & Sons Ltda., 1950. p. 1-7). Também Francesco Nititi advertia: “*No puede haber verdaderas democracias donde poderes incontrolados de grandeza desmesurada pretendan dominar – mucho menos com la riqueza de quienes los dirigen que disponiendo de la riqueza del público, en virtud de vastas organizaciones – no solo la producción, sino la prensa y los poderes políticos*” (In *La Democracia*. Tradução de Almela y Vives, Madrid : Ed. De M. Aguilar, 1932. p. 534 e 535).

<sup>16</sup> José Afonso da Silva, ao tratar do desenvolvimento histórico do Estado Social e Democrático de Direito, reafirma a atual exigência de “que se instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção” (in *RDA*, 215/16).

<sup>17</sup> In *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 45.

<sup>18</sup> In op. cit., p. 31-32.

<sup>19</sup> “*Of no less importance in understanding the limited effectiveness of the courts in this field is a realization of the part played by informal methods of adjudica-*

*tion in the administrative process. The great bulk of administrative decisions are made informally and by mutual consent. Most transactions between the citizen and the agency do not reach the stage of formal procedure*” (Bernard Schwartz, in op. cit., p. 15). Charles-Albert Morand, ao tratar das autoridades independentes francesas, também destaca este importante traço dos ordenamentos setoriais: “*Il faut leur faire une place à part, parce que ces autorités manifestant au plus haut point l’idée de gouvernance, celle d’un pilotage non autoritaire des conduites. (...) Même lorsqu’elles disposent d’un pouvoir de décision, elles préfèrent des moyens moins contraignants, mieux adaptés à leur mission. Cela se comprend dans la mesure où ces autorités ont été créées ‘en raison de l’inadéquation des modes classiques d’expression du pouvoir’*” (in *Le Droit Néo-Moderne des Politiques publiques*, LGDJ, 1999, p. 169).

<sup>20</sup> Bernard Schwartz, op. cit., p. 6-7.

<sup>21</sup> “O direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. e., econômico, político, científico, etc.), e é sensível às demandas que lhe são formuladas por este ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não-hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre da função do direito e não da arquitetura do sistema normativo. A *globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função*” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In *Direito global*. [S.l.] : Max Limonad, 1999. p. 80 – grifo nosso).

<sup>22</sup> In *Derecho y management en las administraciones públicas*: notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas. p. 3 (fonte: www.crad.org.ve).

<sup>23</sup> Nada há a criticar na utilização da sociologia e da economia na hermenêutica jurídica, muito pelo contrário, desde que, contudo, os argumentos jurídicos não sejam colocados em segundo plano.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 5.

<sup>25</sup> “*Nos encontramos con un incomprendible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y social) está acarreado la eliminación de las garantías públicas, de indudable transcendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, los lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial transcendencia en el caso de la contrata-*

*ción pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes ficticios sometidos al Derecho Privado* (FELIU, José Maria Gimeno, in “*El control de la contratación pública*.” [S.l.] : Ed. Civitas, 1995. p. 115-116).

<sup>26</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. In *Anuário Direito e Globalização* do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização da U.E.R.J., Renovar, v. 1, 1999. p. 207 e 214.

<sup>27</sup> Como já ressaltado, não se nega a grande utilidade que o emprego pela Administração Pública de instrumentos de direito privado e de mecanismos administrativos consensuais pode ter, desde que observados os princípios constitucionais a ela concernentes.

<sup>28</sup> CATALÁ, Joan Prats i . In op. e p. cit.

<sup>29</sup> In *Pubblico e privato nell’economia di fini secolo*. cit., p. 224 e 227.

<sup>30</sup> A respeito do momento histórico que vivemos, pronunciou-se Niklas Luhmann, certamente o mais importante e influente sociólogo do Direito na atualidade: “*L’affaire est que nous ne sommes pas dans une phase de ‘post-histoire’, mais au contraire dans une phase d’évolution turbulente sans issue prédictible*” (in op. cit., p. 26).

<sup>31</sup> In *Comentários à Constituição de 1967*. Forense, T. 1, 1987. p. 265. Não pretendemos aqui negar a mútua influência existente entre o Direito, notadamente a sua hermenêutica, e a ideologia, mas entendemos que deve ser buscado um equilíbrio para evitar que uma seja instrumentalizada em favor da outra. A respeito do tema, merece ser citado André-Jean Arnaud, Diretor de Pesquisa da Universidade de Paris e Coordenador do Programa Interdisciplinar Direito e Globalização da UERJ: “(...) toda forma de interpretação remete necessariamente a uma escolha ideológica inicial sobre as relações do jurídico com as ideologias, existe um certo número de tipos de interpretação correspondendo a um certo número de sistemas definidos” (in *O direito traído pela filosofia*. Tradução por Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 186). Deve ser corroborado no excerto transcrito o número limitado de interpretações possíveis. É apenas na opção entre estas que a ideologia pode exercer alguma influência. Na doutrina brasileira, ver *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, de Oscar Vilhena Vieira, Ed. RT, 1994, na qual são analisadas diversas decisões de elevado conteúdo político-ideológico desta Corte.

<sup>32</sup> Frederic Jameson, in *Os dualismos de hoje em dia*, constante da obra coletiva *Gilles Deleuze: uma vida filosófica*. Tradução por Eloisa Araújo Ribeiro e João Luiz Ribeiro, Ed. 34, 2000. p. 377.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 13-14.

<sup>34</sup> In *Los Nuevos entes regulatorios*, integrante da obra coletiva *El derecho público actual*. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1994. p. 45/6.

<sup>35</sup> Cabe aqui a mesma indagação feita na apresentação da obra “*Les autorités administratives indépendantes*”, coord. Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit, PUF, 1988 (contra-capá): “Devemos reuni-las e as reduzir às dimensões habituais e tranquilizadoras das instituições administrativas de um Estado clássico, ou podemos concebê-las – já que acarretam uma independência da Administração em relação ao poder político e introduzem outras formas de normatização – como uma revisão das categorias tradicionais de Direito e de Estado ?” A questão é por demais complexa para ser inteiramente destrinchada neste trabalho de cunho articular. Todavia, não deixaremos de abordar os aspectos que, por aparentemente contrariarem conceitos liberais clássicos, são capazes de gerar alguma perplexidade aos seus cultores mais tradicionais.

<sup>36</sup> “*Malgré l’apparente précision des textes, il ne faut croire que la fameuse théorie de Montesquieu sur la Séparation des pouvoirs soit parfaitement claire et facilement intelligible. La meilleure preuve qu’il n’en rien, c’est qu’elle a donné e donne encore matière à des discussions passionnés et à des interprétations innombrables.(...) Bien rares sont les études pleinement objectives et exemptes de toute préoccupation tendancieuse*” (VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. In: *La fin du principe de séparation des pouvoirs*. Sirey, 1934. p. 9).

<sup>37</sup> Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. In *Teoria geral do estado*. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, tradução por Karin Praefke-Aires Coutinho, Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, p. 416.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*

<sup>39</sup> In *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel, 1986. p. 55-6.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 412.

<sup>41</sup> STERN, Klaus. In: *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução por Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 236 (grifo nosso).

<sup>42</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. In: *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra : Atlântica Editora, 1969. p. 160 (grifo nosso).

<sup>43</sup> In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ed. RT, 27/15 (grifos nossos).

<sup>44</sup> In: *Regulamentação Efetiva dos serviços de Utilidade Pública*. Ed. Forense, 1941. p. 107.

<sup>45</sup> Em outras palavras, não serão as acumulações de poderes sempre constitucionais, mas certamente o serão se privilegiarem os valores do Estado de Direito.

<sup>46</sup> Conforme afirma Robert E. Cushman, a Suprema Corte Norte-Americana refutou os argumentos contrários à compatibilidade da concentração de poderes nas *commissions* com o princípio da separação de poderes ao exigir que aqueles poderes fossem exercidos com estrita observância do devido processo legal, formal e substancial (in *The independent regulatory commissions*. Oxford University

Press, 1941. p. 417-478, *passim*). A. Salandra chega a considerar que a efetiva descentralização administrativa, com a concessão de autonomia aos órgãos e entidades públicas parciais, é exigência de uma visão evolutiva do princípio da separação dos poderes, da liberdade individual e da democracia pluralista (*Corso di Diritto Amministrativo*. C. Manes, Roma, Atheneum, 1915, 2, p. 39. *passim*). Em outra obra, o mesmo autor afirma que, “obtida a liberdade na ordem da constituição, todas as aspirações, todos os esforços se voltaram para realizá-la na ordem da administração, o que não é possível senão encontrando um modo de decompor, de romper a centralização dos poderes administrativos no Chefe do Estado (...), confiando uma grande parte deles a outros órgãos independentes. Assim, a descentralização, isto é, a divisão dos poderes administrativos, tornou-se o ideal de toda uma geração de publicistas e de homens de Estado” (in *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*. Torino : Unione Tipografica Editrice, 1914. p. 20).

<sup>47</sup> In: *Tratado de derecho administrativo*, 3. ed. Tomo 1, Ed. Macchi, p. 15.

<sup>48</sup> Op. cit., p. 296.

<sup>49</sup> “Nos estados Unidos, o Direito Administrativo se desenvolveu de acordo com previsões específicas de uma Constituição que consagrou o princípio da divisão de poderes tal qual formulado originariamente por Montesquieu, e que não concebe uma Administração Pública que exerça potestades administrativas, tal como lhes são reconhecidas pelo Direito Continental Europeu” (CARBONELL, Eloísa. In *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 19).

<sup>50</sup> VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. In *A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao Executivo unitário: a crise regulatória*. Coimbra Editora, 1994. p. 33.

<sup>51</sup> Apud autor e op. cit., p. 92.

<sup>52</sup> In *Il diritto pubblico italiano*. Milano : Giuffrè, 1988. p. 114.

<sup>53</sup> In: *Doctrine générale del'état*. Bruxelas e Paris : Bruylant e Sirey, 1939. p. 284-5 (grifo nosso).

<sup>54</sup> O ideal liberal clássico pretendeu concretizar-se principalmente através da codificação das normas jurídicas, o que levaria à sistematização racional de todas elas em apenas um diploma legislativo. Tratando do malogro da codificação, Henri De Page, com a elegância de estilo e erudição que lhe é peculiar, vivenciou da seguinte forma o centenário do Código Civil Francês: “*La foi dans la codification est ébranlée. On hoche la tête quand on parle de son efficacité. On la critique avec amertume. A cent ans de date, on se souvient du code civil, mais plutôt pour lui prédire ‘un enterrement honorable’; et la célébration du centenaire ressemble plus à une oraison funèbre qu’à*

*une solennité glorificatrice*” (in: *De L’Interprétation-des Lois. Tome Premier*, Bruxelas : Payot & Cie., 1925. p. 19 e 20). Sobre o tema, também não pode deixar de ser citada a obra de Pietro Perlingeri, *Perfis de Direito Civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. Ed. Renovar, 1999. Tradução por Maria Cristina De Cicco.

<sup>55</sup> Para aprofundamento deste ponto da concepção liberal do direito, de grande atualidade é a acima citada obra de Charles-Albert Morand, p. 29-32.

<sup>56</sup> No direito brasileiro, o fenômeno foi sentido por meio, por exemplo, dos estatutos da mulher casada, da lei do divórcio, de proteção aos menores, do código das águas, das leis contra a usura, etc. Sob esse ponto de vista, específico do Direito Civil brasileiro, a evolução dogmática nacional pode ser atribuída em grande parte a Gustavo Tepedino, cujos trabalhos foram compilados no *Temas de Direito Civil*, Ed. Renovar, 1999.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 30, 31 e 35.

<sup>58</sup> O que importa frisar é que a autonomia ou independência das agências reguladoras não implica ausência de controles (não hierárquicos), vez que não podem ficar excluídas do planejamento e coordenação do conjunto das ações estatais. Note-se que, mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, país no qual as agências reguladoras alcançaram o seu maior grau de autonomia, o Presidente da República editou a Ordem Executiva nº 12.886/93 – *Regulatory Planning and Review*. Esse ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de regulamentarem determinada matéria, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working Group* – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental. Para maiores detalhes, remetemos o leitor à obra de Eloísa Carbonell e José Luis Muga, *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. Ed. Madrid : Marcial Pons, 1996. p. 43-47.

<sup>59</sup> GENY, François. In: *Science et technique en droit privé positif*. T. 3, apud Henri De Page, op. cit., p. 25, na qual também há uma ampla fundamentação à assertiva acima realizada.

<sup>60</sup> In: *Aux Sources du Droit*. Paris : Librairie Bloud & Gay, 1993. p. 184-185.

<sup>61</sup> Quanto à preponderância das razões de ordem prática no surgimento da discricionariedade, ver LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*. 15. ed. T. 1, LGDJ, 1999. p. 693.

<sup>62</sup> In Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP*, 78. M. S. Giannini, op. cit., p. 88, afirma: “*Questa concezione rigida del principio di legalità corrisponde alla concezione del potere amministrativo come potere esecutivo, e quindi*

dell'amministrazione come esecuzione. Siccome in tal modo le amministrazioni pubbliche non avrebbero potuto funzionare, si trovarono due valvole, nella discrezionalità amministrativa, e in taluni atti amministrativi da adottare solo in circostanze straordinarie, che erano le "ordinanze di necessità".

<sup>63</sup> In: *Les forces creatrices du droit*", Paris : L.G.D.J., 1955. p. 377.

<sup>64</sup> In: Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. Separata do v. 63 do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. p. 09 e 22-3.

<sup>65</sup> BILANCIA, Paola. Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti, constante da obra coletiva *Le Autorità Indipendenti*: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano. Milano : Giuffrè, 1999. p. 146 (grifo nosso).

<sup>66</sup> A pedra de cal no ideal legalista do iluminismo de que a lei (do parlamento) seria, por definição, justa foi a série de iniquidades cometidas na história (nazismo, fascismo, etc.) por meio da lei. Nas palavras de Louis Favoreu, é "necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os atos do poder executivo; a lei não está mais no centro do sistema normativo" (in A evolução e a mutação do direito constitucional francês, constante da obra coletiva *Direito Constitucional*: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. [S.l.] : Ed. Dialética, 1999. p. 215).

<sup>67</sup> Redor Marie-Joëlle, na obra, eloquente pelo seu próprio título, *De l'État légal à l'État de droit*. [S.l.] : Ed. Economica, 1992. p. 389.

<sup>68</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios do direito político moderno. Tradução por Irene A. Paternot. [S.l.] : Ed. Martins Fontes, 1999. p. 322.

<sup>69</sup> In: A administração pública na era do direito global, constante da obra coletiva *Direito Global*. [S.l.] : Max Limonad, 1999. p. 167.

<sup>70</sup> Sobre a descrita confusão doutrinária, ver CALASSARE, Lorenza. *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*. [S.l.] : CEDAM, 1966. p. 175 e ss. Focando a abordagem no Direito Brasileiro, com ampla e atualizada narrativa das diversas correntes existentes, podemos citar NUNES, Simone Lahourgue. Os fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro. [S.l.] : Ed. Renovar, 2000. p. 83-142.

<sup>71</sup> Apesar de não terem adotado a metodologia ora proposta, e, por vezes, sequer tratado propriamente do poder regulamentar, foram-nos de grande valia as considerações de Gérard Timsit acerca dos diversos âmbitos de liberdade da atuação judicial (in: *Gouverner ou Juger*: Blasons de la Legalité. [S.l.] : Ed. PUF, 1995. p. 61) e a análise feita por Federico Cammeo das diversas correntes doutrinárias existentes sobre os limites do poder regulamentar da Administração Pública (in: *Corso di diritto*

*amministrativo*. [S.l.] : CEDAM, 1960. p. 109-112).

<sup>72</sup> Os principais fundamentos do poder regulamentar, a respeito dos quais mais divergem a doutrina, são exatamente o do poder discricionário e o da atribuição constitucional ou legal de competência própria da Administração Pública (cf. GASPARINI, Diógenes. Poder regulamentar. Tese de mestrado mimeografada, apresentada à PUC de São Paulo. p. 14-23).

<sup>73</sup> In: *Trattato di diritto amministrativo*. Op.cit., p. 87.

<sup>74</sup> In: *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano : Giuffrè, 1999. p. 15.

<sup>75</sup> BOURCIER, Danièle. *La décision artificielle*. [S.l.] : PUF, 1995. p. 61. Maurice Hauriou destaca a grande importância dessa técnica legislativa no Direito Administrativo, vez que "o standard, flexível e mutável, representa no direito o elemento de mobilidade" (in op. cit., p. 150-1, grifo nosso).

<sup>76</sup> A respeito da pobreza da interpretação meramente literal, vale a pena citar a espirituosa passagem de voto proferido pelo Min. Luiz Galloti: "De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso" (apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Ed. Saraiva, 1996. p. 120).

<sup>77</sup> BIN, Roberto. *Atti normativi e norme programatiche*. [S.l.] : Giuffrè Editore, 1988.

<sup>78</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. [S.l.] : Ed. Malheiros, 2. ed. 1998. p. 188. Somos levados a essa conclusão até mesmo em razão da utilização pela nossa Lei maior (art. 5º, II) da locução "em virtude de lei", sendo ilógico considerar que ela própria teria se excluído.

<sup>79</sup> Apud BLEDEL, Rodolfo. *Introducción al estudio del derecho publico anglosajón*, Buenos Aires : Editorial Depalma, 1947. p. 57.

<sup>80</sup> In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ed. RT, 26/291-4. Temos, no entanto, algumas reservas a esta decisão, tendo em vista que as razões da vedação da importação de pneus usados são de índole primordialmente ambiental, ao passo que a competência prevista no art. 237 foi, claramente, conferida para finalidades fazendárias.

<sup>81</sup> Excerto dos debates realizados na reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR), realizada em 30 de março de 2000, na sede da FIESP/CIESP, sob o tema "Reforma do Estado: o papel da agências reguladoras e fiscalizadoras", constante do Caderno de Debates nº 18 do Instituto Roberto Simonsen-IRS, p. 36.



<sup>82</sup> Apud SCHWARTZ, Bernard. Op. cit., p. 26.

<sup>83</sup> Trata-se da antiga divergência a respeito da natureza das atividades concretizadoras do Direito: se essas caracterizar-se-iam como subsunção ou como volição jurídica. Para uma ampla exposição a respeito das correntes existentes, BIN, Roberto. Op. cit., p. 199-261.

<sup>84</sup> “Mesmo os regulamentos independentes não têm fundamento distinto daquele dos outros regulamentos, (...) vez que servem, como os outros regulamentos, à execução de uma lei: particularmente daquelas leis que atribuem à Administração um determinado poder, mesmo que sem discipliná-lo sequer em suas linhas gerais. Nos regulamentos de execução, a maior parte das normas concernentes a uma determinada matéria já se encontra disciplinada na lei, de maneira que o regulamento não tem outra finalidade além de acrescentar novas disposições, e a matéria permanece regulada principalmente pela lei e subsidiariamente pelo regulamento; nos regulamentos independentes, ao revés, a parte principal da disciplina da matéria é assumida pelo regulamento dada a exigüidade da norma legislativa” (SALTELLI, Carlo. *Potere esecutivo e nome giuridiche*, Roma : Mantellate, 1926. p. 103/4).

<sup>85</sup> Com grande eloqüência, Joan Prats i Catalá denota que “a metáfora do direito como regras do jogo é válida, mas sob a condição de aceitar que as normas fazem parte do próprio jogo, já que os atores, ainda que orientados e limitados pelas normas, mantêm espaços de liberdade de ação de cuja interação pode resultar a evolução e mudança das próprias normas. Se o Direito pode ser analisado como marco institucional e como instrumento, como construção e como recurso, é precisamente porque a sua utilização está sempre sujeita a uma apreciação subjetiva”. Op. cit., p. 11.

<sup>86</sup> In: *Mutações do direito administrativo*. [S.l.] : Ed. Renovar, 2000. p. 166.

<sup>87</sup> Na nomenclatura adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia (in: *Direito constitucional*. [S.l.] : Ed. RT, 1984. Tradução por Maria Helena Diniz. p. 105), estaríamos frente a um “reenvio formal” ou “não receptício”, que ocorre “quando o Estado se limita a reconhecer o regulamento que a aludida matéria recebe em outra ordenação, de forma que as normas desta última vêm a adquirir eficácia no seu âmbito, mesmo que lhe sejam alheias (em síntese: “o Estado interessa-se pela matéria, mas não pelo modo com que é regulada”, isto é, faz referência não tanto à norma, quanto à fonte produtora dessa mesma norma)”.

<sup>88</sup> In: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid : Civitas, 3. ed., 1998. p. 220/1.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 223/4.

<sup>91</sup> In: *Relatório*. Cit., p. 54.

<sup>92</sup> Apesar de não se integrar expressamente nesta corrente, Giuseppe de Vergottini (in: *A delegificação e a sua incidência no sistema de fontes do direito*. Tradução por Fernando Aurélio Zilveti, constante da citada obra coletiva *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*) expõe de forma minuciosa a posição da doutrina italiana coincidente com a exposta, e, ao final do seu texto, conclui: “a importância de tal deslocamento, se por um lado é indício da revigoração do poder do Executivo, por outro lado impõe que mudanças assim radicais da forma de governo não possam ser confiadas à intervenção contingente do legislador, mas se traduzem numa revisão das normas constitucionais relativas à distribuição dos poderes normativos entre Parlamento e Governo” (p. 176).

<sup>93</sup> In: *Lezione di diritto costituzionale*, II, 1, [S.l.] : CEDAM, 1993. p. 154-5.

<sup>94</sup> Op. cit., p. 221.

<sup>95</sup> Como exemplo de novos institutos jurídicos que, inicialmente, geram perplexidades, mas que, posteriormente, passam a ser aceitos sem maiores discussões, podemos citar o caso da federação, que, no momento em que surgiu, era considerada pela maioria da doutrina como um verdadeiro atentado à soberania, mas que, hoje, é matéria tranqüila. À época, menosprezando em certa medida as elaborações teóricas construídas para dar explicação a necessidades fáticas e políticas que, de qualquer forma, se impõem, João Barbalho afirmou que “os ciosos da inalienabilidade e indivisibilidade da soberania acharão esse plano atentatório aos princípios... Mas isto não o torna máo; nem as constituições se fazem por amor à sciencia e unicamente em vista de especulações philosophicas; fazem-se em proveito e benefício dos povos. E a melhor para cada povo não será a que se basear em meros systemas theoreticos (...) E si d’este feito não se tiver por conciliada a theoria com o facto, a theoria com a realidade, força é então convir que vale o sacrificio de principios politicos abstratos (...). Na vida real dos Estados se apresentam muitas vezes phenomenos que desafiam os systemas estabelecidos pela sciencia” (in: Edição fac-similar dos *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Brasília : Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, 1992. p. 10).

<sup>96</sup> Merece transcrição o seguinte excerto de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no qual o autor, com maestria, distingue as leis que devem permanecer no âmbito do Legislativo e as que, pela natureza, devem ser por este confiadas a sedes normativas não parlamentares: “*Não sendo necessária a vinculação entre democracia e legislação parlamentar, é possível e mesmo urgente que novos rumos sejam experimentados no campo da elaboração legislativa. Tais ex-*

perências não poderão, de per si, ainda que amesquinhem a participação das câmaras nesta tarefa, ser recusadas por antidemocráticas, desde que atendam os valores fundamentais da liberdade e igualdade. Por outro lado, é preciso ter presente que nenhum regime político deve olvidar a eficiência como um dos critérios, e não dos menores, por que sua ação há de se pautar. (...) As leis instrumentais se inscrevem como meios para a realização de objetivos determinados, aprovados pelo próprio povo. Nesse contexto, se quem quer o fim, quer os meios, é mister que, permitindo-se ao povo o estabelecimento das metas, deixe-se ao governo a escolha do instrumental necessário para a sua efetivação” (in: *Do processo legislativo*. 3. ed., [S.l.] : Ed. Saraiva, 1995. p. 268-9, grifo nosso).

<sup>97</sup> In: Declínio del Parlamento-Legislature, constante da obra coletiva *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano : Giuffrè, 1999. p. 187.

<sup>98</sup> Op. cit., p. 149-150.

<sup>99</sup> Excerto dos debates realizados na reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR), realizada em 30 de março de 2000, na sede da FIESP/CIESP, sob o tema “Reforma do Estado: O papel da agências reguladoras e fiscalizadoras”, constante do Caderno de Debates nº 18 do Instituto Roberto Simonsen-IRS, p. 39.

<sup>100</sup> MELO FILHO, Álvaro. *Desporto na nova constituição*. [S.l.] : Ed. Sergio Fabris, 1990. *passim*.

<sup>101</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 170-1.

<sup>102</sup> RANIERI, Nina. *Autonomia universitária*. [S.l.] : EDUSP, 1994. *passim*.

<sup>103</sup> Tratando do Direito português, mas em lição analogamente aplicável ao nosso Direito Público, Jorge Reis Novais assim expõe a proteção jurídica das autonomias constitucionalmente asseguradas: “Trata-se, em todos estes casos, nomeadamente no que respeita às autarquias locais, universidades e associações públicas, de autonomia, em grande medida, sob reserva de lei, pelo que a Assembleia da República tem aí uma ampla margem de decisão legislativa. Porém, na medida em que aquela autonomia tem igualmente um apoio constitucional, a margem de decisão da Assembleia da República não é ilimitada. (...) *O legislador não pode, também aqui, afectar o núcleo essencial desta autonomia, sob pena de violação das garantias institucionais*

*que estes valores constituem”, o que revela o “significado da autonomia e da descentralização como limites ao poder da maioria democrática”* (in: *Separação de poderes e limites da competência legislativa da assembleia da república*. Lisboa : LEX, 1997. p. 71-2, grifo nosso).

<sup>104</sup> In: Poder regulamentar das autarquias, constante da obra *Problemas de direito positivo*. [S.l.] : Forense, 1953. p. 203-5.

<sup>105</sup> Op. cit., p. 159.

<sup>106</sup> Art. 87, caput e Parágrafo Quinto: “O Presidente da República é o Chefe do Estado e representa a unidade nacional, e promulgará as leis e ditará os decretos com força de lei e os regulamentos”. Tal como o art. 84, IV, da nossa Constituição, este é o único dispositivo da Constituição italiana a respeito da competência para expedir regulamentos. Ambos os dispositivos devem ser entendidos como fixadores da competência do Chefe do Poder Executivo para editar regulamentos, e, de fato, tal competência sempre existirá se a lei não dispuser em contrário. Noutras palavras, tal competência é, em princípio, do Chefe do Poder Executivo, mas não é exclusiva, podendo o Legislador conferi-la a outras autoridades públicas ou a entes descentralizados.

<sup>107</sup> “O caráter intrínseco da autonomia reside no fato objetivo de formação de um dado ordenamento que se mostra simultaneamente independente e dependente do ordenamento que lhe deu causa, e que nesta condição é por ele reconhecido. (...) Por essas razões as normas que edita são lícitas e imperativas em sua órbita de incidência” (RANIERI, Nina, apud *RDA*, 215/140).

<sup>108</sup> Essa reserva normativa estabelecida em favor de órgão ou entidade, e a necessária observância por parte do Chefe do Poder Executivo, constituem, nas palavras de Sandulli, “uma “força” que é diversa daquela que se traduz nos outros atos imperativos emitidos por sujeitos e outros órgãos do mesmo complexo Governo – Administração Pública. (...) Sobre a posição de superioridade dos atos normativos praticados por autoridades administrativas em relação aos atos administrativos emitidos no setor regulamentado pelos primeiros, (...) foi reconhecida a prevalência de um ato normativo ministerial sobre um decreto real praticado no setor regulado por aquele. (in: *L’Attività normativa della pubblica amministrazione*. Napoli : Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970. p. 34-5).

**RESENHA LEGISLATIVA**  
Artigos de contribuição do corpo de  
consultores do Senado Federal

# A regulamentação da publicidade de produtos de tabaco pelo Legislativo Federal

Luiz Carlos Romero

## Sumário

1. Tabaquismo como problema de saúde pública. 2. A prioridade da proibição da publicidade como estratégia para o controle do tabaquismo. 3. A publicidade de tabaco na lei brasileira. 4. Liberdade para matar: a discussão sobre a constitucionalidade e a limitação da liberdade de expressão em decorrência da proibição da publicidade de produtos de tabaco.

### *1. Tabaquismo como problema de saúde pública*

Segundo a Coordenação de Saúde Mental do Ministério da Saúde, em documento de 1998, somos uma sociedade afetada de forma dramática pelo uso indevido de drogas<sup>1</sup>. Entre todas, uma se destaca pela extensão do consumo e o decorrente impacto sanitário e econômico: o tabaco.

O tabaquismo é a toxicomania de mais alta prevalência em nosso País, onde são consumidos, por ano, cerca de 97 bilhões de cigarros e um de cada três adultos fuma. Pelo menos metade desses usuários de tabaco desenvolverão uma doença tabaco-associada e boa parte virá a morrer por essa causa<sup>2</sup>.

É estimado que o tabaquismo é responsável por 30% dos óbitos por câncer, 25% das mortes por doença coronariana e 25% das mortes por doença cerebrovascular<sup>2</sup>. A frequência do risco cardiovascular atribuível ao uso do cigarro é maior do que a de cada um dos fatores de risco conhecidos<sup>3</sup>. O Ministério da Saúde estima que morrem, por

ano, oitenta mil brasileiros em decorrência do uso crônico de tabaco.

Em vista disso, a Coordenação de Saúde Mental do Ministério da Saúde<sup>1</sup> estimou que o tabaquismo custa ao Brasil cerca de 2,2% do seu Produto Interno Bruto, o que corresponde a, mais ou menos, vinte bilhões de reais ao ano.

Em 1997, o Sistema Único de Saúde gastou, segundo dados do Instituto Nacional de Câncer do Ministério da Saúde, 925 milhões de reais apenas com o tratamento dos três principais grupos de doenças tabaco-associadas (doenças pulmonares obstrutivas crônicas, câncer, e angina e infarto agudo do miocárdio)<sup>1</sup>.

Um estudo realizado pelo DataFolha – instituto de pesquisa associado ao Jornal Folha de São Paulo –, em fevereiro de 1999, estimou gastos públicos anuais da ordem de 743,3 milhões de reais com saúde e de 2,7 bilhões de reais com previdência social, em decorrência do tabaquismo, em nosso País<sup>4</sup>. Em contrapartida, o governo brasileiro arrecada em impostos sobre o tabaco, por ano, pouco mais de dois bilhões e pelo menos outro bilhão em divisas, uma vez que somos o maior exportador de tabaco do mundo.

Nenhum desses estudos inclui estimativas do que se perde em produtividade e o que custam ao País as mortes prematuras – que o Instituto Nacional de Câncer, em estudo de 1992, calculou serem da ordem de 7% do total de anos de vida perdidos com causas de óbito definidas, correspondendo a 302.635 anos de vida perdidos.

O tabaquismo permanece, assim, como a principal causa evitável de morte prematura e de aposentadorias precoces em todo o mundo e em nosso País<sup>5</sup>.

## *2. A prioridade da proibição da publicidade como estratégia para o controle do tabaquismo*

O tabaco é uma droga lícita em nosso meio, razão pela qual a principal estratégia efetiva para o controle do seu uso e da adi-

ção é a que objetiva a redução da demanda, uma vez que são limitadas as possibilidades de atuar tanto em redução de oferta quanto em redução de danos – as duas outras estratégias tradicionais de atuação contra o flagelo das drogas.

Como o tabaco pode ser livremente cultivado, industrializado e comercializado, a tentativa de redução de oferta por meio da promoção de culturas de substituição tem sistematicamente falhado como política pública, uma vez que a produção agrícola de tabaco é grandemente subsidiada pela indústria, não se encontrando, até agora, outro produto que permita a rentabilidade que este proporciona. Por outro lado, na medida em que o tabaco é um importante item na pauta de exportação de vários países – o nosso, entre todos, uma vez que somos grandes exportadores –, a adoção de estratégias de redução de oferta tem sido tímida, mesmo naqueles países que buscam controlar o consumo interno. O controle do tráfico – nesse caso tecnicamente denominado contrabando – é feito como forma de reduzir a sangria que essa prática causa na arrecadação de impostos e não com o objetivo de redução de consumo. Por fim, na medida em que governos são tão dependentes do tabaco – em razão dos vultosos impostos que arrecadam com base nesse produto – como seus concidadãos o são da nicotina, as propostas de aumento de preço dos cigarros – principal mecanismo de redução de demanda já tentado – não são, em geral, bem aceitas pelas equipes econômicas, com medo de que contribuam para a redução dos impostos arrecadados e o descontrole da inflação.

As atividades de redução de danos, por seu lado, são limitadas à regulamentação de teores máximos permitidos de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono dos cigarros industrializados e à prescrição de gomas de mascar e adesivos de liberação transdérmica de nicotina para pessoas com dificuldades em parar de fumar e passageiros de vôos de longa duração.

Nesse contexto, a proibição da publicidade demonstrou ser uma das táticas de maior eficácia para reduzir o consumo. Implantada, primeiramente, nos países nórdicos (Noruega, 1975; Finlândia, 1978), existe, atualmente, em 27 países, com resultados satisfatórios, produzindo, em todos, redução significativa do consumo, entre 14% (França, em seis anos) e 37% (Finlândia, em dez anos)<sup>6</sup>.

Um dos primeiros estudos a comprovar a efetividade da proibição da publicidade para a redução do consumo foi conduzido no início da década pelo Departamento de Saúde do Governo Britânico e avaliou o impacto da proibição em quatro países: Noruega, Finlândia, Canadá e Nova Zelândia. Sua conclusão foi que, nesses países, a queda no consumo que se seguiu à proibição não pode ser explicada por outras causas que não a ausência de publicidade<sup>7</sup>.

A partir de então, a maioria esmagadora dos estudos independentes e as revisões da literatura sobre esse assunto têm demonstrado que a publicidade de tabaco não apenas leva ao aumento do consumo como influencia fortemente o público jovem – fonte de reposição de consumidores, doentes ou mortos pelo cigarro<sup>8</sup>.

As multinacionais tabaqueiras, no entanto, nunca tiveram dúvidas quanto à efetividade da promoção de seus produtos, tendo despendido bilhões de dólares todos os anos em publicidade, desde o pós-guerra, e, na última década, sistematicamente ampliado seus investimentos nessa área e encontrado formas alternativas de promover seus produtos a cada restrição que lhes é imposta.

Atualmente, mais de uma centena de países adotam restrições legais à publicidade de produtos de tabaco, 27 dos quais a proíbem totalmente, seja sob a forma de publicidade direta, seja sob a forma de promoção de eventos ou outras formas de promoção, mas os principais alvos da proibição continuam sendo os meios de comunicação de massa (rádio, televisão, cinema, jornais, revistas e cartazes)<sup>9</sup>.

Para ser efetiva, a proibição da propaganda e da promoção tem de ser abrangente. A experiência internacional mostrou que a proibição parcial e auto-regulamentação dão pouco ou nenhum efeito sobre a redução do consumo e que a proibição apenas da publicidade direta ou apenas de sua veiculação nos meios de comunicação de massa fez com que alternativas logo fossem encontradas e utilizadas, anulando os resultados obtidos, de tal forma que a maior parte dos recursos empregados para a promoção de cigarros têm sido dirigidos, cada vez mais, para outras formas e meios de promoção, em especial a distribuição de brindes e a promoção de eventos.

A publicidade do tabaco foi a área em que pela primeira vez se testaram – com êxito – os novos princípios e métodos da teoria behaviorista de Psicologia, no pós-guerra, do que resultou o que hoje se denomina *marketing* ou publicidade de atitude. Segundo essa estratégia, a publicidade deixa de alardear as qualidades do produto ou os benefícios de seu consumo para passar a associar o seu uso e sua marca com estilos de vida, comportamentos e valores subjetivos, culturalmente apreciados. Assim, a publicidade do tabaco buscou, por muitos anos, associar seu produto com sucesso pessoal, profissional, esportivo e sexual, com *glamour* e com inteligência.

Com a demonstração dos malefícios do tabaquismo e da poluição tabáquica ambiental pela pesquisa científica e, mais tarde, com o crescimento das restrições e da proibição à publicidade direta em vários países, a atividade promocional dos fabricantes de tabaco voltou-se, cada vez mais, para o reforço da estratégia de publicidade de atitudes, em especial para a promoção de eventos culturais e desportivos, como forma de mudar sua imagem de matadora de gente para a de promotora de valores culturais e, em decorrência, agregar à sua imagem os valores positivos da obra de arte, do esporte e da música patrocinados.

Valendo-se do potencial de formadores de opinião de artistas e atletas, as empresas

fabricantes de cigarros – e seus aliados, as agências de publicidade e os meios de comunicação social – buscam fomentar a idéia de que os cigarros são bens aceitáveis e até desejáveis para um estilo de vida ligado ao esporte e às artes. Em nosso meio, atualmente, as multinacionais tabaqueiras que aqui operam dirigem para essa estratégia cerca de 20% do total de suas verbas de propaganda.

É, assim, absolutamente insuficiente – para se obter um impacto significativo na redução do consumo e, em decorrência, no número de doentes, mortos e aposentados precocemente – restringir a proibição à publicidade direta e permitir o patrocínio de eventos e outras formas de publicidade indireta.

A distribuição de amostras e brindes foi outra alternativa encontrada pela agroindústria do tabaco para substituir as mensagens publicitárias proibidas de serem veiculadas pelos meios de comunicação de massas, e demonstra como mesmo as pequenas brechas permitidas pela legislação são rápida e habilmente utilizadas. Nos Estados Unidos, entre 1990 e 1994, quando a publicidade foi proibida em rádio, televisão, cinema, jornais e revistas, a indústria tabaqueira não apenas aumentou em mais de 20% seus gastos totais com publicidade, como passou a dirigir de 7,7% (em 1990) a 25,8% (em 1994) desse montante para a promoção de seus produtos, especialmente entre crianças e adolescentes. A distribuição de brindes e outros itens promocionais de cigarros tais como camisetas, bonés, jaquetas, isqueiros, bonecos, artigos de *camping* e esporte e similares foi avaliada como efetiva para promover o uso de tabaco entre escolares americanos: um estudo<sup>10</sup> evidenciou que os estudantes que possuíam tais artigos corriam um risco 4,1 vezes maior de se tornarem tabaquistas.

Da mesma forma, quando, nos Estados Unidos, foi proibida a publicidade fixa, em 1999, praticamente restringindo a publicidade aos pontos de venda, as indústrias

passaram a gastar mais de três bilhões de dólares em publicidade e promoção nesses pontos, disso resultando um significativo aumento de promoções, de materiais publicitários e de ampliação da publicidade interna e externa a esses locais, como forma de contrapor-se – de forma eficaz – à limitação do acesso a seus futuros consumidores, as crianças e os adolescentes<sup>11, 12</sup>.

Por fim, temos de lembrar que o comércio eletrônico e a publicidade feita através da rede mundial de computadores já é uma realidade – ou pelo menos uma possibilidade – para cerca de nove milhões de brasileiros. A lei deve antecipar-se e proibir, também, a publicidade de tabaco pela Internet, que pode vir a ser, a curto prazo, uma alternativa eficaz de promoção e venda desses produtos.

O impacto esperado, em nosso País, não é insignificante: segundo informou a representante do Ministério da Saúde, na audiência pública realizada pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em 10/10/2000, para orientar a apreciação do Projeto de Lei da Câmara nº 47, de 2000 (de restrição à publicidade do tabaco), se alcançarmos a redução de consumo que obtiveram os países europeus, deixarão de ocorrer, por ano, cerca de 85.000 casos novos de câncer no Brasil.

### *3. A publicidade de tabaco na lei brasileira*

Até 1988, apesar das várias tentativas do Ministério da Saúde e das muitas iniciativas parlamentares para restringi-la, a publicidade de produtos de tabaco se fazia livremente em nosso país.

Na elaboração da Constituição Federal de 1988, o tema foi objeto de acalorados debates na Assembléia Constituinte e na imprensa que lhe dava cobertura, deles resultando o dispositivo do capítulo da Comunicação Social (§ 4º do art. 220) que determina que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamen-

tos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do que dispuser lei federal, cujo objetivo é o de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, e que contrariem os princípios a que devem atender os programas, as programações e a publicidade<sup>13</sup>.

Apesar do interesse que esse dispositivo constitucional suscitou, sua regulamentação só veio a acontecer oito anos depois, na forma da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, “que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal”.

Em relação ao tabaco, a Lei regulamentou apenas a publicidade por meio de rádio e televisão, definiu princípios aos quais deveria ajustar-se a “propaganda comercial” e limitou sua veiculação a horários noturnos (entre 22 e 6 horas), exigindo que as peças publicitárias contenham advertências sobre os malefícios do uso. As outras formas de publicidade e promoção e o emprego de outros meios de comunicação foram totalmente liberados e não regulamentados, sendo exigida, apenas, a presença de advertências em pôsteres, painéis, cartazes, jornais e revistas.

Daquela data para esta, um grande número de projetos de lei foi apresentado às duas Casas do Congresso Nacional, tratando de alterar a Lei 9.294/96, na sua grande maioria, para aumentar as restrições à publicidade ou mesmo bani-la totalmente. Nenhuma dessas iniciativas, no entanto, prosperou, como, por sinal, não têm historicamente prosperado os demais projetos de lei que tratam de tabaco, que, nas últimas legislaturas, constituíram um bom número de iniciativas, mas tiveram um padrão de tramitação caracterizado por muitas intercor-

rências procrastinatórias (entrada e saída de pauta, requerimentos para apreciação por outras comissões técnicas além daquelas para as quais tinham sido originalmente distribuídos, apensamentos etc.), cujo resultado foi, na maioria dos casos, sua não-apreciação de forma definitiva e o arquivamento por razões regimentais no final da legislatura<sup>14, 15</sup>.

A Lei nº 9.294, de 1996, foi objeto, ainda, de uma medida provisória<sup>16</sup> que alterou o § 2º do art. 2º (para proibir fumar em aeronaves e veículos de transportes coletivos, independente do tempo de viagem, excluindo a exigência de “parte especial reservada aos fumantes”) e o § 2º do art. 3º (transferindo para o Ministério da Saúde a definição do conteúdo das advertências exigidas em pacotes e peças publicitárias).

Em junho de 2000, inicia sua tramitação na Câmara dos Deputados um projeto de iniciativa do Poder Executivo, visando a alterar a Lei nº 9.294, de 1996, para ampliar as restrições à publicidade de produtos de tabaco<sup>17</sup>. Ele encontra, tramitando nas duas Casas do Congresso, mais de quarenta proposições com o mesmo objetivo, no entanto, em razão da urgência constitucional de sua tramitação, todos eles são deixados para trás, e o Projeto de Lei nº 3.156, de 2000, tem uma tramitação célere.

O texto aprovado na Câmara e no Senado – ainda que permitindo algumas formas e meios de propaganda – é um grande avanço em relação à tímida e equivocada legislação vigente. Ele ampliou as restrições previstas no projeto enviado pelo Executivo, de tal forma que a publicidade de produtos de tabaco fica proibida no rádio, na televisão, em jornais, revistas e *outdoors* e por meio da Internet, mas permite que ela seja feita nos pontos de venda, sob a forma de cartazes, pôsteres e painéis, e por meio de serviços postais. Outro grande avanço é a proibição do *merchadising* ou propaganda indireta contratada. Por fim, o projeto concedeu uma moratória de dois anos à promoção de eventos culturais e esportivos, rendendo-se ao



lobby dos promotores das corridas de Fórmula Um.

#### 4. *Liberdade para matar: a discussão sobre a constitucionalidade e a limitação da liberdade de expressão em decorrência da proibição da publicidade de produtos de tabaco*

A gravidade da informação médico-sanitária, o impacto econômico e a ética foram deixados de lado na discussão da matéria no Legislativo Federal: toda a discussão centrou-se na alegada inconstitucionalidade da proibição e na questão semântica. Pouco importando que o tabaco mate, a cada ano, oitenta mil brasileiros e que outros oitenta e cinco mil poderiam deixar de ter câncer se a publicidade do cigarro fosse banida, os parlamentares e a imprensa dedicaram-se, monocórdia, a discutir se proibir era ou não o mesmo que restringir e sobre o quanto se poderia proibir para que o projeto não fosse considerado inconstitucional.

Capitaneada pelas associações de defesa das empresas de comunicação social – grandes perdedores com a proibição –, a reação ao projeto conseguiu mudar o foco da discussão para a questão semântica e para alegações de que tal proibição consistiria em limitação da liberdade de expressão e de comércio.

Mais uma vez, a atuação dos representantes da agroindústria do tabaco e de seus aliados, os meios de comunicação, foi eficiente, conseguindo impedir uma proibição abrangente e completa da publicidade e adiar algumas restrições.

O banimento total da publicidade de produtos de tabaco, incluindo a proibição de promoção de eventos, é uma medida de saúde pública, cuja adoção é inadiável do ponto de vista sanitário e ético. Sua postergação e a limitação da abrangência da proibição são irracionais, tecnicamente equivocadas e antiéticas, em vista das abundantes evidências científicas dos malefícios do fumo e do impacto da proibição na redução do consumo.

Defender como liberdade de expressão a liberdade para promover o consumo de uma droga com tal poder de causar dependência e que é responsável pela morte de oitenta mil brasileiros todos os anos e pelo adoecimento de outros tantos é, no mínimo, utilizar um argumento falacioso. É defender a liberdade para matar.

#### Notas

<sup>1</sup>BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. Coordenação de Saúde Mental. *Elaboração de Proposta para Normalização e Credenciamento de Serviços de Atenção a Transtornos por Uso e Abuso de Substância Psicoativa*. Brasília, 1998.

<sup>2</sup>BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle do Tabagismo e Prevenção do Câncer. *Falando sobre Tabagismo*. Rio de Janeiro, 1998.

<sup>3</sup>SOCIEDADE BRASILEIRA DE CARDIOLOGIA. *Moção da Assembléia Geral do LV Congresso da SBC*. Rio de Janeiro, 1º de agosto de 2000.

<sup>4</sup>CARVALHO, M.C. Cresce o cerco à indústria do cigarro no Brasil. *Folha de São Paulo*, 7 fev. 1999. 3º caderno, p. 1-3.

<sup>5</sup>THUN, M.J. *et al.* Excess mortality among cigarette smokers: changes in a 20-year interval. *American Journal of Public Health*, v. 85, n.9, p. 1223-1230, Sep. 1995.

<sup>6</sup>BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação Nacional de Controle do Tabagismo, Prevenção e Vigilância de Câncer. *Por que restringir a publicidade e o patrocínio de eventos culturais e esportivos de produtos de tabaco no Brasil: perguntas e respostas*. Rio de Janeiro, 2000.

<sup>7</sup>REINO UNIDO. Department of Health. *Effect of tobacco advertising on tobacco consumption: a discussion document reviewing the evidence*. Londres, Out. 1992.

<sup>8</sup>HAMMOND, R. *Tobacco advertising and promotion: the need for a coordinated global response*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2000 (Documento de trabalho da Conferência Internacional da OMS sobre Legislação para o Controle do Tabaco, realizada em Nova Delhi, Índia, em 7 a 9/1/2000).

<sup>9</sup>ROEMER, R. *Acción Legislativa contra la Epidemia Mundial de Tabagismo*. 2. ed. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 1995.

<sup>10</sup>SARGENT, J.D. *et al.* Cigarette promotional items in public schools. *Archives of Pediatric and Adolescent Medicine*, v. 151, p. 1.189-1.196, Dec. 1997.

<sup>11</sup> THE NATIONAL CENTRE FOR TOBACCO-FREE KIDS. *Tobacco marketing that reaches kids: point-of-purchase advertising and promotions*. Washington, Jul., 2000. ([www.tobaccofreekids.org](http://www.tobaccofreekids.org)).

<sup>12</sup> WAKEFIELD, M. *et al.* *Changes at the point-of-purchase for tobacco following the 1999 tobacco billboard advertising ban*. (Research Papers Series, n. 4) ImpactTEEN, Illinois, Jul. 2000. ([www.uic.edu/orgs/impactteen](http://www.uic.edu/orgs/impactteen)).

<sup>13</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988. Título VIII (da Ordem Social); Capítulo V (da Comunicação Social), art. 220 e 221. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999.

<sup>14</sup> ROMERO, L.C. *Legislação federal sobre tabaco e atuação do Congresso Nacional em relação a essa matéria na 1ª Sessão Legislativa da 50ª Legislatura*. Brasília: Assessoria Legislativa do Senado Federal, 1995.

<sup>15</sup> ROMERO, L.C. *et al.* Atividades do Senado Federal brasileiro na área de saúde pública, 1995 e 1996. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 7, n. 2, p. 69-78, 2000.

<sup>16</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 2.039, de 1999, que “altera dispositivos da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dá outras providências”.

<sup>17</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 3.156, de 2000, na Câmara dos Deputados; Projeto de Lei da Câmara nº 47, de 2000, no Senado Federal, que “altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas”.